جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على بعض أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص

من إعداد الطالب :
مزياني نور الدين

تحت إشراف :
أ.د/حميدو زكية

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د/ تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د/ حميدو زكية	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
د/ عبد اللاوي خديجة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة عين تموشنت	مناقشا
د/ بوخاتم آسية	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية : 2020 – 2021

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾ ﴾

سورة النساء الآية 1

و قال رسول الله ﷺ " إِنَّمَا النِّسَاءُ شَقَائِقُ الرِّجَالِ "

رواه الترمذي و أبو داود

كلمة شكر وتقدير

قبل كل شيء، أتوجه وأبتهل بالحمد والشكر والثناء متضرعًا خاشعًا إلى ربي تبارك وتعالى كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، على كرم فضله وحسن توفيقه لي على انجاز هذه الأطروحة، فله الحمد والمنة في الأولى والآخرة.

وانطلاقا من العرفان بالجميل مصداقا لقول رسول الله ﷺ "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"، فإنه ليسرني أن أتقدم إلى الأستاذة الدكتورة: **حميدو زكية** بأجمل عبارات الشكر والعرفان، لقبولها الإشراف على هذه الأطروحة، فكان لصبرها وسعة صدرها، وبداء ملاحظاتها،ولتوجيهاتها العلمية الدقيقة الأثر الواضح في إخراج هذا العمل، فجزاها الله خير جزاء وأمدها بالصحة والعافية واسعدها في الدارين.

كما أسجل بكل إعزاز آيات الشكر والتقدير إلى أساتذتي الذين نعمتُ بالدراسة على أيديهم أو بلقائهم، أعضاء لجنة المناقشة الموقرين لما أمضوه من وقت، وما بذلوه من جهد لقراءة أطروحتي المتواضعة، وما يسدونه من ملاحظات قيمة، تثمن به العمل وتكمل ما اعتراه من ثغرات، فبارك الله فيهم وفي علمهم وعمرهم واسعدهم في الدارين.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .

إهـــداء

الحمد لله الذي أنزلَ على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجًا، ويبشر المؤمنين الذين يعملون الصالحات أنَّ لهم أجرًا حسنًا، الحمد لله ملءَ سمواته وأرضه، وزنةَ عرشه، الذي أعانني على إتمام هذا العمل،امتثالا لقوله تعالى ﴿قَالَ رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ وَأَصۡلِحۡ لِي فِي ذُرِّيَّتِيٓۖ إِنِّي تُبۡتُ إِلَيۡكَ وَإِنِّي مِنَ ٱلۡمُسۡلِمِينَ ١٥﴾ سورة الأحقاف،الآية 15.

أهدي ثمرة جهدي إلى الروح الطيبة التي تحملت متاعب الحياة من أجلي فغمرني بعطفها وحنانها أمي رحمها الله، إلى الذي رباني على الفضيلة والأخلاق أبي رمز العطاء رحمه الله، فجزاهما الله أحسن الجزاء جنة الفردوس إن شاء الله؛

إلى التي صبرت علي شهورا طوالا كنت فيها معتكفا على البحث والدراسة فتحملت هجرا الليالي ومدافعة الأيام، زوجتي الغالية التي كلما تأملت فيها استحضرت عظمت نعمة ربي علي حينما أكرمني بها، فهي السند والعون أم أولادي: محمد مرتضى، وأحمد عادل، وروان عبد القادر، هداهم الله الصراط المستقيم. ليكونوا خير خلف لخير سلف في العلم والتربية وخدمة هذا الوطن ؛

إلى إخوتي وأخواتي حفظهم الله، إلى الزملاء والأصدقاء والأقارب .

مزياني نورالدين

قائمة أهم المختصرات

- ب.س.ط: بدون سنة طبع
- ج .ر : جريدة الرسمية
- ج : جزء
- ص : صفحة
- ط : طبعة
- ع : عدد
- غ .أ .ش : غرفة الأحوال الشخصية
- م: مجلد

- éd. : éditions.
-n. : numéro.
-O.P.U : Office des Publications Universitaires.
-p. : page.
-R. A. S. J. E. P. : Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques.
-R.T.D: Revue Tunisienne de Droit

-CEDAW : convention on the elimination of all forms of discrimination against women

مقدمة عامة

يمثل الإنسان غاية كل النظم الدولية وما وجدت هذه النظم إلا من أجله، ومن ثم فقد أصبح إهتمام القانون الدولي بالفرد وحقوقه وحرياته أمرًا طبيعيًا، فهو أرضية خصبة التي ساعدت على تطور التشريع الدولي بصفة عامة والوطني منه بصفة خاصة، حيث كان دور منظمة الأمم المتحدة لافتاً في هذا الشأن وهذا لما ألزمت نفسها به[1]، حيث أفرد ذلك العديد من النصوص القانونية، بدءا بالديباجة التي تؤكد إيمان الأمم المتحدة بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامته بما للرجال والنساء من حقوق متساوية[2].

انطلاقا من هذه المقاصد، سعت الأمم المتحدة على أن حقوق الإنسان بوصفها حقوقا متكاملة غير قابلة للتجزئة ولصيقة بالبشر لم تستمد من وثيقة دولية أو إقليمية ولم تكن هذه الاتفاقيات منشئة لهذه الحقوق ابتداء، إنما تطلب الكشف عن هذه الحقوق النص عليها في المواثيق والاتفاقيات الدولية وإتباع هذا الاعتراف بآليات دولية وإقليمية تضمن حماية فعالة لها من أي انتهاك، وغالبا ما كانت المطالبة بهذه الحقوق هي الدافع الأكبر للاعتراف بها من خلال حشد الدعم الدولي لحمايتها ومن بينها حقوق النساء[3].

ولطالما كان موضوع المرأة وحقوقها محلا للنقاش بعيدا عن كل موضوعية،حيث طرحت عدة أفكار ومشاريع قانونية لحماية المرأة بشكل موازي لمشاريع ومواثيق حقوق الإنسان والتي كانت تبدو في مجملها وكأنها حقوق مقتصرة على الرجل فقط، إلا أن تطور فكر المجتمع الدولي غير من هذه النظرة، وأصبح يعتبر حقوق المرأة جزءا لا ينفصل عن منظومة حماية حقوق الإنسان ككل، فأصبح معيار الجنس ليس معيارا

[1] شطاب كمال،حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود،دار الخلدونية، الجزائر،2005، ص.145.

[2] مزياني نورالدين، انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على التشريعات المغاربية للأسرة في إبرام عقد الزواج ، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زياد عشور،جلفة ،الجزائر،2020،م12،ع3،ص.427.

[3] بن عطا الله بن عبلة، الآليات القانونية لمكافحة العنف ضد المرأة ،مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014/2013، ص.05.

للتمييز في الاستفادة من الحقوق بقدر ما هو معيار للتفريق بين المهام الملقاة على عاتق كل فرد في هذا المجتمع[4].

ومن بين مفاهيم حقوق الإنسان المتعارف عليها عالميا مبدأ المساواة[5]، فالقانون الدولي يحظر التمييز ضد الأجانب ويلزم الدول بمعاملتهم معاملة متكافئة ومتساوية مع مواطنيها في الحقوق الأساسية اللصيقة بكرامتهم وإنسانيتهم، لأنه يمثل مبدأ أساسيا وحجر الزاوية لكافة الدول والنظم الديمقراطية في العالم[6]، فهذه النظم تتأسس على مبادئ مثل المساواة أمام القانون[7]، والمساواة أمام الوظيفة العامة[8]، والمساواة في التعليم والخدمات الصحية، والمساواة أمام القضاء. وعليه يشكل هذا المبدأ أهم ركائز منظومة حقوق الإنسان، حيث أحدث خلاف كبيرا بين الفقهاء سواء على المستوى الإقليمي أو على مستوى الدولي، وتعد حقوق المرأة من الأمور الشائكة التي صارت محل إهتمام

---

[4] بوسعيد رؤوف، غبولي مني، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في التشريع الدولي(دراسة على ضوء اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر،2018، م2، ع3، ص.645.

[5] يقصد بالمساواة في اللغة: المماثلة و التكافؤ في القيمة والقدرة والمشابهة والتعادل، يقال: ساوي الشيء إذا عادله،وساويت بين الشيئين إذا عدلت بينهما؛ابن منظور،لسان العرب،م6،ط1، دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،1988،ص.444.

أما اصطلاحا: فتعني أن جميع الأفراد متماثلين في المراكز القانونية في اكتساب الحقوق والحريات العامة والتزامهم بالواجبات على قدم المساواة ؛ سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان في الإسلام، دراسة مقارنة في ضوء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،ط1، دار الفكر العربي،بيروت لبنان،2001 ،ص.69 .

[6] محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان الحقوق المحمية، ج2،ط1، دار الثقافة،عمان، الأردن، 2009،ص.120.

[7] ويتحقق هذا عندما"يصاغ القانون على نحو يخاطب الأفراد بالنظر إلى ظروفهم ومراكزهم، ويستوي بينهم على أساس ذلك، وهذا ما يتحقق من عمومية وتجريد القاعدة القانونية"؛ حمود حنبلي،حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1995،ص.67.

[8]"المساواة أمام الوظائف العامة وعدم تمييز فئة من الموظفين على فئة أخرى في تقليد الوظائف العامة في الدولة،إذا ما توافرت لديهم المؤهلات المطلوبة لشغل الوظيفة بصورة مماثلة"؛محمد علي السالم الحلبي، مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط1،الدار العلمية الدولية، عمان، الأردن،2002،ص.164.

المجتمع الدولي بأسره، وذلك بإصدار العديد من الاتفاقيات الدولية الداعية إلى حماية حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل[9].

ومن الناحية الاجتماعية فإن دراسة المساواة بين الجنسين، تنتمي لما يسمى دراسات الجندر أي الأساس الاجتماعي وهو مصطلح من أصل أنجلوسكسوني، حيث يتناول وهذه الدراسات بالتحليل الفروق بين الرجال والنساء ليست من الناحية الفطرية، ولا البيولوجية، ولا الفيزولوجية بل هي اجتماعية، فالمجتمع وثقافته وأفكاره هو الذي يصنع الفروق ويحدد الأدوار المنوطة بالرجل والمرأة، فينعكس ذلك على تصور كل واحد منهما لنفسه ولمن يغايره. طالما أن المجتمع هو صانع هذه الفروق فالتعبير ممكن، بحيث تتوالى المرأة أدوار الرجل، ويتوالى الرجل أدوار المرأة، وينتج عن ذلك تغيير الرجل فكرته عن نفسه، وتغير المرأة أفكارها عن نفسها. والحاصل أن الجندر يحمل مضمونا تنويرياً في نظر دعاته وهو تحرير المرأة من كل القيود التي يفرضها المجتمع عليها مجاوزة للمساواة بينها وبين الرجل وصولا إلى حد التماثل الحقيقي والتكامل بينهما في كل شيء[10].

وما يميز مبدأ المساواة بين الجنسين عبر العصور والحضارات المختلفة، هو المطالبة والإلحاح على تكريسه، إلا أن هذه المطالبة لم تأت من العدم بل سبقها خلفية تاريخية ترجع أساسا لما عانته المرأة قديما من استبعاد خاصة في الغرب، وقد كانت مكانتها متفاوتة بل وأحيانا متناقضة وكانت النظرة إليها قد تأرجحت من اعتبارها كائنا منحطا أشبه بالأحياء أو عدّها شيطان توحي بالشرور والخطيئة، إلى عدها السيدة والحاكمة في أقدار المجتمع والعاملة التي عليها أن تكافح وتشقى وتحمل وتضع وتربي وتقوم على أمور المنزل وراحة الزوج، أو النظر إليها كرمز وصورة جميلة [11].

---

[9] عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث،حقوق الإنسان،دار الثقافة، عمان، الأردن، 2004، ص.190.

[10] الشواشي سليمان،ما دلالة النوع الاجتماعي؟، مجلة الهداية، المجلس الأعلى الإسلامي، تونس،2017،ع200، ص.33وما يليها.

[11] دحان بشير، تطور مكانة المرأة عبر التاريخ ،موقعwww. Bnalislam.com، أطلع عليه يوم 2020/08/10، الساعة 17سا00؛ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري

ومنذ درج الإنسان على هذه الأرض ومشكلة المرأة بين مد وجزر، وأخذ وعطاء باعتبارها النصف الثاني المكمل لحياة الفرد في المجتمع الذي يعيش فيه، سواء أكان هذا المجتمع بدائيا أو متطورا.

وإذا التفتنا إلى التاريخ نلاحظ منذ بداية الخليقة أن الرجل البدائي كان بحكم قوته صاحب السيطرة التامة على النصف الآخر، بوصفه الشريك الأضعف، لذلك لا بد لهذا الرجل من الحصول على العديد من النساء، سواء عن طريق الزواج أو الاسترقاق أو السبي[12].

وعندما نغوص أعماق التاريخ البشري، نلاحظ بأن المرأة الرومانية قد تحصلت على بعض حريتها في قانون الرومان مقارنة مع ما كانت عليه المرأة الإغريقية، ورغم حصولها على هذه الحقوق فقد كانت خاضعة لسلطة رب العائلة المطلقة، كما كان يعتبرها مخلوقا أقل إنسانية من الرجل، أما المرأة الرقيق فكانت خاضعة لسلطة سيدها أو معتقها، وترتبط به برباط الولاء والخضوع لكل متطلباته مهما كانت[13].

وفي شريعة حمورابي، كانت في عداد الماشية المملوكة، ويدل على ذلك في تقدير مكانة الأنثى، أنها كانت تعرض على من قتل بنتا لرجل، كان لزاما عليه أن يسلم ابنته للمجني عليه، أما ليقتلها أو ليمتلكها[14] .

كما يذكر التاريخ، الذي يتحدث عن العبرية أن اليهود كانوا يعتبرون المرأة لعنة استنادا على ما ورد في توراتهم وبعض كتبهم المقدسة، لذلك اعتبرت بعض الطوائف اليهودية المرأة دون مرتبة أخيها ومكانته في الحياة الاجتماعية، بحيث ليس في مقدورها أن ترث إذا كان لها إخوة ذكور، وقد أعطت الحكمة اليهودية الأب حق بيع ابنته القاصر، وأما إذا كان الميراث يؤول إليها في حال عدم وجود أخ ذكر لها فقد

والتونسي"دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2019/2018، ص.03.

[12] كيال باسمة، تطور المرأة عبر التاريخ، مؤسسة عزالدين للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،1981،ص.05 وما يليها.

[13] بغدادي مولاي ملياني،حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب،الجزائر،1997، ص.52.

[14] كيال باسمة، تطور المرأة عبر التاريخ، المرجع السابق، ص.41.

حال القانون اليهودي بينهما وبين الزوج من سبط آخر، لذا لا يجوز لها نقل ميراثها لغير سبطها[15].

وتدلنا النصوص التاريخية القديمة، أن المرأة مرت في الجاهلية بمراحل متفاوتة ومتناقضة، حيث كانت بعض القبائل في الجاهلية تعد المرأة كالسائمة فهي تورث كما تورث السوائم ويتصرف بها الذي يرثها كيف ما يشاء، يتزوجها أو يرغمها على البغاء والفجور، أما بالنسبة لمهر المرأة فكان ثمناً لها يقبضه ولي أمرها وكان المهر عدداً من الإبل يسوقها الخاطب إلى خيمة أهل مخطوبته، ولم يكن هناك حد لتعدد الزوجات عند عرب الجاهلية، وما حدث من أمور شاذة في الجاهلية واختلاط بالأنساب ووأد البنات...[16].

هذه الأدوار التي تقلبت فيها المرأة عبر التاريخ بين التطور والتقهقر، جعلت الإسلام عند ظهوره يرسخ ويشرع للمرأة من الحقوق ما لم تشرعه أمة من الأمم في عصر من العصور، فتحسنت في ظله وتعززت مكانة المرأة وحصلت على حقوقها غير منقوصة، كما رفع عنها وزر الإهانات التي واكبتها عبر التاريخ وفي كل حضارة من الحضارات التي سبقت الإسلام أو عاصرته، فقد أعلن للمرأة إنسانيتها وأهليتها التامة عن طريق وضعه للقواعد التي تكفل لهذه الأخيرة المساواة في الحقوق مع الرجل على ضوء مراعاة وجود تمايز في الخصائص والوظائف بين الرجل والمرأة[17]، ليكون الرسول محمدﷺالفضل في تصحيح الأوضاع الخاطئة في الجاهلية ولتقويم السلوكيات غير الصحيحة وإبراز الوجه الإنساني الصحيح لهذه العلاقات المقلوبة

[15] محمد علي البار،عمل المرأة في الميزان، دار مسلم للنشر،الرياض،1994، ص.17 وما يليها.

[16] عبد الرحيم بوادقجي، محمد خالد الحريري، علم السكان، منشورات جامعة دمشق،سوريا، 2004، ص.153.

[17] أمحمدي بوزوينة أمينة،تعزيز ثقافة حقوق المرأة وانعكاسات أحكام اتفاقية سيداو على أسرة الجزائرية،(قراءة نقذية للمواد 2و15و16 مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية)،الملتقى الدولي السنوي للبحث العلمي حول التربية على المواطنة وحقوق الإنسان،يومي 13و2018/07/14،بيروت، لبنان،ص.178.

والمفاهيم الخاطئة، ولم يكن نهجه معتمداً على الوصايا والتعليمات فحسب، إنما من خلال القدوة الحسنة سواء فيما يتعلق بكيفية معاملة الزوجة بشكل خاص والنساء بشكل عام، فهم متساوون في الحقوق والواجبات.لأن الله خلق الرجل والمرأة من روح واحدة ومن أصل مشترك، وإذا أصبحت المرأة شريرة وفاسدة، فهذا ليس منحصر في جنسها فقط، بل وفي الرجل أيضا، يجب أن نعاملها كما نعامله، وإذا سطع مركز منير في وجود الرجل، من الممكن أن يسطع هذا المركز في جنس المرأة أيضا[18].

وإن كان الرجل والمرأة متساويين في الحقوق والواجبات، لكنهما غير متشابهين من حيث أن لكل منهما وظيفته وتركيبته الفطرية الخاصة به، فالمرأة تفارق الرجل وبنيتها الجسدية وتكوينها النفسي، ولا يمكن تنفيذ المساواة في وظائف الحياة وطرائقها، لأنه يصعب تغير طبائع الأشياء، فالرجل بصراعه مع الحياة يغلب فكره على عاطفته، بينما المرأة في وظيفتها الأصلية – قوامة المنزل وتربية الأبناء – وغيرها من الأعمال، تتحكم فيها العاطفة غالبا، ويتبع ذلك اختلاف المهمة بين الجنسين، على الرغم من أن الاختلاف في الوظيفة يحقق سنن التكامل ونواميس التوازن التي تجمع شطري الإنسانية[19]، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾﴾[20]، وقوله تعالى﴿خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا ﴾[21].

إن الحقوق الإنسانية في الإسلام باختلاف مجالاتها وصورها، ليست مجرد حقوق مطلوبة من الإنسان، بل هي ضروريات إنسانية وهي واجبة سواء أكانت فردية أو

[18]كيال باسمة، تطور المرأة عبر التاريخ، المرجع السابق،ص.63.

[19]عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية دراسة فقهية، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن،2011 ،ص. 11.

[20]سورة الحجرات، الآية13 .

[21] سورة الزمر، الآية 06 .

جماعية، ويعتبر مسألة الحفاظ عليها واجبا، ويأثم من يفرط بها أو يحول دون تحقيقها[22].

أما في عصرنا الحديث، فكان لمدافعين عن حقوق المرأة بضرورة تعليمها لتتبوأ مركزا معتبرا، حيث أن "الإصلاح في تربية المرأة وتعليمها يؤدي إلى احتلالها مكانة رفيعة في المجتمع وبوصلها إلى حقوقها، فيجب إذا أن تدرس الآداب والفنون الجميلة، ويستحسن أن تدرس العلوم بنوعيها الأساسية والعلمية"[23].

وعلى هذا الأساس تمحورت الآراء حول فكرة المساواة بين الجنسين وتجسيدها في كافة مناحي الحياة الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية، والثقافية. حيث دفعت السيطرة الغربية على المؤسسات التشريعية الدولية نحو تغليب المفهوم الغربي لمبدأ المساواة بين الجنسين، واستصدار العديد من الصكوك من أهمها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أو ما يسمى اتفاقية سيداو(CEDAW)[24]، حيث تهدف إلى العمل على تحقيق المساواة بين المرأة والرجل وإزالة كل تمييز أو تفرقة ضد المرأة من شأنه أن يؤدي إلى إهانتها أو إحباط الاعتراف لها بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية أو في أي ميدان آخر[25]. والتي حاولت فرض النموذج المستقى من هذا المفهوم، وهو ما سيؤثر حتما على النموذج الأسري للمجتمع الإسلامي بسبب اختلاف طرحه الفكرة للمساواة بين الجنسين.

وكانت بداية صدور ميثاق الأمم المتحدة،[26]متضمن في مادته الأولى الفقرة الثالثة، ذلك الهدف الإنساني الكبير، فنصت على واجب الأمم المتحدة في" تعزيز

---

[22] منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009، ص.09.

[23] عمر رضا كحالة، المرأة في القديم والحديث،ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت،لبنان،1979،ص.11؛ مقتبس عن أعمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومة،الجزائر،2001،ص.13 .

[24] CEDEF Convention sur l'Élimination De toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes

[25] بيب خداش، الجزائر والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المحاماة، تيزي وزو، الجزائر،2004،ع01، ص.77.

[26] القضاء على جميع أشكال التمييز أحد الأهداف الأساسية للأمم المتحدة منذ إنشائها. ويشكل عدم التمييز والمساواة أمام القانون مبدأين أساسيين للقانون الدولي لحقوق الإنسان، وهما عنصران جوهريان لكرامة الإنسان.

احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا نفرق بين الرجال والنساء"، وإن الأسرة هي نواة المجتمع، وحمايتها بمقتضي النص السابق(حماية الرجال والنساء واحترام حقوقهم) هي نقطة الانطلاق[27].

كما يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[28]الصادر عام 1948 أول صك دولي يفصل حقوق الأفراد وحرياتهم[29]، ويبين عزم الدول على تحقيق المساواة وعدم

والواقع أن الإطار الدولي لحقوق الإنسان أُرسي بالاستناد إلى الفرضية الأساسية الخاصة باحترام جميع الأشخاص على قدم المساواة وعدم التعرض للتمييز على أي أساس ويعمل وفقاً لها. بيد أن الناس، في بلدان كثيرة جداً، يتواصل تعرضهم للإقصاء والتهميش والتمييز والتقييد في ممارسة حقوقهم وذلك على أساس العرق، أو اللون، أو الأصل القومي أو الإثني أو الاجتماعي، أو اللغة، أو نوع الجنس، أو الدين، أو الرأي السياسي أو غير السياسي، أو النسب، أو المولد، أو الطائفة، أو السن، أو الإعاقة، أو الحالة الصحية، أو الوضع من حيث الهجرة، أو الميل الجنسي، أو الهوية الجنسانية.بل إن العبء أكبر على الذين يتعرضون لأشكال متعددة من التمييز.

والتمييز أيضاً أحد الأسباب الجذرية للنزاعات ومظاهر العنف، وبصفة خاصة ضد النساء والفتيات، التي تتواصل بلا هوادة حول العالم. وفي أوقات الأزمة الاقتصادية، يمكن أن تتزايد حدة أوجه عدم المساواة ويتعرض أعضاء الفئات الضعيفة والمهمشة لمخاطر وإقصاء وعقبات أكبر في ممارسة حقوقهم. ويتعرض كثيرون منهم لظاهرة كره الأجانب التي قد تتزايد حدتها من جراء تدابير التقشف أو تشديد قوانين الهجرة. وفي الوقت نفسه، فإن العالم، في الأعوام الأخيرة، شهد سعياً هائلاً من الناس، وبصفة خاصة المهمشين، للمطالبة بحقوقهم. الموقع الالكتروني المفوضية السامية لحقوق الإنسان الأمم المتحدة www.ohchr.org أطلع عليه بتاريخ 2021/10/24 على ساعة 05 سا 00.

[27] عبد الجليل مفتاح، حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية والدساتير الجزائرية،مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر،2010،م5،ع7، ص.09.

[28] كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948، نتيجة لما خبره العالم في الحرب العالمية الثانية، وبعد الحرب العالمية الثانية وإنشاء الأمم المتحدة، تعهد المجتمع الدولي بعدم السماح على الإطلاق بوقوع فظائع من هذا القبيل مرة أخرى .وقد قرر زعماء العالم إكمال ميثاق الأمم المتحدة بخريطة طريق تضمن حقوق كل فرد في أي مكان أو زمان.

والوثيقة التي توخاها هؤلاء الزعماء، والتي أصبحت فيما بعد "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، كانت موضع نظر في الدورة الأولى للجمعية العامة في عام 1946. ولقد استعرضت الجمعية العامة مشروع إعلان حقوق الإنسان والحريات الأساسية وأحالته إلي المجلس الاقتصادي والاجتماعي "بهدف عرضه علي لجنة حقوق الإنسان للنظر فيه. لدى إعدادها للشرعة الدولية للحقوق". وقامت اللجنة في دورتها الأولى،التي عقدت في أوائل عام 1947، بتفويض أعضاء مكتبها لصوغ ما أسمته "مشروع مبدئي للشرعة الدولية لحقوق الإنسان". وبعد ذلك إستؤنف العمل على يد لجنة صياغة رسمية تتألف من أعضاء للجنة تم اختيارهم من ثماني دول في ضوء المراعاة الواجبة للتوزيع الجغرافيwww.ohchr.org أطلع عليه بتاريخ 2021/10/24 على ساعة 05 سا 00.

التمييز، حيث شهد التاريخ لأول مرة الاتفاق على مجموعة من الحريات والحقوق الأساسية على المستوى الدولي، وتم الاعتراف بنصوص الإعلان كمقياس عام لإنجازات جميع الشعوب والدول في مجال الحفاظ على حقوق الإنسان، بحيث أصبحت هذه الحقوق مقياسا ملزما على مستوى الدولي[30].

من هنا، حرصت الأمم المتحدة على إقامة المؤتمرات وإصدار الإعلانات وتوقيع الاتفاقيات، التي تعمل على تأمين هذه الحقوق وتلزم بموجبها الدول المنتمية إلى عضويتها على التوقيع عليها وتنفيذها،بمعزل عن قوانين هذه الدول وتشريعاتها وخاصة الدينية منها[31].

ومن خلال ذلك، بدأت المحافل الدولية على وجه الخصوص تهتم بقضايا المرأة، وترسيخ تلك النظرة الشمولية العالمية، التي جاءت تدعو إلى عدم التمييز بين الناس جميعا، ليس فقط بين النساء والرجال بل أيضا بين العبيد والأحرار،على أساس إثبات حق الناس في التساوي في الكرامة[32].

كما تصاعدت حركة واسعة النطاق، تستهدف دفع الاهتمام بالقضايا المتعلقة بالمرأة على مستوى العالم، حيث أسهمت المؤتمرات الدولية إسهاماً كبيراً في زيادة وعي المجتمع العالمي، حتى تبلورت إلى قوة ملزمة وكانت المراحل التحضيرية تتمثل في المؤتمر العالمي للمرأة، المنعقد في الفترة بين 19 يونيو إلى 2 يوليو عام 1975 في مدينة المكسيك، بدولة المكسيك. هو أول مؤتمر عالمي تعقده الأمم المتحدة للتركيز فقط على قضايا المرأة، وقد كان بمثابة نقطة تحول في توجيهات السياسة العامة، والذي اعتمد خطة عمل عالمية تتبناها جميع الدول المنضمة إلى هيئة الأمم

---

[29] هيفاء أبو غزالة، المؤشرات الكمية والنوعية لاتفاقية القضاء على جميع التميز ضد المرأة "سيداو"، منظمة المرأة العربية، ط1، دار نوبار للطباعة،القاهرة،2009،ص.11.

[30]علي حسن أحمد،ضمانات الحرية وتطورها في الأنظمة السياسية المعاصرة، أطروحة دكتوراه،جامعة عين شمس،مصر، 1970، ص.01.

[31] وسام حسام الأحمد،حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان،2009،ص.190 .

[32] بوسعيد رؤوف، غبولي مني، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في التشريع الدولي(دراسة على ضوء اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة)، المرجع السابق،ص.645.

المتحدة، ويكون هدفها إدماج المرأة في مختلف مرافق الحياة وحدد هذا العام عاما للمرأة، حيث تكثف فيه الجهود من أجل تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، شاركت فيه 133 دولة وحركات تحرر وطنية.

ويليه المؤتمر العالمي الثاني للمرأة في مدينة "كوبنهاجن"عاصمة الدانمارك في الفترة ما بين 14-30 أغسطس 1980 برعاية الأمم المتحدة تحت شعار "المساواة والتنمية والسلام"، وهذا لضمان ملكية المرأة لممتلكاتها وسيطرتها عليها، فضلا عن إدخال تحسينات في مجال حقوق المرأة فيما يتعلق بالميراث وحضانة الأطفال[33].

أما المؤتمر العالمي الثالث للمرأة المنعقد خلال الفترة من 15 إلي 26 يوليو 1985 في العاصمة الكينية نيروبي، فعقد لاستعراض التقدم المحرز في تنفيذ خطة العمل العالمية بعد مرور عشر سنوات، من وضعها قيد التنفيذ ولدراسة العقبات والمعوقات التي حالت دون تنفيذها كاملة في جميع بلدان العالم، وتزامن عقد المؤتمر مع ميلاد الحركة من أجل المساواة بين الجنسين، وسمى هذا المؤتمر:"مؤتمر ولادة الحركة النّسوية العالمية"[34].

كما نظمت الأمم المتحدة المؤتمر الدولي للسكان والتنمية، الذي عقد في مدينة القاهرة مصر في الفترة ما بين 5 إلى 13 سبتمبر 1994. حيث شهد هذا الدعوة إلى حرية الجنس للمرأة وتغيير وحدة المجتمع الأساسية أي الأسرة، وقد قدمت لهذا المؤتمر وثيقة تعتبر برنامج عمل مكونة من ستة عشر فصلا في 121 صفحة.

وبالنسبة للمؤتمر الدولي الرابع للمرأة، المنعقد في الفترة من 4 إلى 15 سبتمبر 1995 بالعاصمة الصينية بكين، أعدت الوفود اعلاناً وخطة للعمل الموجه للوصول إلى مساواة أشمل وفرص أفضل للمرأة في ظل تداعيات الاجتماعات السابقة، فقد حضره ممثلون عن كل دول العالم، وأثير معظم القضايا المتعلقة بالمرأة، وتبني خطة عمل لخمس سنوات تهدف إلى تحقيق المساواة والتنمية والسلام. وطالبت هذه الخطة

[33] فؤاد بن عبد الكريم، العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية،ط1، مجلة البيان، الرياض،المملكة العربية السعودية، 2005، ص.71.

[34] خالد مصطفي فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2007، ص.190.

جميع الدول بتحقيق مساواة المرأة وتدريبها من أجل إقرار التعليم الابتدائي الشامل في جميع الدول حتى العام 2015، وتوفير الاعتمادات اللازمة له، وإزالة الأمية بين النساء، وتطوير التعليم والتدريب على أسس متساوية بدون أي تمييز أو تقصير، وربطت هذه الخطة بين حقوق المرأة والحق في التنمية، حيث أكدت على أنه "يقتضي التركيز على البعد الاجتماعي للتنمية، فالنمو الاقتصادي المتسارع، لا يستطيع وحده تحسين وضع حياة السكان، لذلك فإنه من الضروري البحث عن بدائل. وتؤكد أن أعضاء المجتمع يستفيدون من النمو الاقتصادي المبني على التعاطي مع وجوه التنمية ولاسيما التساوي بين الرجل والمرأة في العدالة الاجتماعية"[35].

وفي الفترة ما بين 6 سبتمبر إلى 8 سبتمبر 2000 بمقر الأمم المتحدة في مدينة نيويورك انعقد المؤتمر الذي خصص لدراسة وتطبيق التوصيات الصادرة عن المؤتمر بيكين في السنوات الخمس الماضية والتخطيط للسنوات الخمس المقبلة، وذلك تحت شعار المرأة، عام2000 "المساواة بين الجنسين والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين"[36].

إن الجهود الدولية التي عالجتها تلك المؤتمرات للفت النظر إلى ضرورة تحسين أوضاع النساء، وإزالة العقبات التي تعترضهن وتمنع تقدمهن، وللتأكيد على ضرورة منحهن فرصاً متكافئة مع الرجال في مختلف المجالات[37]، ماهي إلا خطوة نحو إبرام اتفاقيات وإعلانات دولية، التي تجعل من المساواة بين الرجال والنساء هدفا لأنشطتها في مجال حقوق الإنسان. فاعتمدت في عام 1952الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة[38]، والتي اعترفت للمرأة بحق التصويت والمشاركة في الحياة العامة والسياسية

[35]سعدي محمد الخطيب، مناهضة العنف الأسري بين التشريع والواقع، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2017، ص.72 وما يليها.

[36] وسام حسام الأحمد،حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية،المرجع السابق،ص. 191-193 .

[37] مريم سليم وآخرون، المرأة العربية بين ثقل الواقع وتطلعات التحرر،ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 1999، ص.32.

[38] المرسوم الرئاسي رقم 04-126 المؤرخ في 2004/04/19، التصديق على اتفاقية الحقوق الساسية للمرأة المعتمدة في 20 ديسمبر1952، ج.ر رقم 26، المؤرخة في 2004/04/25، ص.03.

للدولة. وفي عام 1957اعتمدت الجمعية العامة اتفاقية بشأن جنسية المرأة المتزوجة[39]، كما اعتمدت بعد خمس سنوات اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج[40]. كما تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1967 إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، حيث صدر هذا الإعلان بالتعاون مع اللجنة الخاصة بوضع المرأة، واللجنة الفرعية الثالثة للجمعية العامة للأمم المتحدة[41].

وضمن المساعي الرامية إلى تحقيق المساواة بين الجنسين، ظل المجتمع الدولي يرى أن المرأة لا تتمتع بالمساواة الفعلية والكلية مع الرجل في حقوقها، وتعاني من التمييز الواسع النطاق ضدها، ارتأت الأمم المتحدة عبر وكالاتها المتعددة والمتخصصة، أن تنشأ اتفاقية خاصة تعتني بمسألة إنصاف المرأة ورفع كل ممارسات التمييز والاقصاء الممنهج عليها من طرف الحكومات والدول[42]. ونتج عن ذلك اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، وجاء اعتمادها تتويجا لمشاورات أجرتها طوال فترة خمسة أعوام اللجنة المعنية بحالة المرأة ومجموعة من الخبراء والمتخصصين في القانون، التي اعتمدتها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق

---

[39] عُرضت للتوقيع والتصديق بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 1040(د-11)، والمؤرخ في 29 يناير 1957. تاريخ بدء النفاذ: 11 أغسطس 1958. www.ohchr.org أطلع عليه بتاريخ 2021/11/01 على ساعة 19 سا 30 .

[40] عرضتها الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع والتصديق بقرارها(أ1763)،(د17) المؤرخ في 1963/11/07،تاريخ بدء النفاذ 1964/12/09 وفقا للمادة 6 منها؛ محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر ووسائل الرقابة، ج1،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص.144.

[41] وقد تمت الموافقة عليه بالإجماع في جلستها المنعقدة 2263 (د-22)،المؤرخ في 1967/11/07 .
ويتألف الإعلان من إحدى عشرة مادة، تبحث في المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق، وتدعو إلى إزالة كل أشكال التمييز بينهما. وقد شدّد الإعلان على أهمية إعطاء المرأة حقوقها التي وردت في الاتفاقيات السابقة، إضافة إلى حقوق أخرى أعطاها للنساء المتزوجات والعازبات. كما أوجب على الدول إلغاء جميع ما كان في قوانينها من تمييز بين المرأة والرجل في الأحكام الجزائية وفيما يتعلق بالحقوق التربوية والاقتصادية والاجتماعية ؛حمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان،م1، ط2، دار الشروق، القاهرة،2003، ص.436.

[42] بن عومر محمد صالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة والمواثيق الدولية،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2016/2015،ص.222.

والإنضمام بقرارها 180/34 المؤرخ في18 ديسمبر1979 وبدأ نفاذها في03 سبتمبر1981 طبقا لأحكام المادة (1/27) منها. وتعتبر هذه الاتفاقية هي الشرعية الدولية لمناهضة كافة أشكال التمييز ضد المرأة، وهي تتضمن أحكاما تفصيلية في شأن هذه الحقوق وكيفية ضمانها، في حين أن الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، تضمنت أحكاما عامة وشاملة لكل إنسان سواء أكان ذكرا أم أنثى، ولم تتضمن أحكاما خاصة وتفصيلية في شأن حقوق المرأة وضمناتها أو التدابير اللازمة لحمايتها بشكل خاص[43].

وما تضمنته اتفاقية سيداو من حقوق يناقش في ستة أجزاء:

تضمن الجزء الأول: **التعريفات والتدابير** من المواد من01 إلى06، وفي هذا الجزء يتناول معنى مصطلح التمييز ضد المرأة، وكذلك التدابير التشريعية وغير التشريعية الآيلة إلى القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛

أما الجزء الثاني: **الحقوق السياسية** يحتوى المواد من07 إلى 09، وهي تشتمل على التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة العامة والسياسية، والإقرار بمبدأ المساواة بين الجنسين، في مجال اكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ بها،أو لجهة جنسية أطفالها؛

يتضمن الجزء الثالث: **حق التعليم والعمل** من المواد من10 إلى 14، وهي تشتمل على التدابير الآيلة إلى القضاء على التمييز ضد المرأة في ميادين التربية والتعليم والعمل والرعاية الصحية والمجالات الأخرى للحياة الاجتماعية والاقتصادية، بالإضافة إلى اهتمامها بحقوق المرأة الريفية؛

الجزء الرابع: **حق الأهلية القانونية** من15 و16، حيث تشمل المادة 15 على الإقرار بالمساواة بين الرجل والمرأة أمام القانون والقضاء، وفي التمتع بالأهلية القانونية، في الشؤون المدنية، ولاسيما في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، والحق للمرأة والرجل على السواء في الحرية الشخصية واختيار محل الإقامة أو السكن، أما المادة

[43] سعدي محمد الخطيب، مناهضة العنف الأسري بين التشريع والواقع، المرجع السابق،ص.76.

16 تحتوي على التدابير الآيلة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كل ما يتعلق بأمور الزواج والشؤون العائلية؛

يليه الجزء الخامس: **الهيكل الإداري** ويحتوى على المواد17 إلى 22، حيث تشتمل المادة 17 في نصها على إنشاء لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة، وعلى عدد أعضائها وكيفية انتخابهم، ومدة عملهم، والمكافآت التي يحصلون عليها مقابل المسؤوليات المنوطة بهم، أما المادة 18 تشتمل على تعهد الدول الأطراف بتقديم تقرير إلى الأمين العام للأمم المتحدة عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية وغيرها من أجل تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية، وكل ما يتعلق في شأن أصول تقديم التقرير ومحتوياتها[44].

الجزء السادس: **النفاذ والتوقيع والتحفظ** وتشتمل المواد23 إلى 30، في نصها على الأمور المتعلقة باللجنة ولاسيما النظام الداخلي الخاص بها، ومدة انتخاب أعضاء مكتبها، ومدة اجتماعاتها للنظر في التقارير المقدمة من قبل الدول الأطراف في الاتفاقية، والمقر الذي تجتمع فيه، والتقارير الذي ينبغي أن تقدمه عن أعمالها سنويا إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بواسطة المجلس الاقتصادي والاجتماعي، وصلاحيتها في تقديم المقترحات والتوصيات وإدراجها في تقريرها السنوي، وصلاحيتها في دعوة الوكالات المتخصصة إلى تقديم تقارير عن تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية في كل ما تعلق بنظام عمل هذه الوكالات؛

أما الجزء الأخير والسادس: **النفاذ والتوقيع والتحفظ** ويتعلق بالمواد 23 إلى 30 وهي تشتمل على أحكام من شأنها تعزيز المساواة بين الرجل والمرأة، والتعهد من قبل الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير الآيلة إلى تطبيق أحكام هذه الاتفاقية، ولاسيما التوقيع أو التصديق عليها أو الإنضمام إليها، أو التحفظات التي أبديها الدول وقت التصديق والأحكام الخاصة في شأنها، وتاريخ بدء نفاذها، والجهة الصالحة للنظر في

[44] جنيدي لخضر،آليات التطبيق الدولي لاتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة،جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر،2019،م19،ع1،ص.120.

الخلافات الناشئة بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف إيداعها لدى الأمين العام للأمم المتحدة[45].

أما، البروتوكول الإختياري[46] الذي تبع هذه الاتفاقية، جاء لتغطية الثغرات التي وقعت فيها إضافة إلى ذلك فإن ما ميّز هذا البروتوكول هو النص الصريح الذي جاء به حول عدم جواز إبداء أية تحفظات على البروتوكول، وذلك بخلاف ما جرى في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[47].

إن إقرار اتفاقية عدم التمييز ضد النساء كمبدأ متصل بحقوق الإنسان لا تقبل التجزئة ولا التصرف؛ وتعتبره انتهاكا لمبدأ المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان[48]. إذن فمبدأ عدم التمييز من القواعد الآمرة التي يترتب على مخالفتها توقيع الجزاء على أساس ما ورد في إعلان فيينا[49]، بأن حقوق المرأة من الحقوق غير قابلة للتصرف خصوصا إذا ما تم استقراء ما جاء في هذا الإعلان بالموازاة مع ما ورد في إعلان على العنف ضد المرأة[50].

---

[45] جنيدي لخضر،آليات التطبيق الدولي لاتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة، المرجع نفسه، ص.121.

[46] تم اعتماد هذا البرتوكول من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرارها الصادر في الدورة الرابعة والخمسين، بتاريخ 09 أكتوبر 1999، وأصبح ساري المفعول ابتداء من تاريخ 22 ديسمبر 2000. يتألف هذا البروتوكول من إحدى و عشرين مادة، بعضها يتعلق بمهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة،في تلقيها للشكاوى من قبل الأفراد، والإجراءات الواجب اتخاذها في هذا الشأن، سواء من قبل اللجنة أو الدولة الطرف المعنية، بالإضافة إلى شروط قبول التبليغات لكي تنظر فيها اللجنة،وبعضها الآخر يتعلق بإجراءات التطبيق على البروتوكول، أو تعديله، وتاريخ سريان مفعوله.

[47] أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف والتمييز ضد المرأة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، ط1، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2014،ص 24 وما يليها .

[48] حمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر ووسائل الرقابة،المرجع السابق، ص.508 .

[49] ورد في الفقرة 18 من إعلان فيينا لعام 1993،"إن حقوق المرأة والطفل جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان،فإنها حقوق لا تقبل التصرف،والمقصود بالحقوق غير قابلة للتصرف وفق ما استقر عليه الفقه الدولي تلك الحقوق التي هي عبارة عن قواعد أمرة لا يجوز انتهاكها ولا التنازل عنها ولا الاتفاق على مخالفتها في كل الأحوال".

[50] منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.11.

ويعنى مصطلح "التمييز ضد المرأة" أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل.

فهذه المادة، لا تختلف عن المادة الأولى من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، ولكنها جاءت أكثر شمولية ووضوحا وتفصيلا في تحديدها لمفهوم "التمييز ضد المرأة"، حيث أنها، شملت كل تمييز يمس بحقوق المرأة كإنسانة متساوية مع الرجل في مجال حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وبالتالي يعتبر أي تمييز ضد المرأة في هذا الشأن، من قبل دولة طرف في الاتفاقية مخالفا لأحكامها، ومثيرا للمسؤولية الدولية ضدها[51].

ويمكن القول، إن تحديد هذه المادة لمعنى مصطلح"التمييز ضد المرأة"، والتعريف عنه بشكل واضح وصريح وشامل، يجعل المرأة قادرة على معرفة حقوقها بالكامل وهذا على أساس مساواتها مع الرجل، وإدراكها ووعيها للمخالفات التي تمس بها، فتستطيع بذلك حمايتها والدفاع عنها بالوسائل المشروعة والقانونية، مستمدة في ذلك إلى أحكام هذه الاتفاقية الدولية، بالإضافة إلى المواثيق الدولية لحقوق الإنسان[52].

ونستخلص من خلال منطوق هذا النص، أن الاتفاقية تهدف إلى التماثل التام بين الذكر والأنثى، ولا يمكن أن يحدث التماثل أبدا في كل شيء، فهذه الحقيقة كونية وشرعية، ولا يمكن أن تكون المساواة تماثل والتماثل مساواة.لأن الله سبحانه وتعالى خلق الذكر والأنثى وجعل العلاقة بينهما علاقة تكامل وليست علاقة تماثل.

ويدعم ذلك قول عباس محمود العقاد في تعليقه على دعوة التماثل:"إنه من اللجاجة الفارغة أن يقال:"إن الرجل والمرأة سواء في جميع الحقوق وجميع الواجبات

[51] سعدي محمد الخطيب، مناهضة العنف الأسري بين التشريع والواقع، المرجع السابق،ص.80 وما يليها.

[52] سعدي محمد الخطيب، مناهضة العنف الأسري بين التشريع والواقع، المرجع السابق،ص.81.

لأن الطبيعة لا تنشئ جنسين مختلفين لتكون لهما صفات الجنس الواحد ومؤهلاته وأعماله، وغايات حياته"[53].

أما الشريعة الإسلامية عندما تنادى بالمساواة حقا أصيلا لكل إنسان فإنها تقرر هذا الحق في نطاق الفطرة الإنسانية الخالصة من غير جنوح بالواقع البشري إلى ما يصادم العقل، أو يناقض الطبيعة ويحيد بهما عن معالم المنهج الأمثل وحدود الطريق السوي[54].

إن مجموعة من التحديات التي طرحت على المستوى الدولي من أجل تكريس مبدأ عدم التمييز ضد المرأة، يشمل كل مجالات الحياة –اجتماعية،اقتصادية،ثقافية– دون استثناء النصوص القانونية التي أقرها المشرع الجزائري وخاصة أحكام قانون الأسرة .

عرفت الأحوال الشخصية تحولات جوهرية في مجال تنظيم العلاقات الزوجية، هذا التحول جسد إرادة المشرع الجزائري في إقحام الزوجة في مجال إدارة الشؤون الأسرية، وكان هذا نتاج لاختيار تشريعي لا يتعارض واتفاقية سيداو، التي تعتبر الوعاء الدولي النموذجي الجامع لكل حقوق المرأة، فاعتمدت الجزائر التّصديق كوسيلة أساسيّة ورسميّة للالتزام بالاتفاقية[55]، مع إبداء تحفظات على المواد 02 و2/9 و4/15 16 و29.[56] وعلى نقيض ذلك، أبدت لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز

[53] مقتبس عن المدغري عبد الكبير العلوي، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، ط1، مطبعة فضالة، المغرب،1999، ص.155.

[54]رشا حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية،ج1،ط1، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2008، ص.21 وما يليها .

[55] صادقت عليها الجزائر في 1996/01/22 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96–51 المؤرخ في 1996/01/22، ج ر06 المؤرخة في 1996/01/24،ص.4 .

[56] الأمر رقم96–03، المؤرخ في 10 يناير 1996، يتضمن الموافقة مع التحفّظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ج.ر،ع 3، المؤرّخة في 14 يناير 1996، ص.15 .

المادة 2: تعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أنها على استعداد لتطبيق أحكام هذه المادة بشرط عدم تعارضها مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

المادة 9، الفقرة 2: تود حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن تبدي تحفظاتها بشأن أحكام الفقرة 2 من المادة 9 التي تتنافى مع أحكام قانون الجنسية الجزائري وقانون الأسرة الجزائري.

ضد المرأة[57]، عما يساورها من قلق إزاء تمسك الدولة الطرف(الجزائر) بتحفظاتها للمواد2و 2/9و 4/15 و16[58].

بينما سحبت الجزائر تحفظها بخصوص الفقرة 2 من المادة 9 تبعا لتعديل قانون الجنسية سنة 2005، في حين أصبح التحفظ على الفقرة 4 من المادة4 بدون مفعول

فقانون الجنسية الجزائري لا يسمح للطفل باكتساب جنسية الأم إلا عندما يكون:

– الأب إما غير معروف أو عديم الجنسية؛

– الطفل قد ولد في الجزائر لأم جزائرية وأب أجنبي ولد في الجزائر.

وعلاوة على ذلك، فبموجب المادة 26 من قانون الجنسية الجزائري، يجوز للطفل الذي يولد في الجزائر لأم جزائرية وأب أجنبي لم يولد على الأرض الجزائرية، أن يكتسب جنسية الأم بشرط عدم اعتراض وزارة العدل على ذلك.

وتنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على انتساب الطفل لأبيه من خلال الزواج الشرعي.

وتنص المادة 43 من ذلك القانون على أن "الطفل ينتسب إلى أبيه إذا ولد في غضون الأشهر العشرة التي تعقب تاريخ انفصال الأب عن الزوجة أو تاريخ وفاته".

المادة 15، الفقرة 4: تعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن أحكام الفقرة 4 من المادة 15، المتعلقة بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها وسكنها، ينبغي ألا تفسر على نحو يتعارض مع أحكام الفصل 4 (المادة 37) من قانون الأسرة الجزائري.

المادة 16: تعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور المتعلقة بالزواج أثناء الزواج وعند فسخه على السواء، ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري .

المادة 29: إن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة 1 من المادة 29، التي تنص على أن أي خلاف ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية، ولا يسوى عن طريق المفاوضات، يعرض، بناء على طلب واحدة من هذه الدول، للتحكيم أو على محكمة العدل الدولية.

فحكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية ترى أنه لا يمكن عرض أي خلاف من هذ ا القبيل للتحكيم أو على محكمة العدل الدولية إلا بموافقة جميع أطراف النزاع.

[57] نصت المادة 17 من الاتفاقية على:" إنشاء لجنة لمكافحة التمييز ضد المرأة، بهدف دراسة مدى التقدم المحرز من قبل الدول الأطراف في شأن تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية".

[58] نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر(CEDAW/C/DZA/ 2) في جلستيها 667 و688 المعقودتين في 11 يناير2005 الفقرة 23، ص.4. http://hrlibrary.umn.edu/arabic/DZA-CEDAW2005.html أطلع عليه بتاريخ 2019/08/13 على ساعة 14 سا00

بحكم تعديل نص المادة 37 من قانون الأسرة، وبينما تناول المادة 29 حكما اجرائيا وليس موضوعيا[59].

كما تلاحظ اللجنة أن التحفظات على المادتين 2 و16تتعارض مع هدف الاتفاقية ومقصدها[60]، إن المادة 2 أساسية فيما يتعلق بموضوع الاتفاقية وغرضها، ولا يمكن للممارسات التقليدية أو الدينية أو الثقافية أن تبرر خرق الاتفاقية. واللجنة مقتنعة بالقدر نفسه بأن التحفظات على المادة 16 سواء أتم إبداؤها لأسباب وطنية أم تقليدية أم دينية أم ثقافية لا تتماشى مع الاتفاقية، ولهذا فهي غير مسموح بها ويجب مراجعتها وتعديلها أو سحبها[61].

وفي نفس السياق تسعى الأمم المتحدة على تشجيع إيجاد سبل ووسائل لمعالجة العدد الكبير جدا من التحفظات التي أبديت على الاتفاقية. وينبغي للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، في جملة أمور أن توصل استعراضها للتحفظات على الاتفاقية. ويرجي بإلحاح من الدول أن تسحب التحفظات التي تخالف موضوع الاتفاقية والغرض منها أو التي تخالف في غير هذا الوجه القانون الاتفاقي الدولي[62].

حيث تقوم هذه اللجنة بالسهر على تطبيق أحكام الاتفاقية، وذلك عبر تقارير تقدمها الدول الأطراف عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية وغيرها من أجل تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية، وعن التقدم المحرز في هذا الصدد، وعن العوامل والصعوبات التي تؤثر في كيفية تطبيقها. تقدم هذه التقارير في غضون سنة من بدء تنفيذ الاتفاقية بالنسبة للدولة المعنية، ثم كل أربع سنوات على الأقل، وكلما طلبت

---

[59] عبادة أحمد، التحفظات الجزائرية على اتفاقية "سيداو" من منظور القانون الدولي العام ، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي ،الجزائر،2020،م 07،ع 02،ص.89.

[60]نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر(CEDAW/C/DZA/ 2)، المرجع السابق، ص.4. http://hrlibrary.umn.edu/arabic/DZA-CEDAW2005.html أطلع عليه بتاريخ 2019/08/13 على ساعة 14 سا00

[61] منظمة العفو الدولية، التحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: تقويض حماية المرأة من العنف في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، رقم الوثيقة :IOR 2004/009/51 بتاريخ 2004/11/03

[62] عروبة جبار الخزرجي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط 2،دار الثقافة،عمان الأردن،2012، ص.377 .

اللجنة ذلك[63]، ووفقا لتوجيهات وتعليمات وضعتها اللجنة يجب أن يتضمن كل تقرير جزءين:

الجزء الأول:يتضمن تقديم الإطار العام لتطبيق الاتفاقية والإجراءات القانونية التي اتخذتها دول الأطراف لتنفيذ الاتفاقية، كما يتضمن تقديم المؤسسات والسلطة المكلفة بتطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين، والطرق والوسائل القانونية المستعملة لحماية النساء، والسياسات المتوخاة للنهوض بأوضاع النساء ولتمكينهن من التمتع بحقوقهن[64].

أما الجزء الثاني من التقرير، فيحتوي على معلومات تتعلق بعرض التدابير الدستورية والقانونية والإدارية والإجراءات المتبعة لتطبيق مواد هذه الاتفاقية والصعوبات التي تعرقل تطبيقها[65]. كما تقدم اللجنة تقريرا سنويا عن أعمالها إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بواسطة المجلس الاقتصادي والاجتماعي، وبدوره يحيل الأمين العام تقارير اللجنة إلى لجنة مركز المرأة لغرض إعلامها.

وانطلاقا من هذا، يعد تطبيق أو نفاذ المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الداخلي، مسألة متوقفة على الأخذ بالإجراءات الداخلية، أي عدم التطبيق التلقائي، فالأمر يتوقف على تدخل السلطات المعنية باتخاذ إجراءات لتطبيق المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الداخلي، أي يعود ذلك لطبيعة النظام الدستوري المطبق، حيث أخذت الجزائر على عاتقها تنفيذ الاتفاقية وإدماج أحكامها في تشريعها الداخلي عملا بنص المادة 154 من الدستور الجزائري"إن

---

[63] المادة 18 فقرة 1 (ب) من الاتفاقية .

[64] فتوح عبد الله الشاذلي،الحقوق الإنسانية للمرأة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية ،ط2، النهضة العربية، القاهرة، مصر،2016، ص .60.

[65] الحبيب الحمدوني،حفيظة شقر،حقوق الإنسان للنساء بين الاعتراف الدولي وتحفظات الدول العربية،ط1،مركز القاهرة للدراسات حقوق الإنسان، القاهرة ، 2008،ص. 7 .

المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"[66].

كما لا توجد قاعدة في القانون الدولي العام تؤدي بطريقة تلقائية إلى إلغاء قاعدة قانونية داخلية تخالفها أو على الأقل تتعارض معها عند التطبيق، وعليه إن نفاذ المعاهدات الدولية في القانون الداخلي نقطة التماس من الدول الوطنية المستقلة والمجتمع الدولي، لذلك يعتبر هذا الموضوع حساسا مما يلحق ضررا كبيرا بالسيادة الوطنية ، فإن الدولة المسؤولة يمكن أن تقوم بتحمل التعويض أو بتقديم الترضية الملائمة وتظل القاعدة أو النص الداخلي والمخالف لنص في المعاهدة الدولية سارية إلى أن يتم إلغاؤه أو تعديله بواسطة الدولة المعنية[67].

أما إذا كانت عولمة النظام الأسري تهدف إلى تحويل الأسرة إلى أسرة عالمية تتوحد فيها المفاهيم والقيم، وتحكمها مبادئ عالمية واحدة، فتحل أحكام الاتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق المرأة مقام أحكام القوانين الداخلية التي تنظم الأسرة في الدول العربية، التي لها سمات وملامح تميّزه عن باقي القوانين، وذلك مرّده إلى الأصل الذّي انبثق عنه وهو الشريعة الإسلامية، والتّي تعتبر أحكاما صالحة في كل زمان ومكان، فإن هذا يثير إشكالات جديدة فيما يخص أحكام الأسرة التي تتعلق بمختلف مراحل دورة حياة الأسرة عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله، وأهم هذه الإشكالات ما تعلق منها بالمساواة التامة بين الزوجين.

حيث عرفت الجزائر أثناء الحقبة الاستعمارية، سلسلة من القوانين التدخل في قانون الأسرة الإسلامي ونظام العائلي الجزائرية، والتي نذكر منها على سبيل المثال

---

[66] الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996،ج.ر رقم 76 ،المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002،ج.ر رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002،و بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008،ج.ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008 ، والقانون رقم 16 -01 مؤرخ في 6 مارس 2016 المعدل و المتمم، ج.ر، ع 14 ، المؤرخة في 04 مارس 2016، مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 هـ،الموافق لـ 30ديسمبر2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر2020،ج ر82، المؤرخة في 30 ديسمبر2020.

[67] خيرجة ميلود، انفاذ المعاهدات الدولية في القانون الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر،2015، ص.178.

قانون 02 ماي 1930 والمتعلق بالخطبة وسن الزواج، ومرسوم 19 ماي 1931 والمتعلق باوالة القانونية للمرأة الجزائرية ، والأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 والمتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي، والقوانين الصادرة في 11 جويلية 1957 والمتعلقة بأحكام المفقود والوصاية واوجز وكيفية اثبات الزواج والأمر الصادر في 4فبراير 1959 والمرسوم الصادر في 17 سبتمبر 1959 المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر[68].

وبعد الاستقلال مباشرة فقد استعصى على المشرع وضع نصوص تنظم كل المسائل الأسرية لقلة الكوادر، ومن ثم لم يبق للجمعية التأسيسية إلا وضع قانون صدر في 31 ديسمبر 1962، نصت بمقتضاه بأن كل القوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي تبقى سارية المفعول فيما عدا التي لها طابع عنصري أو ماسة بسيادة الدولة، وعليه فإن مسألة الزواج والطلاق تصبح خاضعة بمقتضى هذا القانون إلى الأمر الصادر في 4 فيفري 1959. حيث جعل من الفقه الإسلامي أساسا لقوانينه وتشريعاته، تحقيقا للإستقلال القانوني، وبعثا للنهضة التشريعية بهدف التخلص من عيوب التبعية القانونية، واستكمال مقومات الشخصية الوطنية، بإحلال القوانين الوطنية محل القوانين الأجنبية[69].

هذا اتجاه أصيل وعقلاني لسد الفراغ القانوني والتشريعي وخلق نهضة حق وقية شاملة، بتطوير المنظومة التشريعية وإرساء دعائم استقلالية القضاء وسيادة دولة القانون[70] عن طريق القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة[71]. حيث أصبح هذا الأخير محل جدال فقهي حاد لأنه لا يتماشى والتطور مع حقوق المرأة، واعتبره تمييزا

[68] جرادة لخضر،التطور القانون الأسرة الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية،2019،ع21،ص.84.

[69] حليمة آيت حمودي، الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،2001،ع3،ص123.

[70] الطيب بلعيز، إصلاح العدالة في الجزائر، دار القصبة، الجزائر،2008، ص. 46 وما يليها.

[71] قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في09 رمضان 1409هـ الموافق ل 09 جوان 1984، ج.ر24، الصادرة بتاريخ 1984/06/12،ص.910.

مجحفا في حقها وأنصفاً للرجل على حساب المرأة [72]، ولم يكتفي أنصار هذا الاتجاه بتوجيه الانتقادات داخل الوطن، بل تعالت أصواتهم حتى في الملتقيات والمؤتمرات الدولية كما حدث في المؤتمر الدولي للسكان المنعقد بمصر سنة 1994، والمؤتمر الدولي الخاص بالمرأة المنعقد في بكين سنة 1996، حيث طالبوا ومازالوا يطالبون السلطات المختصة بالتدخل لإلغاء هذا القانون لأنه في نظرهم رجع بالأسرة الجزائرية إلى القرون الوسطى، وإصدار قانون جديد يساوى بين الرجل والمرأة في الحقوق والحريات[73]. فأما التزامه بأحكام الشريعة الإسلاميّة، يعبر عن أصالة ووجدان الشعب الجزائري، بحيث ما يمكن عدّه خروجا عنها نادر شاذّ منتقد، مخالف لمنهجه العامّ، أملته ضغوط وأهواء، وضعف الصائغين عن حَبْك أحكامه بما يستقيم مع منهج الشريعة إذ يعتبر هذا انتصاراً على المتشككين في أحكام الشريعة الإسلامية لا تصلح أن تكون قانوناً يمكن تطبيقه في الواقع العملي[74].

حيث أشار ممثل الجزائر لدى لجنة القضاء على أشكال التميز ضد المرأة:"أن الجزائر ملتزمة التزاما راسخا بمواكبة العصر وتحقيق التقدم. وأشار إلى أن من أولويات بلده المواءمة التدريجية لتشريعاته الوطنية مع أحكام الاتفاقية"[75]. كما أضاف أن قانون الأسرة يشكل الأداة الأساسية لتنظيم العلاقات الأسرية؛ وقد تحتمت مراجعته لأنه لم يشهد أي تعديل منذ عام 1984[76].

وتجسيدا لهذه المبادئ تم إنشاء لجنة لمراجعة قانون الأسرة، لإدراج التكيفات اللازمة التي أصبحت تحتويها التحولات الاقتصادية والاجتماعية وحتى الثقافية.

---

[72] زمام نور الدين، بن قفة سعاد، قانون الأسرة بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة الباحث العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،الجزائر، 2012، م4،ع7، ص.163.

[73] عبد الفتاح تقية،الإشكاليات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون الأسرة رقم 84-11،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،جامعة يوسف بن خدة، الجزائر،2003،م41،ع2، ص.84.

[74] مراد كاملي، قيمة الأسرة ومكانتها في التشريعات الوضعية(قانون الأسرة الجزائري نموذجا)، أعمال الملتقي الدولي التاسع، قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، المنعقد يومي 18-19 نوفمبر 2018، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1،ص.154.

[75] نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر(CEDAW/C/DZA/ 2)، الفقرة10، المرجع السابق،ص.3 .

[76] نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر(CEDAW/C/DZA/ 2)،الفقرة 09،المرجع نفسه.ص.3.

والمتكونة من52عضوا، تابعة لوزارة العدل برئاسة رئيس المحكمة العليا[77]، واتخاذ إجراءات لمواءمة التشريعات الوطنية مع تطور القانون الدولي، وإعادة النظر في مواجهة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية[78].

ليكون صدور الأمر رقم05-02[79] المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة في موعده ليجسد واحدا من الالتزامات الكبرى من أجل ترقية الخلية العائلية عموما ووضعية المرأة على وجه الخصوص، الذي هو باكورة إصلاحات اقتضتها حاجيات اجتماعية. وهو ما جعل المشرع يتجه نحو تعديل المواد القانونية التي تم تقنينها من قبل وتعويضها بنصوص أخرى بديلة. غير أنه بالرغم من أن السلطة التشريعية هي التي قامت بوضع قانون الأسرة، فإن تلك التعديلات تمت بمقتضي أمر صادر عن رئيس الجمهورية نظرا لما أثارت مواضيعها من جدل في مختلف الأوساط الاجتماعية حول مدى تماشي عدد من نصوصها لأحكام الفقه الإسلامي[80]. غير أن الطريقة التي تم بها التعديل لم يستحسنها البعض، نعني ذلك صدور هذا التعديل بأمر دون أن يعطي فرصة لممثلي الشعب لمناقشته أو إبداء رأيهم فيه[81].

ولعل الحافز الذي أدى بنا إلى الخوض في قضية المرأة واتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، هو أن المرأة ظلت تعاني العديد من المظالم والتجاوزات، وتخضع لأصناف من عوامل القهر بكافة أشكاله، كذلك شكلت المرأة ومازالت تشكل مجالا خصبا للكتابة حيث حظت المرأة بمكانة بارزة داخل جميع الثقافات وعبر كل

---

[77] محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء،مجلة الدراسات الفقهية والقضائية،جامعة الوادي، ديسمبر 2015،ع1، ص.143.

[78] نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر(CEDAW/C/DZA/ 2)،الفقرة 7،المرجع السابق.ص. 2.

[79] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005،ج.ر 15،الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005،ص.18، المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1409هـ الموافق ل 09 جوان 1984.

[80] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2010، ع10،ص .105 .

[81] حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري،مجلة الحقيقة،جامعة أدرار،2005 ، ع6، ص.232.

العصور، التي لم تتوقف عملية البحث عن حلول لها مما يؤكد آدمية المرأة ويقرر كرامتها ويمكنها من أداء رسالتها الإنسانية الخالدة.

أما اختيار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، يرجع الأمر لأهميتها من حيث تعتبر المرجعية الأساسية لحقوق المرأة ومساواتها المطلقة مع الرجل، وكذلك الجدل الكبير التي أثارته هذه الاتفاقية بين فقهاء القانون والباحثين، رغم مرور زمن طويل على التصديق عليها، إلا أن النقاش مازال قائما حولها بين من يعتبرها خطوة هامة في ترقية حقوق المرأة وحمايتها من أنواع التمييز، وبين من يعتبرها منافية لخصوصيات المجتمع الجزائري في عاداته وتقاليده وأعرافه.

من ثم، تسعى هذه الدراسة إلى تقديم إضافات نوعية بمدى تغيير المركز القانوني للمرأة في انعقاد الزواج وآثاره، وكذلك تغييره في انحلال الزواج وآثاره في ظل تعديلات النصوص القانونية التي أقرها المشرع الجزائري في الأمر 05-02؛ وهذا بعد الضغوط من المدافعين عن حقوق المرأة وتكريسا لالتزامات الجزائر بموجب الاتفاقيات التي صادقت عليها في مجال الإعمال الوطني لحقوق المرأة وتكريس حقوقها.

كذلك، كونها محاولة لتقديم المزيد من الإسهامات العلمية، التي يمكن أن تساعد على بيان انعكاس إلغاء التحفظات عن اتفاقية سيداو على الأسرة الجزائرية، وذلك من خلال أحكامها وموادها التي تفرض على الدول الأطراف اتخاذ تدابير تشريعية من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة، وكون الاتفاقية تتسم بالطابع الإلزامي جعلتها تكتسب مكانة هامة في سلم المصادر التي بني عليها المشرع الجزائري تشريعاته الوطنية، ولذلك فقد كان لهذه الاتفاقية عدة آثار على المنظومة التشريعية الجزائرية، وهذا في إطار الإصلاحات الوطنية التي شرع فيها المشرع الجزائري.

وأيضا إبراز أهم النقاط الخاصة بفرض المساواة بصفة مطلقة وتحرر المرأة، وما سينجر عنه من فساد وانعدام الوازع الديني في الأسرة والمجتمع الواحد، أما إذا كان هناك تقيد لجماح هذا المبدأ بالإبقاء على تلك التحفظات لاتفاقية سيداو على غرار بعض التشريعات العربية التي رفعت تلك التحفظات، وبهذا نكون قد حافظنا على سلامة الأسرة والمجتمع من الانحلال.

إضافة إلى محاولة تسليط الضوء على تعديل مواد قانون الأسرة ومدى تكيفها مع مقتضيات اتفاقية سيداو، ومدى انسجام هذا التكييف مع خصوصية الأسرة والمجتمع الجزائري، اللذين تحكمهما الشريعة الإسلامية والأعراف والتقاليد بالدرجة الأولى.

كذلك تهدف الدراسة إلى عرض مختلف آراء الفقهاء والعلماء المعاصرين حول المساواة بين الزوجين، وهذا دون تحيز إلى أي رأي كان أو اتجاه، كما لا يمكن أن نقف ضد المرأة في محاولتها لاسترداد حقوق غائب عنها لترفع الحيف والتمييز ضدها.وإذا كانت هذه النصوص تتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها، إلا أن الكثير منها يتعارض معها، وهو يتضمن مجموعة قيم لمنظومة غربية يراد فرضها على بقية المجتمعات ومنها الإسلامية، وهو ما يتعارض مع ما ينبغي أن تتضمنه نصوص القانون الدولي من قواسم مشتركة. لتأكيد صلاحية التشريع الإسلامي للتطبيق في كل عصر حتى يرث الله الأرض ومن عليها [82]، مع الوقوف على مزاياه في المرونة ومسايرة الواقع والتكيف مع المستجدات والقدرة على الاستيعاب لكل ما هو نافع وصالح ومفيد للإنسانية.

فضلا عن الوقوف على صياغة المشرع الأسري الجزائري لتلك التعديلات، والإلغاءات لبعض مواده بهدف إقرار عدم التمييز ضد المرأة بصفة عامة والزوجة بصفة خاصة من جهة، ومن جهة أخرى استقراء النصوص التي صيغت بطريقة عامة، أظهر بعض النقائص والعيوب والثغرات القانونية وأحيانا عدم انسجام بعض نصوصه، هذا مما أدى بنا إلى الرجوع إلى الفقه الإسلامي، وتفسير بعض النصوص عن طريق الاجتهاد القضائي لوضع بعض الاقتراحات عن طريق القياس والاستنباط، من خلال تبيان أوجه الصواب والخطأ في تكريس مبدأ المساواة سواء أثناء قيام ميثاق الزوجية أو بعد انحلاله.

[82] تشوار جيلالي، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين،مجلة الإحياء،كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر،2001،ع04،ص.213.

بالفعل فقد كان لتصديق الجزائر على هذه الاتفاقية عدة آثار وانعكاسات على المنظومة التشريعية بين إقرار المساواة بين الجنسين وخاصة قانون الأسرة الجزائري، والتحفظ على بعض بنودها، هذه الحقيقة تجرنا إلى طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى أثرت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في بعض أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري؟ وماهي انعكاساتها على ذلك من حيث المساواة بين المرأة والرجل؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية، هناك عدة أسئلة:**ما هي نقاط توافق بين تنقيح الأمر05-02 واتفاقية سيداو نحو تكريس مبدأ المساواة بين الزوجيين؟ هل النصوص القانونية المعدلة تمكنت فعلا من إلغاء أشكال التمييز ضد المرأة؟ هل وفق المشرع الأسري الجزائري في الحفاظ على ثوابت قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية مع الضغوطات الدولية في إحداث المساواة المطلقة؟ أم أنه اعتداء على خصوصية المنظومة القانونية الداخلية فقط؟**

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة الاعتماد على المناهج العلمية، حيث تتطلب إجلاء الغموض عن الإشكالية المطروحة أكثر من منهج، المنهج التحليلي لدراسة وتحليل بنود اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة وأحكام الشريعة الإسلامية من جهة، ونصوص قانون الأسرة التي تتماشى وتتعارض مع الاتفاقية من جهة ثانية، أما عن المنهج المقارن فسيكون متواجد لقيام بموازنة لما توصلت إليه من نتائج بعد التحليل بعض النصوص الواردة في الميثاق ولاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وبين التدابير التشريعية في قانون الأسرة ، لاستنتاج ما أمكن استنتاجه من اتفاق أو اختلاف يخدم الموضوع، والمنهج الاستنباطي من أجل الوصول إلى تفسيرات منطقية لها دلائل وبراهين تمنحنا القدرة على وضع أطر محددة للمشكلة، والتاريخي الذي يسمح بتتبع والتطور الذي شهدته نصوص قانون الأسرة لنقدها والتوصل إلى النتائج المرجوة، وأخيرا المنهج الاستدلالي عند الاستشهاد ببعض الآيات القرآنية والأسانيد الشرعية من أحاديث. وسعيا للإجابة على الإشكاليات المطروحة، تم تقسيم الموضوع إلى بابين:

الباب الأول: القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في بعض أحكام الزواج.

الباب الثاني: القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في بعض أحكام الطلاق

الباب الأول

القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في بعض أحكام الزواج

إذا ألقينا نظرة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، نلاحظ أنها تلزم الدول بالعمل على القضاء على أي فوارق بين الرجل والمرأة في مجال التشريع الأسري، باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي يحكم العلاقات الأسرية. ولا تراعي هذه الاتفاقية كغيرها من النصوص التي تتضمنها المنظومة القانونية الدولية خصوصيات النظم القانونية الأخرى، في محاولة منها لتوحيد الإطار القانوني في مجال حقوق المرأة دون مراعاة تلك الخصوصيات، وهو ما يفسر من جديد مسألة محاولة تعميم قيم منظومة قانونية غربية على قيم منظومات قانونية أخرى[83].

لذلك نحاول أن نتطرق إلى مجالات المساواة بين الرجل والمرأة، بغرض الارتقاء بمركز المرأة استجابة لاتفاقية سيداو، ومحاولة المشرع الأسري بلورة مسألة التمييز والتدابير المتعلقة بتحقيق المساواة بينهما، وهذا وفق التدابير القانونية المتخذة في الجوانب الشخصية لعقد الزواج والمنسجمة مع مقتضيات اتفاقية سيداو(الفصل الأول)، ثم نبحث في مسار إعمال المادة 16 فقرة ح1 من الاتفاقية في عقد الزواج وذلك من خلال التدابير القانونية المنسجمة مع مقتضيات اتفاقية سيداو على الجوانب المالية لعقد الزواج (الفصل الثاني).

الفصل الأول

التدابير القانونية المتخذة في الجوانب الشخصية لعقد الزواج والمنسجمة مع مقتضيات اتفاقية سيداو

يتضح جليا أن الدفاع عن مبدأ مساواة المرأة مع الرجل في الحقوق والواجبات وعن حقها في المشاركة في إدارة شؤون الأسرة والمجتمع، فيه إسهام ايجابي في صياغة مستقبله، لا يعني بأي حال من الأحوال افتعال معركة بين الرجال والنساء، وإنما يعني بالضرورة عدم تعطيل نصف المجتمع الذي يمثله النساء من

[83] حوية عبد القادر، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بين مفهوم المنظومة القانونية الدولية وخصوصيات المجتمعات الإسلامية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر،2015،ع6، ص.97.

النمو والابتكار والإبداع، فالمجتمعات التي تقهر النساء وتستبعدهن من الإسهام في إدارة شؤون مجتمعهن وفي تنميته وتحصرهن في أدوار محدودة، هذه المجتمعات هي التي تخسر في النهاية نصف طاقتها[84].

في هذا الصدد، وتفاديا لاستغلال وضعية المرأة ومنعا للمزايدات السياسية والإيديولوجية، ونظرا للتحديات المعاصرة، تعددت الإجراءات والوسائل الوقائية الدولية التي تهدف إلى ضمان تمتع المرأة بحقوقها وحرياتها الأساسية، وإن كان مصدره القوانين أو الأنظمة أو الأعراف أو الممارسة الفعلية التي تشكل عنفا وتمييزا ضد المرأة مما يؤدي إلى انتهاك حقوقها الإنسانية[85].

وتجدر الإشارة إن الرسالة الإسلامية قد حررت المرأة وأعطت لها حقوقها موضحة مكانتها، كما كلفتها بواجبات تتلاءم وطبيعتها كامرأة، غير أنه لا يزال عندنا النقاش يجتد حول بروز المرأة كعضو فعال في المجتمع، وأنها أقل قيمة من الرجل وليس لها وجود إلا من خلال إنجاب الأطفال، وأكثر ما يعمل المحيط الاجتماعي على تقوية وتعزيز هذا الاعتقاد حتى عند المرأة نفسها[86].

الأمر الذي يقودنا إلى التفصيل في مسألة تكريس رضا المرأة في إبرام عقد الزواج، وتوحيد السن لكلا طرفي العقد، ومحاولة منا لإيجاد نوع من التوازن في تعديل أحكام الولاية بحيث لم تعد المرأة الراشدة خاضعة عند زواجها لولاية أحد الذكور من أفراد أسرتها، وإلزامية توثيق عقد الزواج للحد من الزواج العرفي، وهذا ضمن حظر كل تمييز اتجاه المرأة لضمان المساواة مع الرجل عند إبرام عقد الزواج (المبحث الأول).

ثم التعرض إلى إلغاء مظاهر التمييز اتجاه المرأة بسبب حالتها كزوجة من ناحية التدابير المستحدثة على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين مع إلغاء

---

[84] يوسف حسن يوسف، حقوق المرأة في القانون الدولي والشريعة، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، عمان، الاردن،2013،ص.253.

[85] فتوح عبد الله الشاذلي،الحقوق الإنسانية للمرأة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية،المرجع السابق،ص.36 .

[86] أشرف خليفة السيوطي،الحقوق السياسية الغائبة للمرأة المسلمة،ط1،الوراق للنشر والتوزيع،عمان، الأردن،2014، ص.77.

واجب الطاعة، إضافة إلى تقييد تعدد الزوجات بمجموعة من الشروط الصارمة التي تجعله مستحيلا تقريبا(المبحث الثاني).

المبحث الأول

حظر كل تمييز اتجاه المرأة لضمان المساواة

مع الرجل عند إبرام عقد الزواج

تدعو اتفاقية سيداو، بوضع التدابير والحلول والإجراءات التي يجب على الدول اتخاذها من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة. وعلى دول الأطراف القيام بإلغاء كل القوانين القائمة التي تشكل تمييزا ضدها وعدم مساواتها مع الرجل في المجال الأسري من أي مؤسسة أو منظمة أو شخص[87]. حيث أكدت المادة 16من الاتفاقية مسألة الزواج، ونص على تساوي الجنسين في حق الزواج وضرورة قيام على الرضا الخالي من الإكراه واختيار الزوج، وضمان الحقوق الزوجية في إبرام عقد الزواج عند قيامه وعند إنهائه، كما أكد حق الأسرة بالتمتع بحماية الدولية والمجتمع[88]. ومن ثم فإن التمييز ينبغي القضاء عليه بشتى الوسائل القانونية، إذ يستوجب اتخاذ جميع التدابير، بما في ذلك التشريع لإبطال الأحكام واللوائح والأعراف التي تقر التمييز بين الرجل والمرأة[89].

على الرغم من التحفظات على اتفاقية سيداو، يتبين لنا أن المشرع الجزائري أدخل فعلا بعض التعديلات الهامة، يغلب عليها طابع التوسط، وكان من الممكن حقا

---

[87] منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2007، ص.269 وما يليها .

[88] عبد الغاني محمود،القاعدة العرفية في القانون الدولي العام،ط 1، دار النهضة العربية،القاهرة، 1990،ص.10.

[89] تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية،كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2011،ع12، ص.01.

أن تكون هذه التعديلات أكثر جرأة وأكثر استجابة لمطامح المرأة داخل الأسرة الجزائرية[90] .

وفي هذا السياق، فإن تفعيل بنود اتفاقية سيداو لضمان حقوق المرأة في المساواة مع الرجل في الجوانب الشخصية لانعقاد الزواج، جعل المشرع الجزائري اعتماد ركن الرضا هو ركنا وحيدا في عقد الزواج (المطلب الأول)، مع بسط صور المساواة في شروط عقد الزواج (المطلب الثاني)، إضافة إلى التدابير المتعلقة بالأحكام الإجرائية لعقد الزواج (المطلب الثالث).

المطلب الأول

صور المساواة في ركن عقد الزواج

يحظى الزواج بأهمية بالغة في الشريعة الإسلامية، بل وفي القوانين الوضعية أيضا، حيث يعتبر من أسمى العقود المدنية وأعظمها شأنا وأبعدها أثرا في حياة الفرد وفي بناء المجتمع[91]. مما درج الناس على ألا يقدموا على إنشاء هذا العقد إلا بعد سبق تفكير وروية وتدبر وحيطة. ولم يغفل الشارع الحكيم تلك الخطوة، بل رسم للإنسان معالم الطريق ليسير على هديها قبل إبرام العقد إبرام نهائيا، لكي تنشأ الرابطة الزوجية على أقوم حال، وعلى خير الأسس، فتدوم العشرة، ويشيع الوفاق، ويعم الصفاء والوئام[92].

الزواج عقد متين أنعمه الله تعالى على الناس لإنشاء صلة قوية تجمع بين طرفي العقد على هدى من الآيات القرآنية والتوجيهات النبوية[93]، لأنه عقد متعلق بذات الإنسان ونسبه، وشرط هذا العقد رضا المتعاقدين كسائر العقود الصحيحة ولكنه يسمو

---

[90] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج ،ج1،ط 6،ديوان المطبوعات الجامعية،2010،ص.25.

[91] محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية،ع 24، مراكش،المغرب،د.س.ط، ص.13.

[92] بدران أبو العينين بدران،أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط 2،دار المعارف،القاهرة،1964،ص.27.

[93] أمجد رمضان فحلة،خصائص التشريع الأسري في الإسلام، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، 2012، ع1، ص.33.

عليها جميعا بما أفرغه الله عليه من طبيعة" **الميثاق الغليظ**" ويكفي في الدلالة على ذلك التكريم أن كلمة ميثاق لم ترد في القرآن إلا تعبيرا عن المعاهدة بين الله وعبده في موجبات التوحيد[94]، لقوله تعالى﴿ وَٱذۡكُرُواْ نِعۡمَةَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَمِيثَٰقَهُ ٱلَّذِي وَاثَقَكُم بِهِۦٓ إِذۡ قُلۡتُمۡ سَمِعۡنَا وَأَطَعۡنَاۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمُۢ بِذَاتِ ٱلصُّدُورِ ٧ ﴾[95].

وضمانا لعدم المساس بحرية الزواج، اقتضى ضرورة تمتع الشخص بالإرادة الحرة والكاملة في الإقدام أو الإحجام عن إبرامه، وفي اختيار الشريك دون قيد تحت فعل التهديد أو الإكراه، لأن الزواج وتكوين أسرة حق لكل شخص، بصرف النظر عن جنسيته أو أصله أو دينه[96].

فالحياة الأسرية في الإسلام، أن يكون لكل من الرجل والمرأة زوجٌ يأنس به، ويأنس إليه، فهي الجماعة الاجتماعية التي يولد فيها الفرد ويتم تنشئته الاجتماعية ليتحول إلى شخص قادر على التكييف مع المجتمع بكل قيمه وعاداته وتقاليده[97]، فأضفى على الأسرة صبغة القداسة،أحاطها بسياج يحميها و بحصن متين يقيها[98].

فالزواج نظام قانوني يحكم تلك العلاقة بين الرجل والمرأة، حتى لا تكون علاقة الرجل بالمرأة الجنسية مجرد استفراغ للشهوة، دون أن تتحقق المعاني السامية من تشريعه[99].

---

[94] محمود المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر،2006، ص.27 .

[95] سورة المائدة ، الآية 7.

[96] منادي مليكة، حرية في الزواج، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، الجزائر،2016،ع6، ص.11.

[97] رشدي شحاتة أبوزيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، ط1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية،مصر،2007 ، ص.266 .

[98] أحمد محمود قعدان، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بأحكام فقه الأسرة مع تحليل نماذج من النوازل الفقهية، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2012 ، ص. 24 .

[99] أحمد محمد مصطفي نصير، حقوق المرأة وواجباتها، دار النهضة العربية، القاهرة،2011 ،ص.224 .

وعلى هذا أساس، يعرف الزواج على أنه: عقد بين رجل وامرأة، يترتب على إبرامه مباشرة حل استمتاع كلا من الزوجين لآخر على الوجه المطلوب شرعا، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات اتجاه الطرف الآخر[100].

فهذا التعريف يفيد أن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر متى تم العقد، فلا يحل لأحد أن يتمتع بها، ما دام العقد قائما ولو حكما، أما الزوجة فيحل لها التمتع بزوجها دون أن تختص بذلك التمتع، إضافة إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما.

إن تكريس حرية الزواج يتطلب توفير الأرضية الملائمة التي تضمن الرضا التام، فاتفق فقهاء الشريعة والقانون وكذا الاتفاقيات الدولية بما فيها اتفاقية سيدا،على أن الرضا هو الركن الأساسي في إبرام عقد الزواج .

ويعرف الركن على أنه الجانب القوي من كل شيء، وهو عماده وملاكه الذي يقوم به ويستند إليه ويمسكه، كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك بناءه[101].

ذهب الحنفية إلى القول بأن"ركن عقد النكاح هو الصيغة، أي الإيجاب والقبول الدالان على إرادة العاقدين، وينعقد عقد النكاح بلفظين ماضيين، أو بلفظين أحدهما ماض والآخر مستقبل كقوله زوجني فيقول زوجتك، سواء كانت الصيغة لفظا أو كتابة، أو إشارة مفهومه صادرة من شخص غير قادر على النطق"[102]. أما المالكية فذهبوا إلى القول:" بأن أركان عقد النكاح، الصيغة أي الإيجاب والقبول، والولي والمحل أي الزوجان، والصداق أي المهر"[103]. وقال الشافعية:"أركان عقد النكاح

---

[100] الكشبور محمد، الوسيط في شرح مدونة الأسرة،ط2، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب،2009، ص.147.

[101] جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب، الجزائر،1987،ص.36.

[102] عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،د.س.ط، ص.82؛الكاساني علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1986،ص.229.

[103] محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل،ج3، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص.172؛ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق الشيخ عليش،ج 2، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان،د.س.ط، ص.220.

خمسة: زوجان وولي وشاهدان صيغة أي الإيجاب وقبول والصداق"[104]. وقال الحنبلية:"أركان عقد النكاح ثلاثة أحدهما الزوجان الخاليان من الموانع،الثاني الإيجاب،الثالث القبول،لأن ماهية النكاح مركبة منها، ومتوقفة عليهما"[105].

وعليه اتفق كل الفقهاء على ركنية الرضا في النكاح، على خلاف في التسمية بينهم، ولما كان وجوده يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه، اقتصر أكثرهم في بيان أركان الزواج على قولهم أركان النكاح الإيجاب والقبول[106].

واختلفوا أيضا ما الذي يكون أولا هو الإيجاب أو القبول، فذهب الحنفية إلى أن الإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد العاقدين، سواء أكان الزوج أم الزوجة، أما ما يصدر ثانيا من الطرف الآخر فهو قبول، وذهب الجمهور إلى أن الإيجاب هو ما يصدر من الولي أو من يقوم مقامه، أما القبول فهو اللفظ الدال على الرضا الصادر من الزوج[107]. والراجح بعد التأويل هو رأي الحنفية[108].

أما اختلافهم حول أركان عقد الزواج، بينهم بناء على اختلافهم في مفهوم الركن.فقول الحنفية إن أركان عقد الزواج الصيغة فقط خلافا للفقهاء الآخرين القائلين بوجود أركان أخرى غير الصيغة جعل الخلاف بينهم خلاف شكليا؛ لأن الصيغة–الإيجاب والقبول–لابد لها من شخصين يصدر عنهما الإيجاب والقبول، وهما العاقدان ولابد لهما أن يقعا على المعقود عليه أي الزوجة، فتبين إن الخلاف بينهم صوري[109].

---

[104] تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسني الحصني الديمشقي الشافعي، كفاية الخيار في حل غاية الاختصار،ج2، ط2، دار المعرفة، بيروت، لبنان،ص.355؛ أبو العباس أحمد بن أحمد بن سلامة القيلوني وأحمد الراسي عميرة، حاشية القيلوني وعميرة على المنهاج،ج3، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان،ص.328 .

[105] البهوتي منصور بن يونس الحنبلي، كشاف القناع على متن الإقناع،ج،ط15،دار عالم الكتب، بيروت، لبنان،1983، ص.37.

[106] ظافر بن حسن العمري،موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج3، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، العربية السعودية، 2012، ص.129.

[107] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ،ج8،الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989، ص.81.

[108] عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي(حقيقة العقد ومشروعيته)،ج1،ط1،1993،ص.104.شبكة الألوكةwww.alukah.net أطلع عليه 2020/10/31 على ساعة 05 سا 00 د.

[109] أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الإسكندرية،2011، ص.64 .

إن القضاء على كافة مظاهر التمييز ضد المرأة هو الموضوع الأساسي للاتفاقية، وفلسفتها القانونية التي تصبو إلى تحقيقها. ولما كان الرضا أمرا باطنيا في الحقيقة، لابد من معرفة إلى أي مدى ساهمت اتفاقية سيداو وخاصة المادة 16 منها في تفعيل وتكريس رضا المرأة في إبرام عقد الزواج ؟ وهو ما سيتم تبيانه في الفرع الآتي.

الفرع الأول

تكريس رضا المرأة في إبرام عقد الزواج

جاءت الاتفاقيات الدولية لتنادي بحق المرأة في الرضا بالزواج دون شرط أو قيد، وتكوين الأسرة للحفاظ على كيان المجتمع واستمرار الحياة بين الزوجين بعلاقة مقدسة وحظرت كل تمييز ضدها. ولكل من الرجل والمرأة ممن أدركهما سن البلوغ الحق في الزواج وتكوين أسرة[110]، وبذلك يكون القانون قد جارى ما هو مقرر اجتماعيا[111].

كما كفل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للرجل والمرأة حق الزواج بشرط بلوغ سن الزواج، حيث نصت المادة2/16 منه:"لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضا كامل لا إكراه فيه". ومن حق كل إنسان أن يكون أسرة، بدون قيد بسبب الجنس أو الدين ويجب على الدول أن تضع القوانين لضمان الحقوق المتساوية للزوجين يبرم عقد الزواج برضا الطرفين ولا يجوز إكراههما على ذلك.

وجاء نص المادة 16 فقرة (أ) و(ب)[112] من الاتفاقية، حق اختيار الزوج بملء حريتها وعدم التزوج إلا بمحض رضاها الحر التام.

---

[110] ريم صالح الزين، الحماية القانونية للمرأة في ضوء أحكام الاتفاقيات الدولية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2012،ص.214 .

[111] أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2010،ص. 20 .

[112] 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 :

(أ) نفس الحق في عقد الزواج ،

أما اتفاقية الرضا في الزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج[113]، فجاء فيمادتها الأولى"لا يتم الزواج قانونا دون الرضا الكامل والحر لكلا الطرفين اللذين يعبران عنه شخصيا بصفة علنية أمام السلطة المختصة بعقد الزواج وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون".

ويبدو، أن جل النصوص الدولية تضمن حق الرجل والمرأة في قبول أو رفض الزوج الآخر بحرية تامة، وبهذا تكون هذه المواد قد مست الرضا في الزواج ليكون في اختيار الشريك تكريسا لمبدأ المساواة دون تمييز.

وفي نفس الموضوع أشار الأستاذ أحمد محمد مصطفي نصير" إن للبالغين من الذكور والإناث حق التزويج وتكوين أسرة، وحقوقا متساوية على صعيد الزواج، وإن الزواج لا ينعقد إلا برضا الطرفين المزامن لزواجهما رضا كاملا لا إكراه فيه"[114].

وبهذا لم يهدر الشارع الحكيم رأي المرأة بمن لا ترضاه ولو كان كفؤا لها، واختيارها لمن سيكون قرينها قد يكون أمرا حيويا بالنسبة لنجاح الحياة الزوجية أو فشلها، لذلك أعطت الشريعة الإسلامية المرأة حق اختيار الزوج[115]، عن عائشة رضي الله عنها قالت:"سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْجَارِيَةِ يُنْكِحُهَا أَهْلُهَا، أَتُسْتَأْمَرُ أَمْ لَا؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ :ﷺنَعَمْ، تُسْتَأْمَرُ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ:فَقُلْتُ لَهُ: فَإِنَّهَا تَسْتَحِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ :ﷺفَذَلِكَ إِذْنُهَا، إِذَا هِيَ سَكَتَتْ"[116] .

وهو الشيء نفسه الذي سار عليه المشرع الأسري الجزائري في مسألة رضا المرأة في الزواج، حيث عمد إلى جملة من التعديلات بخصوص أحكام إبرام عقد الزواج وهذا تفاديا للإشكاليات التي يمكن أن تثار في هذا الإطار، وهو ما نصت عليه المادة

(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل ".

[113] عرضتها الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع و التصديق بقرارها(أ1763)،(د17)المؤرخ في 1963/11/07، تاريخ بدء النفاذ 1964/12/09 وفقا للمادة 6 منها .

[114] أحمد محمد مصطفي نصير، حقوق المرأة وواجباتها، المرجع السابق،ص.221.

[115] محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها دراسة فقهية تأصيلية، ط1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض،العربية السعودية،2002، ص.148 .

[116] عبد الله محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري،كتاب النكاح باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما رقم 5136،ط1،دار التقوى،القاهرة،مصر،2012،ص.655 .

4 من قانون الأسرة على أن "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة"، حيث اقتصر على الرضا الذي يتم بين الزوجين، وليس بين الزوج وولي المرأة، بعدما كان النص الأصلي يكتفي بالتنصيص على أنه"عقد يتم بين رجل وامرأة "، مما يؤكد كل التأكيد أنه لابد من رضا المرأة الصريح لإتمام الزواج[117].

وبالتالي يلاحظ أن المشرع أراد أن يؤكد على أن الزواج يتم برضا كل من الرجل والمرأة ترسيخا وتكريسا منه للمساواة بينهما فيما يتعلق بإبرام هذا العقد. لاسيما وأنه من بين الانتقادات التي وجهت لقانون الأسرة في هذا الإطار على أنه قانون تمييزي يمس بمركز المرأة حيث لا يعترف لها بالأهلية الكاملة[118].

وتجدر الإشارة، أن المادة 4 من قانون الأسرة قد أشارت إلى المتعاقدين وهما الرجل والمرأة، فلا يصح الزواج إلا إذا اختلف جنس المتعاقدين. فالاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي يضع حدا لمبدأ سلطان الإرادة في الزواج، إذ بدونه لا تقوم قائمة للعقد وهو ما أكده المشرع من خلال تعريفه لعقد الزواج في نفس المادة، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب. ومع ذلك من المستحسن لو أنّ المشرع ينص على الركن البيولوجي كركن ضمن المادة 9 من نفس القانون، والتي اشتملت على ركن الرضا حتى لا يعتقد أنّ هذا الأخير هو الركن الوحيد لعقد الزواج[119].

إذ أن الاختلاف في الجنس هي مسألة جوهرية عند المشرع الجزائري، ومن ثَم فخلافاً لما هو عليه في بعض الدول الغربية فالمشرع لا يعترف إلا بالزواج التام بين شخصين من جنسيين مختلفين، أما العلاقة القائمة بين رجلين أو امرأتين لا يمكن تكييفها عقد زواج، وفي هذا إنكار صريح لأي نوع من أنواع العلاقات غير الشرعية بما فيها العلاقات الجنسية المثلية والتي تصفها القوانين الوضعية "بالشذوذ". ولم يتوقّف

---

[117] تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك،المرجع السابق،ص.12 .

[118] لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري،ط2، دار هومة، الجزائر،2006، ص.29.

[119] خدام هجيرة، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري لمؤسسة الزواج، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2020،م5،ع2،ص.34.

عند عدم الاعتراف قانونا بالشذوذ الجنسي، إنّما تعدّاه إلى توقيع عقوبات صارمة على كل من يمارس هذه الأفعال بموجب المادة 338 منه، الناصة على "أنّ معاقبة كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه، بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دج"[120].

والغريب في الأمر أنّ فئات عديدة من المجتمع الآن تدافع عن هذا النوع من العلاقات، راكضة وراء إرضاء المجتمع الدولي، وهذا على غرار لما جاءت به الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي سمحت بزواج المثلين، وخاصة اتفاقية بكين لسنة1995، ويلاحظ أن بعض التشريعات الأوربية عرفت عقد الزواج على أنه عقد بين شخصين دون ذكر جنسهما، وهو ما سمح لتشريعات الدول مثل هولندا وبلجيكا أن تقرر جواز إبرامه بين مثلين[121].

كما جاء في توصية عامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأُسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية)، "يقع على عاتق الدول الأطراف الالتزام بالتصدي للجوانب التمييزية على أساس الجنس ونوع الجنس فيما يخص جميع الأشكال المختلفة للأسرة والعلاقات الأسرية. ويجب عليها أن تجابه التقاليد والمواقف ذات الطبيعة الأبوية وأن تتيح إخضاع القوانين والسياسات المتعلقة بالأسرة للتمحيص بنفس الدرجة التي تُولى للجوانب العامة للحياة الفردية والمجتمعية"[122]. لذلك لا يمكن إبرام عقد الزواج على علاقة قائمة من نفس الجنس، وهذا رفضا لكل أشكال

---

[120] القانون 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق 30 ديسمبر2015، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-165 المؤرخ في 8 يونيو 1966،والمتضمن قانون العقوبات ،ج.ر،ع71، المؤرخة في 30ديسمبر 2015.

[121] بن عيسى لخضر،حقوق المرأة بين قانون الأسرة الجزائري والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران،2009/2008،ص.10.

[122] اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، توصية العامة بشأن المادة16من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة،(الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية)؛ CEDAW/C/GC/29 – 30/10/2013، ص .5 .

الفوضى والشذوذ الجنسي[123]. ومن صوره إرضاء للشهوة والإباحة المفرطة للذة الجنسية ، وإتيان الرجال فيما بينهم أو النساء فيما بينهن، حتى أن بعض المجتمعات التي تدعو المدنية اعتبرت الشذوذ أحد أنواع الأنكحة المتعارف عليها بين الناس[124].

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل شمل التعديل نص المادة 09 من قانون الأسرة الناصة على: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، أما نفس المادة قبل التعديل كانت تنص على أن" يتم عقد الزواج، برضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصداق "حيث اعتبر المشرع هذه العناصر مجتمعة أركانا للعقد، بعد اختزل المشرع الأسري أركان الزواج في الرضا كركن وحيد.

إضافة إلى المادة 10 الفقرة 1 من قانون الأسرة: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من طرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"،على أن ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وبقبول من الأخر، وكل عقد زواج اختل فيه الإيجاب والقبول يعتبر باطلا[125]، فالإيجاب هو تعبير الصادر أولا عن أحد العاقدين للدلالة على انفراد إرادته بإنشاء العقد، والقبول هو ما يصدر عن الطرف الثاني للدلالة على انفراد إرادته بقبول ما أوجبه الطرف الأول، أي توافق إرادتين على احداث أثر قانوني[126]. وعلى غرار باقي العقود المدنية الأخرى، لا ينعقد الزواج إلا بتراضي طرفيه، فرضا الأطراف المتعاقدة لا يظهر إلا بالتعبير عنه بالصيغة التي تدل دلالة

---

[123] منادي مليكة، بطلان عقد الزواج في القانون الجزائري،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2000،ص.41.

[124] أمجد رمضان فحلة، خصائص التشريع الأسري في الإسلام، المرجع السابق، ص.341.

[125] المادة 33 من قانون الأسرة.وكذلك قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه"ولما أعلنت الطاعنة من البداية عدم رضاها عن الزواج فإن القبول يكون منعدما، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد مما يجعله قابلا للإبطال، ولما قضى قضاة الإستئناف على المستئانفة بإتمام إجراءات الزواج يكونون قد اجبروها على تنفيذ عقد باطل وخالفوا بقضائهم القانون"؛ محكمة العليا،غ.ا.ش، 2000/07/18، ملف رقم 821942، المجلة القضائية 2003، ع 2، ص.267 .

[126]أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام،ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ط، ص.118.

واضحة على الرضا في الزواج بدون التقييد بألفاظ مخصوصة، من أجل إحداث أثر قانوني معين إعمالا له، والأثر القانوني هنا هو إنشاء رابطة زوجية مشروعة .

وهذا ما يقودنا إلى كيفية التعبير عن الإرادة للمقبلين على الزواج، على الرغم من إتساع مفهوم العنف ضد المرأة سواء العنف الجسدي والنفسي، ليشمل الحرمان من الحقوق الساسية أو حتى التعبير عن هذه الحقوق، فقد كان من جملة ما أعتبر عنفا في حقها إكراهها على الزواج بمن لا ترغب فيه، وهو الأمر الذي نتج عن التسلط في استعمال الأولياء الحق على من تحت ولايتهم في غير المصلحة التي شرع من أجلها[127].

ترى منظمة الأمم المتحدة أن الزواج القسري ما هو إلا اِنْتِهاكُ صريح لحقوق الإنسان، لأنه يتعدى على أبسط حقوق الأفراد واستقلاليتهم. وينص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن للمرأة مطلق الحرية في اختيار الزوج المناسب، دون قهر أو إجبار، وأن هذا الأمر جوهري لا يمكن التهاون فيه؛ نظرًا لارتباطه بصورة مباشرة بحياتها الخاصة، مستقبلها، وكرامتها.

حيث يجب أن تكون هذه الإرادة ظاهرة لا باطنة أي بالقول أو بطريقة أخرى نص عليها المشرع تفيد معنى الموافقة، والأصل أنه يشترط في التعبير عن الإرادة شرط خاص بحيث ينبغي أن يكون هذا التعبير عن طريق الكلام، ويستنتج من هذا أن المشرع بمقتضى المادة 10 من قانون الأسرة التي تنص في الفقرة 1 على أنه "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً"، بينما إذا كان الشخص غير قادر على الكلام فقد أجازت الفقرة 2 من المادة 10 عن إمكانية التعبير عن الإرادة إما بالكتابة أو الإشارة.

كما أن الإرادة ينبغي أن تكون خالية مما يعيبها، وهذا يعني أنّ الإرادة إن كانت مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه تعتبر إرادة معيبة تهدد مصير عقد الزواج، لكن نظرية

[127] رحال عبد القادر، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية،جامعة الجزائر2016،1،ع11،ص.166.

عيوب الرضا لا يمكن أن نأخذها بعين الاعتبار بكاملها في إطار عقد الزواج، ومن ثم لا يمكن اعتبار الاستغلال بنوعيه عيباً من عيوب الإرادة[128].

حيث يعتبر الإكراه عيباً من عيوب الإرادة في الزواج ، كل ضغط يولّد في نفس المتعاقد رهبة وخوف شديد، يدفعه إلى الإقرار والقبول بالمتعاقد الآخر، ما كان ليتعاقد معه لو عاد الأمر لاختياره[129]، فالإكراه بجانبيه المادي والمعنوى يمس بقاعدة حرية الإرادة في إبرام العقود، وما يشترط في الإكراه هو أن يكون الدافع الذي دفع بأحد المتعاقدين إلى إبرام عقد الزواج[130].

أما الغلط يعرف بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على إعتقاد غير الواقع، قد يكون الغلط جوهريا أيضا إذا وقع في شخصية المتعاقد أو في صفة من فاته وكانت هذه الشخصية أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد[131]، ويشترط في الغلط لكي يكون عيب في الإرادة المبرمة لعقد الزواج أن يكون متعلقا بالشخص أو في صفة من صفاته الأساسية التي هي محل إعتبار في التراضي.

أما التدليس[132]،غلط مستثار يقع فيه المتعاقد نتيجة الحيل التي يستعملها المتعاقد الآخر، فيتصوّر الأمور على غير حقيقتها بحيث لو علم بها لما أقدم على التعاقد مما يجعل العقد قابلاً للإبطال[133]. ويقع التدليس في حالة إذا ما انتسب شخص لعائلة معينة

---

[128] بوخاتم آسية،آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج "دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية"،مجلة القانون والعلون السياسية،المركز الجامعي النعامة،2017،م3،ع2،ص.49.

[129] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1 ،ط2 ، دار الهدى، الجزائر، 2004،ص.191.

[130] نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام،ج1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص.183.

[131] بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء لفقه والقضاء،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص.49.

[132] بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، فإن التدليس وفقا للمادتين 86 و87 هو التضليل أو تمويه للحقيقة، باستعمال طرق الإحتيالية للوصول إلى غرض غير مشروع باستخدام الخديعة والغش أو مجرد السكوت لاخفاء الحقيقة لدفع الطرف الآخر للتعاقد

[133] توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت،1992،ص.144.

فإذا وجدته من عائلة أخرى، كذلك تكون الإرادة معيبة إذا تزوجت امرأة من شخص تظنه غير متزوج فإذا وجدته غير ذلك[134].

والإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ولكنها لم تصدر عن نية واختيار، ولذلك فهي لا تحول دون وجود التصرف إنما يكون لمن عيبت إرادته أن يطلب بطال هذا التصرف أي يكون قابل للإبطال[135].

والأصل في نظرية الإكراه ما ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِ ﴾[136]، وقوله تعالى أيضا:﴿وَلَا تُكۡرِهُواْ فَتَيَٰتِكُمۡ عَلَى ٱلۡبِغَآءِ إِنۡ أَرَدۡنَ تَحَصُّنٗا لِّتَبۡتَغُواْ عَرَضَ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا وَمَن يُكۡرِههُّنَّ فَإِنَّ ٱللَّهَ مِنۢ بَعۡدِ إِكۡرَٰهِهِنَّ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴿٣٣﴾ ﴾[137]، كما ورد في السنة الشريفة، عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول اللهﷺ قال:" **إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**"[138].

حيث تطرق الفقه الإسلامي إلى الزواج المشوب بإكراه تحت مصطلح الإجبار والإكراه، الا أن الفقهاء اختلفوا في نفاذ عقد زواج المرأة البالغة في حالة الإكراه في قولين:

- القول الأول: ذهب **الحنفية**[139]إلى القول الإكراه على النكاح يقع، لأنه تصرف قولي يستحيل فيه أن يكون المكره آلة للمكروه.

---

[134] الخمليشي أحمد، التعليق على الأحوال الشخصية،ج2،ط1، دار النشر المعرفة، الرباط، 1994، ص.128.

[135] بلعربي خالدية دليلة،آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق سعد حمدين،جامعة الجزائر،2015/2014،ص.37.

[136] سورة البقرة الآية .256.

[137] سور النور الآية.33.

[138] حديث حسن رواه ابن ماجة والبيهقي وغيرهما، السخاوي، المقاصد الحسنة، ج8 ، دار الفكر العربي، بيروت، 1982، ص.250.

[139] الكاساني علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، المرجع السابق،ص.182.

- القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من **المالكية**[140] **والشافعية**[141] **والحنابلة**[142] إلى القول إن الإكراه على النكاح يؤدي لفساد العقد، والعقد غير لازم بعد زوال الإكراه ولا تترتب عليه آثار شرعية.

ومع غياب نص في قانون الأسرة حول التدليس في العقد يمكن تطبيق نص المادة 86 من قانون المدني، فيكون الزواج فيه قابلا للإبطال، ويحق للمتضرر المدلس عليه طلب التعويض، فالدفع بالتدليس أمر يتعلق بصحة العقد، أي البحث عما كان رضا المتعاقد سليماً أو معيباً.

وفي أحدث قرار للمحكمة العليا حيث جاء في ما يلي:"لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول"[143]. هذا اجتهاد سليم ومنطقي، فلا يمكن قيام عقد زواج دون رضا صاحبته. فهنا يكون رضاها معيبا لأنها لا تتمتّع بحرية كاملة وبإرادة مستقلة تجعلها تختار بكل حرية إبرام العقد أو عدم إبرامه.

إن قانون الأسرة جاء خاليا من القواعد التي تنظم موضوع عيوب الإرادة، وعليه على المشرع الأسري تدارك هذا النقص التشريعي، وحتى لا يبقى القاضي مشتتا بين مواقف الفقه الإسلامي المتشعبة مما يصعب من مهامه.خاصة مع كثرة انتشار الحيل والخديعة والكذب والتضليل واخفاء الحقيقة.

وتكريسا لمبدأ الرضائية في عقد الزواج وحماية المرأة في زواجها برضاها الحر فقد ألغى المشرع الأسري الوكالة في عقد الزواج، بموجب المادة 18 التي تنص صراحة على إلغاء المادة 12و20 من قانون 84-11 الذي كان يبيح أن ينوب عن

---

[140] ابن تيمية تقي الدين، أحكام الزواج،تحقيق محمد عبد القادر عطا،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص.101.

[141] سعد الدين بن عمر بن عبد الله،التلويح إلى كشف حقائق التنقيح،ج2،ط1،دار القلم، بيروت، لبنان، 1998، ص.57.

[142] أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي،المغني،ج7، ط3، دار عالم الكتب، للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، العربية السعودية،1998، ص.431.

[143] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2008/03/12 ،ملف رقم 415123،المجلة القضائية، 2008،ع2، ص.275 وما يليها.

الزوج وكيلا له في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة، ونظرا إلى أن هذا الإجراء ينافي والهدف المرجو من إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، والذي يوجب عليه التأكد من توفر شروط العقد ومن بينها وأهمها ركن الرضا الذي يكون العقد باطلا دون توفره. وبإلغاء المادة 20 أوجب المشرع أن يصدر الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر[144].

وهذا لأن الزواج من العقود التي تبنى على الاعتبار الشخصي، والتي تستلزم توفر الرضا التام والحرية الكاملة، فإن مفهوم الوكالة قد لا ينسجم كثيرا مع طبيعة هذا العقد، وإلغاء الوكالة هو توخي للحيطة من طرف المشرع ضمانا لرضا المرأة التام وهناك من انتقد عدم السماح للمرأة بالزواج بالوكالة في حالة لو لم تسعفها الظروف لمباشرة العقد بنفسها[145].

إن إلغاء الوكالة في إبرام عقد الزواج هو تكريس لمبدأ الرضائية، وهذا يعني أن حضور الطرفين يكون إجباريا دون تدخل أي وسيط أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وهنا وجب أن يعرب كلاهما عن موافقتهما في إبرام هذا الزواج.

إن إصرار المشرع الأسري الجزائري على مبدأ المساواة في إبرام عقد الزواج وتكريس رضا المرأة فيه، ماهو إلا تنفيذا لما أقرته المادة 16 من الاتفاقية وترضية الجمعيات النسوية، وهو ما ترجم في تقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، "أصبح الرضا في إبرام عقد الزواج عقدا توافقيا يتطلب موافقة زوجي المستقبل، وإذا تم على خلاف ذلك من أحد طرفين أو الطرفين معا يكون الزواج عرضة للإلغاء، كما رتب ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإنابة"[146].

---

[144] وحياني جيلالي، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 05-02 على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة طاهر مولاى، سعيدة،الجزائر،2016، م2،ع7،ص.237.

[145] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008،ص.71.

[146] التقرير الجامع للتقريرين الثالث والرابع، مقدم من طرف الجزائر لدى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 2009/05/18،(CEDAW/C/DZA/3-4)،ص.18.

وعلى نقيض ابرام عقد الزواج بالوكالة، يعتبر عقد الزواج بين غائبين عن طريق نقل الصوت والصورة أي عقد الزواج الإلكتروني[147] ، حيث أثرت الوسائل الحديثة على الأسرة بشكل كبير وواضح مما جعل كلا من الشريعة والقانون تطرح عدة تساؤلات حول مدى جواز استخدام هاته الوسائل في القضايا الأسرية من زواج وطلاق وأحكام أخرى متعددة؟

عقد الزواج بين غائبين مشافهة عن طريق الانترنت صورة جديدة لم يكن لها وجود في العصور السابقة، لذلك يعتبر غير مصيب ذلك الوسيط الذي حمل كلام الموجب الى الطرف الآخر، فقبل المحمول إليه الزواج نطقا لأن كلا من العاقدين في هذه الصورة لم يسمع الآخر ولم يكلمه بل سمع كلام الناقل فحسب. وهذا اختلف الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:إجازة عقد النكاح مشافهة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، حيث تجعل هذه الوسائل المتباعدين مكانا حاضرين حكما يتخاطبان وهما بعيدان كأنهما حاضران، ومن بينهم المعاصرين من أجاز عقد النكاح مشافهة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة بدران أبو العينيين بدران، ومصطفي أحمد الزرقا، ومحمد عقلة [148].

القول الثاني: وبعض منعوا عقد الزواج بطريق الوسائل الحديثة ومن هؤلاء اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية، وقالوا بأنه يمكن

---

[147] عقد الزواج الإلكتروني هو ذلك العقد الذى يبرم بين الزوج والزوجة عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة عن طريق الكتابة أو المشافهة، والوسائل الإلكترونية الحديثة قد تكون كتابية مثل الفاكس أو الرسائل البريدية والإنترنت والإيميلات وقد تكون شفهية مثل الهاتف النقال أو الشاشات الإلكترونية .

[148] بدران أبو العنيين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت،لبنان،1998،ص.40، محمد عقلة، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة،ط1،دار الضياء للنشر والتوزيع،عمان الأردن،1987، ص113، مصطفى الزقا ، المدخل الفقهي العام،ط2،دار القلم،دمشق،2004،ص09.

أن يدخل خداع أحد العاقدين للطرف الآخر، أن عقد النكاح يجب أن يحتاط فيه مالا يحتاط في غيره لحفظ الفروج والأعراض[149].

وعليه، إن إقرار المشرع الجزائري في التعديل الأخير بالكتابة والإمضاء الإلكترونيين كأدلة إثبات لا يعني أنه يقر بالوسائل الإلكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة، فهو لم يمنح لها بذلك الشرعية القانونية يلاحظ أن هذا الرأي ناتج عن تخوف أصحابه مما يمكن أن ينجر عن استعمال وسائل الاتصال الحديثة من مخاطر متعددة ، فهو يدعو إلى تدخل المشرع الصريح لسد الفراغ الموجود فيما يخص عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، وإدراج قوانين ونصوص خاصة به تتلاءم وطبيعة إجراء عقد الزواج الكترونيا، متى توافرت شروطه ونكفل تنظيم الإجراءات اللازمة لذلك.

بعد معالجتنا لوجوب رضا المرأة في إبرام عقد الزواج، فهو لا يؤثر سلبا على الأسرة بل بالعكس يخدمها، لأنه متى كان عقد الزواج مبنيا على إرادة حرة ورضا غير معيب، ضمن أسرة مبنية على أساس متين. ولكن اذا تخلف ركن الرضا في إبرام عقد الزواج. فما هو جزاؤه؟

الفرع الثاني

جزاء تخلف ركن الرضا

الزواج من أهم التصرفات التي يقوم بها الشخص في حياته، ولهذا كانت حاجة العلاقة الزوجية للعقد ملحة وضرورية من أجل ضمان سلامة الأسرة وبناءها عن طريق الإرادة الحرة، على أن تنطبق إرادة كل منهما مع الآخر؛ فالزواج من العقود الفورية حيث تسري آثاره على الطرفين بمجرد إبرامه[150].

---

[149] مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 مارس 1990م،https://iifa-aifi.org أطلع عليه يوم 2021/11/08 على الساعة 05سا 00 د.

[150] وحياني جيلالي، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 05-02 على ضوء الاتفاقيات الدولية،المرجع السابق، ص.230.

إن وجود التراضي لا يكفي إذن لينتج آثاره، بل لا بد أن يكون هذا التراضي صحيحا، وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدرت الإرادة من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام الزواج، من ثم فإن السن الكامل تكمل الأهلية، وأما إذا كان سن الشخص ناقصا فتكون إرادته مختلة وتصرفه يكون قابلا للإبطال لنقص الأهلية [151].

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار ولم يحلون به الدخول، وإذا تم الدخول فلقد إتفق على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنى، لكن اختلف حول وجوب إقامة حد الزنا عليهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف يقولون بإقامته في حين الحنفية ترى بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما[152].

أما من الناحية القانونية، تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا[153] في نص المادة 1/33 من قانون الأسرة، على أنه" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، وإن المادة 33 فقرة ثانية منه نصت على حالات الإجازة دون ذكر ضمنها حالة وجود الخلل في الرضا، وإذا اختل فإن هذا الخلل المتمثل في نقص أهلية المتعاقد سيؤثر حتما على الزواج ذاته الذي لا يمكن إجازته بعد الدخول، لأن هذه الإجازة قد اقتصرها المشرع عند انتفاء شرط الولاية أو الصداق أو الشهادة دون ركن الرضا. وبناء على ما جاء في هذه المواد فإنه يقع باطلا كل زواج تم إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه الأهلية القانونية ولم يحصل مسبقا على الإذن القضائي[154].

---

[151] قد اعتبر قانون الأسرة هذه الحالة أن العقد يتوقف على إجازة الولي، المادة 83 من قانون الأسرة.

[152] حسن حسن منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية أحكام عقد الزواج بين الفقهاء وأحكام القضاء، م2، مطبعة سامي، مصر،د.س.ط، ص.119؛ البري زكريا، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،دار النهضة العربية، القاهرة،د.س.ط، ص.118 وما يليها.

[153] لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لعيوب الإرادة بالتفصيل، مما استوجب اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني طبقا للمادة 2/82 والمواد من 86 إلى 88، وعموما فإن العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي:الإكراه،الغلط،التدليس.

[154] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟،المرجع السابق، ص.112.

وتأكيدا على ذلك جاء في قرار المحكمة العليا" إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ، بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون".[155]

إلا أن في ظل قانون 84-11 كان هناك خلط واضح ما بين فكرة الركن في العقد، وما يعتبر شرطا فيه، حيث رتب على اختلال هذه الأركان فسخ العقد وهذا في الحقيقة لا ينسجم من الناحية القانونية لأن الفسخ يعني أن العقد مستجمع لجميع أركانه، وهو ما حاول المشرع الجزائري تداركه والذي أبقي على ركن وحيد في عقد الزواج وهو الرضا لتبقى العناصر الأخرى المنشئة له مجرد شروط صحة، وهي الأهلية، والولي، والصداق، والشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية. ليضع بذلك حدا فاصلا بين ما يعد ركنا وما يعد شرطا في عقد الزواج[156]. وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها وجاء نصه" إن عقد الزواج مبني أساسا على الرضا وهو ركن من أركانه"[157].

وتجدر الملاحظة، أن المشرع الجزائري لم ينص على كيفية إبطال عقد الزواج، ولا على من له الحق في طلب إبطاله، وكذا الإجراءات الواجب إتباعها. لذلك يرى الأستاذ سعد عبد العزيز أنه" إذا عقد الزواج بدون رضا أحد الطرفين، فإنه يجوز له أو ممن له المصلحة أو من طرف النيابة العامة رفع دعوى أمام المحكمة لطلب إبطاله، على أن يرفق الطلب بكل الأدلة، يصدر الحكم بالبطلان مع الأمر بتشطيب عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية، ويكون الحكم الصادر في هذا الشأن حكما تقريريا لما هو قائم شرعا وقانونا"[158] .

---

[155] المحكمة العليا ،غ.أ.ش،بتاريخ 2001/02/21 ،ملف رقم 255711،المجلة القضائية، 2002،ع2، ص.425 وما يليها.

[156] شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية،2010،ص.50 وما يليها .

[157] محكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2008/03/12، ملف رقم 21514 ،المجلة القضائية 2008،ع1،ص.275 .

[158] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.189.

إن المبدأ الأساسي للاتفاقية هو أنها كفلت حقوق المرأة الإنسانية وحرياتها الأساسية على قدم المساواة مع الرجل في كافة المجالات، ولاسيما في شروط عقد الزواج، فهو تتويج للجهود الدولية والإقليمية والوطنية من أجل تحسين مركز المرأة وحمايتها قانونا على نحو متكافئ مع الرجل، وذلك سنتناول في المطلب الثاني صور المساواة في شروط عقد الزواج .

المطلب الثاني

صور المساواة في شروط عقد الزواج

لم يتوان المشرع الجزائري في حماية الأسرة وتكريس المساواة بين الزوجين، حيث تم تعديل بعض شروط عقد الزواج، مثل المساواة في سن الزواج بين الرجل والمرأة من جهة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى إسقاط المشرع ركن الولي في زواج المرأة الراشدة وأصبحت ولايتها في زواج القاصر لا متعدية (الفرع الثاني)، والتكريس القانوني للفحص الطبي قبل الزواج (الفرع الثالث).

الفرع الأول

توحيد سن الزواج

من الشروط الموضوعية لصحة الزواج شرط الأهلية، ونظرا لأهمية عقد الزواج وما يترتب عليه من أعباء، فقد فرضت الدول سنا لا يسوغ دونه الإقدام على الزواج، منعا لزواج الصغار، وروعي في تحديده الاعتبارات الخاصة بالنمو الطبيعي والأدبي في كل بلد من حيث الجنس، والطقس، والبيئة، ولعل هذا التقيد مرجعه اتفاقية سيدا والتي دعت إلى إعادة النظر في تحديد سن الزواج[159].

[159] المادة 2/16 من اتفاقية سيداو" لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي اثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا"؛ الجوفي مريم أحمد، القانون الواجب التطبيق على الزواج،دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر،1998، ص .3.

وقد بينت تقارير الدول الأطراف وجود بلدان تسمح بتزويج المرأة أو إعادة تزويجها قسرا بناء على العرف أو المعتقدات الدينية أو الأصول العرقية لجماعات معينة من الناس، وهناك بلدان أخرى تسمح بتدبير زواج المرأة لقاء مال أو نيل الحظوة، وفي بلدان أخرى يرغم الفقر المرأة على الزواج من أجنبي سعيا للأمان المالي[160].

إن تحديد سن معينة لأهلية الزواج، لم يكن معروفا لدى الفقهاء المسلمين وذلك لعدم ورود نص شرعي من القرآن والسنة يحدد سنا معينة لزواج الرجل والمرأة بصفة دقيقة واضحة، غير أنهم اشترطوا في الزواج البلوغ واجتهدوا في وضع علامات ومعايير كثيرة لإمكانية تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية الزواج من الفتى والفتاة، ومن هذه العلامات الاحتلام بالنسبة للرجل والحيض بالنسبة للمرأة، فهذه العلامات إن دلت على البلوغ فإنها تدل أيضا على النضج العقلي وتؤهل صاحبه لتحمل المسؤولية والتكاليف الشرعية[161].

وأمام هذا الوضع لنا أن نتساءل عن السن الذي يستطيع الشخص بمقتضاه أن يعقد زواجه؟ فهل يكفي البلوغ الطبيعي أو يشترط بلوغه سن معينة، وهل يستطيع الشخص عقد قرانه دون السن المشروط؟ للإجابة عن هذه التساؤلات يفرض علينا التطرق إلى موقف الاتفاقيات الدولية(أولا)، تم الفقه والقانون(ثانيا).

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية

تمنح الدول الأطراف للمرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينهما وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية. وكما تكفل للمرأة بوجه خاص حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة[162]. أما اتفاقية الرضا في الزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود

---

[160] وسام حسام الأحمد،حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص.179.

[161] كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2015/2014،ص.13 .

[162] عروبة جبار الخزرجي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص.423 .

الزواج[163]، فجاء في المادة الثانية منها" تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذا السن، ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما".

في هذا الإطار صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضي قرارها رقم 2018 بتاريخ 1نوفمبر1965 الخاص بالرضا في الزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، أنه يجب على دول الأطراف أن تتخذ "الإجراءات التشريعية لتحديد السن الأدنى للزواج الذي يجب في جميع الأحوال ألا يقل عن خمس عشرة (15) سنة". ويقول بن شويخ الرشيد:"نرى أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول تحت15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي"[164].

كما تستنكر اتفاقية سيداو زواج الأطفال في المادة 02/16، بيد أن الاتفاقية لم تحدد الحد الأدنى المقبول لسن الزواج، حيث ترى لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم21 بمناسبة جلستها الثالثة عشر عام 1994 على أن حق المرأة في اختيار من ستتزوج معه يجب أن يكون محل حماية ودعم من قبل القانون."أي أن السن الأدنى للزواج يجب أن يكون ثماني عشرة(18) سنة لكل من الرجل والمرأة، وإن الدول التي تسمح بسن زواج مختلف بين الرجال والنساء تخالف الاتفاقية"[165]، وتركت الحرية للدول فيما يخص تحديد هذه الأهلية، تم سمحت لها بإصدار ترخيص بالزواج قبل هذه السن مراعاة لمصلحة طرفي عقد الزواج .

ويعتبر عقد الزواج من التصرفات القانونية التي تحتاج إلى إدراك كامل لما يترتب عليه من آثار، ولذا يجب على العاقد أن يكون بالغا، والبلوغ المطلوب هو السن الذي يصبح فيه كل من الرجل والمرأة أهلا لتحمل المسؤولية، غير أن هذا السن يختلف حسب البلدان بتأثير بعض العوامل الجغرافية والبيولوجية. فبينما يبلغ أولاد

---

[163] عرضتها الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع والتصديق، أنظر ص 36 من هذه الأطروحة .

[164] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،المرجع السابق، ص.60.

[165] أمير فرج يوسف،موسوعة حقوق الإنسان الدولي،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،مصر،2008،ص.58.

المناطق القريبة من خط الاستواء في سن مبكرة(قبل الخامسة عشر)، يتأخر في بلدان المناطق الباردة لما بعد سن الخامسة عشر، وتجاه هذا الواقع اعتمدت أغلب التشريعات المدنية والدينية سنا يتجاوز غالبا سن البلوغ الحقيقي[166]. وعلى هذا الأساس، حضارت الاتفاقية أي أثر للزواج المبكر أو الخطبة المبكرة اللذان يتمان قبل بلوغ المرأة والرجل أو أحدهما الحد الأدنى للسن القانونية لها المنصوص عليها في التشريعات الوطنية للدول الأطراف[167]. إذن فما هو السن المناسب لزواج المرأة ؟

ثانيا: موقف الفقه والقانون

إن مسألة السن المناسب لزواج المرأة مرتبطة أساسا ببلوغ الصغير– حين بلوغه إياه– إذا لم تظهر أمارات البلوغ عليه قبل ذلك، أما إذا احتلم الصغير قبل بلوغه هذه السن أو ظهر حول العانة شعر خشن، أو حاضت المرأة أو حلمت فإنه يحكم بالبلوغ في ذلك السن الذي وجدت الأمارات فيه[168].

يؤدي انخفاض الحد الأدنى للسن القانونية لزواج الفتيات إلى تفويض قدرة المرأة على اتخاذ قرارات مستقلة بحياتها، بما في ذلك التعليم والعمل والأسرة، نظرا لوجود فجوة عمرية كبيرة بين الزوجين. وغالبا ما تجبر الفتيات اللواتي يتزوجن في سن مبكرة غالبا على التخلي عن التعليم، فضلا عن أن هذه الزيجات ربما تؤثر سلبا على صحة الفتاة وحتى حياتها مع وجود وفيات للأمهات والإصابة بالأمراض الناجمة عن الحمل المبكر. ونتيجة لذلك يكون استقلال المرأة الاقتصادي مقيدا وتطوير مهارتها محدودا، مما يقلل من حصولها على فرص عمل والتأثير سلبا على أسرتها[169].

فلا شك في تزويج الصغيرات دون سن البلوغ فيه من الاستخفاف بأمر الزواج ما يصل إلى درجة إهدر قيمة الحياة الأسرية، فأية طفلة هذه تعرف معنى مسؤولية

---

[166] محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة ، ص. 42 .

[167] منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية،المرجع السابق،ص.227.

[168] عمر سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،ط4،دار النفائس،عمان،الأردن،2012،ص .114.

[169] مركز المرأة العربية للتدريب والبحوث(CAWTAR)، المرأة في الحياة العامة–النوع الاجتماعي والقوانين والسياسات في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا،ترجمة:المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة،2017،ص.233. https://www.arado.org أطلع عليه بتاريخ 2020/07/25 على الساعة 19سا00

الأسرة، بل وتقوم بواجبها نحو زوجها من الطاعة وإسعاده جنسيا[170]. وحملها في هذا السن يكون له عواقب وخيمة على حياتها، ويعود ذلك لعدم استعداد جسدها للحمل[171].

إن موقف الفقهاء من جواز تزويج الصغار وعدم اشتراط البلوغ في صحة الزواج متى بلغ سن التمييز،لأن القرآن اعتبره صحيحا ورتب عليه بعض آثار الزواج في قوله﴿وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُو۟لَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا ﴿٤﴾﴾[172]. والمقصود باللائي لم يحضن هن الصغيرات ومادامت هذه عدتها ثلاثة أشهر كذلك، فالعدة لا تكون إلا من طلاق سبقه زواج صحيح[173].

أما من الناحية القانونية، يستوجب الزواج عند إبرامه إلى توفر أهلية للمتعاقدين[174]. وهي صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق، وما يلزمه من

---

[170] أحمد محمد مصطفي نصير، حقوق المرأة وواجباتها، المرجع السابق، ص.232 .

[171] يحث إعلان وبرنامج عمل فيينا اللذين اعتمدهما المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، المعقود في فيينا في الفترة من14 إلى 25 يونيو 1993، الدول على إلغاء القوانين والأنظمة القائمة ونبذ الأعراف والممارسات التي تميز ضد السماح الطفلة وتسبب لها أذى .والمادة 2/16 والأحكام الواردة في اتفاقية حقوق الطفل تمنع الدول الأطراف من السماح بالزواج للأشخاص الذين لم يبلغوا سن الرشد ومن المصادقة على صحة هذا الزواج .وفي سياق اتفاقية حقوق الطفل "يعني الطفل كل إنسان لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره، ما لم يكن سن الرشد محددا بأقل من ذلك في القانون المنطبق عليه ."وبصرف النظر عن هذا التعريف، ومع أخذ اللجنة أحكام إعلان فيينا في الاعتبار، فهي ترى وجوب أن يكون الحد الأدنى لسن الزواج هو 18 سنة لكل من الرجل والمرأة .ذلك أن زواج الرجل والمرأة يرتب عليهما مسؤوليات هامة .وبالتالي ينبغي ألا يُسمح بالزواج قبل بلوغهما سن النضج الكامل والأهلية الكاملة للتصرف .وتفيد منظمة الصحة العالمية بأنه عندما يتزوج القصر، ولا سيما الفتيات وينجبن أطفال، فإن صحتهن يمكن أن تتضرر ويمكن أن يتعطل تعليمهن نتيجة لذلك، يصبح استقلالهن الاقتصادي مقيدًا؛ وثيقة رقمA/47/38 ، ص.26.

[172] سورة الطلاق،الأية 4 .

[173] حداد عيسي،عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار،عنابة،2006،ص.86؛ حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2010/2009،ص.44 .

[174] نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في القانون المدني(المواد 40 إلى 45) وفي قانون الأسرة (81 إلى 86).

الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات عليه[175] .

وتنقسم الأهلية إلى قسمين، أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأما الأولى تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتثبت للشخص منذ ولادته حتى وفاته. أما الثانية فهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع،ومناط هو التمييز والعقل، ولا تثبت للصبي غير التمييز وللمجنون والمعتوه[176]. وأهلية الزواج تقتضي أن توفر في عادة أهلية الأداء، إذ لا تكفي أهلية الوجوب.

وتبعا لذلك، في إطار جهود رامية إلى القضاء على الأحكام التمييزية الغير المتكافئة بين الجنسين، أقدم المشرع الأسري على توحيد سن الزواج بين الطرفين، فجاءت المادة7 قانون الأسرة " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة." حتى يتطابق مع سن الرشد في القانون المدني المادة 2/40[177] "سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، وقد جاء في النص الأصلي:" تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة". وهذه المادة كانت ضمن الأسباب التي جعلت قانون الأسرة يتعرض للكثير من النقد، باعتباره خلق نوعاً من التمييز فيما يتعلق بالمركز القانوني للمرأة، إضافة إلى أنّه كان يتناقض مع العديد من المواد المتعلقة بالأهلية في التشريع الجزائري، ومن ذلك المادة 42 من القانون المدني، "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون .يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر عاماً"[178].وبعد ما كان يحدد سن الزواج في قانون 1963/06/29 ب 18 سنة للفتى و16 للفتاة. فكيف يمكن للمرأة إبرام عقد زواجها في

---

[175] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع،ط1، دار المسيرة، عمان،الأردن،2009،ص .61.

[176] حسن حسن منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية أحكام عقد الزواج بين الفقهاء وأحكام القضاء،المرجع السابق،ص .52 .

[177] القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم بالأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني،ج ر، ع78.

[178] أدخل المشرع تعديل على هذه المادة بموجب القانون رقم05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج.ر 44، الصادرة في 26 يونيو 2005 ، بخفض سن التمييز بثلاث عشرة سنة .

سنّ 18 عاماً، على أساس أنّها مؤهلة لذلك طبقاً لقانون الأسرة؟ رغم أنّها لم تبلغ سنّ الرشد المدني طبقا للقانون المدني.

ومن هنا يكون المشرع قد وضع معيار الأهلية الزواج تتمثل في أهلية الأداء أي مباشرة الحقوق، بدلا من المعيار الطبيعي أو الفيزيولوجي وقد ورد هذا التعديل لتحقيق جملة من الأهداف منها:

1 – إن بلوغ 19 سنة للمرأة ضمان لكمال نموها الفيزولوجي، مما يؤهلها للقيام بشؤون بيت الزوجية وتربية الأولاد، ولاسيما أن المجتمع الجزائري لا يزال يعيش تحت نظام العائلة الكبيرة في بعض المناطق الريفية خاصة كسائر المجتمعات العربية والإفريقية؛

2 –يترتب عن الكمال الجسدي تمام بلوغ المرأة، مما يؤهلها للإنجاب، وهو من أهداف الزواج، كما يسمح البلوغ خلال الفترة الأولى للزواج، بتبيين ما إذا كانت المرأة سليمة أم مصابة بما يحول دون الإنجاب، وهذا ما لا يمكن قبل البلوغ ؛

3 – إن هذا السن كفيل بضمان كمال العقل، لأنه مناط المعاملات مع الزوج أو الزوجة، كما أن تمام النمو العقلي يساهم في حسن اختيار الزوج المناسب أو الزوجة المناسبة، الأمر الذي يقلص من حالة تفاقم الحياة الزوجية المفضي غالبا إلى الطلاق؛

4 – توافق أهلية الزواج مع أهلية التصرف في القانون المدني يجنب الزوجين الوقوع في نزاعات، ولاسيما تلك الناجمة عن العقود التي يبرمها الزوجان فيما بينهما، المتعلقة بالذمة المالية المشتركة بينهما، بحسب ما ورد في نص المادة 37 قانون الأسرة ؛

5 – وضع حد لظاهرة تباعد السن بين الزوجين والتي شاعت في مجتمعنا الحالي؛

6 – كما أن عدم إجماع الفقه الإسلامي على تحديد سن معين للزواج، جعل المشرع يتخذ موقفا حاسما في تحديد هذه السن.

ويبدو أن هذا الاختيار التشريعي لا يتعارض واتفاقية سيداو التي اعترفت للمرأة على قدم المساواة مع الرجل بالحق في حرية إبرام عقد زواجها إلا بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليه في المادة 7 قانون الأسرة واستثناء عن الأصل، فإنه يجوز إبرام عقد

الزواج لمن لم يبلغوا سن19 سنة وذلك بترخيص من القاضي المختص، بعد التثبت من وجود مصلحة تحقق المبتغي من الزواج، والتأكد من النضج الجسمي لدى الفتى والفتاة[179].

ثالثا : موقف المشرع الأسري من الإذن القضائي

في بداية الأمر يجب معرفة انسجام النصوص القانونية عند إبرام عقد الزواج مع الشخص الذي لا تتوفر فيه أهلية الزواج مع غياب إذن القاضي. ومن ثم فإن الصغير المميز غير الأهل– ناقص الأهلية –لا يملك الحرية التامة في التصرفات القولية كالزواج، فيكون هذا التصرف متوقفا على إجازة الولي[180]. وقد أشارة المادة 83 من قانون الأسرة حينما نصت على أن" من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني[181] تكون تصرفاته نافدة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".أي تصرفات ناقص الأهلية تخضع لأحكام العقود الموقوفة في القانون الوضعي.

وذهبت اتفاقية سيداو في مادتها15 الفقرة3 إلى أن "العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي لها أثر قانوني يستهدف تقييد الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية".

وعليه الزواج الذي أبرمه ناقص الأهلية دون مراعاة الإذن المتطلب في المادة 7 من قانون الأسرة لا يعد عقدا موقوفا على إجازة أي أن تنفيذه غير معلق على الإجازة صاحب الحق وهو غالبا ما يكون الولي في هذه الحالة، وإنما على إذن القاضي[182].

---

[179] تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، ع1،ص. 20 وما يليها .

[180] عبد الرزاق السنهوري،مصادر الحق في الفقه الإسلامي،ج 4 ،ط 3، دار المعارف ،القاهرة،1967،ص. 178.

[181] المادة 43 من قانون المدني" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون "

[182] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟،المرجع السابق، ص. 111 .

جاء في إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة في المادة 6 الفقرة 3 "حظر زواج الصغار وعقد خطوبة الفتيات غير البالغات"، كما نصت المادة 16 في فقرتها 02على أن:"لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما فيها التشريع لتحديد سن أدنى للزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا". بذلك تكون الاتفاقية قد حمت الطفل من إمكانية إجباره على الخطوبة أو الزواج في سن مبكرة، ورتبت جزاء على مخالفته بانعدام الأثر القانوني لهذا النوع من التصرف، كما أنها حاولت حمايته من خلال تحديد سن أدنى للزواج، والذي يختلف من دولة لأخرى حسب النصوص القانونية المنصوص عليها في التشريعات الوطنية للدول الأطراف، وأكدت على الالتزام بتسجيل الزواج في سجلات رسمية معدة خصيصا لهذا الغرض.

وبالعودة إلى المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري حيث أثارت جدلا كبيرا حولها ومسألة الضرورة تحدد من قبل القاضي لاختلاف الناس في النظر إليها، وللقاضي السلطة التقديرية لأنه هو المتختص في مثل هذه القضايا[183]، على اعتبار أنه من أولي الأمر المختصين بتفسير القانون والبحث عن نوايا ومقاصد المشرع في النصوص القانونية سعيا لإزالة الإبهام وحله[184].

إذن عليه أن يدرس الطلبات المعروضة حالة بحالة، وأن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص، وألا يعطي الترخيص إلا إذا كانت دواعي المصلحة والضرورة ثابتة، كما لا يصحّ له في المقابل أن يتعسّف في استعمال سلطته مادام الإذن لا يمس بصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم، وبذلك يكون المشرع قد منح القاضي ثقة كاملة وصلاحية واسعة لرفض قبول طلبات الإعفاء من السن المحددة قانونا للزواج دون إلزامه بتسبيب رفضه أو قبوله، كما أنّ القرار الذي يتخذه لا يقبل أي وجه من وجوه الطعن أو المراجعة[185].

---

[183] محدة محمد، سلسلة فقه الأسرة ، الخطبة والزواج، ط2، دار الشهاب،الجزائر،1994،ص.120.

[184] نبيل صقر،قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدي للطباعة والنشر،الجزائر،2006، ص.21.

[185] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.103 .

ويرى الأستاذ بلحاج العربي أنه: يستوجب ضمن التعديل الجزئي الجديد للمادة 7 قانون الأسرة الإكتفاء بالنص بوجود مبررات مقبولة، لربط الإذن بواقع قابلية للإثبات القضائي، بدلا من الإبقاء على العبارات القديمة(من مصلحة أو ضرورة)[186].

ويجنح الدكتور تشوار جيلالي على رأى مفاده:أن يجعل المشرع في هذه الحالة الحد الأدنى لسن الفتاة 16 سنة كاملة وللفتى18 سنة، وأنه يمنع قيام الزواج مهما كانت المصلحة أو الضرورة، إذا كانت السن وقت العقد دون ذلك [187].

وتأسيسا على ما سبق يمكن اقتراح تعديل المادة 7 قانون الأسرة" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمبررات مقبولة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج لا يجوز للقاضي أن يمنح الترخيص بالزواج دون سن الخامسة عشر سنة للفتاة والثامنة عشر سنة للفتى".

أما من ناحية الجزاء فإنه يعاب على المشرع لعدم اقتران المادة7 قانون الأسرة بجزاء، لم توضح الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانوني، كما أنها أغفلت تبيان الجزاء القانوني عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج. والإضافة إلى هذا، فإنها لم يحدد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عند تقرير الترخيص القضائي للزوجين أو أحدهما[188] .

في حالة نطرح التساؤل التالي: إذا تم زواج القاصر بدون حصول على إذن القاضي، هل هو زواج صحيح أم باطل؟ وما هو الجزاء المترتب على ذلك؟

رابعا: جزاء مخالفة أهلية الزواج لغياب الإذن القضائي

يتبين من للمادة 7 من قانون الأسرة، أن المشرع الجزائري أغفل نقطة هامة، وهي عدم اقتران المادة بالجزاء في حالة مخالفة السن القانونية للزواج.

---

[186] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص.120 .

[187] تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون ، جامعة الجزائر،1999،ع 4، ص.79.

[188] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية المرجع السابق، ص.60 وما يليها .

في بداية الأمر، كل ما هو وارد في المادة7 قانون الأسرة هو نهي دون جزاء خاصة إذا كان الشخص على علم بما جاء به في المادة 22 من نفس الأمر الاعتراف بالزواج العرفي، حيث يرى الأستاذ محمد محدة "إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء إذا اكتملت أركانه"[189]. فإتباع القاعدة القانونية مفروض على الأشخاص ولو بالقوة وذلك بإيقاع الجزاء المادي على من يخالفها، وخلاف ذلك يعدها قاعدة مجاملات أو عادات وتقاليد[190].

أما الأستاذ بن ملحة الغوتي: "أن المشرع لم يقرر أي جزاء عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج ، فلا يترتب على ذلك إبطال أو فسخ عقد الزواج"[191].

"Tout mariage consommé et dans lequel la condition d'âge requis n'a pas été respectée ,peut être annulé , à la requêté des époux seuls " [192].

وذهب البعض إلى أن زواج الرجل والمرأة قبل بلوغ أحدهما أوكلاهما السن القانونية – دون ترخيص من القاضي – باطل بطلانا مطلقا، يمكن لأحد الزوجين أو النيابة العامة أو من له مصلحة، الطعن فيه قبل الدخول، ويكون باطلا بطلانا نسبيا إذا تم الدخول ويتم الطعن فيه من الزوجين دون غيرهما[193].

أما الأستاذ تشوار جيلالي يقول"أن المشرع لما قيد زواج ناقص الأهلية بالإذن القضائي ولم يوقفه على إذن الولي أو على إجازته، إنما يكون قد عبر في الوقت على أن أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة إلا أنها تمس الأشخاص في مجموعهم، مما يقتضي القول بأنها تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام. وبهذا فإنه لا يجوز لناقص الأهلية أن يتزوج ما لم يكن قد تحصل مسبقا على

---

[189] محمد محدة،الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية،ط2،دار الشهاب،الجزائر،2000، ص.235 .

[190] تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2017، ص.61 .

[191] BENMELHA Ghaouti, Le droit algérien de la famille ,office des publications universitaires, Alger,1993,p.52 .

[192] " إذا حصل دخول ولم يحترم السن القانوني في الزواج جاز لأحد الزوجين طلب ابطال العقد"

[193] عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،ط3،دار هومة ، الجزائر،2011، ص.27 وما يليها .

إذن قضائي لذلك الغرض"[194]. ويضيف أيضا أن "هذا الزواج يقع باطلا بتطبيق القواعد العامة في قانون الأسرة التي تضمنتها المواد09 و33، بحيث نصت تباعا على أن الرضا ركن الزواج وعلى أنه يبطل إذا إختل ركن الرضا. هذا الأخير لا يكون صحيحا في غياب سن الزواج ومن ثم فالتراضي لا ينتج آثاره إذا لم يكن صحيحا ولا يكون صحيحا إلا إذا صدر من شخص متمتع بأهلية الزواج أو حاصل على إذن قضائي"[195].

كما أيد الأستاذ بلحاج العربي عقلانية الاتجاه الأخير، لأن" تحديد سن الزواج في المادة 7من قانون الأسرة الغرض منه حماية الصغار، وكذا المحافظة على رضائية العقد، فالزواج يقوم على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين، وفقا لإجراءات القانونية، وهي أمور لا تتحقق إلا مع توفر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد[196]. كما تشير المحكمة العليا بأنه"من المقرر شرعا أن عدم توفر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه"[197].

وأكثر من ذلك، ذهب اتجاه آخر من الشراح، وعلى رأسهم الأستاذ سعد عبد العزيز:"أنه إذا كانت المادة7 قانون الأسرة قد عالجت نفس الموضوع الذي سبق أن عالجته المادة الأولى من قانون63-224، وإن المادة 22 منه قد عالجت جزاء من المادة الخامسة من القانون السابق، فإن أحكام المادة الأولى من قانون الأسرة فإنها تعتبر أحكاما للتطبيق باعتبار أن المادة ما قبل الأخيرة من قانون الأسرة لم تنص نصا يلغي صراحة جميع أحكام القانون63-224، وإنما تضمنت عبارة تقول"تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"أي قانون الأسرة. وفي اعتقادنا أن الأحكام المنصوص عليها في المواد2،3،4،5 من قانون63-224 لا توجد في قانون الأسرة ما يماثلها ولا

---

[194] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟،المرجع السابق، ص.113.

[195] تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المرجع السابق،ص.89 .

[196] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، المرجع السابق،ص.118 .

[197] المحكمة العليا،غرفة القانون الخاص،بتاريخ 1966/12/07، المجلة الخاصة ،1968 ،ع 1،ص.139.

ما يخالفها أو يتعارض معها فهي إذن ما تزال سارية المفعول ومازالت قابلة للتطبيق"[198].

إن العمل بقانون63-224 لا يمكن تطبيقه في هذا المجال برغم أن المشرع لم ينص صراحة على إلغاء هذا القانون." لأن النص الصريح يضع الأمور في نصابها لأن القواعد العامة تقتضي بأنه بمجرد إصدار قانون جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمه تشريع قديم،فإن هذا التشريع الأخير يلغي صمنياً إلغاء كلياً حتى واو لم يتم التعارض في بعض أحكامه مع القانون الجديد"[199]. وإنما يستخلص إلغاؤه من موقف المشرع وذلك من خلال الحالتين اللتين أشار إليهما في المادة الثانية من القانون المدني، أولاهما: تعارض أحكام القانون الجديد مع أحكام القانون السابق، والثانية صدر قانون جديد ينظم وضعا سبق تنظيمه بقانون سابق[200].

إذ أنه لا يمكن الأخذ بالرأي الأخير لأنه يتنافى وما جاءت به المادة الثانية، بل وأكثر من ذلك نصت المادة الأولى من قانون لأسرة" تخضع جميع العلاقات بين الأفراد الأسرة لأحكام هذا القانون" .

إن الأحكام التي جاءت بها المادة 223 قانون الأسرة، هي أحكام مكتوبة وسابقة وهي ما يقصد بها التشريعات التي صدرت فترة الاستعمار، في فترة انتقالية لتنظيم مادة الأحول الشخصية. ويكون المشرع الجزائري قد ألغي كل ما سبق من تشريعات في مادة الأحوال الشخصية، حيث أصبح القانون المطبق هو قانون84-11[201].

واعتبارا لما سبق الحديث عنه حول رضا المرأة في إبرام عقد الزواج، سواء كانت راشدة أو قاصر، فما هو مركز الولي في عقد زواج المرأة ؟ وهو ما سنحاول معرفته من خلال الفقه والقانون في الفرع الثاني.

---

[198] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.99 .

[199] تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.84.

[200] علي فيلالي،مقدمة في القانون، طبعة جديدة منقحة ومصححة،موفم للنشر، الجزائر،2010 ،ص.321؛ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.60.

[201] تقية عبد الفتاح، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 84-11(تشريع الأسرة الجزائري) ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية،جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2008 ،ع2،ص.90 .

الفرع الثاني

الولاية على المرأة عند إبرام عقد الزواج

إن الولاية في عقد الزواج من بين أهم المسائل التي حظيت بنقاش حاد بين رجال الشريعة والقانون والرأي العام بمختلف توجهاته[202]، ويرجع هذا إلى الاختلاف حول النصوص الواردة في شأنها سواء من حيث الثبوت أو الدلالة، وقد زادت حدة الجدل حول هذا الموضوع في الجزائر عند الشروع في تعديل قانون الأسرة سنة 2005[203].

وقد كان الجدل الدائر حول كون الولاية شرطا أم ركنا، وحول الإبقاء عليها أم حذفها نهائيا من أركان وشروط الزواج، وتوسيع هذا الجدل إلى أن أخذ طابعا ايدولوجيا لم يكن من المستحسن أن يأخذه، ولعل سببه هو تأثر البعض بالثقافات والتشريعات الغربية التي ساهمت بشكل كبير في إثارة الجدل حول المساواة بين الرجل والمرأة[204].

وترى المنظمات والجمعيات المدافعة عن حقوق النساء، أن زواج المرأة لا يتم إلا بتوكيل وصائي من الرجل[205]، وأن العمل بولاية التزويج وصاية وحجر على المرأة. وأنها تقيد حريتها في الزواج، وتمييز بينها وبين الرجل الذي يملك أن يزوج نفسه بنفسه، في مقابل حرمانها من هذا الحق ولو كانت راشدة، ومهما كان مستواها العلمي والمادي والثقافي، أو مؤهلاتها كأنها سلعة تخضع لطالبها ولا تملك أن تختار لمن تسلم

---

[202] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2011،ع12،ص.58.

[203] محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، المرجع السابق، ص.144 .

[204] محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، المرجع السابق، ص .144 .

[205] زمام نور الدين، بن ققة سعاد، قانون الأسرة بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة،المرجع السابق، ص.163.

نفسها، فكيف يقبل المنطق مثلا وضع امرأة قاضية تقاضي بين الرجال تصدر الأحكام، وأستاذة جامعية تكون أطر البلاد، إذا همت بالزواج يرهن قرار بوليها[206].

من هذا المنطلق أعربت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عن قلقها من الدول التي تفرض تشريعاتها ضرورة زواج المرأة بالولي، ومنها الجزائر، حيث اعتبرت هذه اللجنة المسألة بمثابة تمييز ضد المرأة[207]. وعليه، يطرح التساؤل التالي:ما هو مركز الولي في عقد الزواج؟ هل الولاية حق أصيل للمرأة الراشدة تنفرد به لنفسها، هل هو طرف أصيل في العقد أم هو شاهد أو وكيل فيه؟ وهل يجوز له إجبار من هن في ولايته دون رضاهن؟ وهل له الحق في رفض تزوجهن؟ للإجابة عن هذه التساؤلات نتطرق أولا إلى مفهوم الولاية.

أولا: مفهوم الولاية في عقد الزواج

تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معا.أي الشخص الذي منحه القانون السلطة على المرأة، أو على ماله، أو عليهما معا، فإن كانت منصبه على إدارة أموال الشخص المولي عليه واستثمارها والتصرف فيها سميت ولاية المال، وإذا تعلقت بأمور أخرى ليست مالية كالتربية والتوجيه سميت ولاية على النفس[208]. والولاية على النفس هي التي تهمنا في هذا الشأن، باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج[209]. وقبل الولوج إلى النقاش حول الولاية على المرأة ، يجب أن نتعرض إلى تعريف الولاية لغة واصطلاحا.

---

[206] مزياني نورالدين، انعكاسات اتفاقية سيداو على أحكام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقي الوطني الموسوم"اتفاقية سيداو وآثراها على التشريع الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أمحمد بوقرة –بومرداس–، يومي 5 و6 فبراير 2020 .

[207] التوصيات الختامية للجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، الجزائر، الوثيقة رقمA/54/38 المؤرخة في1999/01/27، الفقرات 83،84،91.

[208] فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق،ج1،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1986، ص.71 .

[209] شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص.11.

ا – **الولاية لغة**:الولاية مأخوذة من الفعل(ولِي)الولاية بفتح الواو وكسرها؛ فنقول ولاية وولِاية، فتعني النصرة والمحبة والتضامن، والولي هو الناصر والمحب والمعين. وقد تعني القائم بأمر الشخص والمتولي لشؤونه، ولأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والقدرة كما تحتاج إلى نصرة المتولي عليه[210]. وقال تعالى﴿ إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱلَّذِينَ يُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤۡتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَهُمۡ رَٰكِعُونَ ﴿٥٥﴾ ﴾[211]، ومن الولي بسكون اللام، بمعنى القرب والدنو، ومنه قوله﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ﴾[212]. قال ابن الأثير: كان الولاية تسعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيه لم ينطبق عليه اسم الوالي[213].

والقائم بالولاية يسمي وليا، ويجمع على أولياء، ومن ذلك القائم على أمر اليتيم، والذي يلي أمر المرأة في النكاح، فكل منها ولى، لأن الأول يلي أمر اليتيم ويقوم بكفايته، والثاني يلي عقد النكاح على المرأة ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه[214].

قال أبو إسحاق:"الله وليهم في حجاتهم، وهدايتهم وإقامة البرهان لهم، لأنه يزيدهم بإيمانهم هداية، ووليهم أيضا في نصرهم على عدوهم، وإظهار دينهم على دين مخالفتهم"[215].

ب – **الولاية اصطلاحا**:لقد اختلفت أراء الفقهاء القدامى والمحدثين بشأن تعريف الولاية من الناحية الفقهية، ومن بين هذه التعريفات:

---

[210] ابن منظور، المرجع السابق، ص.406 وما يليها .

[211] سورة المائدة ، الآية 57 .

[212] سورة التوبة ، الآية 71 .

[213] ابن منظور، المرجع نفسه، ص. 406 .

[214] ابن منظور، المرجع نفسه، ص. 407 .

[215] أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العينّ،تحقيق إبراهيم السامرائي ومهدي المخرومي، ج8، ط2، دار ومكتبة الهلال،بيروت، لبنان، ص.365.

- **عرفها الحنفية:**"تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي" [216]، والملاحظ أن هذا التعريف قاصر على أحد نوعي الولاية في النكاح عند الحنفية، إذ أنهم يقسمونها إلى ولاية إجبار، وولاية اختيار أو شركة على خلاف بينهم في الأخيرة، وولاية الإجبار التي ينفذ فيها تصرف الولي على المولى عليه جبرا عنه[217]، أما الولاية على الكبيرة البالغة العاقلة فلا يشملها التعريف عندهم، لأن الولاية عليها عندهم ولاية ندب واستحباب، لا ولاية إلزام وإجبار[218]. أي يمكن القول بأن تعريف الحنفية للولاية في عقد النكاح، تعريف جامع مانع وفقا لمنهجهم في تقسيم الولاية إلى نوعين، وسلطات الولي في كل منهما.
- **وعرف المالكية** الولي،"من له على المرأة ملك، أو أبوة أو التعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام"[219]. هو تعريف بتحديد الأسباب المثبتة لكْونه وليا، وصلاحية لإعطائه الحق في مباشرة عقد النكاح على المرأة لتضمُّنها القوّة الشرعية التي تخّول لصاحبها التصرف في شؤون الغير[220] .
- **أما عند الشافعية:**" سلطة تثبت للرجل على المرأة بسبب ملك، أو أبوة، أو إيصاء، أو تعصيب، أو كفالة،أو سلطنة، أو إسلام، تسوغ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النكاح لا بطريق الإلزام[221].هذا التعريف لا يختلف كثيرا عم ما جاء به المالكية.

---

[216] ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج3، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان،1994 ، ص.55.

[217] شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي،ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013 ،ص. 9 وما يليها .

[218] عمر سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص. 118 .

[219] أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد،ج2،المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان،ص.22.

[220] شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق،ص.11 .

[221] فتح العزيز، شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، للإمام أبي القاسم عبد الكريم محمد بن عبد الكريم، الرافعي تحقيق وتعليق الشيخ على معوض،والشيخ عادل أحمد عبد الموجود،ج7،ط1،جار الكتب العلمية ،1977، بيروت، لبنان، ص.536 .

- **ولا شك أن الحنابلة:**"يتجهون اتجاه الشافعية في تحديد مفهوم الولاية في عقد النكاح،غير أنهم يختلفون في تعداد أسبابها، فتثبت عندهم الوصية كسبب من أسباب الولاية"[222].

ج- تعريفها عند الفقهاء المعاصرين:يمكن ارجاع مفهوم الولاية عند الفقهاء المعاصرين إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:يري إن الولاية يقتصر في مفهومها على ولاية الجبر، دون ولاية الاختيار. فعرفها محمد أبو زهرة بأنها:"القدرة على إنشاء العقد نافذ"ا[223]، أي غير متوقف على إجازة أحد. وعرفها الأستاذ محمد سلام مذكور بأنها:"سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات، وجعلها نافذة، سواء أكان موضوع التصرف يخصه، أم كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة"[224]. أما الدكتور زكريا البرديسي:"القدرة على إنشاء العقد أو التصرف بحيث يكون نافد دون التوقف على إذن أحد"[225].

الولاية كذلك هي السلطة التي تكون للشخص في أن يقوم بتصرف على مال الغير فينتج هذا التصرف آثاره في حق الغير، يقرر هذه السلطة القانونية أو القاضي أو الغير لنفسه[226].

الاتجاه الثاني:هذا إنما هي وكالة عن المرأة التي تملك إنشاء العقد، فإذا ما تولاه أحد غيرها فهو وكيل عنها. وممن ذهب إلى ذلك مصطفي الرافعي:"قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبرا أو اختيارا"[227]. أما محمد الشماع:"إنشاء

---

[222] شوقي إبراهيم عبد الكريم علام ، المرجع السابق ، ص.13 .

[223] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص.107.

[224] محمد سلام المذكور،الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،1978 ،ص.114.

[225] زكريا البرديسي، الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975،ص.61 .

[226] رمضان أبو السعود،الوسيط في شرح القانون المدني المصري واللبناني(النظرية العامة للحق)، الدار الجامعة، الأردن، ص.233 .

[227]مصطفي الرافعي،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، دار الكتاب اللبناني، بيروت لبنان، 1983، ص.57 .

العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد"[228]. وعرفها حسين كيره بأنها:"هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، فقد تكون هذه الولاية على النفس وقد تكون على المال، والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولي عليه كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج"[229].

أما من الناحية القانونية لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الولاية، لا في في النص الأصلي ولا في النص المعدل، بل اكتفي بالإشارة إليها من خلال المادة09 في قانون84-11، والمادة9 مكرر من الأمر05-02، وقام بتنصيص بعض القواعد القانونية ولاسيما المواد87 إلى91 منه ومجال ممارستها والاستثناءات الوارد عليها. فضلا عن حالات سقوطها. أما بالرجوع إلى القانون المدني نجذ المادة44 منه أخضعت فاقدي الأهلية، وناقصيها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة.

بعد عرض التعريفات السابقة نطرح التساؤل:هل يجوز للمرأة مباشرة عقد الزواج بنفسها ولغيرها ؟

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من الولاية لنكاح المرأة

إن الطريق السليم والسبيل الأرشد لتقرير لزوم هذه الولاية أو عدم لزومها إنما هو التماس ذلك في مصادر الشرع وأصوله، والتمسك بحجيته وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع، واعتبار الولي عنصرا أساسا من العناصر التي تتكون منها الحقيقة الشرعية للزواج، يضفي على هذا البناء معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري[230].

---

[228] الشماع محمد،المفيد في الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار الشافعية،بيروت، 1995، ص.51.

[229] حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،2000 ،ص. 596 وما يليها .

[230] بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر،باتنة،2009/2008، ص.368.

لا شك أن المقصود من اعتبار الولي في الزواج، إنما هو قصد ثابتا بتحقيق المصلحة ودرء المفسدة. فإن دور الولي في التزويج يطرح عدة إشكاليات يجيب عليها الفقه الإسلامي من خلال عرض ومناقشة والاحتكام إلى الراجح فيها.

ذهب جمهور أهل العلم من السلف والخلف[231]، وفيهم الأئمة الثلاثة:مالك والشافعي وأحمد إلى اشتراط الولي في تزويج المرأة البالغة العاقلة لا فرق في ذلك بين البكر والثيب سندهم في ذلك أن لا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح.[232]ويثبت عليها ولاية الاختيار أو ولاية الشراكة، فلا ينفرد الولي بالزواج دونها، ولا تنفرد به بل يشتركان معا[233]وقول الله تعالى﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ﴾[234]. وحدثنا ابن أبي عمر حدثنا سفيان بن عتبة عن ابن جريح عن سليمان بن موسى،عن الزهري، عن عروة بن الزبير،عن عائشة قالت:قال رسول الله ﷺ"أيُّما امرأةٍ نَكَحَت بغيرِ إذنِ مَواليها ، فنِكاحُها باطلٌ، ثلاثَ مرَّاتٍ فإن دخلَ بِها فالمَهْرُ لَها بما أصابَ منها ،فإن تشاجَروا[235] فالسُّلطانُ وليُّ مَن لا وليَّ

[231] منهم:عمر وعلى وأبو مسعود وأبو هريرة وعائشة؛ رضي الله عنهم ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو عبيد والثوري وأهل الظاهرّ؛ أبو مالك كمال بن السيد سالم،صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة،ج3، المكتبة التوفيقية، القاهرة ،2003 ، ص.135.

[232] أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي،المغني،ج9، المرجع السابق،ص.345 .

[233] لإمام حافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب فضل النفقة على الأهل، تقديم وتحقيق وتعليق عبد القادر شيبة الحمد،ج9،ط1،الرياض،المملكة العربية السعودية،2001، ص.101 .

[234] سورة النساء،الآية 25.

[235] إن تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولى له"، فإن هذه الجملة قد أفادت انه لو حصل نزاع بين المرأة ووليها وكانت على حق، كأن كان الذي تقدم للزواج منها كفء أو رغبت في الزواج منه، فمنها وليها من هذا الزواج، فإن الولاية تسلب منه بسبب منعه لها بغير حق، حيث تنتقل الولاية إلى السلطان فيزوجها ولا تنتقل إليها في هذه الحالة، ولا تزوج نفسها مع أنها على حق و حالة الضرورة موجودة .

لَهُ "[236]. وعن أبي هريرة –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله ﷺ أنه": لا تزوِّجُ المرأةُ المرأةَ ولا تزوِّجُ المرأةُ نفسَها فإنَّ الزَّانيةَ هيَ الَّتي تزوِّجُ نفسَها"[237].

لابد للمرأة من ولي يقوم على شأنها، ولا يصح لها أن تتصرف بدون إذنه في النكاح؛ فلا تزوج نفسها بدون إذن وليها.وفي هذا الحديث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها"، أي: أي امرأة سعت في تزويج نفسها، أو زوجت نفسها دون إذن من أوليائها، والمراد بهم :عصبتها من الرجال ووليها منهم الأقرب فالأقرب، ولا يدخل فيهم ذوو الأرحام، "فنكاحها باطل"، أي: لا يصح ولا يعتد به، "ثلاث مرات"، أي: كررها ثلاث مرات، إسماعا وتأكيدا لأهميته. قال صلى الله عليه وسلم: "فإن دخل بها"، أي: جامعها الذي تزوجها، والمراد: أنه قد عرف ولي الأمر بحالها بعد الوقوع عليها ممن تزوجت به، "فالمهر لها"، أي: لها صداقها كاملا؛ "بما أصاب منها"، أي: بما استمتع بها واستحل من فرجها، وفي هذا إشارة إلى فسخ الزواج وعدم إمضائه زواجها منه بغير ولي، "فإن تشاجروا"، أي: فإن تنازع أولياء المرأة واختلفوا فيما بينهم كانوا كالمعدومين "فالسلطان ولي من لا ولي له"، أي: إن عضلها أولياؤها وامتنعوا من تحقيق رغبتها وتزويجها بمن هو أهل للزواج منها سقطت ولايتهم عليها في هذا، وفي هذه الحالة ينتقل الأمر إلى السلطان، ويكون هو وليها، وإلا فلا ولاية للسلطان مع وجود الولي. كما فرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب[238].

---

[236] محمد ناصر الدين الألباني،صحيح سن الترميذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي،رقم الحديث1102، م1، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض،2000 ،ص.558 .

[237] أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق عبد القادر عطا،ج7، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،2003 ،ص.178 .

[238] محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج3،ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1415هـ، ص.20 .

وعن مالك أنه بلغه عن سعد بن المسيب انه قال:عمر بن الخطاب رضي الله عنه" لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا ، أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا أَوِ السُّلْطَانِ" [239] .

كما استدل الجمهور بقوله ﷺ" لما أراد أن يتزوج أم سلمة، قال لابنها عمر" أَرُدُّ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ أَوْ أَتَقَدَّمُ عَلَيْهِ بِعِيَالِي، قُلْتُ : ثُمَّ جَاءَ الْغَدَ فَذَكَرَ الْخِطْبَةَ فَقُلْتُ مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ قَالَتْ لِوَلِيِّهَا : إِنْ عَادَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَزَوِّجْ . فَعَادَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَتَزَوَّجَهَا ". [240]

ومعنى ذلك أنها لا تنكح نفسها ولا ينكحها من الناس من ليس بولي لها، وأنه لم يثبت قط أن امرأة من السلف ولا من الخلف باشرت نكاحها وأن وجه دخول الولي في عقد النكاح وليته وهو لنفي الضرر والمعرة عن نفسه، وعنها بوضع نفسها في غير كفء [241].

ومذهب أبو حنيفة:"إن المرأة لها أن تزوج نفسها وغيرها، وتوكل في النكاح"[242]. وأعطي للولي حق إيقاف العقد وإبطاله إذا لم يكن الزوج كفء، وتوسع في الخصال التي تدخل في الكفاءة، كما أعطى الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا كان المهر أقل من مهر المثل[243]. ويفرق القاضي ولا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأن مجتهد فيه، وكل من الخصمين يتشبث بدليل، فلا ينقطع النكاح إلا بفعل القاضي[244].

ويقول أبو زهرة الكفاءة عند الحنفية ستة أمور:النسب، الإسلام والحرية، والمال، والتدين، والحرفة. تم يقول:" هذه الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة في المذهب الحنفي، وهو أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها، لأن إمامه الأول أبا حنيفة إذ أطلق

---

[239] يحي ابن يحي الليثي، موطأ الإمام مالك، ط1، المكتبة العصرية، لبنان،2000، ص.356 .

[240] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته... ،المرجع السابق، ص.206 .

[241] الحلبي بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط4، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان،2001،ص .101.

[242] كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، شرح فتح القدير، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص.255.

[243] رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار الهدى، الإسكندرية،2006، ص.52 .

[244] ابن عابدين، رد المحتار ...،ج4،المرجع السابق، ص .156 .

حرية المرأة في الزواج قد احتاط للولي بالتوسع في معنى الكفاءة والتشدد في اشتراطها لكيلا تسئ المرأة في الزواج إليه[245].

وبناء على هذا فإن المرأة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا تملك أمر نفسها في مباشرة العقد، ومن ثم فهي مالكة لحق، من ملك حقا ملك إن يوكل فيه، فإن الثابت للغير عليها هو اقرب إلى الوكالة منه إلى الولاية .

إن المتتبع لما عليه الناس في عالمنا المعاصر ليدرك حق الإدراك أهمية الولي في عقد النكاح. فالمرأة أقرب أن يغرر بها وتخدع والولي لا يغرر عادة، حيث تقل خبرتها في الحياة مقارنة بالرجل[246]. إذن أين تكمن الحكمة من اشتراط الولي في عقد نكاح المرأة ؟ هل هو احترام وتقدير أو هو هوان وإنقاص من مكانتها ؟

ثالثا: الحكمة في اشتراط الولي لنكاح المرأة

إن الإسلام اشترط رضا الولي والأهل حماية للفتاة، ولكن يجب أن يفهم أن دور هؤلاء دور الناصح الموجه والمرشد لا المانع المتعنت[247].

حيث يقول محمد أبو زهرة:" أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار"[248].

فإن الولي أكثر اختلاطا بالناس، وأعرف بهم وأكثر إمكانية للسؤال والتحري عنهم، أما المرأة فهي أقل خبرة من الرجال، وهي لا تخالط الرجال كما يفعل وليها، وليست على قدرة كبيرة تميز بين الصادق والكاذب منهم، فهذه الأمور مجتمعة جعلت نرك الأمر بيد البنت وحدها من شأنه أن يجعلها لقمة سائغة للرجال، من حيث التغرير والكذب والغش والخداع، لأنها تميل في الغالب إلى عواطفها أكثر من عقلها، على خلاف الولي الذي ينظر إلى الأمور بمنظار العقل أكثر من العاطفة، وباشتراط الولاية على المرأة في النكاح ليس فيه احتقار أو مهانة، بل فيه كل

---

[245] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 141 .

[246] طالب عبد الرحمان،حقوق وواجبات المرأة في الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى،الجزائر،ع3، ص.183 .

[247] رشدي شحاتة أبو زيد،العنف ضد المرأة وكيفية مواجهته،ط1،دار الوفاء،الإسكندرية،مصر،2008، ص.229 .

[248] محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية، المرجع السابق ، ص.107.

الاحترام والكرامة، ذلك لأن الإسلام وإن اشترط الولي في النكاح، إلا أنه لم يجز للولي أن يجبر موليته على النكاح، فلا يزوجها إلا برضاها وممن ترغب، لكن الإسلام أراد أن يكون له دور في هذا الأمر بأن يكون بعلمه ومشورته وما كان ذلك ليكون لولا أهمية عقد الزواج في الإسلام. فهو ليس كباقي العقود، لكنه الميثاق الغليظ الذي شبهته الشريعة بميثاق النبوة في التبليغ عن رب العزة–تبارك وتعالى–لأهميته وقداسته وجلاله، ولو كان عقد الزواج كسائر العقود كالبيع مثلا، لأباحه الإسلام من دون الولي[249].

ويقول إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار:"أما الحكمة من وجود الولي ومنع المرأة من مباشرة عقد النكاح، فهو من باب الحرص على مصلحة الأسرة"[250].

من حيث بسط المساواة بين الجنسين فإن المادة 11 من قانون الأسرة لم تحققها، بقدر ما وضعت المرأة في غير مأمن، متى لم تتحقق الغايات المرجوة من الزواج فلو أساءت الاختيار، مثلا بحكم قلة تجربتها، لتعذر عليها اللجوء إلى أبيها احتماء به، طالما أنها أقصته من الولاية وإختارت وليا غيره، وهذا ما يخشى منه، لأن الولي، كقاعدة عامة، لم يكن يوما ضد إرادة أولاده في بناء مستقبلهم بل كان دائما رقيبا لهم[251].

ومن هنا يظهر جليا أن الفقرتان(أ) و(ب) من البند1 من المادة (16) لا تأتي بجديد عما هو موجود في أحكام الفقه الإسلامي، وبهذا لم يخرج المشرع الأسري الجزائري عن مبادئ الشريعة الإسلامية. من خلال هذا ستحاول مناقشة تطور الولاية في التشريع الجزائري في ظل في النص الأصلي، والمعدل .

رابعا: تطور الولاية في التشريع الجزائري

إن رؤية بعض المعارضين لمركز الولي في إبرام من هي تحت ولايته في قانون 84-11، بخصوص حرية المرأة في إبرام عقد زواجا يعد منقوصا، وأن زواجها بدون

---

[249] نضال محمد أبوسنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية،ط1، دار الثقافة،عمان ،الأردن،2011، ص.66 وما يليها .

[250] إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار،حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية،دار الثقافة،الأردن،عمان،1990،ص.89.

[251] عيسي حداد،عقد الزواج،دراسة مقارنة، منشورات جامعة عنابة، الجزائر،2006، ص.141 .

ولي يعد صحيحا، مادام يحول دون بعض الأولياء في تزويج بناتهم، ومن دون إعطائهن حتى الحق في حرية اختيار الزوج، وأن وجود الولي لإبرام عقد الزواج، يعد صورة من صور القصور عند المرأة بالمقارنة مع مركز الرجل.

1 – الولاية في النص الأصلي

والواقع أن الوضع التشريعي المكرس للمرأة في قانون الأسرة قبل التعديل، إنما هو وضع لم يخرج عن اجتهادات الفقه الإسلامي التي لم تكن تجيز للمرأة أن تنفرد بتزويج نفسها دون أهلها، وليس لوليها أن يتولى إتمام العقد بتزويجها دون استشارتها.

أشار قانون الأسرة 84-11في المادة 11على أنه:"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، وهذا يعني أنه إذا كان لا بد من توفر رضا الخطيبين لانعقاد الزواج فإن رضا الفتاة لوحده لا يكفي بل لا بد من تدعيمه برضا الولي هو الأب، عند غيابه فأحد الأقرباء، وأما إذا لم يكن للمرأة أقرباء يتولى إبرام عقد زواجها القاضي تطبيقا للنص القانوني المعروف" القاضي ولي من لا ولي له"، في حالة عدم وجود الولي فالعقد يبطل[252]، أي ولاية الاختيار وولاية الإجبار جمعا، ودون تمييز بين الصغيرات ولا الكبيرات الأبكار والثيبات منها أو العاقلات ولا المجنونات،مستنتجين ذلك من عبارة " **المرأة** ".

غير أن المشرع الجزائري أعطى سلطة للولي عضل موليته البكر(القاصر) في إبرام عقد الزواج، وذلك حين قررت المادة 12 على أن للأب أن يمنع بنته من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت. أي أن ولاية الإجبار هي سلطة ثابتة شرعا بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليها من غير موافقته ورضاه بسبب الصغر أو البكارة أو فقدان العقل كما أنها حالة لا يكون للمولي عليها فيها اختيار فلا يؤخذ رأيها في الزواج ولا في المهر ولا في شيء مما يعلق بذلك وهي تثبت على غير العقلاء وعلى الصغار[253]، ويكون عقد نافذ على المولي عليها دون توافق على رضاه.

---

[252] BENDJABALLAH Souad, le problématique d'une définition du mariage (dans le code de la famille algérien), R. A. S. J. E. P, Alger, 2001, n°3, pp . 9,10 .

[253] لكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر،1982،ص.65 وما يليها.

أما المادة 09[254] من قانون الأسرة، فإن الزواج يتم برضا الزوجين وولي الزوجة، بصرف النظر عن تعارض هذا النص ومبدأ المساواة بمفهوم اتفاقية سيداو، فهو اختيار تشريعي يتفق ورأي جمهور الفقهاء المالكية،الشافعية،الحنابلة، إلى عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها لصحة شرط الولي في حقها إلا أن الولي يشاركها في اختيار الزوج، وينفرد بتولي الصيغة بعد اتفاقهما على الزواج وبدونه يبطل.

يثبت المالكية ولاية الإجبار على البكر صغيرة كانت أم كبيرة لأن العلة في ذلك البكارة باعتبارها معيار انتقاء تجربة المرأة لأحوال الرجال كما يأخذ الشافعية بذلك[255].

أما مناط الإجبار عند الحنفية هو الصغر والجنون، ومن ثم فعّلة الإجبار هي العجز لغياب العقل أو نقصانه[256].

أمام هذا الاختيار التشريعي لسنة 1984، الذي لم يخرج عن إطار الاجتهاد الفقه الإسلامي، ولم يثبت على مستوى التطبيق العملي أي إشكال بخصوص حرية المرأة أي في إبرام عقد زواجها. لنتقل إلى الولاية في ظل الأمر 05-02.

2 – الولاية في النص المعدل

استدرك المشرع الأسري الجزائري التعميم في الولاية بين ولاية إجبارا أو ولاية اختيار، وهذا يفصل ولاية المرأة الراشدة عن ولاية القاصرة، أراد المشرع بموجبها تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين تطبيقا متماشيا مع ما جاءت به الاتفاقية محل الدراسة، إن التعديل الذي أدخله على المادة 11 من قانون الأسرة بحيث أصبح ينص على حضور الولي فقط، أيا كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره الفتاة الراشدة العاقلة، بدلا من النص الأصلي أن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة، بل وأكثر من ذلك إن الزواج

---

[254] المادة09 قبل التعديل :"يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق".

[255] أبو العباس الرملي، نهاية المحتاج ،ج 6،دار الفكر، بيروت،لبنان،2004، ص.288.

[256] ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق،ص.252.

التام بدون ولي واتبعه دخول يعد صحيحا ويرتب كل آثاره حتى ولو كان الأمر يتعلق بالقاصر[257].

ولكن جاءت صياغة المادة 11من قانون الأسرة ذكر الأب عند غيابه يحل محله أحد الأقارب الأولين بدون تحديد درجة القرابة، فلقد استعمل المشرع في صياغته الحرف" **أو**" وهو يستعمل للتخير، أي بمعنى ذلك للمرأة جواز اختيار من تشاء في حضور عقد زواجها دون احترام الترتيب.

كماأخذ قانون الأسرة الجزائري بمذهب الحنفية الذي أجاز للمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيبا،أن تباشر بنفسها عقد زواجها استقلالا عن وليها و أنه يجزر لها أن توكل غير وليها في عقد زواجها.مستندا إلى معيار العقل وخرج عن المذهب المالكي إلا أن لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية لأن الولاية على القاصرة في عقد الزواج هي ولاية إجبار بينما اعتبرها قانون الأسرة ولاية اختيار[258].

إن الحنفية بقولهم بجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها، فقد أعطوا مع ذلك للولي الحق في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج ومهر المثل.

إنّ الولي أباً كان أم غيره، ملزم بحماية مصلحة من هي تحت ولايته، لا التعسّف في هذا الحقّ، وحرمانها من الزواج بمن هو كفء إضرار بها، لذلك أجاز المشرّع الجزائريّ في حال ثبوت أنّ الزوج كفء، وأنّ رفض الولي تزويج من هي في ولايته دون مبرر، وكان أصلح لها، أذن لها القاضي بهذا الزواج رغم رفض الولي، ولا يجوز المنع إلا للأب الذي له الحقّ في منع زواج ابنته متى ثبت وجود مبرّر لذلك، ومصلحة للبنت، وهنا نكون أمام ولاية إجبار.

وهنا تشير الأستاذة حميدو زكية" قد يقول البعض أنّ المشرع ذهب إلى ما ذهب إليه الحنفية، فيما يخص ترك حرية تزويج المرأة الراشدة بنفسها، باعتبارها أصبحت

---

[257] تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، المرجع السابق، ص.13.

[258] شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص. 88ويليها

عاقلة قادرة على مباشرة عقد الزواج بنفسها، ولها حرية تفويض هذا الأمر لآبائها وأقربائها، ونحن نقول أنّ المشرع لم يأخذ بموقف الحنفية على إطلاقه، لأنه تغاضى عن حق الولي في التدخل لإبطال الزواج إذا لم يكن المتعاقد معها كفؤا، أو أنّ المهر ليس بمهر المثل، فالحنفية يجيزون للولي حق الاعتراض في هذه الحالة، وهذا ما لم يلتفت إليه المشرع الجزائري"[259].

ومنه يتضح بأن المشرع الجزائري لم يعتمد رأي الحنفية، ولا أخذ بمذهب الجمهور في اشتراط إذن الولي، ولا حتى برأي الظاهرية الذين يفرقون بين البكر والثيب، فجاء بموقف لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج.

كما أن التعديل محل تغيير لموقف المشرع من هذا التكييف فاعتبر الولاية شرطا من شروط الزواج لا ركنا هذا اقتداء بجمهور الفقهاء وترتب عن هذا التعديل بطبيعة الحال تعديل المادتين 32 و33 حيث قضت هذه الأخيرة بفسخ الزواج متى تخلف شرط الولي عند وجوبه في زواج القاصرة. وقد أحسن المشرع صنعا بإلغاء ولاية الإجبار(المادة 12 الملغاة بالأمر05-02) وبالإشارة في المادة13 قانون الأسرة المعدلة، أنه لا يجوز للولي أن يجبر الفتاة القاصرة على الزواج رغم إرادتها، أي بمعنى أنه لا يجوز أن يعطل المولى عليها من الزواج بمن ترضاه زوجا لها[260].

أما إذا أجبر الولّي ابنته وأبرم عقد زواجها في بلد أجنبي ، فإن هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية، لكونه مخالفا للفقرة الأولى من المادة 97من قانون الحالة المدنية رقم 70-20"إنّ الزّواج الذي ينعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تّم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألاّ يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني

---

[259] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر05-02 المعدل لقانون الأسرة،المرجع السابق، ص. 60.

[260] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، المرجع السابق،ص .249 .

لا مكان عقد الزواج "التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن الشروط الأساسية التي يتطلبّها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج[261].

ويتضح من نص المادة11 أن قانون الأسرة كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد وبهذا اعتبر المشرع الجزائري الولاية في الزواج أمرا شكليا غير ذي بال، مادامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، فقد ابتدع المشرع معيارا جديدا للولاية هو معيار الاختيار من قبل المرأة ولو كانت هذه المرأة ذات أب أو أخ، ولم يفرق المشرع بين الولي الذي يعد مسؤولية شرعية وقانونية محددة الأسباب والصلاحيات، وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، وأعطاهما نفس الدور والدرجة، فلكل منهما ليس له حضور مجلي العقد[262].

مقارنة هذا النص المعدل مع النص السابق، فإنه يتبين أنّ المشرع غيّر عبارة "يتولى زواج المرأة وليها."بعبارة " تعقد المرأة الراشدة زواجها". و بهذا انتقلت الفتاة الراشدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة، بحيث ينبغي أن تدلي بموافقتها في الزواج شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق[263].

وتوضيحا لما سبق يقول الأستاذ عبد العزيز سعد:"فكان للمشرع أن يحدد سلطة الولي،لأن حضوره لا يعتبر تصرفا ولا يرتب أي أثر قانوني، فلا يصبح معنى لحضوره إذا لم يكن له أي تأثير في الزواج من في ولايته، كما أن تغيبه لا يجعل العقد باطلا على العكس ما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة 7 ونص المادة 33 من قانون الأسرة"[264].

---

[261] عيسى حداد ،عقد الزواج دارسة مقارنة ،منشورات جامعة باجي مختار،عنابة، الجزائر، 2006،ص. 142 .

[262] عبد القادر الداودي ،أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،دار البصائر، الجزائر،2010 ، ص.122.

[263] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر05-02 المعدل لقانون الأسرة،المرجع السابق، ص.59 .

[264] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.43 .

يؤكد ذات القول الأستاذ لوعيل محمد أمين" لقد وجدت فكرة الولي إلى جانب المرأة في عقد الزواج، تبريرات عدة وتفسيرات، كاعتبار وجود الولي صورة من صور القصور عند المرأة، الأمر الذي جعل أنه يوجد من يتكلم بدلا عنها، والمقصود هنا التكلم بصيغة العقد في مجلس العقد، وهناك من اعتبره مجرد وكيل مفوض من طرفها بإبلاغ من يتقدم للزواج منها بقبولها أو رفضها[265].

بذلك قد كرس المشرع حق المرأة مباشرة عقد الزواج بنفسها مع اشتراط حضور الولي سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره[266]. الأمر الذي يجعلنا نجزم بالقول بأن التشريع يزحف بتدريج نحو تحرير المرأة من الولاية كنتيجة للمساواة بين الرجل والمرأة[267].

لاشك أن محاولة المشرع الجزائري في وضع حدا نهائيا لنقاش دام طويلا حول مدى سلطة الولي ومكانته في عقد الزواج، فعمد إلى تهميش سلطته بهدف إحقاق المساواة بين الرجل والمرأة مسايراً بذلك بنود اتفاقية سيداو، ومن شأن هذا الموقف أن يفتح باب التمرّد لنوع خاص من الفتيات، بحيث يمكن لهن الزواج خفية من آبائهن وهذا قد يطعن في صميم التكافل الأسري.

ولعله من الالتزامات القانونية الجديدة، والتي أفرزها التطور القانوني والعلمي في مجال علاقات الأحول الشخصية، يتعين على طرفي العلاقة الزوجية إجراء تحاليل طبية سابقة لإبرام عقد الزواج، يخلص بالضرورة إلى تقديم كل منهما لشهادة طبية تثبت خضوعهما للكشف عن بعض الأمراض والعوامل التي تشكل خطرا يتعارض مع مقاصد الزواج، مما يؤثر على صحة الزوجين من جهة وصحة وحياة ذريتهما المنتظرة منهما من جهة أخرى[268].

---

[265] لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق،ص.54 .

[266] أحمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج والفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،مجلة دراسات القانونية، مركز البصيرة، الجزائر،2011، ع10،ص.66 .

[267] بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري ما بين الإلغاء والإبقاء، مجلة الفقه والقانون،المغرب، جوان 2014،ع 20،ص.161.

[268] علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان2013/2012،ص.55.

قبل الخوض في الجوانب القانونية لهذه المسألة نطرح التساؤل التالي:ما مدى الحماية القانونية للمرأة في إطار تكريس إلزامية الفحص الطبي على المقبلين على الزواج ؟

الفرع الثالث

التكريس القانوني للفحص الطبي قبل الزواج

أحاط الإسلام مؤسسة الأسرة بكل جوانب الرعاية النفسية الاجتماعية، الاقتصادية، الصحية، وهذا لتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج من الألفة والإحصان والنسل الصالح والسليم. وهذا عندما نتحدث عن الأمراض وتأثيرها في العلاقة بين الزوجين، في عصر اكتشف الطب أمراضا خطيرة، وجب علينا اتخاذ الوسائل المانعة لها، وذلك من خلال الفحص الطبي لراغبى الزواج، فمن خلال هذا الفحص يمكن معرفة الأمراض المعدية كما والأمراض الجنسية.

إن التقدم العلمي في شتى مجالاته ومنها الطبي، أصبح الكشف عن الأمراض التي يعاني منها الزوجان أمرا مطلوباً خاصة مع ظهور أمراض تهدد كيان الأسرة، كما أن تطور علم الهندسة الوراثية أسفر عن كشف أمراض وراثية، قد يرتبط انتقالها بسب زواج الأقارب خصوصا وحتى مع عدم وجود قرابة[269].

الفحص الطبي قبل الزواج مصطلح حديث الاستعمال لم يكن له وجود قبل ذلك شاع في الفترة الأخيرة واهتم به العلماء و الباحثون في مجالي الشريعة والطب[270].

فالصحة في مفهوم الطب الحديث ليست مجرد الخلو من العاهات أو الأمراض، بل أن يتمتع الفرد برصيد من القوة في وظائف أعضائه تجعله يتحمل ما قد يتعرض له من مسببات كثيرة من الأمراض[271].

---

[269] زردومي فلة، الفحص الطبي قبل الزواج والالتزام به(دراسة فقهية مقاصدية)، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر، 2016،ع1،ص.280.

[270]عبد الفتاح أحمد أبو كليلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة في منظور الفقه الإسلامي دراسة فقهية طبية قانونية معاصرة، ط1،مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،2012،ص. 129 .

فقد عرف جانب من الفقه الفحص الطبي بأنه: "مجموعة استشارات طبية إجبارية أو اختيارية يخضع لها المقبلون على الزواج بإجرائهم لبعض الفحوصات المخبرية أو السرسرية قبل عقد القيران، أو إجراء العازمين على الزواج ذكورا أو إناثا لفحوصات طبية مختلفة، بقصد الكشف عن بعض الموانع أو المعوقات الصحية، التي تحول دون تحقيق غايات الزواج بما فيها إمكانية الإنجاب من عدمه، ليكون الخاطبين على علم وبصيرة واقتناع بما هو مقبل عليه"[272].

الفحص السريري هو عبارة عن فحص عيادي شامل للحالة الفيزولوجية والنفسية والعقلية لأي شخص يراد فحصه، وتكون عادة بمعرفة الوزن والطول والنبض وضغط الدم، وبواسطة هذا النوع من الفحوص يأخذ الطبيب نظرة أولية عن المقبلين على الزواج ويمكن أن يقرر طلب إجراء فحوص وتحاليل بيولوجية تكملة لما خلص إليه مع تقديم علاج إذا دعت الضرورة أو تقديم النصح والتوجيه للشخص أن يتصور ما يحدث من عدم الفحص قبل الزواج من مخاطر، حين يرتبط بشخص حامل لفيروس قاتل.

أفادت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عن الآثار المحتملة والمترتبة على التفشي العالمي لفيروس متلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز)[273]، وقد اطلعت

---

[271] عبد الفتاح أحمد أبو كليلة،المرجع نفسه،ص.13.

[272]صفوان محمد عضيبات،الفحص الطبي قبل الزواج،ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2009 ، ص.56 .

[273] هو مرض يصيب الجهاز المناعي البشري ويسببه فيروس نقص المناعة البشرية فيروس إتش أي في (HIV) وتؤدي الإصابة بهذه الحالة المرضية إلى التقليل من فاعلية الجهاز المناعي للإنسان بشكل تدريجي ليترك المصابين به عرضة للإصابة بأنواع من العدوى الانتهازية والأورام. وينتقل فيروس نقص المناعة إلى المصاب عن طريق حدوث اتصال مباشر بين غشاء مخاطي أو مجرى الدم وبين سائل جسدي يحتوي على هذا الفيروس مثل:الدم أو السائل المنوي للذكر أو السائل المهبلي للأنثى أو المذي أو لبن الرضاعة الطبيعية. من ثم، يمكن أن ينتقل هذا الفيروس من خلال الاتصال الجنسي غير الآمن سواء سواء ممارسات جنسية خارجة عن نطاق الزواج أو شاذة. بن صافي سميرة، فقيه العيد،العيش مع داء السيدا وصم وموت حتمي،مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية،جامعة قاصدي مرباح ورقلة،الجزائر،2015،م7،ع15،ص74.

اضافة إلى عملية نقل الدم، أو من خلال إبر الحقن الملوثة بهذا الفيروس، أو يمكن أن ينتقل من الأم إلى جنينها خلال مرحلة الحمل أو الولادة أو الرضاعة أو من خلال أي عملية تعرض أخرى لأي من السوائل الجسدية سالفة الذكر.طالو العلي محي الدين، الإيدز والأمراض الجنسية،دار الهدى،الجزائر،1989،ص.95.

على التقارير والمواد التي أعدتها منظمة الصحة العالمية، والوثيقة الختامية للمشاورة الدولية بشأن متلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز) وحقوق الإنسان، التي عقدت في جنيف في الفترة من 26 إلى 28 جوان1989[274]، عن الإحصائيات المرعبة التي تكشف عن ارتفاع نسبى للأمراض الوراثية[275].

ونظرا لحجم القضايا المطروحة أمام القضاء والتي تتعلق بطلب انحلال الرابطة الزوجية بسبب العيوب أو الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ونظرا كذلك انتشار أطفال معاقين ومشوهين خلقيا نتيجة انتقال المرض بالزواج إلى الذرية، ونظرا كذلك للتقاليد والعادات المعروفة في المجتمع الجزائري الذي يفضل زواج

---

[274] التوصية العامة رقم:15 تجنب التمييز ضد المرأة في الاستراتيجيات الوطنية للوقاية من مرض متلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز) ومكافحته في دورتها التاسعة 1990 ، الوارد في الوثيقة A/45/38
وإذ تلاحظ أن منظمة الصحة العالمية قد أعلنت أن شعار اليوم العالمي لمتلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز) في 1ديسمبر 1990 سيكون" المرأة ومتلازمة نقص المناعة المكتسب(الإيدز) توصيبما يلي:
أن تكثف الدول الأطراف جهودها في نشر المعلومات من أجل زيادة الوعي العام بخطر الإصابة بفيروس نقص المناعة البشرية ومتلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز) ولاسيما في صفوف النساء والأطفال، وبما لهما من آثار عليهم؛ أن تولي البرامج الموضوعة لمكافحة متلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز) اهتماما خاصا لحقوق وحاجات النساء والأطفال، وللعوامل المتصلة بالدور الإنجابي للمرأة وبمركزها الأدنى مرتبة في بعض المجتمعات مما يجعلها عرضة بشكل خاص للإصابة بفيروس نقص المناعة البشرية؛
أن تكفل الدول الأطراف المشاركة الفعلية للنساء في الرعاية الصحية الأولية وأن تتخذ تدابير لتعزيز دورهن كموفرات لهذه الرعاية وكعاملات صحيات ومثقفات في مجال الوقاية من الإصابة بفيروس نقص المناعة البشرية؛
أن تضمن جميع الدول الأطراف تقاريرها المقدمة بموجب المادة 12 من الاتفاقية معلومات عن آثار متلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز) على حالة المرأة وعن الإجراءات المتخذة لتلبية حاجات النساء المصابات ولمنع التمييز بصورة خاصة ضد المرأة عند التصدي لمتلازمة نقص المناعة المكتسب (الإيدز)

[275] على الصعيد العالمي، تشير التقديرات إلى أن حوالي 7.9 مليون ولادة أو 6٪ من مجموع الولادات التي تحدث سنويا تعاني من وجود خلل وراثي المنشأ أو خلل وراثي جزئي. ومع ارتفاع معدل انتشار الاضطرابات الوراثية مثل الأمراض الهيموغلوبينية (كالثلاسيميا، وفقر الدم المنجلي)، فإن دول إقليم شرق المتوسط تشارك بجزء كبير في هذا العبء بما يقدر بـ 26٪ من مجموع الولادات السنوية المصابة بـ β–الثلاسيميا في جميع أنحاء العالم. ويلاحظ أن معدل الحاملين للمرض، قد تكون عالية وتصل إلى 50٪ لـ α –الثلاسيميا و30٪ لفقر الدم المنجلي في بعض بلدان الإقليم أو ضمن فئات معينة من السكان داخل هذه البلدان. وتسهم الممارسات الثقافية، مثل زواج الأقارب، كعوامل هامة في هذا الانتشار الواسع،http://www.emro.who.int/ar أطلع عليه يوم 2021/10/25 على الساعة 15سا 30.

الأقارب، رغم ما تسببه من تفشي للأمراض الوراثية، كان لزاما على المشرع الجزائري أن يتدخل بتدابير وقائية للحد من هذه الظاهرة[276].

مع اعتبار الزواج أسهل طريقة لانتقال الأمراض الوراثية والمعدية، لقد أفرد المشرع الجزائري نصا خاصا بموجبه يكون ملزما على المخطوبين المقبلين على الزواج إجراء الفحوصات الطبية وإثباتها في وثيقة طبية، قبل إبرام عقد الزواج، حيث نصت المادة 7 مكرر قانون الأسرة، المضافة بالأمر 05-02 بأنه "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة(3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية،أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج،ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

فمن خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع جعل شرط تقديم الشهادة الطبية إجراء إلزاميا لكل من العروسين لإتمام إبرام عقد الزواج من طرف الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وعلى هؤلاء واجب قانوني يتمثل في التأكد من إجراء الفحوص الطبية من طرف المقبلين على الزواج، ومن علم كل طرف منهما بنتائج تلك الفحوصات، وبعد إبرام عقد الزواج يتم التأشير عن ذلك في العقد[277]. حتى لا يقع أحد طرفي العقد في غش أو تدليس، ويكون لهما كامل الحرية في إتمام عقد الزواج أو الرجوع عنه[278].

---

[276] كسال سامية،الضمانات القانونية لإنجاح الفحص الطبي قبل الزواج في الدول العربية،الملتقي الدولي الأول، التطور التشريعي لأحكام قانون الأسرة في الدول العربية بين الثابت والمتغير، المنعقد يومي 25 و26 نوفمبر 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي،شلف،الجزائر، ص.8 .

[277] عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق،ص.52. وما يليها .

[278] بلحاج العربي،الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا،الجزائر، 2007،ع1، ص.118 .

ينصح أكثر الباحثين أن يكون الفحص الطبي قبل العقد مباشرة أي زمن الخطبة، حتى لا يكون المرض الطارئ للخاطبين بعد العقد أو لأحدهما مبرر كافيا للطلاق، وكذلك حتى يحافظ على حرمة هذا الفحص وحرمة شرف الخطوبة وأسرتها من أي إنقاص أو إيذاء أو إحراج في شخصيتها أو أنوثتها وعافيتها، وحتى يمكن صاحب العلاقة خاطبا أو مخطوبة من اختيار البديل فيما لو كانت النتيجة غير مشجعة[279].

مع تقديم شهادة طبية تثبت الحالة الصحية لطالبي الزواج، وذلك من باب الاحتياط والوقاية، من الأمراض المعدية أو الجنسية التي ستؤثر مستقبلا على صحة الزوجين والأطفال عند الإنجاب. وأكدت المادة 2 من هذا المرسوم التنفيذي 06-154[280]، ضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، الذي يثبت بشهادة طبية نموذجية، يعدها الطبيب وفقا للنموذج المنصوص عليه في هذا المرسوم. كما يقوم الطبيب بإجراء فحصا عياديا شاملا، وتحليل فصيلة الدم(ABO+rhésus) وإعلام المعنى بالأمر بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع لها، وبكل ما من شأنه أن يقي أو يقلل الخطر الذي يلحق به أو بزوجه أو بذريته .

كما يلتزم الطبيب بتقديم المشورة الطبية، ولفت انتباه المخطوبة إلى مخاطر مرض الحميراء(Rubéole) الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل، ويبين عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن للطبيب رفض تقديم الشهادة الطبية إذا كانت الفحوصات سلبية، بل يتوقف التزامه بتبليغ المعنى بالأمر بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها، وفقا للمادة 5 من هذا المرسوم التنفيذي[281].

---

[279] ياسين محمد غادي،شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق،2001،ع1،ص.286 وما بعدها .

[280]المرسوم التنفيذي رقم 06-154 صادر في 11 ماي 2006، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة،ج.ر رقم 31 ، المؤرخة في14 ماي 2006 ،ص.4 وما يليها .

[281] وهذا على خلاف المشرع التونسي الذي نص في الفصل الثالث من القانون عدد 46 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، حيث تنص على ما يلي ":.يجب على الطبيب أن يطلع المعنى بالأمر على ملاحظاته، ويبين له مدى أهميتها ويمكنه أن يرفض تسليم الشهادة إن تبين له أن هذا الزواج غير

كما يلتزم الموثق أو ضابط الحالة المدنية قبل تحرير عقد الزواج بالتأكد من خضوع المخطوبين للفحوص الطبية، التي تثبت بوثيقة طبية، وهذا ما أكدته المادة 6 من المرسوم التنفيذي 06-154.غير أن هذا الالتزام يتوقف على مجرد الكشف عن وجود الوثيقة الطبية سالفة الذكر لا أكثر، بمعنى أنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة الزوجين. طبقا للمادة 7 من المرسوم التنفيذي 06-154.

وعلى خلاف ذلك يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد من علم المخطوبين بنتائج الفحوصات الطبية، وإذا كانت النتائج سلبية، يتأكد من علمهما بالمخاطر التي تسببها الأمراض الوراثية والمعدية بالنسبة لصحة الزوجين والأبناء[282].

من ثم، فقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بإلزام المقبلين على الزواج بهذا الفحص الطبي، لأنه مطلب اجتماعي وشرعي وصحي وقانوني في الوقت نفسه، اقتضته سياسة مواجهة خطر انتشار الأمراض الوراثية والمعدية والخطيرة في المجتمع، فتحقيق سلامة الأسرة من الأمراض يؤدي حتما إلى سلامة المجتمع، اعتبار الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع .

رغم أهمية الفحص الطبي ووجوبه قبل إتمام عقد الزواج لتحقيق حياة أسرية خالية من المشاكل الصحية والنفسية والخلافات المسببة للطلاق. إلا أن الواقع العملي أثبت نقص الوعي الثقافي والقانوني والصحي لدى الأفراد، إذ غالبا ما يستهين الأشخاص بالفحص الطبي، ويعتبرون هذه الشهادة الطبية مجرد ورقة إدارية مطلوبة فقط لاستكمال ملف عقد الزواج، وبالتالي يلجؤون إلى التحايل على القانون للحصول عليها من غير فحص، وفي هذه الحالة يصعب تحقيق مقاصد الفحص الطبي قبل

مرغوب فيه، وأن يؤجل تسليم هذه الشهادة على أن يزول خطر العدوى من المريض أو تصير حالته الصحية غير مضرة لذريته". ونظرا لخطورة الأمراض المعدية، فإن المشرع التونسي نص على المعاقبة بالسجن، الشخص الذي يعلم أنه مصاب بمرض معد ويسعى بسلوكه إلى نقله إلى أشخاص آخرين، وأكد على ذلك في هامش نموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج. أنظر:نموذج الشهادة الطبية السابقة للزواج التونسي منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 90 الصادر في 27 سبتمبر 1985 ص1737 القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 22جويليه 1992

[282] كسال سامية،الضمانات القانونية لإنجاح الفحص الطبي قبل الزواج في الدول العربية، المرجع السابق، ص.9.

الزواج، لذلك يتعين رفع مستوى التوعية المجتمعية تكثيف الجهود للتحسيس والتوعية بفوائد الفحص الطبي قبل الزواج من خلال وسائل الإعلام والاتصال المختلفة والندوات واللقاءات .

وهنا يطرح التساؤل: كيف يخضع المقبلين على الزواج لأحكام المادة 7 مكرر، في حين مازال المشرع يعترف بالزواج العرفي الذي يتم بدون شهادة طبية ؟ الأمر الذي سنعالجه في المطلب التالي.

المطلب الثالث

التدابير المتعلقة بالأحكام الإجرائية لعقد الزواج

إن مناقشتنا لمسألة توثيق عقد الزواج تنطلق من حقيقة راسخة، هي أن المسلمين في العصور السابقة لم يشترطوا توثيق عقد الزواج بالكتابة[283].

أكثر ما يطلق على عقد غير مسجل بسجل عقود الزواج بالحالة المدنية فهو زواج عرفي[284] اختل فيه عنصر الرسمية، فلا بد لإثباته من صدور حكم قضائي عن قاضي شؤون الأسرة بعد التأكد من توفر ركن الزواج وشروطه[285].

لقد فرض المشرع الجزائري هذه الإجراءات الإدارية لمنع التلاعب في العقود، وإشعار المجتمع بأهميتها وخطرها، في حين أن الفقه الإسلامي لم ينص على

---

[283] ماهر نعيم سرور، التوثيق وأثاره في الزواج والطلاق دراسة فقهية مقارنة،ط 1،الدار العلمية الدولية، عمان الأردن، 2016، ص. 77.

[284] علينا أن نفرق بين ما هو زواج عرفي والباطل، فالزواج العرفي يعرفه رجال الدين والقانون، بأنه الزواج الذي تمّ وفقا لما تقتضيه قواعد الشريعة الإسلامية من أسس وأركان وشروط ، لكن دون أن يُقدِم طرفاه على توثيقه لدى السلطات الرسمية والمختصة لذلك، وهو ما يعرف في الجزائر" بزواج الفاتحة "،أما الزواج الباطل، هو ذلك الزواج الذي تفقد فيه معظم شروط الزواج الشرعي الصحيح وركن الرضا، وما أكثر صوره، خاصة مع تقدم الزمن الذي صاحبه فساد الذمم، لهذا كان من اللازم الاتجاه إلى توثيق الزواج، حتى لا يكون محلا للإنكار، ومن، ثم ضياع الحقوق؛أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص .04.

[285] لحسن بن شيخ آث ملويا،قانون الأسرة نصا وشرحا،دراسة تفسيرية،ج1،دار الهدي للطباعة، الجزائر،2014، ص.37.

مثل هذه القيود لإدارية إلا حديثا، ولقد راعي فيها القانون الجزائري المرونة والسهولة وعدم الحرج لخدمة المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية[286].

بناء على هذا المفهوم الذي يتماشى مع واقع اتفاقية سيداو، ألزمت اتفاقية في المادة 2/16 على الدول الأطراف اتخاذ جميع الإجراءات، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج، و لجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا، وفي هذا السياق، أكدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم21 في دورا الثالثة عشر لسنة 1994 ، أن الدول الأطراف يجب أن تفرض تسجيل عقود الزواج سواء أبرمت على شكل مدني أو وفقا للعرف أو الدين.

وفي توصية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المؤرخة في 30 أكتوبر 2013 حول الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية ، وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية، أكّدت أنّ تسجيل الزواج يحمي حقوق الزوجين فيما يتعلّق بالممتلكات لدى انقضاء الزواج بالوفاة أو الطّلاق وعليه تلزم اتفاقية -سيداو- الدول الأطراف بوضع نظام لتسجيل الزواج وإعمال هذا النظام إعمالا تاما، إلاّ أنّ كثيرا من الدول الأطراف إما لا تشترط قوانينها تسجيل الزواج أو لا يطبق هذا الشرط إن وجد.

لقد اشترطت اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، 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" .

وينبغي للدول الأطراف أن تجعل تسجيل الزواج فرضا قانونيا وأن تضطلع بأنشطة فعالة من أجل تحقيق هذا الهدف، ويجب أن تكفل التنفيذ عن طريق التعريف بمتطلّبات التسجيل وأن توفّر البنية الأساسية الّتي تجعل التسجيل متاحا لجميع الأشخاص ضمن ولايتها الإقليمية، وينبغي للدول الأطراف أن تتيح إمكانية إثبات الزواج بوسائل غير

[286] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، المرجع السابق ،ص.265 .

التسجيل حيثما كانت الظّروف تبرر ذلك، ويجب على الدولة أن تحمي حقوق النساء في إطار هذه الزيجات بصرف النظر عن وضع الزيجة من حيث التسجيل[287].

يعود سبب إجراء عقود زواج بدون تسجيل أو توثيق إلى عدم توفر الشروط القانونية التي يجب توافرها حين العقد، كأن يكون أحد الزوجين أقل من سن الزواج المنصوص عليها قانونا، كما يكون بعض الأزواج لا يملكون وثيقة إثبات الهوية الرسمية، يرجع بعض الأزواج إلى كتمان الزيجات اللاحقة عن زوجاتهم السابقة، وذلك لما يحدثه الإعلان من إشكالات له، في الوسط الأسري أو الاجتماعي، حيث سنتعرض إلى ذلك تفصيلا في الفرع التالي .

الفرع الأول

الآليات القانونية لتسجيل عقد الزواج والتطبيق العملي في الإثبات

أمر الله سبحانه وتعالى بإيفاء العهود وأداء الحقوق، ولما كانت الحقوق عرضة للضياع نظرا لطبيعة الحياة البشرية وما يطرأ على الإنسان من غفلة ونسيان، وتنازع أو تجاحد، شرع الله–عز وجل– توثيق الحقوق والعقود بشتى وسائل التوثيق وأنواعه من التوثيق بالكتابة والإشهاد والرهن[288]، لقوله تعالى﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[289].

فلفظ العرف عام يشمل كل ما تعارف عليه الناس من قول حسن وفعل جميل وخلق كامل، وكل ما فيه مصلحة دينية ودنيوية[290]، ومنه يعرف الزواج العرفي

---

[287] أنظر التوصية العامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،(لآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية)،بتاريخ 2013/10/30. CEDAW/C/GC/29

[288] أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته وأحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به دراسة فقهية مقارنة،ط1، دار العاصمة،الرياض،المملكة العربية السعودية،2005،ص.62 .

[289] سورة المائدة، الآية 1 .

[290] علاوة بوشوشة،الزواج بين العرفي والعقد المدني واثرة على الأسرة " مقاربة في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والتطبيقات القضائية لدى المحكمة العليا"،مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة،2017،ع7،ص.354.

بأنه":عقد بين رجل وامرأة أبرِّم وِّفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتم فيه الدخول بالزوجة، ولم يُسجّل في سجلاّت الحالة المدنية خِّلال المهلة المحدَّدة قانوناً لذلك"[291].

بدأ المسلمون توثيق عقود الزواج حينما أصبح يؤخرون الصداق أو جزء منه، حفاظ لحقوق الزوجة من الضياع، من ناحية ومن ناحية أخرى كحجة لإثبات عقد الزواج، وجاء قول شيخ الإسلام ابن تيمية مؤيدا وموضحا لسبب توثيق عقد الزواج"لم يكن الصحابة يكتبون الصداقات لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر بل يعجلون المهر، وإن أخروه فهو معروف، ولما صار الناس يتزوجون على مؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنها زوجة له"[292]، منه وكما هو معروف أن الصداق حق للزوجة يدفعه الزوج لها لأجل حل الاستمتاع بها. إذن ما هي الإجراءات الواجبة اتخاذها من أجل إبرام عقد الزواج ؟

أولا: الإجراءات الشكلية الخاصة بإبرام عقد الزواج

لعل الغاية التي من أجلها سن المشرع الأسري الجزائري للإجراءات الشكلية لإبرام عقد الزواج، هو حرصه الشديد على تحصين مؤسسة عقد الزواج وإحاطتها بالضمانات التي تحفظ لها قداستها، وتصون الحقوق والآثار المترتبة عنها[293].

إن الزواج إذا استكملت ركنه وشروطه، وجب قانونا لمباشرة عقد الزواج رسميا ضرورة مراعاة الإجراءات الإدارية والتنظيمية. كما أشارت المادة 18 قانون الأسرة إلى"يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين9 و9 مكرر من هذا القانون" وتدخل مسألة تسجيل عقود الزواج ضمن الأوضاع الشكلية لعقد الزواج، وتخضع لحكم المادة71 إلى77 من الأمر 70-20 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 لمتعلق بالحالة المدنية، الذي نظم وثيقة عقد الزواج باعتبارها

---

[291] بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلّبات المجتمع، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ،2002،ع2، ص157 .

[292] أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، كتاب النكاح، م32، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004 ،ص.131 .

[293] مزياني نورالدين، الزواج العرفي بين الآليات القانونية لتسجيله والإجراءات القضائية لإثباته، المجلة الأكاديمية القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر،2020، م4، ع2، ص607.

إحدى وثائق الحالة المدنية للفرد، فمثلا المادة 72 ألزمت ضابط الحالة المدنية بتسجيل العقد وتسليم الزوجين دفترا عائليا وذلك من أجل الحفاظ على مصلحة الزوجين[294].

كما يقوم الموثق بتحرير عقود الزواج في سجلاته، ويسلم للزوجين نسخة تسمى لفيف الزواج للإثبات، تم يقوم هذا الأخير بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في آجال أقصاها ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل العقد ، وهذا لتسجيله في سجلات الحالة المدنية، ويسلم للزوجين دفترا عائليا، ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل منهما هذا وفقا لنص المادة 72 فقرة 02 من قانون الحالة المدنية[295].

أما دعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدء من الزوجين إلى الأصول وصولا إلى الفروع، وهي دعوى تقريرية يطلب فها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين، أمام المحكمة قسم شؤون الأسرة التي حصل في دائرة اختصاصها الزواج[296].

في حالة عدم تسجيل عقد الزواج بسجل عقود الزواج بالحالة المدنية الذي اختل فيه عنصر الرسمية فهنا إثباته يحتاج إلى صدور حكم قضائي أمام قاضي شؤون الأسرة قصد تسجيله في السجلات المعدة لذلك، نكون هنا بصدد واقعة مادية حصل بها الدخول بالزوجة فلا بد من اللجوء إلى المحكمة وتقديم الأدلة والحجج والبيانات التي تؤكد قيام الزواج العرفي الشرعي الذي تم بجميع ركنه و الشروط المطلوبة شرعا وقانونا[297].

---

[294] الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 17 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية،ج.ر 21 ،المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق لـ 9 غشت 2014، ج.ر،ع49، المؤرخة في 2014/08/20، ص. 3 وما يليها .

[295] " يحرر الموثق عقدا عند ما يتم الزواج أمامه ويسلم إلى المعنيين شهادة، كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم ببنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفتراً عائليا ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين".

[296] يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة ، دار هومة، الجزائر،2011، ص.115 وما يليها .

[297] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،الأردن، 2012 ، ص .350.

ثانيا: إثبات عقد الزواج

تعدّ مشكلة إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العرفي، من أخطر المشاكل في العصر الحاضر، ومن أدقها وأعمقها، وذلك لأنه يعقد في كثير من حالاته لأغراض معينة، وبمجرد أن تطفو الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى عقد الزواج العرفي[298]، فعقد الزواج يعتبر أهم وثيقة ثبوتية يعتمد عليها عند نشوء أي نزاع ويحتج بها في مجال ثبوت الزوجية أو النسب أو الإرث، مما يستلزم كتابة عقود الزواج وفق الشكل المطلوب قانونا[299]، لما فيه من صيانة لأعراض، وحفظ لحقوق الزوجين وحماية لحقوق الولد وهذه الوثيقة تكون حجة عند التنازع والتجاحد، تزيد من قوة الإشهاد،أو تثبيت الدعوى أمام القضاء عند غياب الشهود أو موتهم[300].

تعتمد الشريعة الإسلامية في إثبات الزواج على واحدة من الطرق الثلاثة التالية، وهي :الإقرار والبينة والنكول عن اليمين، فإن ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمر يتعلق به كالنفقة مثلاً، فإن أقر الطرف الآخر ثبت؛ لأن الإقرار حجة على المقر، فإن لم يقر طلب المدّعي بالبينة، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد، فإن عجز المدّعي عن إقامة البينة، وجهت اليمين إلى الطرف الأخر، فإن حلفها اعتبرت الدعوى مرفوضة، أما إذا امتنع عن اليمين قضى بثبوت الزواج؛ لأن النكول إقرار غير مباشر بينما القضاء الجزائري لم يتّبع هذا التدرج، بل جعل سيدة الأدلة في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي هي البينة، سواء كانت شهادة عيان أو شهادة سماع، وهو ما يدعونا للتعرف على طرق إثبات الزواج العرفي، فتكون البداية بالإقرار،ثم الشهادة، وبعدها النكول

---

[298] فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،مصر،2000، ص.40؛ عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي، المشكلة والحل، والزواج السري ونكاح المتعة، والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار،دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، ب.س.ط، ص.104؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2014/2013،ص.98.

[299] محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة ،المرجع السابق،ص.103 .

[300] أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته وأحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق،ص. 68 .

عن اليمين تم الإقرار[301]. فقد استقر قضاء المحكمة العليا على أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، "ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج، مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي، وشهود، وصداق، فالقضاء بإثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقا سليما للقانون"[302]

حيث نصت المادة 324 من القانون المدني الجزائري على الإثبات في المحررات الرسمية كما يلي:"العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما، ثم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

نجد في القانون 57-777 المتعلق بإثبات عقود الزواج المنعقدة في الجزائر تبعا لقواعد الشريعة الإسلامية المؤرخ في 1957/07/11 المعمول بها سابقا نص في المادة 3 منه على انه" عندما لا يكون عقد الزواج قد أبرم أمام القاضي، ويراد تسجيله في سجلات الحالة المدنية لا بد في هذا الشأن من تصريح إلى ضابط الحالة المدنية، وذلك خلال مدة أقصاها خمسة أيام كاملة ابتداء من يوم البناء وهذا التصريح إجباري القيام به سواء من الزوجين أو من الزوج، أو من ممثل الزوجة وفقا لنصوص الشريعة الإسلامية الذين يحضران شخصيا مصحوبين بشاهدين كانا قد حضرا مجلس الزواج"[303].

كما نجد بأنه يوقع عقوبة على كل من الزوج أو ممثل الزوجة في حال عدم التصريح بالزواج خلال المدة القانونية المحددة وهذا ما نصت عليه المادة 9 من نفس القانون:"إن عدم التصريح بالزواج ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة الثالثة يؤدي

---

[301] حاج أحمد عبد الله،إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، ديسمبر 2015، ع1، ص.133 .

[302]المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ 1998/03/17،ملف رقم 188707،المجلة القضائية،2001،عدد خاص، ص.50.

[303] "Lorsque le mariage n'est pas contracté devant le cadi, il doit faire l'objet, en vue de son inscription sur les registres de l'état civil, d'une déclaration au maire de la commune, dans un délai maximum de cinq jours francs à compter de la célébration de l'union.
Cette déclaration est obligatoirement faite, soit par les époux, soit par le mari et le représentant de l'épouse aux termes de la loi musulmane, qui comparaissent en personne,accompagnés de deux témoins ayant assisté au mariage ";Loi n°57-777 du 11/07/1957 relative à la preuve du mariage contracté en algerie les regles du droit musulman,J.O.R.F.n ° du 13/07/1957,p6922.

إلى معاقبة الزوج وممثل الزوجة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية بغرامة من 6000 إلى 108000فرنك فرنسي وبالحبس من ستة أيام إلى ستة شهور".

تهدف هده المادة إلى حمل الرجل على تسجيل الزواج في المحكمة لأن في عدم التسجيل آثار سلبية، فمن المحتمل أن ينكر أحدهما الزوجية أو ينكر نسب الأطفال وقد يصعب الإثبات عند وفاة العاقدين أو الشهود الذين أجروا عقد النكاح خارج المحكمة[304]. وهذا على غرار بعض القوانين العربية التي دعت إلى وجوب توثيق عقد الزواج لدى الموظف الرسمي للدولة، مع اقتران القاعدة القانونية بجزاء في حالة المخالفة، ومنها قانون العراقي[305].

هذا ما يقودنا أيضا إلى دور النيابة في مثل هذه القضايا على اعتبارها طرفا أصليا، المادة 03 مكرر من قانون الأسرة"تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"لكن في الواقع أن التطبيق العملي لهذا النص واجه اختلافا وتناقضا كبيرين من حيث تبليغ النيابة من طرف الخصوم ومن حيث كونه عبء على المتقاضي، وأن تؤدي النيابة العامة الغرض المنشود في كونها طرفا أصليا من حيث الحرص على التطبيق السليم والصارم للقانون[306]. وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا نصه كالتالي" بما أن القضية متعلقة بحالة الأشخاص فكان على قضاة المجلس الإعتماد على شهادة أقارب الطاعنة الذين أكدوا أثناء التحقيق أنها تزوجت فعلا بالمدعي عليه في الطعن، وهذا بحضور أشقائها ومنهم شقيقها بصفته ولي أمرها والذي صرح بدوره أن زواج أخته تم مع المدعي عليه طبقا لقواعد الشريعة

---

[304] فاروق عبد الله كريم،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبعة على نفقة جامعة السليمانية، العراق،2004 ،ص.80 .

[305] المادة 10الفقرة5 " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد على سنة، أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار، ولا تزيد على ألف دينار، كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد على خمس سنوات، إذا عقد خارج المحكمة زواجاً آخر مع قيام الزوجية". قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959،في الوقائع العراقية، العدد 280، في 1959/12/20، أضيفت الفقرة 5 إلى أخر المادة 10 بموجب القانون رقم 21 لسنة 1978، الوقائع العراقية العدد،2639 تاريخ العدد 1978/02/20.

[306] نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس،2010/2009،ص. 158.

الإسلامية وبرضائهما، وحدد الصداق، وبحضور الشاهدين الذين تم بين الطاعنه وبين المطعون ضده، ومن ثمة فأركان الزواج المنصوص عليها متوافرة، وبالتالي فالقرار المطعون فيه الذي قضى بإلغاء الحكم القاضي بتثبيت الزواج خالف أحكام قانون الإجراءات المدنية، مما يجعل الوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون احالة"[307].

إن دعوى أثبات الزواج العرفي غير محددة بأجل، ويمكن رفعها حتى بعد وفاة أحد الزوجين وهذا من باب الإحتياط في إثبات الزوج العرفي. حيث جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث أن وجه الطعن يؤاخذ المطعون ضدها على رفع دعواها الإثبات زواجها العرفي بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج، غير أن حقها في طلب إثبات زواجها من المرحوم، لا يحدده القانون بمهلة معينة ومادامت قد اثبتته بشهادة الشاهدين"[308].

بعد مناقشتنا لمسالة الإجراءات القانونية الواجب اتخاذها لإثبات الزواج العرفي، نتناول في الفرع الموالي موقف المشرع الأسري من الزواج العرفي.

الفرع الثاني

موقف المشرع الأسري من الزواج العرفي

وإذا كانت النصوص التي أصدرها الاستعمار الفرنسي منذ عام 1882 بخصوص تسجيل الزواج بالحالة المدنية، لم تحقّق غايتها لبعض الجزائريين له بالدرجة الأولى وتفضيلهم مقاطعة محاكمه على النحو المتقدّم، فإن النصوص الصادرة بعد الاستقلال بهذا الشأن لم تُؤدِّ بدورها إلى تحقيق الغاية المرجوة منها أيضاً، بفعل تجاهلها لمشاعرهم الدينية، وتعلّقهم بالعادات والتقاليد والقيم الإسلامية التي يعتبرون زواجهم لا يصح إلا إذا أبرم وِّفقاً لها؛ لأن الزواج الرسمي في نظرهم لا لزوم له إلا من أجل تسوية وثائقهم

[307] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1997/10/28،ملف رقم 188707،نشرة القضاة،1999،ع55،ص.175 .

[308] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1991/04/23،ملف رقم 71732،المجلة القضائية،1993،ع2،ص.51 .

الإدارية ليس إلا، وهي نظرة جعلتهم يستمرون في إبرام زواجهم وِّفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك من دون اهتمام بتلك النصوص القانونية المنظمة لعقد الزواج[309] .

إلاّ أن كل هذه النصوص والتدابير الخاصة بتسجيل عقود الزواج، تبقى مبتورة دون جدوى في ظل إبقاء قانون الأسرة على الزواج بالفاتحة أو الزواج العرفي. فالسؤال المطروح هنا لماذا بقي المشرّع يعترف بالزواج العرفي رغم أنّ الغرض من اللجوء إليه هو التحايل على القانون؟ و لماذا يلجأ الأشخاص إلى الزواج غير المسجل بصفة شرعية، أو بمعنى أصح الادعاء بأنّهم أبرموه بصفة شرعية، ثم اللجوء إلى منازعات ومخاصمات قضائية لإثباته ؟

ليس هناك سبيل لمواجهة الزواج العرفي وما يترتب عليه من إشكالات إلا بالتوعية المستمرة التي تجعل الزوجين يصران على تجنيب مثل هذا العقد، إضافة إلى ذلك على المشرع الأسري والجنائي وضع قواعد قانونية صارمة اتجاه هذا نوع من عقود الزواج، ويرجع إنتشار هذه الظاهرة لعدة أسباب من بينها:[310]

أولا: الأسباب القانونية

تعد من أهم العوامل التي تدفع الأشخاص إلى التهرب من توثيق عقود زواجهم خاصة بعد تعديل قانون الأسرة، وتتمثل في وجود شروط إدارية لا يمكن لطالبي الزواج استيفاؤها، أو لّتسرُّع الآباء في تزويج الأبناء قبل بلوغ سن الرشد، ذلك أن إبرام عقد الزواج الرسمي أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، يحتاج إلى استيفاء جملة من الشروط تختلف باختلاف الزوج عما إذا كان مطلقاً أو عسكرياً أو أجنبياً، فمثلاً بخصوص السن القانونية لعقد الزواج، وهي السن المحدَّدة 19سنة وفقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة، وفي حالة ما إذا كان أحدهما أو كليهما أقل من ذلك، فإن زواجهما الرسمي لا يتم إلا بمقتضى ترخيص صادر عن رئيس محكمة موطن طالب الترخيص، وهو ترخيص قد

---

[309] حسين بلحيرش، الإجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011،ع1،ص.136 .

[310] أحمد حماني، فتاوى"استشارات شرعية ومباحث فقهية"،ج1،منشورات وزارة الشؤون الدينية،الجزائر،1992، ص.355.

يرى البعض تجنّب استصداره خوفاً من رفض منحه لعدم استيفاء الشروط، فيلجأ الزوجان إلى الزواج العرفي.

– بعد أن أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات أورد قيودا على ذلك، اعتبرها بعض الأفراد أنه وما دام هذا العقد صحيحا من الناحية الشرعية، فلا داعي لتعقيد الأمور بإتباع الإجراءات الإدارية. وأمام هذه الوضع يجد القاضي نفسه مجبرا على تثبيت الزواج خاصة في حالة إنجاب الأطفال.

– إضافة إلى ذلك يحدث أن تلجأ المرأة إلى الزواج العرفي، رغبة منها في عدم التنازل عن المعاش زوجها المتوفى حيث يسقط حقها في المعاش إذا تزوجت مرة أخرى[311] .

ثانيا: الأسباب الشرعية

تمثل في كون عقد الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية رضائيا لا شكليا، فالعائلات الجزائرية تعودت على إبرامه وفقا لماتنص عليه الشريعة الإسلامية من توافر للأركان الشرعية لعقد الزواج، واعتباره زواجا صحيحا منتجا لكافة آثاره الشرعية متى توافر الرضا الصحيح، والصداق المعلوم، وولي الزوجة، وشاهدي عدل، فلا يحتاج لإجراءات شكلية يتم تأكيدها بموجب التسجيل الإداري. كما جاء في نص المادة 6 الفقرة 2 من قانون الأسرة ." غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكر من هذا القانون".

ثالثا: الأسباب الاجتماعية

وتتمثل في انعدام الثقافة القانونية المُدرِّكة لإرادة المُشرِّع ومقاصدِّه من تشريع التقييد أو التسجيل الإداري، والتوعية بالمخاطر الناجمة عن عقد الزواج غير الموثق، كما أن انعزال بعض البلديات يجعل الأفراد ينظرون إلى التنقل لتسجيل عقد الزواج على أنه عبء ثقيل لا طائلة منه طالما أن الاقتصار على الأركان الشرعية يجعله صحيحاً مُنتجاً لآثاره .

إضافة إلى الظروف الاجتماعية، مثلا أن يكون أحدهما غنياً والآخر فقيراً، أو يكون الأول متعلم والثاني غير متعلم، أو أحدهما من بلد والآخر من بلد، أو المستوى

[311] حسني محمود عبد الدايم،زواج العرفي بين الحظر والإباحة،دار الفكر العربي،الإسكندرية،2011،ص.166.

الاجتماعي لأحدهما أعلى من الآخر ، أو أحدهما من قبيلة والثاني من قبيلة ثانية لا ترض بالزواج بينهما، وفي ذلك يرغب الزوجان وأولياؤهما في الزواج، ولكن الأعراف الاجتماعية تقف أمامها عقبة، فيتزوجان بالزواج العرفي غير الموثق رسمياً[312].

وقد يكون العمل بعض الرجال غير مستقر في مكان واحد، بل يجتهد لأجل عمل رسمي أو تجاري، وعمله يتطلب مدة كبيرة في البلد وزوجته لا تقيم معه، فيحتاج إلى امرأة تحصنه في أثناء وجوده هناك.

رابعا: الأسباب التاريخية

تأثر الأسر الجزائرية بالعادات والتقاليد لأسباب تاريخية وكثير من حالات الزواج عندنا كانت لا تُسجّل في عهد الاستعمار، مقاطعة من الشعب لمحاكمه، وفي عهد الثورة كان رجالها ينهون عن الذهاب إليها وعليه فقد تعود الجزائريون علي الاكتفاء بإبرام عقد الزواج، بحضور جماعة من الكبار والأعيان، ورجال الدين من الأئمة وحفظة القرآن الكريم[313].

---

[312] الأشقر أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط2،دار النفاش للنشر والتوزيع، الأردن،2005، ص.165 وما يليها .

[313] حيث قام المستعمر الفرنسي بإنشاء نظام للحالة المدنية في الجزائر، وذلك بإصداره لعدة قوانين ومراسيم تنظيمية، تعرضت لتنظيم عقود الزواج العرفية أهمها:

قانون1882/03/23 وهو أول قانون تعرض لتنظيم الحالة المدنية في الجزائر، حيث نصت المادة 2/16 منه على تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، وذلك بإتباع إجراءات تتمثل في تصريح يقدمه الزوج، إلى رئيس البلدية، أو إلى الحاكم العسكري بمجرد إبرام العقد، تحت طائلة الخضوع لعقوبة جزائية، تتراوح ما بين ستة أيام إلى شهر حبس، وغرامة تتراوح ما بين 16 إلى 330 فرنك فرنسي.

قانون 1957/07/11 وهو قانون يتعلق بإثبات عقود الزواج المبرمة قبل صدوره، حيث المادتان 3و4 منه، نصتا على وجوب تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، بحكم صادر عن رئيس المحكمة، وبناء على طلب الزوجين أو أحدهما.

قانون 1959/02/04 وهو قانون تم وضعه للتنفيذ بالمرسوم المؤرخ في 1957/09/17 يتعلق بتنظيم عقود الزواج العرفية، حيث المادة(2)منه، نصت على أركان الزواج، فيما نصت المادة (3)منه على إجراءات تسجيله، وعلى إثبات مكانه وزمانه بالوثائق وبالشهود، ويسجل بالحالة المدنية، بتقديم طلب لرئيس المحكمة ليصدر أمرا بتسجيله، وهو حكم يقوم مقام عقد الزواج، وتكون له حجة الإثبات أمام الهيئات الإدارية؛ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر،ج3، ط3، دار هومة، الجزائر،2010، ص.04.

خامسا: الأسباب صحية

إتخذت السلطات الجزائرية قرار تعليق عقود الزواج بعد تزايد الإصابات بفيروس كورنا خلال السنتين الماضيتين، وأكد القرار أنه "نظرا لتزايد عدد الإصابات بفيروس كورونا بصفة مقلقة، وذلك بفعل التجمعات العائلية، ولا سيما الأعراس التي تستقطب أعدادا كبيرة من الحضور، من دون مراعاة التدابير الوقائية والتنظيمية المتخذة للحد من تفشي الفيروس، وقصد وضع حد لهذه الظاهرة، يجب التوقف الفوري وبصفة مؤقتة عن إبرام عقود الزواج إلى حين إشعار آخر".

من المبادئ المستقر عليها قضاء وقانونا، وبمقتضى المادة 22 من قانون الأسرة، يثبت وسهولة تحايل العابثين على القضاء في إثبات علاقات غير شرعية وتحويلها إلى زواج رسمي، يجعلنا نقول أن كل ذلك سيجلب على المشرع وعلى الزوجين والأبناء والمجتمع كمّا هائلا من المفاسد، وما يتبعها من استحلال حرمات وفوات حقوق

المرسوم رقم62/162 المؤرخ في1962/12/21 وهو يتعلق بمعالجة بعض حالات الزواج والوفاة الواقعة بين 1954/11/01 إلى1962/07/05 وقد حدد لهذه المعالجة مهلة أقصاه سنة واحدة، تسري ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

قانون 1962/06/29 وهو يتضمن تحيد سن الزواج وتسجيله، حيث المادة1/05 على انه:"لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج، وأن يطالب بما يترتب على ذلك من آثار ما لم يقدم زواج مسجل المادة 2/05 على انه:"يجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا بسجلات الحالة المدنية"، فيما نصت القانون خلال ثلاث سنوات"، وأمام عدم بيان هذا النص للكيفية يتم بواسطتها هذا التسجيل فقد استمرت المحاكم في تطبيق القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1957/07/11 "

بمقتضى المادة الأولى من المرسوم الصادر1962/12/31 الذي نص على تمديد العمل بالقانون الفرنسي القديم،فيما عدا ما كان منه متعارضا مع السيادة الوطنية، وذلك إلى غاية صدور قانون جزائري جديد

الأمر96/72 المؤرخ في 1969/09/16 وهو يتعلق بمعالجة عقوق الزواج العرفية غير المسجلة، حيث أشار إلى أن جميع عقود الزواج المبرمة وفقا للشريعة الإسلامية، تسجل عن طريق تقديم طلب إلى رئيس المحكمة التي يأمر بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية.

الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 وهو يتضمن قانون الحالة المدنية، وقد عالج جميع عقود الحالة المدنية، بما فيها عقود الزواج العرفية أي المغفلة، بمقتضى المواد 39 إلى 41 منه.

القانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 وهو المتعلق بقانون الأسرة، حيث المادة 22 منه وعلى النحو المتقدم نصت على تسجيل الزواج بالحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله بها، يسجل بحكم قضائي متى كانت أركانه مستوفية.

ووقوع مظالم واختلاط الأنساب، إذ لا بد من وضع حد لمثل هذه الظواهر التي تجاوزها الزمن وأصبحت لا تذر على الأمة سوى الخزي والعار، وعلى الأسر والعائلات سوى الشقاق والأضرار التي تسيء لأخلاقنا وقيمنا الإسلامية[314].

وطالما أنه لا يوجد نص يمنع أو يلغي أو يعاقب على الزواج بالفاتحة في قانون الأسرة، وهذا ما يفسره الإنتشار الواسع للزواج العرفي، بالرغم من إصدار وزارة الشؤون الدينية تعليمة رقم 06 المؤرخة في 2000/04/12، إلى الأئمة بالإمتاع عن إجراء عقود الزواج قبل التأكد من توثيق العقد أمام الجهات الموكلة قانونا بتوثيقه، ويكون تطبيق هذه التعليمة بأن يطلب الإمام من المعنيين بالأمر إظهار الدفتر العائلي أو مستخرج منه أو شهادة عقد الزواج قبل إبرام العقد الشرعي، وحسب مصدر هذه التعليمة الغرض منها هو الحد من حالات الزواج غير الموثق الذي أضحى يشكل عبء كبيرا على القضاة[315].

ومن أجل تعزيز الترسانة القانونية، أعطى المشرع للنيابة العامة دورا هاما في العلاقة الزوجية بهدف جعل النيابة العامة فاعلا أساسيا سواء عند إبرام عقد الزواج أو أثناء سريانه أو انحلاله، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار بقولها:" يجب إطلاع النيابة العامة، باعتبارها طرفا أصليا، على قضايا الأحوال الشخصية"[316].

وتفريعا عن ما سبق، إذا كنا أمام زواجا رسميا، فإنه ينتج آثاره فيما بين الزوجين ويحق لكلاهما المطالبة بحقوقه وعليه التحمل بالتزامه، أما الوضع يختلف في حالة قيام الزواج العرفي، فإن هذا الزواج غير مثبت في ورقة رسمية يمكن تقديمها أثناء رفع دعوى نفقة، بل إننا نجد أن طبيعة الزواج العرفي لما فيه من إيصاء بالكتمان، فإن هذه الآثار تترتب ولكن صيغة الإلزام في ترتيبها هي صيغة وفاق وتراضي فيها بين الطرفين فلا يستطيع أحدهما إجبار الأخر على تنفيذ التزامه باللجوء للقضاء، فالوضع

---

[314] حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 1998/1997 ، ص .162

[315] سارة بن شويخ، نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009،ع1، ص .233.

[316] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ2006/10/11،ملف رقم 401317، مجلة المحكمة العليا،2007،ع2، ص.489 .

العملي هنا من الناحية القانونية أن الزواج العرفي لا يترتب عليه أية آثار، فلا تجب النفقة للزوجة على زوجها ولا يحق له طاعتها، كما لا يحق لهما التوارث فيما بينهما، وإن كان وهناك أثر وحيد يترتب عبء الزواج العرفي ويلازمه وإن ظل عرفيا وهو ثبوت نسب الأولاد، وذلك حفاظ على حقوق هؤلاء الأطفال وحتى لا ينظر إليهم المجتمع نظرة بغيضة[317]. ومع حرص المشرع على الشكلية في إبرام عقد الزواج وذلك بمراعاة لمصالح الأفراد، لكنه يبقي إنتشار الزواج العرفي مخالف لبنود اتفاقية سيداو.

بعد الدراسة التحليلية لمبدأ مناهضة التمييز اتجاه المرأة عند إبرام عقد الزواج، سنتحدث في المبحث الموالي عن الواجبات والحقوق المتبادلة بين الزوجين، إضافة إلى تعدد الزوجات بين الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة، في عدم التمييز اتجاه المرأة بسبب حالتها كزوجة.

المبحث الثاني

عدم التمييز اتجاه المرأة بسبب حالتها كزوجة

إن الله عز وجل عندما شرع الزواج في الإسلام، لم يشرعه فقط من أجل مصلحة العبادة وإنما للزواج حقيقة عظيمة تكمن في تمييز الإنسان عن سائر الكائنات فيما يتعلق بالحياة الجنسية؛ فالزواج نظام قانوني يحكم تلك العلاقة بين الرجل والمرأة، حتى لا تكون علاقة الرجل بالمرأة الجنسية مجرد استفراغ للشهوة، دون أن تتحقق المعاني السامية من تشريعه ، فالإسلام يقصد من الزواج تنظيم الحقوق المتبادلة بين الرجل وزوجه[318].

أوجبت الشريعة الإسلامية للمرأة حقوقا، كما أوجبت للرجل حقوقا، وجعلت حقوق أحدهما واجبات على الآخر، ولتأكيد استجابة الأول لها، ولزوم وجوبها على الثاني، وحددت لكل منهما من الحقوق ما يليق به، وشرعت للمرأة حقوقا زوجية تتناسب مع خلقها وكيانها ومكانتها الاجتماعية[319].

---

[317] ماهر نعيم سروئر، التوثيق وآثار في الزواج والطلاق دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق،ص.186.

[318] أحمد محمد مصطفي نصير، حقوق المرأة وواجباتها،المرجع السابق،ص.224 .

[319] محمد يعقوب محمد الدهلوي،حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها دراسة فقهية تأصيلية،المرجع السابق،ص.40 .

حيث إن الموضوع يتعلق بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في إطار العلاقة الزوجية الناجحة، تكون مبنية على أسس الاحترام والتقديرّ، ومراعاة كل طرف للآخر في حقوقه وواجباته ومشاعره، وفضلا عن ذلك، يكون بيت الزوجية الملاذ للسكينة وجلب المودة والرحمة بين الطرفين[320].

إذن سنعالج التدابير المستحدثة على الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين (المطلب الأول)، وتعدد الزوجات بين الإباحة والتقييد(المطلب الثاني).

المطلب الأول

التدابير المستحدثة على الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين

من المسلم به أن الحقوق الزوجية للمرأة هي جوهر الحقوق الأساسية التي نادت بها الاتفاقية سيداو. حيث تبين دراسة تقارير الدول الأطراف أن كثيرًا من البلدان تحدد في نظمها القانونية حقوق ومسؤوليات الزوجين، اعتمادًا على تطبيق مبادئ القانون العام أو القانون الديني أو العرفي، بدلا من التقيد بالمبادئ الواردة في الاتفاقية.

كما أن المعاشرة بحكم الواقع لا تلقى عمومًا أية حماية قانونية على الإطلاق وينبغي الإقرار بمساواة المرأة التي تعيش في ظل هذه العلاقة في المركز مع الرجل سواء في الحياة الأسرية أو من حيث تقاسم الدخل والممتلكات. وينبغي أن يتساوى هؤلاء النساء مع الرجال في حقوق ومسؤوليات رعاية وتربية الأطفال المعالين أو أفراد الأسرة[321].

بالنظر إلى ما جاء في المادة 16 الفقرة (ج) من الاتفاقية، نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وفسخه. وما تنصت عليه هذه الفقرة لم يأت بجديد فقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية بأحسن منه مند أكثر من ألف وأربعمائة عام بل يمكن نقد

---

[320] مزياني نورالدين، العنف الموجه ضد الزوجة وآثاره على الانسجام الأسري،المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،الجزائر،2018،م3،ع2،ص.274.

[321] التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، الدورة الثالثة عشر 1994، الوارد في الوثيقة A/49/38 البند 18 .https://www.ohchr.org أطلع عليه بتاريخ 2021/11/06 على الساعة 06سا 30.

نص الاتفاقية بأنه يتجاهل ما يفرضه الإسلام على الزوج من تقديم مهر وتأثيث منزل الزوجية وكفل بالنفقة[322].

وكذلك جاء في المادة 16 الفقرة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"إن الرجل والمرأة متساويان في الحقوق أثناء الزواج وخلال قيامه وعند انحلاله"، أما نص المادة 4/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن" تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة حقوق الزوجين ووجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج وعند انحلاله"سوف نتحدث هنا عن حقوق المرأة أثناء الزواج أما حقوقها عند فسخه نتطرق إليها في الباب الثاني.

ويفهم من خلال هذه النصوص أنه لا فرق بين الزوجين من حيث الحقوق والواجبات. أي تعطي للزوجة نفس الحقوق الممنوحة للزوج، وتحمله نفس المسؤوليات التي تتحملها الزوجة.

اعتبرت الشريعة الإسلامية قوامة الزوج وطاعته كأساس لضبط الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة، وشرعت لذلك حقوقا وواجبات ملقاة علهما. وعليه سنتناول في الفرع الأول الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول

الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية

أقرت الشريعة الإسلامية فكرة قوامة الزوج في مجال إدارة الشؤون الزوجية كأساس لقيام الحياة الزوجية واستمرارها بين الزوجين، فهي عبارة عن تشارك قائم على المودة والرحمة، وإذا كان الأمر كذلك فإن كلا من الزوجين يسعى ويجتهد لإرضاء الطرف الأخر.

كما عرفنا أن عقد الزواج متى صح وتم تترتب عليه أحكام متنوعة منها ما يكون حقا للزوجة:مثل المهر، النفقة، العدل والإحسان في المعاملة، ومنها ما يكون حقا

[322] رشدى شحاتة أبوزيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، المرجع السابق،ص. 276 .

للزوج: الطاعة، تأديب زوجته عند مخالفته وإعادتها إذا نشزت، ومنعها من الخروج إلا لحاجة ومنها ما هو مشترك بينهما:حسن العشرة وحل الاستمتاع.

لتحقيق تلك الأحكام المترتبة بين الزوجين، يكمن ذلك في واجب الطاعة المرأة لزوجها، هذه الأخيرة أمر طبيعي تقتضيه الحياة المشتركة بين الزوج والزوجة، ولا شك إن طاعة المرأة لزوجها يحفظ كيان الأسرة من التصدع والإنهيار، وتبعث إلى محبة الزوج القلبية لزوجته، وتعميق رابطة التآلف والمودة بين أعضاء الأسرة، وتقضي على آفة الجدل والعناد التي تؤدي في الغالب إلى المنازعة، وتعطي الرجل أحقية القوامة ورعاية الأسرة بما وهبه الله من خصائص القوة والتعقل، وبما كفله به من مسؤولية الأنفاق، فإن هذا مما فضل الله الرجال على النساء[323].

من حق الرجل على امرأته أن تطيعه في غير معصية فإنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وقد حث الرسولﷺ النساء على طاعة أزواجهن لما في ذلك من المصلحة والخير. وقد حذر الرسول الكريم النساء من مخالفة أزواجهن وبين أن أكثر ما يدخل المرأة النار عصيانها زوجها، كما أن المولى عز وجل كلف المرأة طاعة زوجها واعتبر هذه الطاعة من سمات الصلاح والتقوى، والخروج عليها نشوزا يستوجب التأديب[324]، وسبب ذلك أن الشريعة الإسلامية جعلت حقوق الزوجة وواجباتها متقابلة، فألزمت الزوج بالأنفاق على زوجته في حدود استطاعته، وأوجبت على الزوجة طاعته[325]. وفي هذا المقام نتعرض إلى مفهوم الطاعة الزوجية ودليل مشروعيتها.

أولا: مفهوم الطاعة الزوجية ودليل مشروعيتها

الطاعة هي أساس الدين وركن العبادة، وهي فعل الإنسان ما أمر به وتركه ما نهي عنه بقصد الامتثال، سواء كان المأمور به أو المنهي عنه قولا أو عملا أو

---

[323] محمود المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، المرجع السابق ، ص .432 .

[324] محمد عبد السلام أبو النيل، المرأة في العالم الإسلامي، ط1، بحث مقدم للندوة الايسيسكو بالقاهرة، بتاريخ من19 إلى1991/08/21، تحت عنوان وضع المرأة في العالم الإسلامي، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، بيروت، لبنان، 2003 ، ص 292 وما يليها .

[325] أحمد نصر الجندي،التعليق على قانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر،1998، ص.300.

اعتقادا، وتنقسم إلى قسمين الأول: طاعة الخالق: وهي الإتيان بما أمر الله ورسوله صلى الله عليه وسلم به وترك ما نهيا عنه، الثاني: طاعة المخلوق وتنقسم إلى قسمين

-1طاعة محمودة كطاعة ولي الأمر والوالدين في غير معصية.

-2طاعة مذمومة وهي طاعة المخلوق في معصية، وهذه الطاعة منها ما هو شرك كطاعة المخلوق في تحليل الحرام أو تحريم الحلال أو عبادة الأصنام، ومنها ما هو فسق كطاعة المخلوق في شرب خمر ونحو ذلك[326].

أ – تعريف الطاعة الزوجية

1- **الطاعة لغة:**هي الأنقياد والموافقة، يقال أطاعه إطاعة أي:انقاد له والإسم طاعة وأنا طوع يدك:أي منقاد ذلك[327]، وطوعت له نفسه:رخصت وسعلت[328]، ولقوله تعالى﴿ فَطَوَّعَتْ لَهُۥ نَفْسُهُۥ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُۥ فَأَصْبَحَ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ ﴿٣٠﴾﴾[329].

2- **الطاعة اصطلاحا**: اتفقت تعريفات الفقهاء للطاعة من حيث المعنى وإن اختلفت من حيث اللفظ :- قول ابن عابدين تعريف شيخ الإسلام: "فعل ما يثاب عليه توقف على نية أو لا"[330].

ب– دليل مشروعيتها:لقد أوجب الله – تبارك وتعالى– على الزوجة أن تطيع زوجها وأن تسمع له وأن تحفظه في ماله وعرضه، وذلك لما فضل الله الرجال على النساء وما يقع على عاتق الرجل من مسؤوليات وأعباء وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة .

---

[326]موقع المصطلحات الإسلامية، أطلع عليه يوم 2020/10/20 على الساعة 19سا 00، terminologyenc.com

[327] ابن منظور، لسان العرب المرجع السابق،ص.240 وما يليها ؛ قاموس المحيط ،المرجع السابق، ص.962 .

[328] ابن منظور، المرجع نفسه، ص.240.

[329] سورة المائدة ،الآية 30 .

[330] ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار،ج1، المرجع السابق، ص.106.

1 – **في القرآن الكريم**:يقول الله تعالى﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾[331].

يقول القرطبي في تفسيره لهذه الآية:"هو أن يقوم بتدبيرها وتأديبها، وإمساكها في بيتها ومنعها من البروز(الخروج)، وأن عليها طاعته وقبول أمره ما لم يكن معصية"[332]. وأوجب على النساء طاعة الرجال، وبين أن القوامة للرجال على النساء، وبين أسباب هذه القوامة وهو التفضيل بالعقل والقوة والأنفاق[333].

2 – **في السنة النبوية**:لقد وردت أحاديث كثيرة في سنة النبيﷺ تحض المرأة على طاعة زوجها، وتوضح لها تواب طاعتها لزوجها في الدنيا والآخرة.

حَدَّثَنَا هِشَامُ بْنُ عَمَّارٍ قَالَ :حَدَّثَنَا صَدَقَةُ بْنُ خَالِدٍ قَالَ :حَدَّثَنَا عُثْمَانُ بْنُ أَبِي الْعَاتِكَةِ ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ يَزِيد، عَنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ ، عَنِ عن النبي ﷺ أنه كان يقول" **مَا اسْتَفَادَ الْمُؤْمِنُ بَعْدَ تَقْوَى اللَّهِ خَيْرًا لَهُ مِنْ زَوْجَةٍ صَالِحَةٍ ، إِنْ أَمَرَهَا أَطَاعَتْهُ ، وَإِنْ نَظَرَ إِلَيْهَا سَرَّتْهُ ، وَإِنْ أَقْسَمَ عَلَيْهَا أَبَرَّتْهُ ، وَإِنْ غَابَ عَنْهَا نَصَحَتْهُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهِ** "[334].

عن معاذ رضي الله عنه قال: رسول ﷺ" **لو تعلمُ المرأةُ حقَّ الزوْجِ، لم تَقْعُدْ ما حضَرَ غداؤُهُ وعَشاؤُهُ ؛ حتى يفرَغَ منه**"[335] .

عن أبي هريرة، عن النبيﷺ قال:" **لَوْ كُنْتُ آمِرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِغَيْرِ اللَّهِ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا**"[336] .

---

[331] سورة النساء، الآية 34 .

[332] أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق إبراهيم أطفيش وأحمد البردوني،ج5،دار الكتب المصرية، القاهرة، ص. 162 .

[333] محمد عقله، نظرية الأسرة في الإسلام،ج1، مكتبة الرسالة الحديثة،عمان،الأردن،1983، ص.29.

[334] ابن ماجة، سنن ابن ماجة،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب النكاح، باب فضل النساء، حديث 1857، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص.596.

[335] أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق، البحر الزخار، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله،ج15، ط1، رقم الحديث2665، مؤسسة علوم القرآن، مكتبة العلوم والحكم ، بيروت، لبنان، ص.108.

[336] محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي الترمذي ، الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق أحمد، محمد شاكر وآخرون، ج3، رقم الحديث 1159، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ، ص.465.

ثانيا : مظاهر طاعة الزوجة لزوجها

إعتبر بعض الفقهاء، أن أساس قوامة الزوج طاعة زوجته له فيما أمرها به بما ليس فيه معصية لله تعالى، فتقوم بخدمته وخدمة أولاده بالمعروف وقيامها بمصالح البيت الداخلية على أن يراعي الزوج ظروف زوجته، فلا يرهقها ويُحمّلها ما لا تستطيع وأن ترضى باليسير وتقنع به ولا تكلفه فوق طاقته[337]. وأعطي الإسلام الرجل القوامة على المرأة ،حيث سنتناول معنى القوامة في اللغة وفي الاصطلاح.

القوامة لغة: قام بأمر كذا وقام الماء:جمد وقامت الدابة وقفت، وقامت السوق نفقت[338]، قام الرجل المرأة وقام عليها:صانها وقام بشأنها متكفلا بأمرها،فهو عليها صائن لها[339].

القوامة اصطلاحا:لا تخرج عن المعنى اللغوي، فالمالكية عرفوا القوامة بأنها :قام الرجل على المرأة بالحفظ والدفاع والاكتساب والإنتاج المالي، وهي القيام على المرأة والذب عنها[340]، ومعنى الذب في اللغة الدفع، فالرجل مكلف بدفع كل مكروه عن المرأة وتعني القوامة كذلك أن الرجل أمين على المرأة ويتولى أمورها ويصلحها في حالها[341].

الطاعة التي تطلب من الزوجة ليست طاعة عمياء، مضيعة لشخصيتها أو مهدرة لكرامتها. كما ليس على الزوجة أن تطيع زوجها فيما لا يرضي الله ورسوله ولا في معصية من المعاصي التي تغضب جل وعلا"لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، بل طلب منها الامتناع أن هي دعيت لفعل المحرمات، فإن آذها على ذلك أثم واستحق العقاب، ويجب على الزوجة ألا تدخل أحدا بيت الزوجية إلا بإذن زوجها

---

[337] أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المرجع السابق، ص.192 وما يليها .

[338] أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار،ج5،ط2، دار العلم للملايين، بيروت،لبنان،1979،ص.294.

[339] محمد مرتضي الحسيني الزبيدي، تاج العروس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج، ج33، وزارة الإرشاد والأنباء، الكويت، ص.308.

[340] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص.168.

[341] محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد علي البخاري، ج1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص.416.

ولا تنفق نفقة من ماله إلا بأمره[342]. وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ" لا يَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَصُومَ وَزَوْجُهَا شَاهِدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلا تَأْذَنَ فِي بَيْتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وما أَنْفَقَتْ مِن نَفَقَةٍ عن غيرِ أَمْرِهِ فإنَّه يُؤَدَّى إِلَيْهِ شَطْرُهُ "[343].

حق الزوج على زوجته عظيم، وطاعته في غير معصية الله تعالى لازمة، وفي هذا الحديث يبين الرسول ﷺ بعض حقوقه وبعض ما يلزم الزوجة طاعته فيه، حيث نهى أن تصوم المرأة وزوجها حاضر إلا بإذنه، وهذا في صوم التطوع، فإن له منعها من التنفل إذا أراد ذلك أما الفرض فلا. وكذلك نهى النبي ﷺ الزوجة أن تدخل أحدا بيت زوجها، سواء كان رجلا أو امرأة إلا بإذنه، ثم بين النبي ﷺ أنه إذا أنفقت المرأة من كسب زوجها عن غير أمره فله نصف الأجر في الحديث: أن حق الزوج آكد على المرأة من التطوع بالخير لأن حقه واجب، والقيام بالواجب مقدم على القيام بالتطوع.

كما أكد الإسلام أن خدمة البيت(حتى خدمة الأولاد)لا تجب على الزوجة إلا إذا تطوعت بذلك وبرضاها، لأن واجب الخدم على الزوجة يحول حياة الزوجية إلى حياة الخادمة مما يتناقض مع مبدأ المساواة في الحقوق طبقا للشريعة الإسلامية، كما أن دورها كخادمة يعيق تقدمها وتطورها وثقافتها كما ينعكس سلبا على واجباتها الاجتماعية والمدنية. إلا أن السوابق التاريخية تشير إلى عكس ذلك في بعض الأحيان ففاطمة الزهراء كانت تقوم بخدمة البيت شؤونه، كما أن أسماء بنت أبي بكر الصديق زوجة زبير رضي الله عنهم كانت تخدم زوجها وشؤون بيتها[344].حتى تكون الحياة الزوجية قائمة على المودة والرحمة بين الزوجين، ومن أجل تحقيق المساواة بين الطرفين يجب أن يتحمل كلا الطرفين خدمة البيت والأولاد معا.

إن نظرة اتفاقية سيداو لمسألة طاعة الزوجة لزوجها مخالفة تماما لماجاءت به الشريعة الإسلامية وثبوتها شرعا، وما هو الجديد في الحقوق والواجبات المتبادلة بين

---

[342] بدان أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، المرجع السابق،ص.196 .

[343] عبد الله محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، كتاب النكاح، باب صوم المرأة بإذن زوجها تطوعا، رقم الحديث 5192، المرجع السابق،ص. 662 .

[344]حسنين المحمدي بوادي،حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2005،ص.106.

الزوجين في إطار الأمر 05-02 ؟ وهل قضى على التمييز بين الزوجين؟ هذا ماسنوضحه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في قانون الأسرة

لقد حاول المشرع الجزائري تكريس المساواة التامة بين الزوجين في المادتين 36 و37 من قانون الأسرة حيث جعل لهما نفس الحقوق والواجبات، وتتعلق أغلب هذه الأحكام بالمعاملات والروابط داخل الأسرة والتي يبدو أن المشرع الجزائري بعد التعديل إهتم بها بشكل أساسي محاولا بناء أسرة قائمة على التشاور والتعاون في إطار المساواة بين الزوجين وذلك سواء في العلاقة بينهما أو بينهما وبين أهاليهم خاصة في جوانبها غير المالية[345].

جاءت هذه الواجبات المشتركة كمفاهيم بديلة عن فكرة القوامة التي تخلى عنها المشرع الجزائري بحجة التحولات التي عرفتها الأسرة الجزائرية والتحديات الاقتصادية والاجتماعية التي تواجهها، وكذلك بحجة الاستجابة لأحكام اتفاقية سيداو التي صادقت عليها الجزائر في هذا الإطار.

حيث ترفض المواثيق الدولية تحميل الزوجة التزاما بطاعة الزوج، لأن هذا الالتزام يجعلها في مرتبة أدنى من الرجل، وهذا ما ينافي مبدأ المساواة الذي تدعو إليه وقد انتقدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها رقم21، الدول الأطراف التي تقيد حقوق المرأة المتزوجة باعتبار هذه القيود كثيرا ما تؤدي إلى إعطاء الزوج مركز رب الأسرة وصاحب الكلمة الأولى في اتخاذ القرار،وبالتالي تخالف أحكام الاتفاقية[346]. وعليه فإن المساواة على حسب الاتفاقية، هي القضاء على أي سلطة ممنوحة للزوج في إدارة شؤون الأسرة دون إشراك الزوجة، إذ تكون هذه الأخيرة بالمشورة بينهما.

---

[345] بوخاتم آسية، الشركة الزوجية بين الثابت والمتغير وفقا لمقتضيات النظام العام، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2020،م5،ع2،ص.59.

[346] التوصية العامة رقم21:المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، المرجع السابق،البند 17 .

كان النص الأصلي يميز بين واجبات الزوج، وبين حقوق وواجبات الزوجة (المواد 37و38و39)، في سياق المساواة بين الزوج وزوجته، وتفسر واجب الطاعة وفقا لمنظور خاطئ وبعيد عن مقاصد الشريعة الإسلامية[347].

بحيث أنه كان يحدد ما ينبغي الالتزام به من الزوج نحو الزوج الآخر، وكذلك ما ينبغي الالتزام به فيما بين الزوجين، بحيث كانت المادة 36 قانون الأسرة قبل تعديلها تنص صراحة على أنه "يجب على الزوجين:

-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة؛

-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم؛

-المحافظة على روابط القرابة و لتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف" . كما كانت المادة 37 قانون الأسرة قبل تعديلها تنص صراحة على أنه "يجب على الزوج نحو زوجته:

-النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها؛

-العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة."

وفي نفس الإطار ألغى المشرع المادة التي كانت تنص على أنه 38 للزوجة حق في :

زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف؛

حرية التصرف في مالها؛

وأما المادة 39 التي كانت تنص على أنه" يجب على الزوجة:

- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة؛

- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم؛

-احترام والدي الزوج وأقاربه.".

[347] ربيحة الغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2011/2010،ص. 204 .

الأصل المقرر شرعًا هو مساواة المرأة والرجل في الأحكام الشرعية، لعموم الخطابات التشريعية في القرآن والسنة، ولأن مناط التكليف بالأحكام الشرعية واحد وهو العقل والبلوغ .

عرف قانون الأسرة عدة تعديلات جوهرية في مجال تنظيم العلاقات الزوجية، أهمها مسألة إدارة الشؤون الأسرية أثناء الزواج بعدما ألغى المشرع الجزائري فكرة القوامة من خلال إلغاء المادة 39 التي كانت تكرس مبدأ قوامة الزوج في إدارة شؤون الأسرة أثناء الزواج، لتحل محلها فكرة الشراكة والتعاون والتشاور بحيث أصبحت الإدارة مشتركة بين الزوجين للحياة الزوجية من خلال نص المادة 36 المعدلة.هذا التحول جسّد إرادة المشرع الجزائري في إقحام الزوجة في مجال إدارة الشؤون الأسرية[348].

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى هذه الحقوق والواجبات في الفصل الرابع من قانون الأسرة، وقد خصص بعد تعديله لهذا القانون بحيث جاء في المادة 36 منه ونص على تحديد الواجبات الملقاة على عاتق الزوجين في عقد الزواج، فهي واجبات مشتركة بينهما. وهنا سنتحدث عن هذه الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، كما وردت في المادة 36 من قانون الأسرة.

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة؛

فهذا الواجب يخص معاملة كل من الزوج نحو الزوج الآخر في إطار الحياة المشتركة، ومن ثم ينبغي على الزوجين أن يعملا ما باستطاعتهما ليجعلا الحياة الزوجية سعيدة تسودها المودة ولاحترام، وأن هذا الواجب لا يتأكد إلا على أساس التسامح والإخلاص والقول الحسن، واستعمال كل الوسائل الممكنة المادية منها والمعنوية للوصول إلى هده الغاية.

وهذا فضلا عن أن الاستمتاع بين الزوجين حق أصيل مشترك بينهما ترجع إليه بقية الحقوق، ويمثل أحد المقاصد الشرعية الأصيلة المرعية من تشريع الزواج التي لا

[348] بن حملة سامي، تطور المركز القانوني للمرأة أثناء الزواج في مجال شؤون الأسرة ضمن تشريعات الأحوال الشخصية المغاربة، مجلة أبحاث القانونية وسياسية، جامعة الصديق بن يحي،جيجل، الجزائر، جوان 2016،ج2، ع1، ص.166 .

يجوز إسقاطها بأي حال من الأحوال كما أنه يمثل أحد آثار المترتبة عنه على وجه اللزوم والوجوب[349].

إلا أننا نجد أن المشرع الأسري لم يصرح البتة بهذا الحق لا في النص الأصلي أو في النص المعدل، واكتفى بنصه على"المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة"، هذا ومع أن نص هذه الفقرة وإن لم يعبر صراحة على حق الزوجين المشرك في الاستمتاع، إلا أنه أشار إلى ذلك ضمنيا من حيث أن هذا الحق هو مظهر من مظاهر تلك الروابط.

- المعاشرة بالمعروف تعني حسن المعاملة ؛

إن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية بعقد الزواج الذي يربط الرجل والمرأة على وجه مشروع ، هو دوام العشرة بالمعروف وحسن المعاشرة ذوق وفن وتربية اجتماعية عالية، وبه دوام المحبة والألفة والرحمة، وكثيرا ما تحل المشكلات المستعصية بالبسمة الحانية، والنظرة الودود، والمجاملة الرقيقة والأسلوب المهذب، والخضوع اللين[350].

ويكون ذلك بالتعاون على جلب الخير والإخلاص في القيام بالواجبات الزوجية مع الاحترام والتسامح والمودة والرحمة،[351]وهذا ما قصده تبارك وتعالى﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾ ﴾،[352]وقوله سبحانه و تعالى﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾[353].

---

[349] نعيمي عبد المنعم، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، مجلة الإحياء،جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر،2012 ،ع1 ،ص.443.

[350] محمود المصري أبو عمار،الزواج السعيد،المرجع السابق، ص.432 .

[351] جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد،عمان، الأردن، ص.64 .

[352] سورة النساء،الآية 19 .

[353] سورة الروم،الآية 21 .

وجاء في تفسير ابن كثير قوله﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾ أي طيبوا أقوالكم لهن وحسنوا أفعالهم وهيئاتكم بحسب قدرتكم كما تجبون ذلك منهن فافعلوا أنتم بهن مثله[354].

وقال محمد رشيد رضا:"أي تجب عليكم أيها المؤمنون أن تحسبوا عشرة نسائكم، بأن تكون مصاحبتهم ومخالطتكم لهن بالمعروف الذي تعرفه وتألفه طباعهن، ولا يستنكر شرعا ولا عرفا ولا مروءة فالتضييق في النفقة والإيذاء بالقول والفعل وكثرة عبوس الوجه وتقطيبه عند اللقاء، كل ذلك يتنافى العشرة بالمعروف[355].

فملامح توجهات أحكام الشريعة الإسلامية واضحة في هذا النص القانوني، إذ تضمن صراحة وجوب المعاشرة بالمعروف بين الزوجين على حد سواء، وتعايشهما في كنف الاحترام و المودة وقيم الأخلاقية بينهما.

- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم؛

من المعلوم أن الزوجة بالدرجة أكبر معينة بجانب تربية ورعاية الأبناء، ولاسيما من الناحية الخلقية و المعنوية لهم، وهذا باعتبارها المحور الأساسي في نجاح أو فشل تماسك الأسرة.

لكن قطع هذا لا يعني أن سير هذه العملية نحو تحقيق أهدافها مضمون النجاح بوجود الزوجة فقط، بل يتوجب على الزوج من جهته أن يشارك الزوجة في الإشراف على السير الحسن والإدارة الايجابية للعملية التربوية تجاه أبنائهم ضماناً لإنجاح وتحقيق أهدافها[356].

إذن من الواضح أن الزوجين معنيان معا بالتعاون على رعاية مصالح الأسرة والحرص على رعاية الأبناء والتفاني في تربيتهم. وهذا بصريح العبارة من النص المادة 36فقرة 3 من قانون الأسرة، ويقصدا أنه يجب على الزوجين المحافظة على أفراد العائلة وهم الأولاد، خاصة فيما يتعلق بعلاقات مع والديهم، ومن ثم فينبغي على طرفي عقد الزواج تحقيق سعادة الأولاد وضمان لهم الاستقرار والطمأنينة.

---

[354] محمد على الصابري ، مختصر تفسير ابن كثير،ج1، دار القرآن الكريم،1987، ص.368 .

[355] محمد رشيد رضا، تفسير المنار،ج4، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص.456 .

[356] نعيمي عبد المنعم، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق،ص.452.

وعليه، فالمشرع الأسري لم يميز بين الزوجين في رعاية أبنائهم إذ ألزمهما بذلك دون إعطاء أفضلية للزوج دون الزوج آخر، كما قد يتوهم كثير من الأزواج أن عبء التربية قد يقع على عاتق الزوجة دون الزوج و العكس.

عموماً، يمكن القول بأن تلك الالتزامات الملقاة على عاتق الزوجين اتجاه أبنائهم هو حق ملقى عليهما على سبيل التعاون والمشاركة.

- **التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات؛**

يعتبر تباعد الولادات أحد الأساليب المعروفة التي اعتمدتها الدول في إطار دعم سياستها الإستراتيجية في تنظيم النسل، ومع أن هذه السياسة لم ترقي إلى حد التنظيم القانوني في الجزائر، إلا أنها تبقى أحد الآليات الناجعة في التحكم في تزايد عدد السكان ولو نسبيا والتمكن من مقاربة علمية نحو تحقيق أفضل لمطالبهم الاجتماعية.

فإن الأحكام والقواعد العامة للشريعة الإسلامية السمحاء لا تأبى أن يتفق الزوجان على تنظيم وتباعد الولادات، شريطة أن لا يكون بقصد تحديد النسل إذ يتعارض ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

إذ كانت المادة 39 ملغاة تنص على أنه يجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة، وهو ما قرره الفقه الإسلامي وذلك حتى لا يكون هناك اضطراب داخل الأسرة، بسبب تعدد مراكز إصدار الأوامر، غير أن التعديل الذي أورده المشرع على النصوص القانونية في هذا الإطار أصبح لا يعترف للزوج بحق رئاسة الأسرة، بل نصت صراحة على التشاور في تسيير شؤون الأسرة، ومن ثم فإنه لا يجوز للزوج أن ينفرد بإصدار القرارات داخل الأسرة.

- **المحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف،**

وقد جاء في الفقرة من5 قانون الأسرة، أنه يجب على الزوجين المحافظة على روابط القرابة، وينبغي تفسير القرابة بمعناها الواسع، وهي تلك القرابة الثابتة بالدم والمصاهرة والرضاع، وعليه ينبغي على كل زوج احترام وتقدير أقارب الزوج

الآخر، ومن ثم فلا يمكن للزوج أن يحرم زوجته من زيارة واستضافة والديها والأقربين لها الذين لا يجوز لها الزواج بهم كأبيها وعمها وخالها وابن الأخ وابن الأخت.إلخ.

إن المشرع حاول بعد تعديل الأخير لقانون الأسرة تحت ضغوطات تكريس توجه جديد يقوم على مبدأ المساواة بين الزوجين ، حيث إكتفى بذكر الحقوق والواجبات المتساوية بينهما مقيما الأسرة على التشاور والتعاون بينهما، دون إعطاء الرئاسة للزوج، وما يترتب عنها من حقوق كالقوامة والطاعة[357].

لقد أدى تغيير فكرة القوامة في قانون الأسرة الجزائرية إلى تغير المركز القانوني للمرأة لتصبح شريكا للزوج في إدارة الحياة الزوجية وتحمل المزيد من المسؤوليات كنتيجة لهذا التحول لاسيما بعد إلغاء واجب الطاعة الذي كان يشكل العامل الأساسي في استقرار واستمرار الحياة الزوجية، رغم ذلك زادة المطالبة بإلغاء تعدد الزوجات أو تقيده بشروط تجعل منه مستحيل التحقق .

المطلب الثاني

تعدد الزوجات بين الإباحة والتقيد

شكل موضوع تعدد الزوجات أحد المواضيع التي احتدم الجدل حولها، واختلفت مآرب المفكرين والباحثين بين مانع ومبيح ومقيد، وما ذلك إلا لأن هذا الموضوع يجسد بحق إشكالية عويصة طالما أرقت تفكير الباحثين، وهي إشكالية الخصوصية في مقابل الكونية، فالتعدد من وجهة نظر الشريعة الإسلامية يدخل في دائرة المباح من حيث المبدأ بغض النظر عن القيود التي يمكن أن ترد عليه، بينما هو ممنوع من وجهة نظر الاتفاقيات الدولية لأنه قد يشكل مساسا بحقوق المرأة ومبدأ المساواة[358].

حيث طالبت بعض المنظمات والجمعيات المدافعة عن حقوق المرأة بمساواتها مع الرجل، بإلغاء تعدد الزوجات على اعتباره مهينا لكرامة المرأة، من جهة ومن جهة أخرى لكونه مخالفا لمبدأ المساواة بين الجنسين الذي أقرته الدساتير والمواثيق

---

[357] بوخاتم آسية، الشركة الزوجية بين الثابت والمتغير وفقا لمقتضيات النظام العام، المرجع السابق،ص.67.

[358] عبد الصمد عبو، المركز القانوني للمرأة في مدونة الأسرة المغربية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل،الجزائر،2016،ع1،ص.96 .

الدولية[359]. فذهب فريق منهم إلى التساؤل حول أسباب التمييز بين الرجل والمرأة والمساواة بينهما في حق الزواج يحتم بداهة ألا يباح لأحدهما ما يحرم على الآخر، بمعنى أنه إذا كان لا يباح للمرأة غير الزواج برجل واحد ويحرم عليه الزواج بآخر وإذا ما أبيح للرجل يفرض أن يباح للمرأة كذلك بأن تقترن بأكثر من رجل، إذ إن العمل بخلاف ذلك يعد إخلالا بالمساواة بين حقوق الرجل وحقوق المرأة[360]. الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى تعديل قانون الأسرة. وضع قيود على تعدد الزوجات غير تلك القيود التي حددتها الشريعة الإسلامية، كتقييد ترخيص التعدد بإذن القاضي، وبوجود مبرر شرعي، وإجازة التطليق بسببه[361].

جاء في توصية عامة للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة يتضح: " بعض الدول الأطراف التي تعترف بالزواج وتعدد الزوجات إما طبقا لشريعة دينية، وإما طبقا للقانون العرفي، تتيح أيضا الزواج المدني، وهو زواج بزوجة واحدة بحكم تعريفه، وحيثما لم يكن الزواج المدني متاحا، قد لا تجد المرأة في المجتمعات التي تمارس تعدد الزوجات أمامها من سبيل سوى الدخول في زيجة يحتمل على الأقل أن تصبح، إن لم تكن قد أصبحت بالفعل، زيجة متعدد الزوجات، بصرف النظر عن رغبتها. وقد خلصت اللجنة إلى أن التعدد مناف للاتفاقية ويجب عدم تشجيعه وحظره"[362].

وبناء على ذلك، ينبغي للدول الأطراف أن تتخذ التدابير اللازمة لضمان حماية الحقوق الاقتصادية للنساء اللائي يعشن حاليا في زيجات متعددة الزوجات[363]. كما اعتبرت اللجنة الزوجات تمييزا ضد المرأة ودعت إلى إلغائه من قوانين الدول التي

---

[359] كمال سمية، المساواة بين الزوجين في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة تلمسان 2012،ع08،ص.193 .

[360] رشا حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية،المرجع السابق، ص.219 .

[361] شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص.101 وما يليها .

[362] توصية العامة بشأن المادة16من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة،المرجع السابق، ص.6 .

[363] توصية العامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،المرجع السابق،ص.7.

تسمح به فهو يعارض مبدأ المساواة، وادعت اللجنة أن لهذا النظام نتائج خطيرة على المرأة وأولادها.

التعدد حق مكفول للرجل شرعا، حيث يسمح له بالزواج بأكثر من زوجة واحدة وقد حددت الشريعة الإسلامية ضوابط وشروط ممارسة هذا الحق وتم اعتماد هذه الضوابط في بعض القوانين مع النص على إمكانية الاشتراط في عقد الزواج بمنع هذا الحق أي منع الزوج من التعدد.

وفي سياق رفع اللبس حول تعدد الزوجات نعالج في الفرع الأول موقف الشريعة الإسلامية من تعدد الزوجات. تم الفرع الثاني تعدد الزوجات في ظل نصوص قانون الأسرة المواد8 ،8مكرر ، 8 مكرر 01 والمادة 22 من قانون الأسرة .

الفرع الأول
تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية

إنّ الزواج الأحادي هو الأصل، باعتبار أنّ الله سبحانه وتعالى، أراد للحياة الزوجية أن تكون علاقة متوازنة تنطلق من مناخ المودة والرحمة إلاّ أنّه يرخص للرجل أن يخرج من هذا الأصل إلى تعدّد الزوجات متى كان هناك أسباب تستدعي ذلك[364].

يعتبر التعدد من الأمور الجائزة شرعا والمقصود به أن يجمع الرجل في عصمته عددًا معينا من الزوجات لا يزيد عن أربعة نسوة ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ﴾ [365]. ليس بينهن قرابة محرمة، وحرم عليه الزواج بالخامسة حتى يطلق إحدى زوجاته وتمضي عدتها سواء أكانت العدة من طلاق رجعي أو

[364] محمد حسين فضل الله، تأملات إسلامية حول المرأة، دار الملاك، بيروت، لبنان،1992،ص.150.

[365] سورة النساء، الآية 4؛ هل الأمر في قوله تعالى" فانكحوا ما طاب لكم من النساء "للوجوب أم للإباحة، ذهب الجمهور إلى أن الأمر للإباحة، وقال أهل الظاهر الأمر للوجوب وهم محجوجون بقوله تعالى":ومن لم يستطع منكم طولا"؛محمد علي الصابوني،قانون الأحوال الشخصية السوري،ط1،دار الصابوني،دمشق،سوريا،1986،ص .426.

بائن[366]، إلا أن هذا التعدد في الوقت الحالي قد شغل الرأي العام في بلاد المسلمين وذلك بعد أن أصبحت المرأة تزاحم الرجل في كل مجالات الحياة[367]. ودون أن تجعل ذلك أمرا واجبا ولم تجعله مستحبا، وإنّما ربطته بشرط الضرورة، كما أن حكمه ليس التحريم أو الكراهية، بمعنى أنّه يثاب على فعله ولا يذم على تركه[368].

ويعقب الباحث المعاصر عبد الناصر توفيق العطار على ذلك فيقول:"إن تعدد الزوجات شريعة إلهية، وله وراء ذلك مبرراته المعقولة التي لا سبيل إلى حصرها، وقد لعن الشرع الذواقين والذواقات، ولم يتحايل أبدا لتحقيق مأربهم، ولو كان مقصد الشرع من الإباحة تعدد الزوجات التحايل حتى يقضي للناس شهواتهم، لما اقتصر على ذلك، بل لأباح للنساء تعدد الأزواج والشرع عندما أباح تعدد الزوجات وحرم تعدد الأزواج، لم يكن منحازا لجانب الرجال على النساء، وإنما كان مدركا لطبيعة الرجل وطبيعة المرأة، أخذا في الاعتبار صلاحية الرجل لأن يأتي أكثر من زوجة، وعدم صلاحية المرأة للزواج بأكثر من رجل واحد في وقت واحد منعا لاختلاط الأنساب[369].

الظلم ظلمات يوم القيامة، ومن الظلم ألا يعدل المتزوج بين أكثر من واحدة في النفقة، أو قسمة الليالي بينهن، فيعاقبه الله بهذا الميل إلى إحداهن بأن يأتي مائلا يوم القيامة، حيث أن إباحة التعدد مقيدة بالعدل أي إن خفتم في القسم والعشرة والخوف من الجوع ومجانبة العدل بين الأربعة والثلاثة والاثنين فواحدة، فالمنع هو من الزيادة التي تؤدي إلى ترك العدل في القسم وحسن العشرة وذلك دليل على الوجوب[370].

---

[366] عبد الرحمان الصابوني،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ط5، مديرية الكتب الجامعية، دمشق،1979، ص.138 .

[367] عمرو خليل، نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقيد، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2015،ع19، ص. 214 .

[368] علي لبن، الزواج العرفي شرعا وقانونا المشكلة والحل، دار النهضة العربية،القاهرة،مصر،2007 ،ص.40.

[369] العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية ، ص241 وما يليها،هيكل، دحض الشبهات الواردة على تعدد الزوجات في الإسلام،ج2، ص 257 وما يليها ؛ راسم شحدة سدر،تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،الأردن،2010، ص.103.

[370] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن،المرجع السابق، ص.02 .

والعدل المطلوب هو العدل الظاهر وهو القسم بين الزوجات والمساواة في الإنفاق والمعاملة الظاهرة دون العدل في المحبة الباطنة، حيث لا يستطيعه أحد ولا يكلف الله نفسا إلا ما يكون في الوسع كون عليه الصلاة والسلام لا يسوى بين أزواجه في المحبة القلبية حيث كان يقول عند قسمه بين أزواجه، قوله ﷺ " **اللَّهمَّ هذا قَسمي فيما أملِكُ ، فلا تلُمْني فيما تملِكُ ولا أملِكُ**"[371]، وفي هذا الحديث تخبر عائشة رضي الله عنها: "أنه صلى الله عليه وسلم كان يقسم بين نسائه فيعدل"، أي: يقسم بينهن بالعدل في كل أمور الحياة والمعاش، "ويقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك"، أي: فيما أملك التصرف فيه بإرادتي، "فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"، يعني: ميل القلب إلى إحدى الزوجات، فهذا مما يملكه الله، أي: لا تتعمدوا الإساءة، بل الزموا التسوية في القسم والنفقة؛ لأن هذا مما يستطاع، والذي سأل ربه ألا يلومه فيه ما كان لا يملكه من نفسه، هو ما جبلت عليه القلوب من الميل بالمحبة؛ وذلك مما لا سبيل للعباد إلى خلافه ودفعه عنه، وهو المعنى الذي أخبر عنه تعالى أنهم لا يطيقونه من معاني العدل بين النساء[372] .

وبهذا المعنى وقف الفقهاء والعلماء بين العدل المطلوب في هذه الآية والعدل المنفي في قوله تعالى﴿وَلَن تَسۡتَطِيعُوٓاْ أَن تَعۡدِلُواْ بَيۡنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوۡ حَرَصۡتُمۡۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلۡمَيۡلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلۡمُعَلَّقَةِۚ وَإِن تُصۡلِحُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورٗا رَّحِيمٗا ١٢٩﴾[373]. إن العدل المشروط في الآية الأولى وهو غير العدل المقطوع بالاستحالة في الآية الثانيةّ، فالعدل المشروط في الأولى هو العدل الذي يمكن للزوج أن يفعله وهو

---

[371] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، باب القسم بين النساء ،ج2، دار ابن حزم، لبنان،1997، ص.415؛ محمد ناصر الدين الألباني، أرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب النكاح، باب عشرة النساء، حديث رقم 2018،ج7، ط1، مطبعة الحلبي، بيروت، لبنان،1979، ص.111؛ حافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري،ج 9، المرجع السابق، ص.313.

[372] محمد أبو وزهرة، الأحوال الشخصية،ط3، دار الفكر العربي ،مصر،1957 ،ص .10.

[373] سورة النساء، الآية 129 تفسير أخير تعالى بنفي الاستطاعة في العدل بين النساء، وذلك في ميل الطبع بالمحبة والحظ من القلب، فوصف الله تعالى حالة البشر وأنهم – بحكم الخِلْقة – لا يملكون ميل قلوبهم إلى بعض دون بعض.

العدل المادي، أي أن تكون له القدرة على الأنفاق على أكثر من زوجة حيث أن القدرة هي شرط في إباحة أصل الزواج[374].

والعدل المقطوع بعدم استطاعته هو العدل الذي لا يمكن في الواقع للزوج أن يفعله، وهو العدل المعنوي في الحب والمكانة القلبية. ويكون العدل المطلوب في الآية الأولى غير المطلوب في الآية الثانية التي أكدت نفيه، فلو حمل العدل في الآيتين على معنى واحد لكان الجمع بينهما يدل على التحريم،لأن الآية الأولى اشترطت العدل والثانية أخبرت بأنه لا يستطاع، ويحاول بعض الناس أن يتخذ من هذه الآية الكريمة دليلا على تحريم التعدد، وهذا غير صحيح فشريعة الله لا يمكن أن تبيح الأمر في آية و تحرمه في أية أخرى[375].

وقد أرشدت السنة إلى وجوب العدل بين الزوجات وحذرت من الجور والظلم فعن أبي هريرة رضي الله عنه، أن الرسولﷺ قال:" **من كان له امرأتان، يميلُ لإحداهُما على الأُخرى ، جاء يومَ القيامةِ ، أحدُ شقيْهِ مائلٌ**"[376].

في هذا الحديث يخبر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما:" **بَلَغَنِي، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لِرَجُلٍ مِنْ ثَقِيفٍ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ ، حِينَ أَسْلَمَ الثَّقَفِيُّ: أَمْسِكْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ** ". هو أن غيلان بن سلمة" بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو بن سعد بن عوف الثقفي، وكان أحد وجوه ثقيف، "أسلم" بعدما فتح النبي ﷺ الطائف، "وله"، أي: لغيلان وتحت عصمته من الزوجات، "عشر نسوة" كلهن من ثقيف، "في الجاهلية"، أي: تزوجهن في الجاهلية قبل الإسلام، "فأسلمن معه" فأسلم النسوة العشر مع غيلان بن سلمة الثقفي، "فأمره النبي ﷺ"، بعدما أسلم وأسلمت

---

[374] حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر،2007، ص.184.

[375] مصطفي السباعي،المرأة بين الفقه والقانون، ط2، مكتبة الوراق ،المملكة العربية السعودية،2003، ص.99.

[376] البيهقي ،السنن الكبرى، المرجع السابق،ص .485 .

زوجاته العشر معه، "أن يتخير منهن أربعا"، أي: يختار أربع زوجات، أيتهن شاء، ويفارق الباقي؛ لأن الإسلام حد للرجل أن يتزوج إلى أربع زوجات فقط[377].

كما يعترض أنصار حقوق المرأة على نظام تعدد الزوجات الذي يقره الإسلام، ويعتبرون أن فيه إهداراً لكرامة المرأة، وإجحافاً لحقها، واعتداءً على مبدأ المساواة بينها وبين الرجل، ولذلك هم يَدعون إلى التأسي بتركيا وتونس اللتين ألغتا نظام التعدد وفرضتا نظام أحادية الزواج.

يقول الأستاذ محمد شرفي:"يمكن أن نستنتج أن القرآن كان متسامحا مع الرجال بتمكينهم من الزواج حتى بأربعة نساء،لكنه وضع شرطا لهذا التسامح مفاده معاملة الزوجات بالتساوي فيما بينهن، ثم أكد على أن الرجال لا يستطيعون الامتثال لهذا الشرط، بمعنى أخر، هذا التسامح ما هو إلا ظاهري لأن في الجوهر يتعلق الأمر بالمنع، فلتجيب الاصطدام بالعادات التي تعود إلى ألاف السنين، يعطي القرآن الانطباع بأنه لا يمنع التعدد لكنه أحاطه بشرط يجعله مستحيل التطبيق، وعليه يجب على المسلم أن يفهم،أجلا أو عاجلا، سر الفكر الإلهي ويتيقن من التعارض بين التسامح المشروط واستحالة تطبيق الشرط، مما يؤدي إلى نفي التسامح"[378]. ومفاد هذا الكلام متناقض تماما مع الشريعة الإسلامية، لأن التعدد ليس مجرد تسامح مع الرجل على حساب المرأة، وإنما هو حق شرعي لا يمكن إلغاءه. و هذا يقودنا إلى طرح التساؤل التالي:كيف يباح للرجل أن يعدد الزوجات بينما يحرم على المرأة أن تعدد الأزواج؟ أو بمعنى آخر إذا كانت الضروريات السابقة تبيح تعدد الزوجات، فلما لا يباح تعدد الأزواج عند وجود الضروريات نفسها بالنسبة إلى المرأة ؟

أولا: الحكمة من كون التعدد حقا للرجل دون المرأة

إن المساواة بين المرأة والرجل في نظام الزواج لا ينبغي أن تكون مساواة مطلقة، بل يتعين الأخذ بها فيما قد يصلح له كل منها، لأن المساواة بين المختلفين

---

[377] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تحقيق أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان،2004، ص.92 .

[378] Mohammed Charfi ,Islam et liberté , casbah édition , Alger , 2000,p. 137 .

تعني ظلم أحدهما حتما، فحق الزواج مكفول للجنسين على السواء باعتبار كل منهما إنسانا،غير أن نطاق هذا الحق – التعدد – يتحدد بمدى صلاحية أحدهما للزواج بأكثر من زوج واحد[379].

وقال ابن قيم الجوزية– رحمة الله عليه– مبينا الحكمة في إباحة التعدد للرجل دون المرأة"ولو أبيح للمرأة أن تكون عند أكثر من زوجين فأكثر لفسد العالم، وضاعت الأنساب، وقتل الأزواج بعضهم بعضا،عظمت البلية،اشتدت الفتنة، قامت سوق الحرب على ساق، كيف يستقيم حال امرأة فيها شركاء متشاكسون؟ وكيف يستقيم حال الشركاء فيها ؟ فإن قيل : كيف روعي جانب الرجل، وأطلق له أن يسيم طرفه ويقضي وطره، وينتقل من واحدة إلى واحدة بحسب شهوته وحاجته، وداعي المرأة داعية وشهوتها شهوته؟ قيل لما كانت المرأة من عادتها أن تكون مخبأة من وراء الخدور، ومحجوبة في ركن بيتها، وكان مزاحها ابرد من مزاج الرجل، وحركتها الظاهرة والباطنة اقل من حركته، التي هي سلطان الشهوة أكثر مما أعطيته المرأة، ويلي بما لم تبل به، أطلق له من عدد المنكوحات ما لم يطلق للمرأة ".[380]

ويقول الباحث المعاصر الدكتور مصطفي السباعي:"إن المساواة بين الرجل والمرأة في أمر التعدد مستحيلة طبيعة وخلقة"[381].

ثانيا: تعدد الزوجات بين الضرورة والحرية

إن نظام تعدد الزوجات ضرورات اجتماعية وأخرى شخصية، والجامع بين كافة هذه الضرورات وهو أن وضع المرأة في ظل نظام التعدد يكون أكثر حفاظا على كرامتها واستقرارها، فكان الأجدر باللجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن تدعو إلى

---

[379] عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية دراسة فقهية،المرجع السابق، ص. 102 .

[380] موقع الرسمي للشيخ محمد صالح المنجد، الإسلام سؤال وجواب،أطلع عليه يوم2019/10/05على الساعة 10سا00، www.islam –qa.com

[381] محمد رشيد العويد،من أجل تحرير حقيقتي للمرأة ،ط 2،دار حواء،الكويت،ص.79 .

تقييد ممارسة ذلك الحق بشرط عدم المساس بمكانة المرأة و كرامتها وحقوقها المعترف بها بدلا من أن تنادي بإلغاء نظام التعدد ككل[382].

تكشف أيضا تقارير اللجنة أن تعدد الزوجات يمارس في عدد من البلدان، هو يخاف حق المرأة في المساواة بالرجل، وقد تكون له نتائج عاطفية ومالية خطيرة عليها وعلى من تعولهم إلى حد يستوجب عدم تشجيع هذه الزيجات وحظرها، وتلاحظ اللجنة بقلق أن بعض الدول الأطراف التي تضمن دساتيرها تساوي الحقوق تسمح بتعدد الزوجات وفقا لقانون الأحوال الشخصية أو القانون العرفي وهذا ينتهك الحقوق الدستورية للمرأة ويخالف أحكام المادة 5(أ) من الاتفاقية[383]. كما أن هذه الوضعية تتعارض مع الحقوق الدستورية للنساء وتخالف أحكام المادة 5/أ من الاتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز تجاه النساء.

إنّ الأمم الأجنبية وجدت الحل الرخيص، وذلك حين أباحت المعاشرة الحرة بين النساء وعلى الرجال دون قيد أو شرط، فسدّت باب التعدد وفتحت أبوابا أخرى كالزنا[384] .

من أجل وضع حل وتوازن قانوني دون إلغاء نص شرعي، يسمح القانون للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وبهذا تستطيع الزوجة أن تعلن صراحة في بداية الزواج على عدم رضاها بأن تكون لها ضرة.[385] وفي هذا المعنى جاء نص المادة 19 من قانون الأسرة والتي تنص" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شروط عدم تعدد الزوجات." فيجوز للمرأة المسلمة أن تشترط على من خطبها شرط عدم التعدد، على

---

[382] عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص.118.

[383] وسام حسام الأحمد،حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية،المرجع السابق، ص.179 .

[384] علي لبن، الزواج العرفي شرعا وقانونا، المشكلة والحل، المرجع السابق،ص .40.

[385] خيرة قويدري، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009 ، ص.95 .

أن تكون تلك الشروط خارجة عن دائرة التحليل والتحريم من أحكام الشريعة الإسلامية أو بعبارة أخرى أنه لا يجوز لهذه الشروط أن تحلل حراما أو تحرم حلالا. أما من الناحية القانونية سنتناول بالدراسة والتحليل تعدد الزوجات في ظل النص المعدل والمادة 22 منه في الفرع التالي .

الفرع الثاني

تعدد الزوجات في ظل النص المعدل والمادة 22 منه

تعتبر المواثيق الدولية تعدد الزوجات مخالفا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، واعتبرته تمييزا ضدها كما أعربت اللجنة في ملاحظاتها الختامية على التقرير الثاني للجزائر عن:" قلقها لأن التعديلات المقترح إدخالها على قانون الأسرة لا يشتمل إلغاء تعدد الزوجات"[386] .

تعرض المشرع الجزائري للتعدد في قانون الأسرة وضمن مواد منه بعضا من القيود عليه، ومنها ذلك القيد العام والأولى في نظام تحريم زواج الخامسة، وتنص المادة 1/8 من قانون الأسرة"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية. "ومنها يستشف الحكم الشرعي المبيح للتعدد في حد عددي شرعي، وذلك استنادا اللفظ" يسمح" وهو الذي يؤدي معنى الإباحة والجواز شرعا، ويقابلها على ذلك الأساس الفظ باللغة الفرنسية ... il est permis »، حيث جاءت الصياغة لها نفس معنى الإذن أو الترخيص .

حيث حاول المشرع الجزائري ضبط التعدد بشروط تحمي الزوجة وتقيد إمكانية لجوء الزوج إلى التعدد، وهذا بتعديل المادة 8 قانون الأسرة، التي كانت تنظم التعدد وأضاف إليها المادتين8 مكرر و8 مكرر1 ويظهر واضحا عند استقرائنا للمواد سالفة الذكر أن المشرع الجزائري حاول التوفيق بين الآراء وهذا تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية وانسجامها مع الشخصية الجزائرية ذات البعد الإسلامي التي تمثل الأغلبية

[386] التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2) في جلستها المنعقدة بتاريخ 11 جانفي 2005، وثيقة الأمم المتحدة 668-667 ، (CEDAW/C/SR)

المطلقة للشعب الجزائري[387]. وبذلك فإن المشرع لم يشر ولو مجرد إشارة لملك اليمين، كون هذه العلاقة مستبعدة في الجزائر، وذلك مسايرة منه للقانون الدولي الذي يحظر مثل هذه العلاقات لما فيها من امتهان لكرامة المرأة ومكانتها الأساسية في بناء المجتمعات الإنسانية[388]. ومن هنا نطرح التساؤل التالي فما هي هذه القيود التي وضعها المشرع الجزائري في تعدد الزوجات؟ وما مدى تأثير الزواج العرفي على كل هذه القيود في ظل اعترافه بمثل هذا الزواج؟

حددت المادة الثامنة المعدلة شروطا منها على الأخص:المبرر الشرعي، نية العدل، إخبار المرأة السابقة والمرأة التي يُقبِل على الزواج بها، تقديم الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان الزوجية، القدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة[389].

ذكر المشرع الأسري الشروط التي كانت موجودة قبل التعديل تم بعد ذكره للترخيص القضائي بالزواج أعاد ذكرها، بعد أن كانت الشروط السابقة مفرغة من محتواها، لأن ضابط الحالة المدنية أو الموثق لم يكن لديه أي آلية للتأكيد من توافرها وجاء التعديل ليعطي السلطة للقاضي في منحه للترخيص القضائي والذي بدوره سيتأكد من توافر الشروط السابقة، بذلك سمح لضابط الحالة المدنية أو الموثق من عقد الزواج الجديد.وبالتالي كان من الأجدر على المشرع أن يتفادى هذا التكرار على أن تكون الفقرة كالتالي:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، بشرط طلب استصدار ترخيص قضائي إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية".

---

[387] إدريس فاضلي، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،1996 ،ع4،ص.632.

[388] مرسوم رقم 63-340 مؤرخ في 11سبتمبر1963، يتضمن إنظمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية للاتفاقية الخاصة بالرق المرقعة بجنيف في 25 سبتمبر1926 والمعدلة بموجب برتوكولات نيويورك الموقعة في7 ديسمبر1953 والاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق الموقعة بجنيف في 7 سبتمبر 1956 ،ج ر66 ،1963 ، ص .943 .

[389] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق،ط2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007 ، ص. 208.

إن إضافة شرط المبرر الشرعي والذي فسره بعض الشراح بأنه: النقص الملحوظ في أداء الزوجة ولا يمكن حصره فقط في مرضها أو عقمها، أو القيام بوظائفها كربة بيت[390].

إن المتعمق في معنى المبرر الشرعي والمغزى المنطقي من اشتراطه يفهم أن الزواج إذا أثبت هذا المبرر واقنع القاضي بحاجته إلى الزواج بأخرى، فإن القاضي سيرخص له بذلك حتى وإن لم توافق الزوجة[391].

إلا أنه ما يعاب على المشرع هو صياغته لهذه الشروط بقوله نية العدل، وهي عبارة غامضة لاسيما وأن المقنن لم يتبعها بنص موضح أو مفسر، إلا للفظ معاني متقاربة عند فقهاء القانون فهو عند البعض منهم ذلك الشرط النفسي الداخلي[392]، أي الأمور الكامنة في قلب وذهن الإنسان لا يمكن أبداً التحقق منها والتاكد من تحقيقها أو العكس ، إلا بعد القيام الفعلي للعلاقة الزوجية[393].

تم العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن والنفقة ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية وليس قبلها، ولا قبل إبرام عقد الزواج مما يؤدي إلى القول بأن شروط توفر نية العدل لشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير محله، ولا يسلم به كقيد على الزواج الثاني لأن ما شك في إثباته وتحقيقه لا يمكن فعله شرطا أو قيدا لما هو جائز شرعا وواقع فعلا[394].

فإن عبارة المبرر الشرعي هي عبارة عامة لم تحدد المقصود بالمبرر الشرعي لأن المبررات الشرعية كثيرة وتختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها[395].

لكنّ الإشكال الذي يطرح هنا،ما هو نوع هذا المبرر الشرعي وما هو شكله؟ لاسيما و أنّ الشريعة الإسلامية لم تفرض أو توجب وجود المبرر الشرعي لإباحة التعدد؟

---

[390] بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2013،ع2،ص.15.

[391] عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،المرجع السابق، ص.94 .

[392] عطوى محمد، تعدد الزوجات، مجلة منبر الحقوقيين،1987، ع12،ص .59 .

393 عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،المرجع نفسه، ص.94 .

[394] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.87 .

[395] عبد القادر الدودي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال ،الجزائر،2004، ص.76 .

هذا الشرط مستحدث في قانون الأسرة الجزائري ودخيل على الشريعة الإسلامية وأنه جاء مبهما إذ أنه لم يبين لنا ضوابط المبرر الشرعي الذي يمكن على أساسه إباحة التعدد من عدمه ، إلا أنه هناك من فسره بالعقم والمرض المزمن وهاتين الصفتين لم يقل بهما فقهاء الشريعة الإسلامية[396].

يقول الأستاذ أعمر يحياوي:"أما المبرر الشرعي أو حالة الضرورة المتداولان في تشريعات الدول العربية ولدى أكثر الكتب، فلا مسوغ لهما لأن الإباحة المقررة في الآية جاءت مطلقة ولم تقيد بأي وصف فتبقي على إطلاقها، ويتضح أن النص محمول على الإباحة،فتعدد الزوجات أمر مخير فيه بين الإقدام عليه أو تركه، وهو ما يطلق عليه مفهوم العصري حرية عامة"[397].

وبمعنى آخر وكما يقول الأستاذ جمال عياشي"المقصود من المبرر الشرعي اصطلاحا هو السبب المسوغ شرعًا و/أو قانونًا للتعدد في الزواج"، ويحرم شرعًا ما كان الهدف منه الإضرار بالغير أو مخالفة تعاليم الدين كأن يبحث الزوج لدى المرأة ما لم يجده عند زوجاته السابقات من إنجاب الذكور مثلاً فهو شرك بالله لمن يعتقد أن الزوجة هي السبب في إنجاب الإناث أو الذكور"[398].

ولم يحدّد المعيار الذي ينبغي أن يقتضي به القاضي في هذا المجال، تاركا بذلك لرئيس المحكمة الحرية التامة في ممارسة سلطته لتقدير المبرر الشرعي من عدم[399]. الذي قالت بإلزامه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:"حيث أنّ الزوج لم يقم بواجباته

---

[396] عمرو خليل، نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقيد،المرجع السابق،ص.220.

[397] أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.282.

[398] جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون،الجزائر،2005/2004 ، ص.103 .

[399] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟،المرجع السابق، ص.114 .

الزوجية اتجاه المدعية في الطعن، بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإنّ الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بن الزوجتين طبقا للشريعة الإسلامية"[400].

والأكثر من ذلك فإن منشور وزارة العدل الصادر بتاريخ 1984/12/23 تحت رقم 102/84 كتفسير للمادة الثامنة من قانون الأسرة نص على "أنه يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي ولا يكتفي فيه بالمشافهة أو الإقرار بل لابد من شهادة طبية لمختص يثبت ذلك فإن لم يثبت ذلك رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام العقد"[401].

وأضاف المنشور الوزاري رقم 14/85 المؤرخ في 22 أوت 1985أنه خارج حالة المرض العضال أو عقم الزوجة الأولى يستوجب أخذ رأي القاضي في تقرير سبب الزواج الثاني، لاسيما في حالة رفض الزوجة الأولى، وللقاضي السلطة التقديرية في الترخيص بالزواج الثاني أو رفضه بمجرد أمر على عريضة غير قابلة للطعن، وأضاف هذا المنشور مبررا آخر لتعدد الزوجات، وهو إثبات وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء بتقديم شهادة مكتوبة[402].

يكتفي إثباته بشهادة طبية تمنح من طرف طبيب مختص يثبت عقم الزوجة الأولى أو إصابتها بمرض مزمن مثل المرض العضال، وعند تحقق المبرر الشرعي لديه إخبار كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن حضرتا ويسجل في صلب العقد رضا كل منهما، أو اعتراض الزوجة السابقة ليكون حجة يرجع إليه عند التنازع[403].

---

[400] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 41445، غير منشور، مقتبس عن جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، المرجع نفسه،ص.54.

[401] تشوار جيلالي، مدى فاعلية أحكام حماية المرأة في قانون الأسرة الجزائري في ضوء المواثيق حقوق الإنسان، مداخلة بمناسبة ملتقي الدولي الموسوم" فاعلية آليات حماية حقوق الإنسان"، يومي 08 و09 ديسمبر2009، جامعة تلمسان؛ بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستيرفي القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013 ،ص.49 .

[402] نبيل مدور،عقد الزواج ، مجلة الموثق، الجزائر،2002،ع8، ص .18 .

[403] نبيل مدور،عقد الزواج، المرجع نفسه، ص.18 .

وبصفة عامة فإن نظرة القضاء في الجزائر تتجسد حول هذا المبرر الشرعي في كونه ذلك الأمر العام والمرن والداخل تحت حالات لا حصر لها، وهي خاضعة لتقديرات القاضي ورقابته فيها يخص شرعيتها أو عدمها، بل أنه هو ملزم قانونا من التأكد من وجود المبرر الشرعي لتعدد الزوجات، وقدرة الراغب في التعدد على الأنفاق(من إسكان وكسوة وعلاج وغيرها)لأسرتين[404]. وذلك يتماشى ومحتوى قانون الأسرة، لأنه ما من إشارة حتى لمفهوم أو مضمون المبرر الشرعي[405].

إما عن إبلاغ الزوجتين السابقة واللاحقة بالتعدد، فكان تدخل المشرع الجزائري أمرًا ضروريا في تحديد شروط التعدد، حيث يعاتب على هذا النص أنّه أراد تقييد التعدد بطريقة غير مباشرة في الزوجة الثانية فقط، وخير دليل على ذلك أنّه يتحدث دائما عن الزوجة السابقة واللاحقة ولم يذكر الزوجات السابقات.

بحسب المصطلحات القانونية المستعملة إبلاغ الزوجين في قانون الأسرة فإنه مع ذلك لم يبين لنا الوسيلة أو الإجراء القانوني الواجب إتباعه في هذا المجال. لذلك لنا أن نتساءل عما إذا كان هذا الإجراء هو ذاته الإجراء المتطلب في المسائل القانونية الأخرى من حيث التبليغ، أم هنا الأمر يختلف لأنه يتعلق بتكوين أسرة ؟

لا يوجد في الشريعة الإسلامية ما يلزم الزوج إخبار الزوجة الأولى بأنه مقدم على الزواج من غيرها، فهو أمر لم يثبت على النبي ﷺ ولم يرد عن الصحابة رضوان الله عليهم. أما في القانون الوضعي فإنه ينبغي على المقبل على التعدد أن يقدم بإبلاغ الزوجة السابقة واللاحقة برغبته، وذلك لا يتأتى إلا عن طريق الوسيلة المعمول بها حاليا أمام القضاء الجزائري بشان التبليغ وهو أن يقوم بإبلاغهما عن طريق المحضر القضائي، ويستوجب الأمر في هذه الحالة على القاضي أن يتأكد من تبليغ الزوجتين عن طريق المحضر القضائي، وإلا رفض الطلب لعدم توفر الشرط الذي نحن هنا

---

[404] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص.192 .

[405] جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، المرجع السابق،ص. 64 .

بصدده[406]. أما إذا رجعنا إلى نص المادة 22 من قانون الأسرة نجد أنها قد أفرغت المادة 08 من محتواها وجردتها من أحكامها ، كل شخص يريد أن يوثق زواجه الثاني ما عليه إلا أن يتقدم بدعوى أمام المحكمة قسم شؤون الأسرة لإثبات زواجه الثاني، وبذلك يمكن عن طريق الحكم القضائي تسجيل الزواج الثاني وفقا للقانون دون قيام أية مسؤولية وهذا ما هو شائع اليوم بالعقد عن طريق المحكمة وهنا نبرز كذلك ظاهرة عدم انسجام النصوص القانونية إذ أنه مادام أن كل من يريد أن يعدد فما عليه إلا إجراء العقد الشرعي ثم توثيق ذلك العقد عن طريق حكم قضائي فما جدوى النصوص المتعلقة بالتعدد[407].

وفي حالة إخفاء الزوج على إحدى زوجاته زواجه يعد هذا الفعل تدليسيا[408]، ويحق للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق ، كما نص القانون أيضا على ضرورة فسخ الزواج بدون ترخيص من القاضي في حال عدم حصول الزوج على الإذن أو الترخيص القضائي الذي يخول له التعدد بحسب ما هو مقرر في نص المادة 8 مكرر 1 من الأمر 05-02[409]، وهو ما أدى إليه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ 2009/02/11، والذي جاء فيه:" الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني إذ يتبين من وقائع الدعوى أن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعا طبقا للمادة 10/53 من قانون الأسرة، الأمر الذي يتعين معه تعويض

---

[406] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟،المرجع السابق، ص 116.

[407] عمرو خليل، نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقيد،المرجع السابق، ص.223 .

[408] حيث يقصد بالتدليس هنا الغش والكذب، بأن لا يعلم الزوج الزوجتين معا أو إحداهما بأنه متزوج أو بأنه أعاد الزواج من أخرى ويعد هذا خطأ منه، لأنه أخل بالتزام فرضه القانون في المادة 8 أعلاه.

[409] المادة 8 مكرر 1 ما يلي":يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة8 أعلاه."

المدعية"[410]. وبمفهوم مخالفة هذا الحكم، لا يجوز فسخ الزواج الثاني إذا ثبت دخول الزوج بالزوجة الثانية[411] .

والجدير بالذكر، هو إخبار الزوجتين بالتعدد لا يكفي لابد من رضاهما، فيمكن أن تكون الزوجة عالمة بالتعدد ولكنها غير راضية به، الأمر الذي يخول لها حق طلب التطليق. وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا:" إن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بزواجه الثاني لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر، والمادة 8 من قانون الأسرة منحت للزوجة سواء السابقة واللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حالة عدم رضا بزواجه الثاني"[412] .

ومع ذلك رفعا لهذا اللبس، نقترح على المشرع أن يتدارك الأمر إما بالنص في المادة 08 أو مادة إضافية على كيفية الإعلام الزوجات السابقات واللاحقات، ليضفي عليه طابع القوة ولا يحتج أحد بجهل وجوده .

كما نجد أنّ المشرع اكتفى بحق التطليق دون أن يرتب أي جزاء على الزوج في حالة مخالفة مضمون المادة 08، وأنّه علق التطليق على التدليس بدلا من عدم الرضا الذي كان يعلق عليه التطليق في المادة 08 قبل تعديلها، متناسيا بهذا أن يرتب على مخالفة شروط وقيود المادة 08 أية عقوبة جزائية أو حتى مدنية[413].

كما يلاحظ على المشرع عند منحه الزوجة حق طلب التطليق، لم يبين الأجل الذي يسقط به هذا الحق، من هنا يمكن أن نفهم بأن المشرع ترك الأجل مفتوحا للزوجة لطلب التطليق، لاسيما وأنّه كرّس هذا الحق في نص المادة 6/53 من قانون الأسرة.

---

[410] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ2009/02/11،ملف رقم 480240،مجلة المحكمة العليا،2009،ع1،ص.281 وما يليها .

[411] حمد نصر الجندي، شرح قانون لأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ،القاهرة،مصر،2009،ص.24.

[412] المحكمة العليا،غ.ا.ش، بتاريخ2005/01/19، ملف رقم 334060، مجلة القضائية2005،ع1، ص.325.

[413] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.110 .

ويمكن للزوجة أن تمنع زوجها من أن يتزوج عليها بأن تشترط عليه ذلك في العقد[414]، حيث قام المشرع بتعديل المادة 19 قانون الأسرة، التي أصبحت تنص صراحة على انه يمكن للزوجين الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية لاسيما شروط تعدد الزوجات و عمل المرأة[415].

سئل الإمام ابن تيمية، عن رجل تزوج امرأة، فإتشرطت عليه عند النكاح ألا يتزوج عليها، فهل يلتزم الوفاء؟ وإذا اخلف هذا الشرط فهل للزوجة الفسخ أم لا؟ فأجاب"نعم صحيح هذا الشرط وما في معناه في مذهب أحمد وغيره من الصحابة والتابعين"[416]. ولعل المشرع عن تعديله للمادة 19 قانون الأسرة، استند إلى رأى الحنابلة عند جواز اشتراط الزوجة عدم التعدد على زوجها .

لكن المرأة تحجم عن وضع شروط على الزوج أثناء العقد لانعدام الثقافة القانونية من جهة والخوف من تزعزع تلك الثقة المفروضة اتجاه الزوج من جهة ثانية[417].

وعلى النقيض مما ذهب إليه المشرع الجزائري في مسألة التعدد، فكان المنع المطلق من طرف المشرع التونسي حيث ينص الفصل 18 من المجلة:" تعدد الزوجات ممنوع، وكل من تزوج وهو في حالة الزوجية".اعتبر المشرع التونسي تعدد الزوجات جريمة معاقب عليها قانونا، من منطلق أن تعدد الزوجات ممنوع، فكل من يتزوج وهو في حالة الزوجية وقبل يفك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق

---

414 TCHOUAR Djilali, le mariage polygamique entre le fiqh et le droit positif algérien, Revue Algérienne des Sciences Juridique Économiques et Politiques faculté de droit et des sciences administratives, Ben aknoun, université d'Alger ,1997,n°2., p.544.

415 يرى المالكية أن من اشترطت على زوجها أن لا يتزوج عليها ، فإن شرطها لا يعمل به، لأنه شرط يحرم على الزوج ما أحل الله ، فقد احل للرجل أن يتزوج أربعة ، إلا إذا اشترطت عليه ذلك أثناء العقد وعلق بطلاق أو عتق، فإنه يجب أن يوفي لها بالشروط؛ مالك بن أنس، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون،ج2،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص.124 .

416 أحمد بن تيمية،مجموع الفتاوى،م 32، المرجع السابق،ص.190.

417 لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص .62 .

أحكام القانون[418]، إن هذا المنع مطلق، سواء أكانت هناك أسباب واضحة موجبة للتعدد أو لم تكن[419]، ويهدف هذا الحل المتخذ منذ 1956 إلى حفظ كرامة المرأة ومنع التشتت العائلي والتفاضل بين الأبناء، وذلك بالنظر إلى الحالات الاجتماعية الكارثية التي نتجت عن تعدد الزوجات والتي ذهب ضحيتها الأم و أبنائها في غياب حماية قانونية لهم، ولضمان نجاعة هذه الحقوق واحترامها، أصبح عقد الزواج شكليا فلا يكون صحيحا إلا إذا حرّر في حجة رسمية والغرض من ذلك هو تمكين الزوجة من إثبات الزواج حماية لها ولأبنائها وفسح المجال لمراقبة المحرر مدى احترام شروط ، الزواج ويترتب عن الإخلال بهذه الشكلية بطلان الزواج وعقوبة جزائية[420] .

ويرى الأستاذ محمد شرفي: "أن تعدد الزوجات يعيق التطور في المجتمعات الإسلامية، ويعتبره أمرا مخالفا لمبدأ المساواة بين الجنسين،مدعيا إن التعدد لم يبق إلا في العالم الإسلامي، وهذا لا يشرف لأنه يعطب صورة بغيضة عن الإسلام"[421] .

ونقول أن الغرب لم يجد بديلا لتعدد الزوجات، سوى السماح باتخاذ خليلات وهو عين الفساد،حيث أصبحت أوروبا تعج بالأطفال غير الشرعيين، وبما يسمونه الأمهات العازيات، لقد قالت إحدى الكاتبات لانجلترا:"إن إرغام الرجال على الاكتفاء بواحدة جعل بناتنا ينحرفن، وسوف يتفاقم الوضع إن لم نبح تعدد الزوجات"[422] .

من هنا فإن المشرع الأسري الجزائري لم يلغ ولا يمنع تعدد الزوجات من خلال تنظيمه له، وهذا اقتداء بالشريعة الإسلامية، وإنما ضيقه إلى أبعد الحدود وذلك من خلال الشروط التي وضعها له، والمتمثلة في إثبات المبرر الشرعي وتوفير نية العدل

---

[418] أمينة عبيشات،إشكالية تعدد الزوجات بين الإباحة والتقييد في التشريعات الأسرة المقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة،جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف،الجزائر،نوفمبر 2017، ع4،ص. 156.

[419] محمد أبو زهرة ، تنظيم الأسرة و تنظيم النسل ،ط1، دار الفكر العربي ،القاهرة ، 1976 ، ص .52 .

[420] CHARFI Mohammed, les conditions de forme de mariage en droit tunisien, R.T.D. 1970, p .11.

[421] CHARFI Mohammed, Islam et liberté ,op .cit , p.136.

[422] قري عنية، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر،2011، ص.55 .

إضافة إلى الإجراءات القضائية التي يتطلبها الحصول على ترخيص التعدد حتى لا يتعسف في استعمال هذا الحق[423] .

إن المساواة بين المرأة والرجل في نظام الزواج لا ينبغي أن تكون مساواة مطلقة بل يتعين الأخذ بها فيما قد يصلح له كل منها، لأن المساواة بين المختلفين تعني ظلم أحدهما حتما، فحق الزواج مكفول للجنسين على السواء باعتبار كل منهما إنسانا، غير أن نطاق هذا الحق–التعدد–يتحدد بمدى صلاحية أحدهما للزواج بأكثر من زوج واحد[424].

ومن جهة أخرى، تعتبر مسألة تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين من المسائل المتعلقة بالشؤون الأسرية التي تثور في الوقت الحاضر مشكلة الإدارة المالية بين الزوجين، وربما كان الدور الذي طرأ على المرأة في السنوات الأخيرة هو السبب الحقيقي وراء وجود هذه المشكلة. فبينما كانت المرأة سابقا ربة البيت تقوم بجميع أعمالها بداخله، أصبحت اليوم تتحمل العديد من المسؤوليات الخارجية وفي مختلف المؤسسات، من شأن ذلك أن تدر عائدا ماليا تساهم بشكل أو بآخر في تكوين ثروة مالية للأسرة. وفي هذا الإطار نطرح التساؤل التالي كيف كان انعكاس بنود اتفاقية سيداو على الجوانب المالية لعقد الزواج دون اخلال بمبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء؟ للإجابة عن هذه الإشكالية التي نعالجها في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

الجوانب المالية لعقد الزواج وانسجامه مع مقتضيات اتفاقية سيداو

إن المسائل المالية بين الزوجين تعتبر من أعقد المسائل نظرا لأنها في الغالب تنشأ بشكل غير صحيح، وعلى أساس اعتبارات اجتماعية، ودون اتخاذ الإجراءات

---

[423] عبد الرحمن هرنان، الأسرة الجزائرية بين الأصالة والمعاصرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،1994،ع2،ص.40 .

[424] عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية دراسة فقهية، المرجع السابق، ص. 102 .

الكفيلة بتنظيم هذه العلاقة ووضعها في الإطار القانوني الصحيح ودون فهم لمبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين.

ومن المعلوم أن المواثيق الدولية اهتمت بحقوق الزوجة في أموال الأسرة، لتؤكد ما أقرته الشريعة الإسلامية بقصد رفع الحيف والظلم عنها، خاصة بعد بروز الأفكار الفلسفية التي كانت تنادي بحقوق الإنسان والمساواة ونبذ التمييز والتهميش الممارس على المرأة بصفة عامة والمتزوجة بصفة خاصة.

في هذا المجال، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإعلان القضاء على التمييز ضد المرأة بسبب وجود قدر كبير من التمييز ضد المرأة في ميدان المساواة في الحقوق. فجاءت المادة 6/أ/1 منه تؤكد على كفالة تمتع المرأة متزوجة كانت أو غير ذلك بحقوق مساوية لحقوق الرجل في ميدان القانون المدني ولاسيما الحقوق التالية :

أ – حق التمليك وإدارة الممتلكات والتمتع بها والتصرف بها ووراثتها بما ذلك الأموال التي تمت حيازتها أثناء قيام الزواج .

أما المادة 16/ ح /1 من اتفاقية سيداو:"أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليهما والتمتع بها والتصرف بها سواء بلا مقابل أو مقابل عوض"، أي ينبغي على الدول الأطراف أن تتيح لكلا الزوجين فرصا متكافئة للاستفادة من ممتلكات الزوجية ومن أهلية إدارتها. وينبغي لها أن تكفل مساواة المرأة مع الرجل في حق امتلاك ممتلكات منفصلة أو غير زوجية واقتنائها وإدارتها والتصرف فيها والتمتع بها[425].

كما جاء في تعليق لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها رقم 21 بخصوص هذه الفقرة" أن حق المرأة في حيازة الممتلكات وإدارتها والتمتعبها والتصرف فيها هو المحور الذي يدور حوله حق المرأة في التمتع بالاستقلال المالي"[426].

---

[425] توصية العامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، المرجع السابق، ص. 8 وما يليها.

[426] التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.https://www.ohchr.org .

يبدو أن المبادئ التي تضمنتها المواثيق الدولية جاءت لتعالج المركز القانوني الذي كانت تعاني منه المرأة المتزوجة، مما أدي بالمشرع الأسري إلى إنصافها في هذا المجال، فأصبحت الصياغة القانونية لبعض مواد قانون الأسرة، تقر المساواة بين الزوجين وإلغاء جميع إشكال التمييز اتجاهها[427].

إن النظام المالي يعتبر من الجوانب المالية لعقد الزواج حيث اهتمت به الشريعة الإسلامية التي تعرف نظاما واحدا وهو استقلالية الذمة المالية، على غرار التشريعات العربية المعاصرة عامة والتشريع الجزائري خاصة، الذي ساير نهجها فحرص على وضع الأسس التشريعية الأولى لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين فدمج بين النظامين الاستقلالية والاشتراك .

وعليه، سنحاول تبيان المقصود بمبدأ استقلال الذمة المالية، وكذا الاستثناء في الاشتراك الوارد عليها، وذلك بالتعرض إلى موقف الفقه الإسلامي والقانوني اتجاهها. ومشاكل التي تتعلق بتوزيع الثروة الزوجية، بما في ذلك نصيب كل واحد من الزوجين في الأموال المشتركة المكتسبة أثناء قيام الزوجية وطرق الإثبات.

تفريعا على ذلك، كانت ومازالت دراسة واقعة الزواج وما ينشأ عنها من علاقات مالية موضوعا مهما في مجال البحث القانوني، وعليه يقتضي الأمر توضيح مبدأ المساواة في النظام المالي للزوجين وتقرر مبدأ جوهري وهو مبدأ استقلالية الذمة المالية واحتفاظ الزوجة بذمتها المالية(المبحث الأول) .

أما النظام المالي المشترك للزوجين كاستثناء لمبدأ استقلال الذمة المالية في التمتع بالحقوق المالية، حيث إن الأنظمة المالية للزواج تؤثر بشكل مباشر على نطاق الذمة المالية للزوجين، فهذا النطاق يتغير بإتباع نظام دون غيره، لذلك تبرز أهمية دراسة نظام اشتراك الذمة المالية بين الزوجين مما يعمق علاقتها بموضوع البحث(المبحث الثاني).

---

[427] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010 ،ص.55.

المبحث الأول

الذمة المالية المستقلة لكل واحد من الزوجين

إن الحقوق المالية للمرأة– كباقي الحقوق –تستمد وجودها من القانون والعقد، وخصوصية الحقوق المالية للمرأة، لا تقتصر هذه الاستقلالية والحرية على الجوانب المدنية بل تمتد حتى إلى القانون التجاري[428]. فكان قانون الأسرة الجزائري بحق منظومة قانونية لوحده من خلال التطرق لجميع أنواع الحقوق المالية للمرأة أيا كانت صفتها وذلك من خلال جمع شتات هذه الحقوق في مختلف مواده والتدرج في عرضها بحسب علاقة الرجل مع المرأة[429].

وعليه من بين القضايا الأنية، مسألة تبني نظام مالي لزوجين واستئثار كل واحد منهما بممتلكاته وعوائد عمله وأملاكه وأصوله، وقد جاء هذا استجابة للواقع المعاش للأسرة الجزائرية إذ أصبحت مساهمة المرأة في تحسين أوضاعها الاقتصادية أمرا لا يمكن تجاهله أو غض الطرف عنه، حيث نجد المرأة سواء في الريف أو المدينة تقوم بمجهودات طيلة حياتها الزوجية داخل البيت وخارجه، كما تضطر في الكثير من الأحيان إلى القيام بأعمال شاقة للمساهمة في الرفع من دخل الأسرة بكل الوسائل والسبل والمتاحة لمواجهة متطلبات الحياة المتزايدة، وبالتالي مساهمتها في تكوين الثروة المالية للأسرة، وغالبا ما تسجل باسم الزوج وحده لاعتبارات اجتماعية وثقافية، وإن وضع قواعد خاصة بتنظيم العلاقات المالية للزوجين مسألة تكتنفها الكثير من الصعوبات نظرا لخصوصية العلاقة الزوجية التي تجمع بين شخصين[430].

---

[428] نادية فضيل،القانون التجاري الجزائري الأعمال التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1992،ص.130.

[429] عيساوي عادل،الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي ين مهيدي أم البواقي، الجزائر،2011/2010، ص.291.

[430] مزياني نورالدين، الذمة المالية للزوجة أية حماية بين الواقع العملي والإطار القانوني، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقي الوطني الأول الموسوم" السياسة الجنائية للحد من العنف ضد المرأة"، يوم 10 ديسمبر 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون –تيارت.

ولهذا سوف نعالج الموضوع ضمن مطلبين الأول:احتفاظ الزوجة بذمتها المالية في الشريعة الإسلامية، أما المطلب الثاني: النظام المالي المشترك للزوجين كاستثناء لمبدأ استقلال الذمة المالية.

المطلب الأول

احتفاظ الزوجة بذمتها المالية في الشريعة الإسلامية

إن عقد الزواج كغيره من العقود عندما يكون صحيحا مستوفيا كل شروطه وأركانه، ينتج آثارا قانونية تترتب بمجرد انعقاده، ومن بين هذه الآثار ذات طبعة خاصة وهي الحقوق المالية أي الذمة المالية بين الزوجين. وقبل الولوج لدراسة الذمة المالية في الشريعة الإسلامية يتطلب منا الأمر معرفة معنى الذمة لغة واصطلاحا، وقانونا، إضافة إلى خصائصها.

أولا : الذمة المالية لغة:الذمة العهد والإل، وقيل هي العهد والأمان والضمان والحرمة والحق[431]، وبذلك سمي أهل الذمة لدخولهم في عهد المسلمين وأمانهم، ومن ذلك قوله تعالى:﴿ لَا يَرۡقُبُونَ فِي مُؤۡمِنٍ إِلّٗا وَلَا ذِمَّةٗۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُعۡتَدُونَ ١٠﴾[432]، وبناء على المعنى اللغوي المتقدم بنى البعض المعنى الشرعي للذمة، على اعتبار أن الذمة هب العهد، ونفس الإنسان محل لعهودها فكانت الذمة بذلك هي نفس الإنسان وهي محل الوجوب. وجاء في تعريف الذمة بأنها وصف يصير به المكلف أهلا للإلزام والالتزام، كما عرفها البعض بأنها محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تترتب عليه، فذمة الشخص تشغل بالحقوق التي تترتب عليه[433].

ثانيا: المعنى الاصطلاحي: تعرف الذمة المالية في الفقه الإسلامي، بأنها وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلا للالتزام، أي صالحا لأن

---

[431] ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق ،ص .60.

[432] سورة التوبة، الآية 10.

[433] عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي التشريعات العربية والغربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010،ص.22-24.

تكون له حقوق وعليه واجبات مالية، وهي بهذا المفهوم ذات صلة بأهلية الوجوب التي تعني صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات فهي مترتبة على وجود الذمة وكلاهما تلازم الإنسان مند ميلاده[434].

ثالثا: المعنى القانوني: تعرف الذمة عند فقهاء القانون، بأنها مجموع ما يخص الشخص من أموال حاضرة ومستقلة، ففي الذمة المالية عندهم عنصران: عنصر ايجابي وهي الحقوق، وعنصر سلبي وهو التكليفات، وحاصل الفرق بين العنصرين يسمى الصافي[435].

وعرفها عبد الوهاب خلاف بأنها:"الصفة الفطرية الإنسانية التي بها تثبت للإنسان حقوق قبل غيره ووجب عليه واجبات لغيره"[436].

رابعا: خصائص الذمة المالية :[437]

– إن الذمة لا تثبت إلا لشخص مستقل سواء أكان شخصا طبيعيا أم ومعنويا ؛

– أنه لا يوجد شخص مستقل الشخصية بلا ذمة خاصة به، لأن الذمة من لوازم الشخصية والشخص هنا يشمل الطبيعي و المعنوي؛

– إن الذمة ليس لسعتها حد،لأنها ظرف اعتباري فيتسع لكل ما يتصور من الحقوق ؛

– إن الشخص الواحد ليس له سوى ذمة واحدة فقط ؛

– إن الذمة لا اشتراط فيها فلا يكون للذمة الواحدة أكثر من صاحب واحد وذلك لأنه لو تعدد الأشخاص لكان لكل منهم الخصائص التي تقتضي له ذمة مستقلة ؛

– إن الذمة ضمان لكل الحقوق بلا ترجيح ولا يقتضي ذلك منع المدين غير المفلس من التصرف بأمواله، لأنها شرعا تستقل عملا بملك صاحبها، فتتساوى فيها الديون ولا

---

[434] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.20.

[435] محمد سامي مذكور، نظرية الحق، مطبعة الاعتماد ودار الفكر العربي، القاهر، 1954، ص.114 .

[436] خلاف عبد الوهاب،علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي،دار الفكر العربي القاهرة،1999، ص.127.

[437] علاء الدين البخاري نظرية الحق ، مطبعة الاعتماد ودار الفكر العربي، القاهر، 1954، ص .114 .

[437] علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البنردوي، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1997، ص.336 ؛ خليفة على الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، ط1، دار النفائس للنشر وتوزيع ،عمان الأردن،2010، ص.32 وما يليها .

يكون سبق بعضها في الثبوت سببا لترجيحيه وما يثبت في ذمة الإنسان من حقوق عليه لا يتقيد وفاؤه بنوع خاص من ماله أو بجزء معين منه ما لم يكن ذلك الجزء رهنا.

ولبيان مدى تمتع الزوجة باستقلالية الذمة المالية في الشريعة الإسلامية التي تعرف بوجه عام نظاما ماليا واحدًا يحكم أموال الزوجين وحقوقهما وعلاقتهما المالية وهو نظام انفصال الأموال، ويظهر ذلك من خلال مجمل الأحكام التي تتناول العلاقات المالية بين الزوجين والقواعد التي تخضع لها حقوقهما المالية، كنظام النفقات وقواعد التصرف والانتفاع بالأموال العائد لكل منهما[438]، كما يستشف هذا المبدأ من أحكام الكتاب من جهة(الفرع الأول)، والسنة ومن جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

استقلالية الذمة المالية للزوجة في الكتاب

إن تحقيق الثبات والاستقرار داخل أي مجتمع لا يمكن أن يتم إلا بوضع قواعد متكاملة لتنظيم العلاقات المالية بين الأفراد، ولا شك أن الاعتراف للشخص بالحق في الذمة المالية ومنحه حق الملكية عليها تظل أولى الخطوات في اتجاه إرساء إطار واضح لتنظيم تلك الأموال، ويصبح الأمر أكثر أهمية إذا كان لهذا الشخص صفة الزوج أو الزوجة[439].

أما كيف حفظ الإسلام ذمة المرأة المالية فقد أجاب عن ذلك محمود شلتوت حيث قال:" ولا نعلم أحدا من فقهاء الإسلام رأى إن النصوص الواردة في مباشرة التصرفات المالية خاصة بالرجل دون المرأة ، فأباح لها التملك وأن تتصرف فيما تملك وأباح لها

---

[438] عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي التشريعات العربية والغربية، المرجع السابق، ص .107 .

[439] أقاش محمد، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة المغربية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهراس، فاس،المغرب، 2006/2005، ص.13.

توكيل غيرها فيما لا تريد مباشرته بنفسها، وأباح لها أن تضمن غيرها وأن يضمنها غيرها، وأباح لها كل ذلك على نحو ما أباحه للرجل سواء بسواء"[440].

ويقول مصطفي السباعي:"لا تمحي شخصية المرأة في حياتها الزوجية الجديدة ولا تطغي عليها شخصية الزوج الحقوقية والاجتماعية، فالمرأة لا تزال تنسب إلى عائلتها وتحمل اسمها واسم أبيها وهي مستقلة تمام الاستقلال في شؤونها المالية الخاصة لا سلطان لزوج ولا الأب عليها في الشؤون تبيع وتشتري وتؤجر وتستأجر وتتصرف في سائر التصرفات التي تحتاج إلى الأهلية الكاملة في المعاملات "[441].

وهذا فقط في الحقيقة تكريم وحماية من الإسلام الحنيف للمرأة، حيث لم يميزها عن الرجل حينما أعطاها كامل الحرية والأهلية في التصرف بما لديها من مال خاص بها، ولتوضيح ذلك نطرح التساؤل التالي: كيف أن الإسلام حمى ذمة المالية للمرأة المتزوجة ؟

للإجابة عن هذا التساؤل حيث تكمن دلالة ذلك على أن الزوجة حرة في التصرف في مالها دون أن يكون للزوج أي رأي منها قوله عز وجل﴿وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا ٢٠﴾[442]، وقوله كذلك﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ وَلَا تَأۡكُلُوهَآ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْۚ وَمَن كَانَ غَنِيّٗا فَلۡيَسۡتَعۡفِفۡۖ وَمَن كَانَ فَقِيرٗا فَلۡيَأۡكُلۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِذَا دَفَعۡتُمۡ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبٗا ٦﴾[443].

---

[440] محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، ط1 ، دار الشروق، القاهرة، 2001، ص.231 .

[441] مصطفي السباعي،شرح قانون الأحوال الشخصية(عقد الزواج وانحلاله)،مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن،ص. 28 .

[442] سورة النساء ، الآية 20 .

[443] سورة النساء ، الآية 6 .

يستفاد من الآية الأولى على أن للمرأة ذمتها المالية المستقلة، إذا أراد أحدكم أن يطلق امرأته ويستبدل مكانها غيرها فلا يسترجع مما كان لها صدقا، لا يجوز أن تأخذوا منه شيئًا فإن كان كذلك فهو كذب وافتراء واضح، لقوله تعالى﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ ﴾[444]، فالصداق المفروض للزوجة هو حق خالص لها يثبت بمجرد إبرام عقد الزواج، وإذا كانت بالغة فيجوز لها بيع المهر أو رهنه أو هبته إلى زوجها أو ذويها أو غيرهم، ومن الممكن أن تقوم الزوجة بشراء الملابس والحلي وما تتجمل به ومن الممكن أن تشتري بعض الأثاث والأدوات لتجهيز بيت الزوجية وهذا يعتبر من باب المساهمة[445]، لقوله تعالى﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾[446]، إن إقرار الآية نصف الصداق للمطلقة قبل الدخول وهو ليس من كسبها ولم تشارك فيه ويدخل في ذمتها المالية .

حيث قال ابن حزم " ولا يحل لأبي البكر أو الثيب ولا لغيره من سائر القرابة أو من غيرهم حكم في شيء من صداق الابنة أو القريبةّ، ولا لأحد ممن ذكرنا أن يهبه ولا شيئا منه لا للزوج ولا لغيره، فإن فعلو شيا من ذلك فهو مفسوخ باطل مردود أبدا"[447].

أما بالنسبة للآية الثانية تحث على الحفاظ ورعاية أموال اليتامى في الصغر، إلا أنه إذا بلغت المرأة الراشدة أصبحت حرة القيام بجميع التصرفات فيما تملك[448]، فلم يميز الشارع الحكيم بين الذكر والأنثى في دفع أموالهم، بذلك يمكن أن يكون اليتيم أنثى وتكون لها ذمة مالية، بالتالي فإن للزوجة مطلق الحرية في التصرف في مالها

---

[444] سورة النساء ، الآية 4 .

[445] فروخ عمر، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان،1988،ص93 وما يليها؛ أحمد فايز، دستور الأسرة في ظلال القرآن، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت،1982،ص21؛ قيس عبد الوهاب الحيالي، ملكية أثاث بيت الزوجية،ط1، دار الحامدية للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 2008، ص.114 .

[446] سورة البقرة ، الآية 237 .

[447] البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ج1، دار البيان الحديثة، القاهرة، 2003، ص.200.

[448] صلاح عبد الغني محمد،الحقوق العامة للمرأة،ج1،ط1،مكتبة الدار العربية للكتاب،مصر،1998، ص.170 .

الخاص، فلها أن تدخره أو تتصدق به أو بجزء منه، ولها أن توصي به أو تهبه إلى الغير[449].

من خلال هذه المبادئ تقرر تمتع المرأة بأهليتها العامة وثبت لها من الحقوق المالية ما يثبت للرجل ويجب عليها مثل ما يجب عليه ما دامت عاقلة مميزة راشدة فلها ذمة مالية صالحة لكل الالتزامات ولها إرادة مستقلة لإنشاء التصرفات وتحمل الالتزامات المترتبة عليها[450]،فالزواج ككل عقد ينشأ عنه مجموعة حقوق وواجبات متبادلة يلزم بها كل من الزوج والزوجة[451].

الفرع الأول

استقلالية الذمة المالية للزوجة في السنة

عن أبي سعيد الخدري–رضي الله عنه–، قال: خرج رسول ﷺ في أضحى أو فطر إلى المصلى، فمر على النساء، فقال ﷺ" يا مَعشرَ النِّساءِ تصدَّقنَ، وأَكْثِرنَ من الاستغفارِ، فإنِّي رأيتُكُنَّ أَكْثرَ أَهْلِ النَّارِ"[452]، فدل الحديث أن للمرأة كامل الحرية في التبرعات دون الرجوع إلى أحد[453].

كما أن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم يثبتون للمرأة الرشيدة ذمتها المالية المستقلة فتملك بذلك حق التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة كيفما شاءت،ولا تحتاج في ذلك إلى ترخيص أو إذن من غيرها[454].

---

[449] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.161 .

[450] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد،ط1، مطبعة فتح وأولاده ، مصر، 1939 ص.294؛ عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 45 وما يليها .

[451] إقروفه زبيدة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،الجزائر،2012،م 03،ع01، ص.50.

[452] محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي الترمذي، الجامع الصحيح سنن الترمذي،ج3 المرجع السابق، ص.28.

[453] يوسف مصطفى عاشور، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي مقارنا بالشرائع الأخرى، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، 1984، ص.371 .

[454] ابن قدامة، المغني، ج2، المرجع السابق، ص .464

وعن أسماء بنت أبي بكر أنها قالت" يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير فهل علي جناح أن أرضخ مما يدخل علي فقال ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعي الله عليك"[455].

وجه الدلالة في الحديث أن أسماء بنت أبي بكر الصديق سألت عن الصدقةّ، ولا تملك إلا المال الذي أعطاه لها زوجها وأصبح ملكا لها فأمرها النبي ﷺ بالصدقة دون تحديد المقدار، ودون الرجوع إلى زوجها[456].

إن حرية تصرف المرأة في أموالها هو الأصل عند معظم فقهاء الشريعة الإسلامية لا يرد عليها قيد إلا في الفقه المالكي،[457]الذي يري أن التبرعات إنما تجوز في حدود الثلث من مالها وما زاد على ذلك فلا يصح إلا بإذن الزوج مراعاة لحقه[458]، لقوله ﷺ " لا يجوزُ لامرأةٍ عطيَّةٌ إلَّا بإذنِ زَوجِها "[459]،

فالحديث يدل على منعها من التصرف، بما يؤدي إلى إنهاك المال، والإتيان عليه بلا عوض، ما لم تكن هناك إجازة صريحة من زوجها، فإن الزوج الذي وجب عليه النفقة، له مصلحة أن يعترض على زوجته عند محاولتها منعه من الإرث بتفويت أموالها على سبيل التبرع، كما أنه حماية للمرأة المتزوجة نفسها، من التبرع بمالها بدون حد[460]، ومرد ذلك إلى ضياع حق الزوج من تركة زوجته[461]، وإن جاوزت بطل جميع

---

[455] البهيقي، السنن الكبرى، ج7، المرجع السابق، ص.60 .

[456] محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار،ج6، دار الجيل بيروت لبنان،1973 ،ص.121 .

[457] عثمان حسن برى الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك،ج1، دار الفكر، بيروت،لبنان، ص.82.

[458] أبو الوليد الباجي الأندلسي المالكي، المنتقي شرح موطأ الإمام مالك،ج 3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص.253 .

[459] ابن حزم،المحلي، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي،ج 9، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، ص .115 .

[460] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق أخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج ،ج1،ط6، المرجع السابق، ص. 325.

[461] مسعودي رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، مارس 2004، ع4، ص.49.

الفعل وهذه رواية ابن القاسم عن مالك[462]. ودليلهم على ذلك قوله ﷺ " **تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ : لِمَالِهَا ، وَلِحَسَبِهَا ، وَلِجَمَالِهَا ، وَلِدِينِهَا ، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ** "[463].

لقد أعتمد الفقه المالكي على أساس الكتاب والسنة والقياس، في الحد من حرية الزوجة بالنسبة لبعض التصرفات كالتبرعات وحجتهم في ذلك﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٞ لِّلۡغَيۡبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ﴾[464]،أي منع الزوجة من التصرف في مالها إلا بإذن زوجها. لكن الاستدلال هذا ضعيف، وإنما تدل على أن للرجال النظر على أموال النساء، وإن هذا الحرص ليس فقط للزوج، بل لها أن توكل للنظر في مالها ما شاءت[465]. وكذلك عن عطاء عن ابن عمر سئلﷺ ما حق الزوج على زوجته؟ قال" **وَلَا تُعْطِي مِنْ بَيْتِهِ شَيْئًا إِلَّا بِإِذْنِهِ، فَإِنْ فَعَلَتْ كَانَ لَهُ الْأَجْرُ وَعَلَيْهَا الْوِزْرُ** "[466].

ليس للزوج قضاء في مال امرأته قبل الدخول بها ولا بعده" هذا القول يترجم أحقية المرأة في أموالها من منقولات أو عقارات الأمر الذي يخولها التصرف فيها كيفما شاءت بدون أذني تدخل من زوجها، لأن ليس له أي حق على مال زوجته، مهرا كان أو نفقة، وارثا، فكل منهما مستقل بذمته المالية، والزوج ليس له حق تمليك أي شيء من مال زوجته ما لم تفرضه في ذلك أو تهبه له دون إكراه منه[467] .

---

[462] محمد الحارث الخنشي،أصول الفتاوى في الفقه على المذهب الإمام مالك،الدار العربية للكتاب،1985، ص.427.

[463] عبد الرحمن بن أبي بكر أبو عبد الرحمن السيوطي، شرح السيوطي من تحقيق عبد الفتاح أبو غدة،ج6، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986 ، ص.68 .

[464] سورة النساء، الآية 34 .

[465] علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، المحلى،ج7، من تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة ، بيروت، لبنان ، ص.315 .

[466] البهيقي، سنن البهيقي الكبرى،ج7، المرجع السابق، ص.292 .

[467]محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة،ط 3،دار النشر المغربية، الدار البيضاء،المغرب،2008،ص.180وما يليها .

بالتالي للمرأة ذمة مالية مستقلة تكتسبها بكل الطرق الشرعية للاكتساب تتصرف فيها كما تشاء فلها أن تهب وتوصي أو تتدين وتقترض، لأن عقد الزوجية لا يبرر أي ضغط على الزوجة في مالها أو فيما تراه أو تعتقده[468]، وقد اتفق الفقهاء على أهلية المرأة الراشدة للتملك والتعاقد كالرجل[469]، وسواء كانت متزوجة أو غير متزوجة إذ تتمتع بنفس الحرية وبنفس السلطات على أموالها[470].

وجاء في قرار عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: " للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشريعة الإسلامية بما تكتسبه من عملها ولها ثرواتها الخاصة ولها حق التمليك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها ولا تحتاج لإذنه في التمليك والتصرف بمالها"[471].

في هذه الصورة حماية لذمة المالية، فدل ذلك على جواز أمر المرأة في مالها مثل ما هو كائن للرجل في ماله. وعليه فإنه ثمة سؤالا يحتاج إلى إجابة: هل عرف الفقه الإسلامي نظام الاشتراك المالي بين الزوجين؟ وكيف تعامل الفقهاء مع نوازل هذا النظام ؟

للإجابة عن هذا السؤال أقوال، إن الفقه الإسلامي لم يعرف نظام الاشتراك المالي كظاهرة أو كنظام مستقل، كمصطلح خاص عن غيره من المصطلحات، لأن فكرة النظام المالي بين الزوجين من ناحية تقنينه في صورة عقد اشتراكي لم يظهر إلا في أعقاب القرن الثامن عشرة والذي تم فيه تقنين القانون المدني الفرنسي المعدل سنة

---

[468] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري" دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005، ص. 104 .

[469] إقروفه زبيدة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص.49 .

[470] دنوني هجيرة ،النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، 1994،ع1، ص.163 .

[471]موقع إسلام ويب،www.islamweb.net/ar/fatwa/109830 أطلع عليه يوم 2021/01/16 على الساعة 18سا00

1804 وكذلك التعديل التشريعي للقانون المدني المرقم 1372 لسنة 1985 وهو أول قانون ينظم النظام المالي للزوجين بكافة صوره[472].

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية السباقة على غيرها من التشريعات المقارنة في إقرار مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجة .

من خلال ما سبق ذكره فإن الأصل في النظام المالي للزوجين هو استقلالية الذمة المالية لكل منهما، وهذا لتحقيق كيانها البشري والاقتصادي، بما يسمح بواقع أفضل داخل الأسرة، كما يقتضي 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.

إن انفصال الذمة للزوجة في القانون الوضعي قد يكون مسايرا لما عليه في الفقه الإسلامي مما يتطلب توضيحه في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

استقلالية الذمة المالية للزوجة في قانون الأسرة الجزائري

يعد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة من أهم المبادئ التي أثرت على تطور التشريع الجزائري، فاعتناق هذا المبدأ وتكريسه بواسطة المؤسس الدستوري استوجب حتما، تطبيقا لمبدأ تدرج القوانين وتقيد المشرع العادي به واستلهامه له في كل ما وضعه وما سوف يضعه من نصوص قانونية في هذا الإطار[473].

حسم قانون الأسرة مسألة نوع النظام المالي للزوجين، وأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء بمبدأ انفصال الأموال بين الزوجين، واعتبرها شخص كامل الأهلية داخل مؤسسة الأسرة، فأقرت المادة 37 الفقرة 1 منه صراحة "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة

---

[472] رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، رسالة ماجستير، ط1، الدار العلمية للنشر، الأردن،2003، ص. 13؛ خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي، المرجع السابق، ص .52.

[473] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص.425 .

عن ذمة الآخر"، أي أن الذمة المالية للزوجين مستقلة فإن شخصية المرأة المستقلة عن شخصية الزوج لا تذوب بمجرد زواجها لأنه يملك القوامة، ولكنه لا يملك حق نزع حرية التصرف في حقوقها ذات القيمة المالية، لأن الفقه الإسلامي ينظر للذمة كمظهر للشخصية القانونية التي توجد بالإنسان، باعتبار صلاحيته لوجوب الحقوق المالية له وعليه[474]. إذن الزواج يكون بين الرجل والمرأة وليس أموالهما[475]. على العكس من القوانين الغربية، تبقى الزوجة في قانون الأسرة الجزائري محتفظة بانتمائها العائلي، ولقبها الذي كانت تحمله قبل الزواج ، ولا يعطى لها اسم عائلة الزوج ، كما هو الحال في القوانين الغربية[476].

بحيث يتفرع عن هذه الاستقلالية حرية الزوجة في التصرف في مالها عن طريق كل أنواع المعاملات المالية المشروعة، وبمعنى أدق فإن الأموال التي تكتسبها الزوجة قبل الزواج أو بعده فلها كأصل عام أن تتصرف فيها كما تشاء ولا يجوز للزوج حق التدخل في منعها أو تقييد حريتها في أمورها، اللهم إلا إذا كان هذا التصرف سيقوم بزعزعة الكيان الأسري.

فاعترف المشرع الجزائري للمرأة المتزوجة بشخصيتها المستقلة عن شخصية الزوج، ولها كامل الحرية في إدارة أموالها بنفسها، مادامت بالغة سن الرشد القانوني، فهي ليست بحاجة لا إلى إذن الزوج ، ولا لمساعدته حتى تقوم بكل التصرفات في أموالها، وليس للزوج الحق في منعها. ويترتب على هذه الاستقلالية تحملها لجميع الالتزامات عن العقود التي أبرمتها مع الغير وكعقد البيع والمقايضة، والإيجار، وعقد العارية مثلها مثل الرجل[477]، أي الزوج ليس له أي أثر

---

[474] منصور الفتلاوي، نظرية الذمة المالية مقارنة بين الفقهين الإسلامي والوضعي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999، ص.147 .

[475] MOUNIR Omar, La Modawana La Nouveau Droit De La Famille, Imprimerie Najah Al Jadida , Rabat ,Maroc, 2005, P.42 .

[476] حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان،2008، ع6، ص. 145 وما يليها.

[477] دنوني هجيرة ،النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 164. حيث عالج المشرع الجزائري العقود في القانون المدني، ضمن الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود، حيث خصص الباب

على استقلال أهلية الزوجة في التمليك والتعاقد، فتظل الزوجة طبقا للشريعة الإسلامية سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملك قبل الزواج ولكل ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار ولها مطلق الحرية في إدارته والتصرف فيه كما تشاء دون تدخل من الزواج، لا تسأل عما يتعاقد عليه الزوج من ديون[478].

أما التبرعات من غير عوض كالهبة والوصية، وعلى خلاف المذهب المالكي ساير المشرع الجزائري نهج جمهور الفقهاء فأعطى للزوجة السلطة الكاملة والحرة في ذلك دون تقيدا أو إجازة من الزوج، حيث نص المشرع الأسري بمقتضى المادة 205 من قانون الأسرة:" يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير".

وعلى غرار الوصية في حالة وفاة الزوجة فهي متوقفة على إجازة الورثة لا الزوج بنص المادة 189 من قانون الأسرة:"لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

كما أشرنا سابقا أن الصداق حق خالص للزوجة لا حق للزوج أو وليها أخذه كله أو جزءا منه بما جاء في المادة 14 من قانون الأسرة:"الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ونجد أن المادة 1/37 من قانون الأسرة، سندها فيما يصطلح عليه فقها وقانونا من تصرفات تدخل في نطاق سلطان الإرادة، التي تخول لكل شخص تدبير شؤونه وإدارة أموال والتصرف فيها بالشكل الذي يراه ملائما من غير أن يخالف القواعد الآمرة في ذلك[479]. فيما تنص المادة 106 من قانون المدني العقد شريعة المتعاقدين[480].

السابع منه العقود المتعلقة بالملكية من المادة 351 إلى 466 ؛ في حين عالج العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء ضمن الباب الثامن من المادة 467 إلى 548 ؛ أما الباب التاسع تضمن العقود الواردة على العمل من المادة 549 إلى 611 ؛ والباب العاشر شمل العقود الغرر من المادة 612 إلى 643 ؛ وأخيرا الباب الحادي عشر خصصه للكفالة من المادة 644 إلى 673 .

[478] علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ط، ص.64 .

[479] فاطمة الزهراء لقشيري، العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1،2017 ،ع11، ص.794 .

والواقع أن المشرع سمح بهذا التصرف هو أصلا مباح شرعاً وقانوناً، مادامت هذه التصرفات لا تمس بالنظام العام الجزائري ولا مقاصد وغايات عقد الزواج وليس من الشروط المنافية. فالواضح أن المشرع يتحدث عن قاعدة مكملة يمكن الاتفاق على مخالفتها على اعتبار أنه ليس من الناحية القانونية ما يمنع عدم الاتفاق مطلقا، مادام الطرفان لهما الأهلية المدنية لإبرام العقود، وكذلك لهما الحرية في التصرف بأموالهما طبقا لمبد استقلالية الذمة المالية، وهو ما يتضح أيضا من خلال الصياغة التي استعملها المشرع في إقراره لهذا المقتضى " غير أنه يجوز "[481].

ولكن في حالة عدم الاتفاق على نظام مالي معين، يخضع الزوجان للنظام المالي الذي تفرضه المادة 37 قانون والمادة 222 من قانون الأسرة خلال الحياة الزوجية، وبعد انتهائها بطلاق أو وفاة. وهذا كله انطلاقا من مبدأ المساواة بين الزوجين وبشرط ألا يخالف اتفاقهما النظام العام، والأحكام الخاصة بالحقوق والواجبات الناتجة عن الزواج وكذلك القواعد المتعلقة بالنفقة والميراث والحضانة وغيرها[482].

والجدير بالذكر أنه في ظل النص الأصلي كانت الزوجة سواء راشدة أو قاصرة غير قادرة على التصرفات وإدارة أموالها، فالمادة 7 قانون الأسرة قبل التعديل كانت تنص على أهلية الزواج بالنسبة للمرأة ب 18 سنة، ومن أهلية التصرفات القانونية الواردة في المادة 40 من القانون المدني ب 19 سنة، وعليه كانت أموالها تخضع لأحكام الولاية على القاصر[483]، ولرفع اللبس على ذلك، قام المشرع بتعديل المادة 7 من قانون الأسرة فساوى بين أهلية الزواج وأهلية المدنية، فأصبح للزوجة

---

[480] المادة 106" العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" .

[481] أمحمدي بوزوينة أمنة،الاتفاق على تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين(قراءة في مضمون المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي نعامة،الجزائر،2016،م2،ع1،ص.40.

[482] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، المرجع السابق،ص.319.

[483] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج.المرجع السابق، ص.62 وما يلها .

الراشدة كامل السلطات في التصرف في مالها دون تدخل أي شخص آخر سواء والدها أو زوجها.

وعكس ذلك فإن زواج القاصر بإذن من قاضي فإن ذلك لا يرشد الزوج القاصر، لأن هذا الترشيد يقتصر على أهلية التقاضي في شق الذي يتعلق بآثار الزواج، المطالبة بالنفقة والصداق وإثبات النسب[484]، ويعدو إبقاء الزوج القاصر تحت رقابة وليه فيه حمائية بحثه له حتى لا يقع تحت تأثير الزوج الأخر فيستغله للحصول على منافع وامتيازات[485].

وما يجمع الزوجين في حياتهما المالية ما هو إلا مال متداول بينهما بدءا من المهر ثم النفقة ثم إدارة شؤون الأسرة إلى تطبيق نظام مالي بينهم، وسواء كان هذا المال عقارا أو منقولا كل ذلك في مفهوم دور المال في بناء حياة الأسرة[486].

وتتجلي الغاية من الاعتراف للزوجة بالذمة المالية المستقلة عن زوجها، هو حماية قانونية لها مع الحرص على عدم اغتناء أحدهما على حساب الآخر ضرورة على الحفاظ على التوازن و التكامل الأسري، ورفع القهر والظلم والتسلط عليها، كانت تعد مجرد شخص ثانوي داخل الأسرة.

إلا أنه بالنظر إلى الظلم والحيف الذي تتعرض إليه المرأة أثناء قيام الرابطة الزوجية، أو بعد انحلالها، من ناحية مكتسباتها المالية، فقد أخذت بعض الجمعيات النسائية تطالب بمبدأ الاشتراك في الأموال بين الزوجين، إلا أن التشريع الجزائري أبقي على نظام فصل الذمة المالية للزوجين وفق ما أقرته الشريعة الإسلامية، وكاستثناء على الأصل أعطي الحرية لطرفي العقد بالاشتراك الذمة المالية (المبحث الثاني).

---

[484] ودليل ذلك نص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يتقدم طلب باسمه من قبل وليه أو المقدمه حسب الحالة" ؛ القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، مؤرخ في 08 جوان 1966، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008 .

[485] خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة دارسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2018/2017، ص.343 .

[486] خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي، المرجع السابق، ص.29.

المبحث الثاني

اتفاق الزوجي استثناء على مبدأ استقلالية الذمة المالية

إذا كان من المقرر فقها، قانونا وقضاء، أن يستأثر كل من الزوجين بملكيته التامة سواء اكتسبت قبل عقد الزواج أم بعده، مما يقتضي أن الزوجة تظل سيدة أموالها والمالكة الوحيدة حرة التصرف في مالها وغير ملتزمة بالمساهمة مع زوجها في الأنفاق على الأسرة والمشاركة في الأعباء والتكاليف العائلية كأصل عام[487].

غير أن طبيعة العلاقة الزوجية تقتضي حياة مالية مشتركة تحتاج إلى نظام يضبطها، إذ قد يصادف الزوج صعوبات مالية باعتباره معيل الأسرة فتتدخل الزوجة عن طواعية منها، على غرار الرابطة الشخصية المشتركة باعتبار أن الزواج رابطة مقدسة والمسائل المادية لا تعدو أن تكون سوى وسيلة لحسن تسيير الحياة الزوجية[488].

لقد ساوى الإسلام والقانون والمواثيق الدولية بين الرجل والمرأة في حق التملك والتصرف في ماله، فقد حفظ للمرأة حقها المالي إذا كانت ذات مال وليس لأحد أن يتدخل في مالها دون أخذ إذنها فوفقا لأحكام الشريعة الإسلامية فإن المبدأ هو استقلال الذمة المالية للزوجين، ولكن هذا لا يعني تطبيق هذا النظام على جموده وإطلاقه إذ يجب مراعاة الطبيعة الخاصة التي تتميز بها العلاقات الزوجية، بحيث أن رغبة الزوجين في تنمية الأسرة ودفعها إلى أحسن حال قد ينجر عنه الاشتراك في الأعباء التي قد تواجه الأسرة، وهو المركز القانوني لأموال الزوجين الذي يحدد مدى استخدامها في حياتهما المشتركة، سواء ما كان منها مملوكا للزوجين قبل الزواج وخاصة ما يمتلكانه بمناسبة الزواج، أو ما يكتسبانه[489].

ولما كان للنظام المالي بين الزوجين أهمية خاصة في تحقيق التوازن النفسي والعاطفي بينهما، وبالتالي فإن دراسة موضوع النظام المالي للزوجين وفق هذا المنظور يطرح إشكالية أساسية تتمحور فيما يلي: إلى أي حد يعتبر الإطار القانوني المنظم

---

[487] محمد حسين منصور ،النظام القانوني للأسرة في الشرائع السماوية ، منشاة المعار، الإسكندرية،مصر،ص.5 .

[488] خدام هجيرة ، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق، ص.347 .

[489] أحمد مسلم ،الأحوال الشخصية للأجانب، النظام القانوني للأسرة ،ط1، مطبعة مخيمر، 1956، ص.126.

للأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية وفق ما ترسمه اتفاقية سيداو كفيل بضمان حقوق كل من الزوجين في قانون الأسرة؟

وعلى هذا الأساس وحتى نلم أكثر بالموضوع سنقوم في (المطلب الأول) الأموال المشتركة ثم في (المطلب الثاني) إمكانية حصول الزوجة على نصيبها من الأموال المشتركة في حالة التنازع أو الوفاة.

المطلب الأول

الأموال المشتركة

قد تتوج فترة الزواج باكتساب أموال مهمة، وهي جميع الأموال المكتسبة بعد إبرام عقد الزواج والتي يكتسبها الزوجان من إرادات وكسب أو راتب سواء مجتمعين أو منفردين[490]، كما نجد أموال المرأة من الإرث والتبرعات في ثراء الشق الايجابي من الذمة المالية[491]. وبهذا يكون للمرأة ذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها هو السبيل لإقرار العدل وعدم التمييز بين الزوجين .

فقد أعطي مجموعة من الفقهاء القانون مفهوم للأموال المشتركة، فعرفته دنوني هجيرة:" النظام المالي للزوجين هو مجموعة قواعد ومبادئ منظمة، تحدد مصير أموال الزوجين، وكيفية توزيع هذه الأموال عند انحلال هذا النظام، وكذلك سلطات الزوجين عليها، و لاقتهما بالغير"[492] .

أما خليفة علي الكعبي:"هو القواعد التي تنظم المصالح المالية بين الزوجين وتحدد الشروط التي تكفل لها الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج، والأموال المكتسبة بعد الزواج، وطريقة التصفية والقسمة بينهما على التساوي"[493].

وعن رعد مقداد الحمداني:"مجموعة القواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بأمواله وبأموال الزوج الآخر وعلاقتهما معا بالأموال المشتركة والقواعد التي تحدد

---

[490] عبد الواحد كرم، النظام المالي للزوجين في القانون العراقي، مجلة قضائية، بغداد،1980،ع3،ص.236 .

[491] لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص. 144 وما يليها .

[492] دنوني هجيرة ،النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 166 وما يليها.

[493] خليفة علي الكعبي ، نظام الاشتراك المالي، المرجع السابق، ص.78.

علاقة كل من الزوجين بالديون المترتبة بذمته والديون المترتبة بذمة الزوج الآخر وعلاقتهما معا بالديون المستحقة عليهما معا"[494].

الفرع الأول

الأموال المكتسبة قبل قيام الرابطة الزوجية

للزوجين ذمة مالية خاصة بهما اكتسباها بطرق أخرى غير عقد الزواج وذلك بممارستهما لمهنة معينة أو من ممارستهما للتجارة(أولا)، كما يمكن أن تكون قد اكتسبت عن طريق الميراث أو التبرعات التي يقدمها الغير(ثانيا.)

أولا :الأموال المكتسبة عن طريق الدخل

نظرا لما يشهده سوق الشغل من تحوّلات عميقة تفرضها عوامل اقتصادية واجتماعية، فأصبحت النساء أكثر حضورا في كل المجالات وذلك بفضل العديد من الإجراءات التي اتخذت من أجل توفير مناصب الشغل وترقية إدماج المرأة في مسار التنمية[495].

أما على الصعيد الدولي، نجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الرامي إلى المطالبة بحقوق المرأة في ميدان العمل وبدون تمييز مع الرجل وفقا للمادة 23 منه التي تنص على أنه:"لكل شخص الحرية في العمل وله حرية اختياره وبشروط عادلة...". والمادة 24 وورد فيها:"لكل شخص الحق في الراحة وفي أوقات الفراغ ولاسيما في تحديد معقول لساعات العمل وفي عطلات دورية وبأجر...".

هذه الحماية الدولية للمرأة العاملة كرّستها دستور الجزائري، حيث اقتضت المادة 66 منه:" العمل حق وواجب. كل عمل يقابله أجر. يضمن القانون أثناء العمل الحقّ في الحماية، والأمن، والنّظافة. الحقّ في الرّاحة مضمون، ويحدّد القانون شروط ممارسته. يضمن القانون حق العامل في الضمان الاجتماعي. يعاقب القانون على تشغيل الأطفال. تعمل الدولة على ترقية التمهين وتضع سياسات للمساعدة على

---

[494] رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 2010 ،ص.201

[495] خدام هجيرة ، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة ، المرجع السابق، ص.323 .

استحداث مناصب الشغل. يحدد القانون شروط تسخير المستخدَمين لأغراض المصلحة العامة".

وتجدر الإشارة، حق المرأة في ممارسة المهنة وفي اختيارها من الحقوق المكفولة بمقتضى الدستور وليس هذا فحسب، بل هو مكفول أيضا بموجب قوانين العمل.وحسب ما جاءت به نصوص قانون العمل الجزائري90-11، فإنّه يعتبر باطلا كل عقد عمل يكرس التمييز بين الرجل والمرأة سواء تعلّق بالتوظيف أو الأجر أو ظروف العمل وهو ما أقرّته المادة السادسة، والسابعة والثامنة من قانون علاقات العمل[496].

يشمل الراتب المحصل عليه من ممارسة نشاط معين وتعويضات المنح وكذا الحوافز وغير ذلك، كما يلحق به دخل العمل غير المأجور كالأتعاب وحقوق المؤلفين، ويشمل أيضا بدل الراتب رتب من معاش التقاعد ومنح التسريح...الخ. ويضاف إلى ذلك الأرباح المحصل عليها من ممارسة التجارة [497]، من ثم فإن مطالبة الرجل زوجته براتبها الشهري يعد خرقا للقانون إذ تبقى مالكة لجميع الأموال التي جاءت بها قبل الزواج أو أثناء قيام الحياة الزوجية، وهي لا تخضع لأي نوع من الوصاية فيما يتعلق بإدارة أموالها، فلها كامل الحرية في أن تتاجر بأموالها دون أن يتوقف ذلك على إذن الزوج. ومثال ذلك كانت السيدة خديجة رضي الله عنها تاجرة موسرة تتصرف في مالها بكل حرية، قبل وبعد زواجها بالنبي صلى الله عليه وسلم .

أما التقنين التجاري الجزائري اعتبر المرأة التي تمارس التجارة أهلا لتحمل المسؤولية المترتبة على ممارسة هذه المهنة، بحيث ألقى على عاتقها تحمل الالتزامات التجارية شخصيا بدلا من إلقاء العبء على زوجها أو الحصول على إذن منه[498].

---

[496] القانون90-11 المؤرخ في 01 شوال 1410،الموافق لـ21 أفريل 1990، المعدل والمتمم بقانون 91-29 المؤرخ في 14 جمادى الثانية 1412،الموافق لـ21 ديسمبر 1991،المتضمن علاقات العمل،ج. ر68، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991.

[497] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص .96.

[498] فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري(الأعمال التجارية،التاجر،المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.130 .

حيث تنص المادة 07 من القانون التجاري الجزائري على أنّه:"لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجه، ولا يعتبر تاجرا إلا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا." وتضيف الفقرة الأولى من المادة 08 من نفس القانون" :تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها"[499].

بالتالي يمكن القول أن الدخل المتحصل عليه من عمل الزوجين سواء كان عن طريق ممارسة نشاط معين أو مهنة معينة قبل عقد الزواج لا يعتبر من بين العناصر المكونة للملكية المشتركة بينهما، لأنها اكتسبت قبل إبرام عقد الزواج، نفس الأمر بالنسبة للدخل المكتسب قبل إبرام العقد المالي ولو خلال الزوجية، أما دخل الزوجين المكتسب خلال فترة الزوجية وتزامنا مع إبرامهما لعقد مالي فإنه يعتبر من المكتسبات المشتركة بينهما ويخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، غير أنه يجوز للطرفين الاتفاق على اشتمال المكتسبات المالية دخل الزوجين قبل إبرام العقد المالي وخلال الزوجية وذلك بما أن العقد المالي قد يبرم تزامنا مع عقد الزواج كما قد يبرم لاحقا خلال الحياة الزوجية.

ثانيا :الأموال المكتسبة عن طريق الإرث والتبرعات

هناك عناصر أخرى تضاف للذمة المالية للزوجين، يمتلكانها عن طريق الإرث، أو عن طريق التبرعات، حيث أقرّ الإسلام نظام الميراث الذي يبقي المورث على ملكه بانتقاله إلى ورثته الشرعيين بحسب أوضاعهم ودرجة قرابتهم ، فلقد تولى سبحانه وتعالى مسألة الميراث وفصل فيها تفصيلا دقيقا في النصوص القرآنية الواردة في سورة النساء، إذ تولت تبيان الفروض الشرعية والعصبات وكذا ذوي الأرحام، فأعطى كل ذي حق حقه جاعلا تقسيمه فريضة شرعية واجبة الإتباع[500]. كما تنص المادة 126 من

---

[499] القانون 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم للقانون رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 6 سمتمبر 1975، والمتضمن القانون التجاري ج.ر،ع71، المؤرخة في 30ديسمبر 2015.

[500] بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع تعديلات 2005 ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 ، ص20 .

قانون الأسرة على أسباب الإرث:ا"لقرابة، والزوجية" وبهذا يلعب الميراث دورا كبيرا في إثراء الذمة المالية لهما بتغييرها نحو الإيجاب[501].

أما منح الشرع والقانون للزوجين حق قبول التبرعات من أجل التملّك وإقامة ثروة مالية بالطرق الشرعية، بالتالي تشكل هذه الأموال المتبرع بها عنصرا هاما من عناصر الذمة المالية للزوجين سواء كانت مقدمة من طرف الأقارب أو غيرهم[502].

وبما أنهاّ تمليك بلا عوض عن طريق الهبة والوصية وكذا الوقف سبب من أسباب كسب الملكية بالنسبة للزوجة، فإنها تؤدّي إلى اغتناء ذمة الموهوب له،لا يوجد مانع في أن تكون من طرف الأب بمناسبة تجهيزها، وكما يمكن أن تقدم من طرف الزوج بحد ذاته وذلك فيما يتعلق بالهدايا المقدمة خلال فترة الخطبة أو بعد إبرام عقد الزواج[503].

تعرض المشرع الجزائري إلى أحكام الهبة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات وذلك من المادة 202 إلى المادة 206، أين عرف المشرع الهبة على أنها تمليك بلا عوض، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يميز بين الرجل والمرأة فيما يخص تملك. الأموال الموهوبة ولم يشترط إذن الزوج من عدمه في قبول الهبة التي تقدم من طرف الغير للزوجة.

أما الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، فهي من بين التصرفات التي يقوم بها الشخص دون عوض، ويصدرها خلال حياته ولا تنفذ إلا بعد وفاته، فيمكن أن يكتسب أحد الزوجين عن طريق الوصية أموالا سواء كانت عقارات أو منقولات، وسواء كان ذلك قبل إبرام عقد الزواج أو بعده، فإن تلك الأموال تضاف إلى ذمتهما المالية وتخضع لمبدأ استقلال الذمة، فلا يحق للزوج أن يتملك أي شيء من مال زوجته دون رضاها.

---

[501] لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.144 وما يليها.

[502] لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه،ص.160.

[503] مزياني نورالدين، الذمة المالية للزوجة أية حماية بين الواقع العملي والإطار القانوني، المرجع السابق.

الفرع الثاني
الأموال المشتركة أثناء قيام العلاقة الزوجية

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 التدابير الجبرية 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 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 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، و ربما يكون الحال كذلك حتى بالنسبة للأجور التي تخص المرأة[504].

بناء على هذه الملاحظات أكدت اللجنة على أنه ينبغي للدول الأطراف أن تتيح لكلا من الزوجين فرصا متكافئة للاستفادة من ممتلكات الزوجية ومن أهلية

---

[504] 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

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. وعلى هذا الأساس، أضاف المشرع الجزائري قاعدة اختيارية[505] في إطار الجوازية بحيث يمكن للزوجين أن يتفقا على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الإشتراك وهو الاستثناء الوارد في الفقرة 2 من المادة 37 من قانون الأسرة:"أن يتفقا على الأموال المكتسبة خلال حياة الزوجية، وتوثيق ذلك رسميا أما في عقد الزواج،إما في وثيقة خاصة مستقلة عنه لاحقا، وكذا تحديد النسبة التي تؤول لكل واحد منهما"، دون أن يستأثر الزوج بكل ممتلكات الأسرة أو عدم إعارة للمجهودات وكد ومساهمة الزوجية وخصوصا بعد خروج المرأة إلى ميدان العمل، وكان راتبها مصدرا في تنمية ثروة الأسرة خلال فترة الزوجية حيث جاءت هذه الصّياغة دقيقة على زمن وقوع هذا التّصرف القانوني، فإما أن يكون الاتفاق في شكل شروط في عقد الزواج، أما الصيغة الثانية أن يكون الاتفاق في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج [506].

أراد المشرع الجزائري من خلال هذه الفقرة المعدلة مسايرة ما نصت عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من خلال الفقرة(ح) من مادتها16، وعليه تعتبر خطوة هامة، وفريدة من نوعها، لتنظيم علاقة كل من الزوجين بأمواله، وبأموال الزوج الآخر، وعلاقتهما معا بالأموال المشتركة، (les régimes matrimoniaux) لمكتسبة مدة الزواج على غرار القوانين الغربية، لتنظيم العلاقات المالية بينهما[507]، فواضح مدى المزاوجة التي أراد المشرع الجزائري أن يتبّناها من خلال

---

[505] هذا 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 المكتسبات؛ خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي، المرجع السابق، ص .75.

[506] عيساوي عادل، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص . 191 .

[507] يمكن أن نستخلص من مجمل الأنظمة المالية المطبقة في التشريعات الغربية التي يحتوي على مجموعة من القوانين المنظمة للعلاقات المالية بين الزوجين منها الآمرة أي ذات طبيعة إلزامية بحيث أن يخضع لها كل الأشخاص المتزوجين كيفما كان النظام المالي المختار من قبلهم وما يصطلح عليه بالنظام المالي الأولى (Régime premier)، ومنهما ما هو اختياري بمعنى أن لإدارة الزوجين دور في تبنيها من خلال إبرام

المادة 37 من قانون الأسرة، حيث أخذ بمبدأ الشريعة الإسلامية والقاضي باستقلال الذمة المالية للزوجة في الفقرة الأولى، ثم نص على إمكانية تساوي الزوجين في إدارة الأموال المشتركة بينهما في الفقرة الثانية من نفس المادة. وبالمقابل كان يستوجب عليه توضيح حدود اتفاقهما، حتى يعلم الزوجان المشروع منها والمحظور وذلك يمنع شرعا وقانونا[508].

في مقابل هذا الوضع، نصت المادة 38 من النص الأصلي على استقلالية الذمة المالية للمرأة وحريتها في التصرف في أموالها، ولم يتضمن إمكانية الاشتراك المالي بين الزوجين[509].

وبهذا فتح المشرع مجالا واسعا أمام الزوجين لتوجيه إرادتهما نحو أي أسلوب أو نظام قانوني يعتبر مناسباً لادارة أمولهما المكتسبة، ولم يقيدها بوقت معين بل، جعل ذلك ساريا متى دعت الحاجة إليه في أي مرحلة من مراحل الحياة الزوجية[510].

كما وليس للزوج أنه سمح لزوجته بالعمل والخروج من المنزل أن يكون له في دخلها نصيب، ولو كان يسيرا، أو سقوط نفقتها الواجبة عليه والمقررة شرعا وفق الضوابط الشرعية ما لم يتحقق في ذلك معنى النشوز المسقط للنفقة وهذا ما نصت

عقد الزواج (Contra de mariage)، وهنا يكون النظام المالي اتفاقيا، أو عبر عدم إبرام أي عقد وهنا يتم الخضوع للنظام المالي القانوني. (Régime légal) فالأزواج لهم كامل الحرية من أجل اختيار النظام المالي المناسب لظروفهم ولا يقيدهم في ذلك سوى مراعاة الأخلاق الحميدة والمقتضيات القانونية الخاصة بكل تشريع. فالمشرع الفرنسي مثلا، يضع عددا من الأنظمة رهن إشارة المقبلين على الزواج :نظام الاشتراك في المنقولات والمكتسباتmeubles et acquêts de communauté، – الاشتراك الشاملCommunauté universelle، انفصال الأموالSéparation de biens ، نظام المساهمة في المكتسباتParticipation acquêts

[508] أي اتفاق بين الزوجين يؤدي إلى تغير نظام النفقات المالية، النظام القانوني للإرث، حقوق المطلقة والأولاد المحضونين؛ بحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق أخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص .330.

[509] وحياني جيلالي،حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2018–2019،ص.131 ومايليها.

[510] إقروفه زبيدة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري ، مجلّة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية، الجزائر، 2012، م05،ع1، ص57 .

عليه المادة 74 قانون الأسرة التي توجب على الزوج بالنفقة وهو التزام قانوني سواء على سبيل التمكين أو التمليك[511]، كما أنه من المقرر شرعا أن غنى الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون عذر شرعي[512].

أما عن موقف المشرع الجزائري من مساهمة الزوجة العاملة أو الميسورة في النفقات العائلية فإن الأصل العام في التشريع الجزائري على التزام الزوج بالنفقة، ولكن نص المادة 36 فقرة 3 التي توجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد و حسن تربيتهم .

كما يجوز أن تتطوع المرأة بالمشاركة في نفقات الأسرة عن طريق اتفاقهما الرضائي علي مصير الراتب والأجر، الذي تكسبه الزوجة وإذا ترتب على خروج المرأة للعمل نفقات إضافية تخصها فإنها تتحمل تلك النفقات ويجوز للزوجة أن تشترط في عقد الزواج أن تعمل خارج البيت، فإن رضي الزوج بذلك ألزمه به يكون الاشتراط عند العقد صراحة. ومن حق الزوج أن يطلب من الزوجة ترك العمل بعد إذنها، ولا يجوز شرعا ربط الإذن بالعمل خارج البيت مقابل الاشتراك في النفقات الواجبة علي الزوج أو إعطائه جزءا من راتبها، وليس للزوج أن يجبر الزوجة علي العمل خارج البيت وإذا أسهمت الزوجة فعليا من مالها وكسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري فإن الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن.

إن عمل الزوجة خارج البيت اشتق له فقهاء المسلمين بما يسمى حق الكد والسعاية بالسعاية، إن الفكرة ليست وليدة القوانين الغربية"،وليست بدعة محدثة ولا مجرد عرف مصطنع أو عادة جرى بها العمل وإنما هي قاعدة موروثة عن تراثنا الفقهي الإسلامي"[513]، حيث يقول سبحانه وتعالى﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَـٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ

---

[511] رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه السلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص. 393 .

[512] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص.85.

[513] أقاش محمد، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابقّ، ص.59.

﴿ وَأَنَّ سَعۡيَهُۥ سَوۡفَ يُرَىٰ ﴾[514]، روى مالك عن ثور بن يزيد، عن أبي الغيث، عن أبي هريرة رضي الله عنه حديث رسول الله ﷺ:" **السَّاعِي عَلَى الأَرْمَلَةِ وَالمِسْكِينِ، كَالْمُجَاهِدِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أَوِ القَائِمِ اللَّيْلِ الصَّائِمِ النَّهَارْ** "[515].

ويقول محمد المنوني:"الكد والسعاية بمعنى أنّ الزوجين إذا استفادا بسعيهما وكدّهما يشتركان بقدر عملهما فتختص الزوجة بسعيها وكدها"[516]، والكد والسعاية تعبر عن قاعدة عرفية أي حق المرأة في الممتلكات المكتسبة الذي ينشئه ويكوّنه الزوج خلال الحياة الزوجية بحيث تحصل على أجرتها مقابل ما بدلته من مجهودات مادية ومعنوية في تكوين هذا المال[517].

إن الأعراف والتقاليد التي تحكم المجتمع الجزائري فيما يخص العلاقات الأسرية والمترسّخة عبر السنين، تجعل الزوجين غالبا يرفضان كل جديد حتى ولو كان فيه مصلحتهما، وحتى إن تمسك أحدهما بإبرام الاتفاق المالي عند إبرام عقد الزواج فقد يوّلدُ في نفس الزوج الآخر الشكوك والظنون ويفقده الثقة في الطرف الآخر، وقد يعتبر هذه الشروط الواردة في العقد قيدا على حريته وخطرا يهدده، مما يؤدي إلى عزوف الأزواج عن الدخول في هذه المتاهات.

أضف إلى ذلك أن هذا النظام المتعلق بإبرام اتفاق مالي بين الزوجين لازال مجهولا من كثير من الأزواج، بالرغم من تعديل قانون الأسرة منذ أكثر من خمسة عشر سنة، كما أن الحشمة والغفلة والجهل عوامل تؤثر في الزوجات وتحول دون إبرامهن مثل هذه الاتفاقات، لأن الحياة العادية الطبيعية لا تقتضي توقع حدوث خلافات ونزاعات حول الممتلكات المكتسبة خلال الحياة الزوجية، لذا فإن تطبيق مثل هذه الاتفاقات المالية الواردة المادة 37 الفقرة الثانية من قانون الأسرة سيظل حبيس

---

[514] سورة النجم، الآية رقم39 –40

[515] حافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ،ج9، المرجع السابق، ص.407.

[516] محمد المنوني، الموسوعة الفقهية في الفتاوى السوسية،ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1995، ص.160 وما يليها .

[517] عبد العزيز توفيق، دراسة تحليلية لمدونة الأسرة، دار الثقافة مؤسسة النشر والتوزيع الدار البيضاء،المغرب، ص.54.

النصوص القانونية ما لم يتم نشر الوعي القانوني لدى الأزواج ، لسد كل الأبواب التي قد تكون مدخلا لحدوث النزاعات والخصومات فتهدم الحياة الأسرية.

أما فيما يخص جزاء مخالفة الاتفاق على الأموال المشتركة فلم تنص المادة 37 قانون الأسرة على جزاء مخالفة بنود الاتفاق حول الاشتراك المالي بين الزوجين،أما اذا كان هناك شرط الاشتراك المالي من ضمن الشروط المسجلة في عقد الزواج ، يمكن الرجوع إلى المادة 53 قانون الأسرة والتي تنص على حالات التطليق في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها 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 التطليق[518]، وهذا يشكل إجحافا في حق المرأة إذ أن التطليق يؤدي إلى أن تخسر المرأة أسرتها وتفقد زوجها، فضلا عن خسارة أموالها الّتي اشتركت بها مع زوجها[519].

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.

كذلك إلى الآثار المترّتبة عن الإخلال بهذا النظام المالي للزوجين، ولم يفرد نصوصا قانونية بعينها تعالج مثل هذه الإشكالات؛ الشيء الذي قد يتسبب في مشاكل جمة قد تكون الزوجة ضحية لها، حيث لا توجد آلية عملية في قانون الأسرة الجزائري؛ يكون بمقتضاها للزوجة القدرة على المطالبة بحقوقها في حالة ما إذا تعدى الزوج على الأموال المشتركة بينهما،لأن المعاملات المالية بين الزوجين في المجتمع الجزائري تبنى في الغالب على قاعدة الثقة والائتمان. فالمشرع توجه نحو مبدأ المساواة القائم على السطحية والفردية والتماثل بين الزوجين، وهو توجيه غير سليم[520]. وعليه سوف

---

[518] لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.62.

[519] عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.438.

[520] بوخاتم آسية، الشركة الزوجية بين الثابت والمتغير وفقا لمقتضيات النظام العام،المرجع السابق،ص.68.

نعالج في المطلب الموالي نصيب الزوجة من الأموال المشتركة في حالة التنازع أو الوفاة.

المطلب الثاني

نصيب الزوجة من الأموال المشتركة في حالة التنازع أو الوفاة

بهدف مواجهة الظروف الاجتماعية وضعف الوازع الديني والأخلاقي وتنكر الحقوق وشاع فيه أكل أموال الناس بالباطل الذي اتجه الواقع المعاش، إذا كان عمل الزوجة داخل البيت أو خارجه وإن كان له جانبه الإيجابي في تحقيق مبدأ التكافل الأسري والتنمية الاقتصادية، وجب حمايتها بنظام تشريعي متكامل يتضمن مجموعة من القواعد القانونية الآمرة في أغلبها والمكملة في بعضها، الّتي تحقق التوازن في الحقوق والواجبات بين الزّوجين هذا يعطيها الحق في المطالبة بالتعويض وتأخذ مقابلا لما أنفقته عندما تطالب به وفي ظل غياب النص القانوني الذي ينظم موضوع الأموال المشتركة. حيث لا يبقى أمامها سوى الارتكاز على قواعد العدالة ودعوى الإثراء بلا سبب إذا انتقلت قيمة مالية مباشرة من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري سواء تحقق هذا الإثراء بفعل المثري أو بفعل المفتقر[521]، وأهم تطبيق لها الفضالة[522] ذلك أن قيام الزوجة في الأنفاق على البيت والأولاد وتساهم في تكوين ثروة عائلتها بأموالها الخاصة يؤدي إلى إثراء في ذمة الزوج.

لكن في حال إذا حدثت الخصومة أو الانفصال، فإن الزوج عادة ما ينفرد بكل شيء فلا تنال الزوجة إلا متاعها ونفقة العدة، وإذا مات لا تأخذ إلا نصيبها من الميراث وثروة كدت لتحصيلها وهذا حيف بحق كل زوجة اجتهدت لدعم زوجها

---

[521] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص.429.

[522] تفترض الفضالة وجود شخصين، يقوم الأول من تلقاء نفسه بإدارة شؤون غيره عن علم وبلا وكالة أو أمر وهنا الزوجة ويسمى الفضولي، والثاني هو رب العمل الذي يتم تولي الشأن لحسابه، ومن ثم كانت الفضالة صورة متميزة من صور الإثراء، وتطبيقا له فالالتزام الناشئ عنها هو دائما يكون بقيمة الخسارة ولو جاوزت قيمة الكسب، حيث نظم المشرع الجزائري أحكام الفضالة في المواد من 150 الى159 من القانون المدني ، حيث تنص المادة 150 " هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك"

وعائلتها، ولأجل ذلك وجب تسليط الضوء على هذه الظاهرة في حال استأثر الزوج بالثروة المالية الناتجة خلال الحياة الزوجية دون النظر إلى مساهماتها، ومجهودات في تنمية الأموال العائلية .إذن ما مدى الحماية والضمانات القانونية التي يمكن أن ترتكز عليه الزوجة للمطالبة بحقها في حالة التنازع أو الوفاة؟ هل يمكن اعتبار الحرية في إفراغ اتفاقهما في عقد رسمي يكون ملازما ومصاحبا لواقعة إبرام عقد الزواج آلية ناجحة وفعّالة في الواقع العملي لضمان حق الزوجة في أموالها خلال الحياة الزوجية؟ وهل طرق الإثبات القانونية قادرة على تحقيق المساواة والعدل بين الزوجين ؟

إن المتصفح في التشريع الجزائري يلاحظ حكمين لحل المنازعات المالية بين الزوجين، أحدهما يتعلق بالصداق في المادة 17 من قانون الأسرة والثاني في شأن متاع البيت المادة 73 قانون الأسرة .

الفرع الأول

أحوال النزاع حول الصداق

للزوجة المطالبة بمهرها فور العقد باعتباره حقا خالصا لها، وفي سبيل تسهيل استيفاء الزوجة لمهرها فقد وضع فقهاء الشريعة والقانون أحكاما تهدف في مجملها إلى ضمان حق الزوجة في استيفاء مهرها عند امتناع الزوج عن أدائه اختياريا.

وقد يختلف الزوجان بشأن الصداق اختلافا كبيرا وفق حالات وصور شتى، وقد يمتد النزاع ليقوم بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثة الزوجين وغالبا ما يكون الخلاف حول تسمية المهر أو مقداره أو قبضه. لذا كان للفقهاء أحكاما مختلفة لحل هذا النزاع نبينها على النحو الآتي:

عند الحنفية: يرى الحنفية أن التسمية تقدير لمهر المثل فإذا لم تثبت لوقوع الاختلاف فيها أثناء حياة الزوجين أو حياة أحدهما وجب المصير إلى الموجب الأصلي، وعليه تكون البينة على مدعي التسمية فإن عجز عن إقامتها حلف المنكر ووجب صداق المثل لأن القول قول منكر التسمية، وللزوجة المتعة في الطلاق قبل البناء حقيقة أو حكما أما إذا قام النزاع بعد موت الزوجين بين ورثتهما فالقول لورثة

الزوج عند أبي حنيفة لتقادم العهد على تقدير مهر المثل في حين يرى الصاحبان أن الاختلاف في أصل المسمى بعد موت الزوجين كالاختلاف في حياتهما[523].

عند المالكية: يذهب المالكية إلى أن الزوج لو ادعى أنه تزوجها تفويضا عند معتادي التفويض وادعت هي التسمية كان القول له بيمينه، فإن وقع طلاق أو موت قبل الدخول فلا شيء عليه، ويلزمه أن يفرض لها مهر المثل بعد الدخول[524].

عند الشافعية : يرى الشافعية أن الزوجين إذا اختلفا على أصل التسمية ولا بينة لأحدهما أو تعارضت البينتان يتحالفإن فتنفي يمين كل واحد منهما دعوى صاحبه ويجب صداق المثل، ولا فرق عندهم بين الدخول من عدمه في الأصح[525].

عند الحنابلة : فرق الحنابلة بين الدخول وعدمه، فإذا تنازع الزوجان في تسمية المهر قبل البناء فعلى روايتين:

الأولى تفيد بأن القول للزوج فإن هو طلقها كانت لها المتعة وإن أمسكها وجب لها مهر المثل، والثانية تجعل القول لمن يدعي مهر المثل وإن قام الخلاف بعد الدخول أو الخلوة فادعت الزوجة التسمية وادعى الزوج التفويض، وكان ما تدعيه أقل أو مساوي لمهر المثل جعل القول لها من غير يمين لأنها لو صدقت زوجها لكان لها صداق المثل وما نقص فهي مقرة بنقصه عما يجب لها دعوى الزوج. وأما إذا كان ما تدعيه يفوق مهر المثل وجهت يمين الإنكار للزوج لنفي ذلك، فإن حلف فرض لها صداق المثل[526].

وعليه **ذهب الحنفية:** إلى أنه يقضى بقيمة الشيء المتنازع الذي تساوي قيمته مهر المثل فلا يجوز التمليك من غير تراض لذا يعدل إلى صداق المثل ويفرق **المالكية** في ذلك بين الدخول من عدمه فإذا اختلفا قبل البناء يتحالفان ويتفسخان، وإذا

---

[523] الكاساني أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع ..،ج2،ط2، المرجع السابق، ص.304.

[524] لمواق أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل،ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص .233.

[525] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة المعنى ألفاظ المنهاج،ج4،ط1،دار المعرفة،بيروت،لبنان،1997 ،ص.373.

[526] ابن قدامة ، المغني ج1، المرجع السابق ،ص.237.

تنازعا بعد الدخول ثبت النكاح ووجب لها صداق المثل ما لم يكن أكثر مما ادعت وأقل مما اعترف به الزوج[527]. أما **الشافعية** فيرون أنهما يتحالفان وتأخذ مهر المثل[528]، في حين يذهب **الحنابلة** إلى أن القول للزوج أو ورثته لأنه منكر والأصل براءته مما يدعي عليه سواء قبل الدخول أو بعده[529].

إذا اتفقا الزوجان على أصل تسمية المهر واختلفا في المقدار المسمى، فقد فصل الفقهاء في هذا النزاع وفقا لأحوال أربعة:

عند الحنفية: يرى أبو حنيفة أن الحكم في هذه المسألة لمن يشهد له الظاهر مع يمينه، والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل، فإذا لم يكن مهر المثل موافقا لأي منهما يتحالفان ويحكم بمهر المثل، أما أبو يوسف فقد ذهب إلى أن القول للزوج مع يمينه لأنه المنكر والأصل براءة الذمة[530].

عند المالكية: يفرق المالكية فيما إذا اختلفا الزوجان قبل الدخول وكان ما يدعيانه موافق للمتعارف بين الناس فالقول للزوجة مع يمينها ، فإذا حلفت حلف الزوج وله أن يدفع ما قالت أو يحكم بفسخ النكاح بطلقة واحدة ، أما إذا ادعى أحدهما ما يوافق العادة وخالف الآخر فإنهما يتحالفان ويفسخ النكاح عند الإمام مالك، وفي رواية أخرى القول قول من يدعي شبه العادة أي مالا يستنكر عادة في القلة أو الكثرة وإن اختلفا بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الزوجة مكنته من نفسها فصارت مدعية فإن هو نكل حلفت هي وكان القول لها هذا والاختلاف بعد الموت عندهم كالاختلاف في الحياة[531].

---

[527] الكاساني، بدائع الصنائع ،المرجع السابق،ص.307.

[528] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،ج3،دار الحديث،القاهرة،2004 ،ص .55.

[529] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ،ج4،المرجع السابق، ص.400.

[530] الكاساني، بدائع الصنائع ،المرجع السابق،ص.305.

[531] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ،المرجع السابق،ص.45.

عند الشافعية:لا فرق في مذهبهم بين الدخول وعدمه فإذا تنازع الزوجان تحالفا ووجب مهر المثل، أما إذا ادعى الزوج أكثر من صداق المثل فلا تحالف بينهما لأنه معترف بالزيادة فيبقى الزائد في يده[532].

عند الحنابلة: للحنابلة في هذه المسألة روايتان:الأولى تجعل القول للزوج مطلقا مع يمينه لأنه منكر لما يدعي عليه فيدخل بذلك في عموم، قوله ﷺ "**ولكن اليمين على من أنكر**"[533]. والثانية تجعل القول للمدعي مهر المثل منهما، فإن لم يوافق صداق المثل قول أحدهما فرض مهر المثل من غير يمين[534].

أما من الناحية القانونية ، فقد كان المشرع الجزائري جد مقتضبا في تنظيم أحكام تنازع الزوجين حول المهر، إذ أفرد لذلك مادة يتيمة هي المادة 17 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:"في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين. "وبهذا اكتفى المشرع الأسري بمادة واحدة للفصل في النزاع حول الصداق، ولم يتناول التنازع بالتفصيل سواء تعلق بالتسميته أو بمقداره أو بقبضه فيكون الإثبات بالبينة وإلا فباليمين[535].

ويلاحظ أن صياغة المادة جاءت عامة دون تخصيص أو تحديد لحالات النزاع ،ولكن بإستقراء وتحليل المواد16و33 من قانون الأسرة، يمكننا أن نستنتج الآتي: أن المادة15 قانون أسرة في فقرتها الأولى نصت على تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، والتحديد هو تسمية المهر وتعيين مقداره وبيان أجله، فإذا صرح الزوجان بذلك في وثيقة عقد الزواج المبرم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية كان

---

[532] مرداوي ، الإنصاف في المعرفة الراجح من الخلاف،ج9،دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص.494.

[533] بن قدامة ، المغني، ج1،المرجع السابق،ص.233.

[534] النووي، المناج شرح صحيح مسلم، ط2،ج9، باب الصداق، رقم الحديث1425،دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ ،ص.211.

[535] لآتي محمد،المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2002/2001، ص. 32.

العقد الرسمي الدليل الوحيد المعول عليه في الإثبات لأن العبرة بما جاء في الوثيقة الرسمية،وإذا كان الصداق عقارا توجب شهر ملحق عقد الزواج في المحافظة العقارية .

أما إذا تم الزواج من غير ذكر للصداق أو تحديد لقيمته سواء في الزواج الرسمي، وهو أمر نادر الحدوث، أو في الزيجات العرفية، فإننا نفرق بين حالتين:

1- إذا عقد الزواج مع تسمية الصداق لكن دون تحديد واضح لمقداره استحقت الزوجة في هذه الحالة صداق المثل وفقا للفقرة الثانية من المادة15 قانون أسرة . وتستحق الزوجة كامل صداق المثل في حالة الوفاة وتستحق نصفه إذا حدث طلاق قبل البناء طبقا لنص المادة16 قانون أسرة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى أحد آراء الحنابلة وهو فرض مهر المثل من غير يمين سواء قبل البناء أو بعده عند اختلاف الزوجين في مقدار الصداق.

2 – إذا عقد الزواج من غير تسمية الصداق أصلا فإنه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد البناء بصداق المثل، وهو ما أقرته المادة 33 قانون أسرة في فقرتها الثانية بقولها" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

والملاحظ على صياغة المادة أن القاعدة تطبق مباشرة عند ثبوت انعقاد الزواج دون صداق، في حين لم يتكلم المشرع عن كيفية الجزم بعدم تسمية المهر إذا اختلفا الزوجان في ذلك بأن ادعى أحدهما التسمية وادعى الآخر التفويض.

أما في حالة تنازع الزوجان في قبض المهر أو في مقدار المقبوض كأن يدعي الزوج أنه سلمها كل صداقها وتدعي هي تسلم مقدار معين أو تنكر القبض أساساً وللفصل في هذه المسألة انقسم الفقهاء إلى ثلاثة آراء هي :

يرى **الحنفية** أن الخلاف إذا حصل قبل الدخول كان القول للزوجة بيمينها لأن الظاهر شاهد لها ببقاء المهر في ذمة الزوج بالعقد، فتجب عليه البينة لإثبات دعواه فإن عجز عن الإثبات وحلفت الزوجة خسر الدعوى، وإن هي نكلت حكم له بما يدعيه

وإذا قام النزاع بعد البناء فيفرق فيه ما إذا كان في أصل القبض أو في مقدار المقبوض: فإن كان في أصل القبض بأن ادعى أنه سلمها كامل صداقها وهي تنكر

ذلك كان القول للزوج لأن العرف والعادة يشهدان له فالغالب ألا تزف الزوجة لزوجها ولا تسلمه نفسها إلا بعد قبض صداقها كاملا أو تعجيل جزء منه.

أما إذا تنازعا في مقدار المقبوض بأن ادعى إقباضها قدرا وادعت أقل منه ولا بينة له تثبت دفع ما بذمته كان القول لها بيمينها هذا ويبقى الحكم ذاته سواء كان الاختلاف بين الزوجين أو أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما[536].

كما يفرق **المالكية** بين الدخول من عدمه: فإن اختلف الزوجان قبل البناء فالقول للزوجة بيمينها لأنها متمسكة بالأصل وهي مالكة لأمر نفسها، والأصل ثبوت المهر في ذمة الزوج فلا يبرأ منه إلا بالبينة، وإن قام النزاع بعد الدخول فالقول قول الزوج بيمينه لأن الغالب أن المرأة لا تسلم نفسها حتى تقبض صداقها[537].

وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المسألة إلى حد بعيد برأي الحنفية والمالكية غير أنه لم يفرق بين الخلاف في أصل القبض والخلاف في مقدار المقبوض كما ذهب إليه الحنفية، ولم يقيد قبول يمين الزوج بعد الدخول بشروط كما فعل المالكية.

وعليه وبناء على ما تقدم نخلص إلى أن المادة 17 قانون أسرة تخص حالة اختلاف الزوجين حول قبض الصداق لا غير. فالمشرع الأسري اعتمد البينة كأساس للفصل في النزاع حول الصداق، وبالتالي يكون الإثبات بكل وثيقة دفع الصداق إلى الزوجة كالوصل، أو الشهود،و القرائن[538].

وقد أكدت المحكمة العليا بدورها أن عدم توجيه اليمين للزوج بعد البناء عند الخلاف حول قبض مؤخر الصداق يعد خطأً في تطبيق القواعد الشرعية وهو ما جاء في حيثيات القضية التالية:" في شأن مؤخر الصداق والاختلاف حوله بين الزوجين فإن كان قبل البناء فالقول للزوجة أو ورثتها عند موتها بيمينها أو يمين ورثتها وبعد البناء يكون القول فيه للزوج أو ورثته مع يمين أحدهما وحيث أن القرار المطعون فيه

---

[536] ابن عابدين ، رد المحتار، المرجع السابق، ص.151.

[537] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ، المرجع السابق،ص.55.

[538] BENMELHA Ghaouti,le droit algérien de la famille ,op.cit ,p .94 .

اكتفى بالموافقة على الحكم الذي قضى على الزوج برد الصداق المؤخر لزوجته مع أنه انتهك النصوص الشرعية المذكورة مما يعرضه للنقض في هذا الجزء وحده"[539].

رأي **الشافعية**[540] **والحنابلة**[541]: لم يفرق الشافعية والحنابلة بين البناء وعدمه فالقول للزوجة مع يمينها قبل الدخول أو بعده، لأنها منكرة وهو مدعي والأصل بقاء المهر في ذمة الزوج، فلا يبرأ من أدائه إلا بالبينة.

الفرع الثاني

أحوال النزاع حول متاع البيت

من الطبيعي أن الحياة الزوجية المشتركة تستلزم توفير وسائل العيش من أثاث ومستلزمات، حيث نجد العرف أخذ حصة الأسد فيمن يقع عليه إعداد وتأثيث بيت الزوجية وقد جرى العرف في مجتمعنا أن تتولى الزوجة تجهيز نفسها بصداقها أو يتولى الأب تجهيزها بماله الخاص بمقدار يفوق صداقها عدة مرات، وعلى ذلك تأتي المرأة بضعف ما أمهرها زوجها[542].

لم يرد تعريف الجهاز أو متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري أو في معظم القوانين العربية. حيث يُقصد به كل ما يوجد في بيت الزوجية ويُنتفع به في المعيشة. فالأثاث المجهز للسكن العائلي والمخصص للاستعمال في البيت وتزيينه كالخزانات، وأواني، الفراش وغيرها وتكون الزوجة قد ساهمت فيه من مالها الخاص أو من صداقها المقدم إليها من طرف زوجها أو ما تمت هبته لها من طرف أبويها يجب أن تكون له حماية خاصة من التصرف فيه المنفرد من أحد الزوجين، أو من تنفيذ الغير عليه وذلك من أجل حماية الأسرة[543].

---

[539] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1987/01/12،الملف رقم 44058 ،المجلة القضائية1989،ع2،ص.97.

[540] مرداوي ، الإنصاف في المعرفة، المرجع السابق، ص .500.

[541] ابن قدامة ، المغني، ج1،المرجع السابق،ص.233.

[542] بداران أبو العينين ، الزواج والطلاق، المرجع السابق ، ص.288 .

[543] محمد مصطفي شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، ط4، دار الجامعة، بيروت،1983،ص.430 .

حيث عرفه بداران أبو العنين: "هو كل ما يحتاج إليه الزوجان عند بداية حياتهما الزوجية من أثاث ومستلزمات لإعداد بيت الزوجية"[544].

والجدير بالذكر إن الجهاز يتأثرا تأثرا كبيرا من ناحية النوع والكم بالعرف الجاري والتقدم والتطور الحضاري، فيما يعد من الضروريات في الجهاز في مكان ما قد لا يعد كذلك في مكان آخر، والعرف قد يختلف باختلاف الزمن في المكان نفسه، وبالتالي قد تكون لبعض الأدوات أهمية كبيرة في إعداد وتأثيث بيت الزوجية في زمان ما، إلا أنها تفقد هذه الأهمية بعد مرور مدة من الزمن، للتقدم والتطور الحضاري أثر كبير على الجهاز، فأجدادنا كانوا يقدمون بإعداد وتأثيث بيت الزوجية بأدوات بدائية وهذه الأدوات فقدت أهميتها وحلت محلها أدوات أخرى أكثر تطورا نتيجة للتطور والتقدم في مختلف مجالات الحياة الإنسانية. وللمركز الاجتماعي والاقتصادي للزوجين أثره الواضح في الجهاز، فبالنسبة إلى العوائل الغنية يكون الجهاز ضخما وقد يكون مستكملا لكافة مستلزمات الحياة الزوجية، ومن الطبيعي أن يكون الجهاز عند العوائل الفقرة أقل من ذلك بكثير[545].

كما اختلف الفقهاء فيمن يقع على عاتقه من الزوجين إعداد بيت الزوجية وتجيزه، فذهب **الحنفية** [546] **والشافعية** [547]**والحنابلة** [548] وابن حزم الظاهري[549] إلى أن إعداد بيت الزوجية وتجهيزه واجب على الزوج، واستدلوا على ذلك أن الزوج ملزم بالنفقة من مطعم وملبس ومسكن .

---

[544] بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الزواج والطلاق، المرجع السابق،ص.226.

[545] قيس عبد الوهاب الحيالي، ملكية أثاث بيت الزوجية، المرجع السابق، ص.52 وما يليها .

[546] ابن عابدين،رد المختار،ج2، المرجع السابق، ص .158.

[547] أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، من تحقيق عبد الله نذير أحمد،ج2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ص .365 .

[548] ابن قدامة، المغني، ج7، المرجع السابق،ص.177 .

[549] ابن حزم،المحلي ،ج 9،المرجع السابق ،ص .507 .

أما **المالكية**[550] ذهبوا إلى أن الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من صداق، فإن لم تقبض شيئًا منه قبل الدخول بها فلا تلزم بتجهيزه إلا إذا اشترط عليها أو كان العرف يقتضي به، لأن الزوج دفع الصداق لهذا الغرض ومن ثم فلا يكون هناك وجه للمطالبة بالجهاز إذا لم تقبض الزوجة شيئا من الصداق قبل الدخول أو مطالبتها بجهاز يزيد على مقدار ما قبضته من صداق إذ الحقوق متقابلة.

أما المشرع الجزائري لم يتعرض إلى أحكام الجهاز وعلى من يجب في قانون الأسرة، حيث أخذ برأي الجمهور الذي لا يلزم الزوجة ولا أبيها بتجهيز البيت العائلي من صداقها مخالفا بذلك الفقه المالكي، وقد ساير هذا الاتجاه معظم التشريعات العربية.

إن أخطر أثر من آثار النزاع والخصام حول محتويات البيت، وما يشمله من أثاث ومفروشات تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها في جو من الرحمة والمحبة والأنسجام، وكل واحد من الزوجين يزعم أن أثاث بيت الزوجية ملكه، وحق له كله أو بعضه وفي الغالب الأعم لا يكون بيد أحدهما دليل ،أو بيان قاطع يقنع الجهة القضائية المختصة بأن هذا الشيء المتنازع عليه ملك خالص للزوج أو ملك خالص للزوجة. ومن أهم القضايا المطروحة في ساحة القضاء بالنسبة لدعاوى الأسرة قضايا الإثبات متاع البيت وملكية بيت الزوجية، والإشكال المطروح هنا هو هل هناك نظام خاص في إثبات ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يتبين أن متع البيت لا ينشا بعقد، بل هو التزام يقع على عاتق الزوج على أساس التزامه بالنفقة والسكن ومستلزماته ما لم يوجد عرف يقضى بخلاف ذلك، في حين يكون الإثبات في هذه المسألة موزع بين قاعد الخاصة

[550] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص.322 ؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص .312.

في المادة 73 من قانون الأسرة، أو إعمال بقاعدة البينة على المدعى واليمين على من أنكر[551].

لا شك أن الغاية من وسائل الإثبات هي التي تمكن القضاء من إيصال الحقوق إلى أربابها، ولا نبالغ إذا قلنا إن وسائل الإثبات هي التي تدفع القاضي أن يبذل قصارى جهده لتأكد من محل طبيعة النزاع، لأن هي التي ترشده إلى قاعدة الإثبات الواجبة التطبيق، ويصدر حكمه على حسب ما تدل عليه تلك الوسائل وبمقتضي ما تثبته القرائن[552].

إذا ادعي كل من الزوجين أنّ الأثاث ملكه اعتبر كل منهما مدعيا يتم الإثبات بكل الوسائل ويقوم الحكم القضائي محل سند الملكية[553]، فجاءت المادة 73 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه" :إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيّنة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين"، فأيّهما أقام بيّنة على دعواه حكم له بمقتضاها، وإن لم يتقدّم أحد منهما ببيّنة تثبت دعواه كان الحكم لمن يشهد له ظاهر الحال بيمينه، فما يصلح للرجال فهو للزوج بيمينه وما يصلح للنساء يكون للزوجة بيمينها، أما ما اشتركا فيه فيقتسمانه بالتساوي بعد حلفهما[554].

---

[551] بن هبري عبد الحكيم،النطاق الإجرائي والموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في الإثبات إشكالات منازعات متاع البيت في قضايا فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والممارسة القضائية "نموذجا"،مجلة آفاق للبحوث والدراسات،المركز الجامعي اليزي،الجزائر،2018،عدد خاص،ص.101 وما يليها.

[552] محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،المغرب،1995، ص.05 .

[553] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص. 263.

[554] لآتي محمد،المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق ،ص.40 وما يليها .

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على عدة طرق بعضها متفق منها الإقرار والشهادة واليمين والكتابة في الإثبات[555]، كما اختلف في البعض منها القرائن والقافة الفراسة والقسامة[556].

وقد أخذت المحكمة العليا بما ذهب إليه المشرع الأسري بوجوب تطبيق قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر،في حالة إنكار الزوج وجود المتاع[557].

حيث جاء في إحدى القرارات أنه:" من المقرر أن الشريعة الإسلامية قد نظمت مسألة اليمين في متاع البيت، وجعلتها على من يقوى ضده العرف ويؤيده القرائن واليمين على هذا النحو هي يمين شرعية لا يتوقف أداؤها على طلب الخصم"[558].

ففي هذا الصدد هناك عدة قرارات قضائية نذكر منه:" من المستقر عليه قضاء وشرعا، أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يُعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملكا لها اشترته أو هو من جملة صداقها، فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه"[559]. كذلك القرار الذي جاء فيه أنه:" من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين، تُطبق القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" ومتى تبين في قضية الحال أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه فقد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لأنعدام الأساس القانوني" [560].

---

[555] عبد الرحمان إبراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة،ط1، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1989، ص .394 .

[556] فخري أبو صفية ،طرق الإثبات في القضاء الإسلامي،د.ط،، شركة الشهاب، الجزائر، ص .148.

[557] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص .76.

[558] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1982/01/25،ملف رقم 26545،المجلة القضائية،1982،عدد خاص، ص. 243.

[559] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ 1989/01/16 ملف رقم 52212، المجلة القضائية،1991،ع3، ص. 55.

[560] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1999/03/16،ملف رقم 216836،المجلة القضائية،2001،عدد خاص، ص.145.

ولئن كان تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة مستساغا في وقت كان فيه متاع البيت بسيطا ومحدودا، بحيث يسهل معه تمييز ما يصلح للرجال وما يصلح للنساء، وعلى خلاف ذلك في زمن تطورت فيه العلاقات المالية بين الزوجين وأصبح من الصعب تمييز ذلك. فقد أصبح الخصوم لا يقيمون وزنا لطرق الإثبات أمام القضاء مادامت تصلح في ظاهرها لهضم حقوق الغير وأكل أموال الناس بالباطل، إذ تضفى عليه الصفة الشرعية والقانونية ولو كان من ورائه حسم هذا النزاع يمين كاذبة أو شهادة زور [561].

أما إذا توفي أحدهما أو كلاهما، ووقع نزاع حول متاع البيت، فإنه وحسب نص المادة 73 من قانون الأسرة؛ كل زوج يحل محله ورثته مع بقاء نفس الأحكام؛ هذا ما قررته المحكمة العليا في قرار وجاء فيه ما يلي:"من المقرر شرعا أن النزاع المتعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفي الأشياء التي كانت في حياته، نزاع يتعلق بمتاع البيت والخلاف حوله بين الزوجين، وهما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معا، فإن هذا النزاع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بينة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها، ونفس الشيء يقال فيما هو خاص بالرجال، فإن كان يصلح لهما معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه، ولا يختلف الأمر إلا في كيفية الحلف، فالزوجان يحلفإن على البيت، والورثة يحلفون على العلم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الشرعية وتشويها لوقائع النزاع" [562] .

إن موضوع إثبات ملكية الأموال المحصلة أثناء الزوجية، يعتبر من الموضوعات التي تثير إشكالات عريضة، فإن غياب الاتفاق كتابة قد يؤدي إلى ضياع الحقوق نظرا لانعدام وسيلة إثباتها أو صعوبة ذلك إذ أبانت الممارسة العملية وبكل موضوعية أن الزوجة تكون المتضرر الأوحد في الدعاوى المتعلقة بالنزاع حول الممتلكات الزوجية .

---

[561] دونه حفصية ،أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015/2014 ، ص.72.

[562] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ 1984/11/05 ملف رقم 32131،المجلة القضائية، 1990، ص.78.

والمانع الأدبي هنا يكون في كثير من الأحيان حاصل للزوجة التي لا تستطيع طلب دليل كتابي من زوجها لكي تثبت به مساهمتها في حال النزاع يمكن أن تثار بشأن ملكية الأموال بين الزوجين، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات، وقد يؤدي ذلك إلى وقوع نزاعات خطيرة فهناك أموال لا يعرف مصدرها. كما أن تسجيل الزوج للممتلكات التي يكتسبها الزوجين أثناء الحياة الزوجية باسمه وحده واستبعاد الزوجة من ذلك، لا يكون مرضياً لها. وربما وقعت في نزاع مع زوجها ووصل الأمر إلى حد الطلاق[563].

إن تنظيم المشرع الجزائري للعلاقة المالية بين الزوجين بموجب المادة 37 من قانون الأسرة الذي اكتفى بالكتابة كدليل لإثبات الأموال المشتركة بين الزوجين، ومدى إلزامية العقد المالي المبرم بينهما، يعتريه القصور فهو يفتقد إلى الكثير من التفاصيل والحيثيات، في ظل وجود نصوص قانونية عاجزة على توفير الحماية الكافية لحقوق الزوجة،" لم يبق أي معنى لحرية الزوجة في التصرف في مالها فهل من سبيل إلى تعديل حقوق الزوج على ضوء الدور الجديد الذي تلعبه المرأة و يثقل كاهلها[564].

وفي ظل الأحكام الحالية اعتماد القواعد العامة للإثبات يعد إشكالا كبيرا في حال عدم وجود الكتابة دون فسح المجال للرجوع للقواعد العامة الأخرى في الإثبات، مما يؤدي إلى استبعاد الممتلكات العقارية والمنقولات المعنوية وتلك ذات القيمة المادية الكبيرة كالأصول التجارية والسيارات من الثروة المشتركة والتي غالبا ما يتم الإثبات فيها بالكتابة أي بالإعتماد على سند الملكية الذي يحدد المالك الحقيقي، إنطلاقا من إمكانية وجود مانع أدبي يتعين على المشرع تدارك هذا القصور التشريعي وكان بإمكانه زيادة فقرة ثالثة للمادة37 حيت تقول الأستاذة خدم هجيرة :" إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة ". فإضافة هذه الفقرة تصبح المادة 37 من قانون الأسرة من ناحية، متماشية مع الواقع الأسري المعاش الذي فرض

---

[563] عزالدين كيحل، التصرفات المالية للزوجة ومدى تأثيرها على الحياة الزوجية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003 ع8، ص157.

[564] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص. 273.

اتحاد الذمم المالية للزوجين دون حصول الزوجة على دليل كتابي نظرا للحائل المعنوي، فتحمي حقوقها بتوسيع دائرة الإثبات ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ما يؤول إليها حسب عملها وبقدر الجهود الذي بذلته وأثره على ما تحقق من كسب خلال مدة الزواج"[565].

وبهذا سوف نتقل الى الباب الثاني، حيث نتناول فيه التدابير المتخذة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في بعض أحكام الطلاق.

[565] خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص .378 .

الباب الثاني

التدابير المتخذة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في بعض أحكام الطلاق

إن الزواج ميثاق ترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام والإحصان والعفاف، وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين معا. غير أنّ الغاية من هذا الميثاق قد ينتابه نوع من الفتور، فتتنافر القلوب وتستحكم النفرة لدرجة يستحيل معها استمرار حبل المودة بين الزوجين، وفي هذه الحالة يصبح سريان هذا الميثاق نقمة على الأسرة بأجمعها.

ولما كان الشرع الإسلامي يتسم بالمرونة والواقعية،وكانت أحكامه ملائمة لما قد يحصل من تغيير في الحال،فقد تتأصل جدور الشقاق والخلاف بين الزوجين،ويتجاوز الأمر مهمة الحكمين،فيكون الطلاق مشروعاً في هذه الحالة من أجل فك ميثاق الزوجية[566].

حيث عرفت المجتمعات القديمة والحديثة الطلاق على حد سواء، مع الإختلاف في درجة حدته ودوافعه من مجتمع لآخر تبعا للظروف التاريخية والسياسية والإقتصادية لكل مجتمع، شأنه في ذلك شأن باقي الظواهر الإنسانية التي تعرضت للتطور إلى أن وصل إلى ما هو عليه في الوقت الحالي. ومن جهة أخرى فإن المجتمع الإسلامي أصبح غذاءه الأفكار والتقاليد الغربية التي أبعدت الأمة عن رسالتها الحقيقية في المجتمع بصفة عامة والأسرة بصفة خاصة. ومن ضمن المفاهيم التي أخطأ البعض فيها" حق الطلاق"، الذي أعطاه الله سبحانه وتعالى للرجل دون المرأة لما في ذلك من حكمة إلاهية، ولما للرجل من قدرة على تحكيم العقل هيأه بها الله، وليس لعيب في المرأة أو تفضيلا للرجل عليها. ولكن رغم ذلك نجد الرجال في كثير من الأحيان يحيدون عن ذلك، ويوقعون طلاقا يلحق أبشع الأذى وأوبخ الآثار على النساء وعلى الأسرة ككل[567].

وتبدو قضية عدم التمييز ضد المرأة من القضايا الأساسية التي تناولها القانون الدولي بشكل واضح وذلك حماية لمكانة المرأة في كل الحقوق التي تبنتها العهود

---

[566] عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط1،دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.119.

[567] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2010/2009،ص.106وما يليها.

والمواثيق الدولية سعيا إلى المساواة بين النساء والرجال المكونين لجنس الإنسان، وقد سعت كل المواثيق والاتفاقيات الدولية إلى إلغاء كل أشكال التمييز القائم بين الرجال والنساء عند إنهاء عقد الزواج في إطار المبدأ العام الذي يحكم كافة أحكامها، وهو عدم التمييز ضد المرأة ومساواتها مع الرجل، يتجلى في رسمها الإطار القانوني الذي تستند إليه كل علاقة إنسانية بين الرجل والمرأة من خلال تقسيم المسؤوليات بينهما في فك الرابطة الزوجية، لأجل تحقيق هذا الغرض وسّعت الاتفاقية من مفهوم حقوق المرأة الإنسان، حيث اعترفت بما للثقافات الشعبية والعادات والتقاليد من تأثير سلبي يحول دون تمتع المرأة تمتعا كاملا بحقوقها الأساسية، ولذلك جعلت على عاتق الدول الأطراف باتخاذ كل التدابير بما في ذلك التشريعية لمكافحة جميع أشكال التمييز بين الزوجين وأن تكفل للمرأة نفس الحقوق المقررة للرجل عند إنهاء الزواج بما يقتضيه ذلك من تماثل وتطابق في مفردات تلك الحقوق كافة وما يقابلها من واجبات فيما يتعلّق في فك ميثاق الزوجين .

يقوم حظر التمييز ضد المرأة في إنهاء الزواج وآثاره على رفض حقيقة وجود تمايز ضد المرأة في الخصائص والوظائف بين الرجل والمرأة، وهو ما يمثل أحد المفاهيم الأساسية الراسخة في اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، ذلك استنادا لما وصل إليه التفكير الغربي من تثبيت لحقوق المرأة وحقوق الإنسان بصفة عامة بعد مخاض طويل[568].

وهذا كله ينم عن محاولة توفير حماية قانونية كافية للمرأة داخل الأسرة، ومن أجل تعزيز هذه الحماية حيث تلاحظ اللجنة بقلق الاستمرار في تطبيق الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة للدولة الجزائرية، بتكريسه مركزًا قانونيًا منقوصًا للمرأة في عدة مجالات منها ما يلي:

[568] رؤية نقدية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة، ص.17.

ج- محدودية مبررات الطلاق، التي غالبا ما يصعب إثباتها أمام المحاكم، ومنها عدم الأنفاق، أو العجز أو عدم الأداء الجنسي، أو الإدانة بارتكاب جريمة، أو الغياب المطول،أو ارتكاب فاحشة مبينة المادة 53 من القانون؛

حيث توصي اللجنة الدولة الطرف بمراجعة وتعديل الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة، وبأن تقوم بوجه خاص بما يلي:

ج إلغاء القيود على حق المرأة في الطلاق وإقرار حق كلا الطرفين في طلب الطلاق دون تحديد الأسباب[569].

وتأسيسا على ما سبق، سنحاول دراسة وضعية المرأة في قانون الأسرة مدى مساواتها مع الرجل في فك ميثاق الزوجية، حيث سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، سنتعرض في أولهما إلى عدم التمييز ضد المرأة في فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة، أما الثاني سنحاول من خلاله تبيان عدم التمييز ضد المرأة في آثار فك ميثاق الزوجية .

الفصل الأول

عدم التمييز ضد المرأة في فك ميثاق الزوجية بإرادة الزوجة

يعتبر الزواج وتكوين الأسرة من أقدم النظم الاجتماعية التي عرفتها البشرية[570]، وقد إعنيت الأديان السماوية بالأسرة بصفة عامة والإسلام بصفة خاصة، حيث اعتبر هذا الأخير أساس الحياة الزوجية الوحدة النفسية وتكاملا ومسكنا ومودة ورحمة[571].

---

[569] الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة،الدورة الحادية والخمسون، 13 فبراير إلى 02 مارس 2012 الجزائر. أنظر اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر في جلستيها4-CEDAW/C/DZA/3 المعقودتين في22فبراير2012 CEDAW/C/SR1031 وCEDAW/C/SR1032.وترد قائمة اللجنة بالقضايا والأسئلة المطروحة في الوثيقةCEDAW/C/DZA/Q/4 وترد ردود حكومة الجزائر عليها في الوثيقة 4-3 CEDAW/ DZA/Q/Add1

[570] بيومي محمد خليل، سيكولوجية العلاقة الزوجية، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع،القاهرة،1999، ص.12.

[571] زهران حامد عبد السلام، التوجيه والإرشاد النفسي، عالم الكتب، القاهرة، مصر،1980، ص.410.

ولكن قد يحدث الاضطراب والخلل وعدم الارتياح والرضا بين الزوجين، فيلجأ أحدهما إلى الطلاق وإنهاء ميثاق الزوجية التي فشلت في إشباع حاجاتهم النفسية والجنسية والاقتصادية والأمنية التي كان يتوقع إشباعها، بعضها منها عند بداية العلاقة الزوجية، لذلك يبدأ الغضب والصراخ والتسلط القاسي سواء من الزوج أو الزوجة، فيحمل كلاهما لدى الآخر مشاعر عدائية تتمثل في عدوان أحدهما ضد ذاته بالسب واللعنة والنبذ والإهمال الذي يؤدي إلى جعل الزوج أو الزوجة في حالة رفض واغتراب وعدم تقبل للأخر. كما أن الإهمال قد يؤدي إلى فقدان الفرد الإحساس بوجوده ويجعله متسيبا غير ملتزم، فلا يراعي حرمة الغير ولا يحرص على حقوقه وواجباته، فيسهل عليه مخالفة القواعد والنظم الاجتماعية والعدوان على الآخر باعتباره مصدر الإهمال والنبذ[572] .

إنّ 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، إلاّ أنها تؤكّد على تساوي المرأة والرجل في الحقوق والواجبات عند حل 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 وفقا لما تقتضيه هذه الاتفاقيات[573]. ومنه كانت مسألة فك ميثاق الزوجية ضمن اهتمامات اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة في إطار المبدأ العام، يقوم حظر التمييز ضد المرأة في إنهاء الزواج وآثاره على رفض حقيقة وجود تمايز ضد المرأة في الخصائص والوظائف بين الرجل والمرأة، وهو ما يمثّل أحد المفاهيم الأساسية الراسخة في اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، استنادا لما وصل

---

[572] بيومي محمد خليل، سيكولوجية العلاقة الزوجية ،المرجع السابق،ص.223 وما يليها.

[573] وحياني جيلالي،حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية،المرجع السابق، ص.183 وما يليها.

إليه التفكير الغربي من تثبت لحقوق المرأة و حقوق الإنسان بصفة عامة بعد مخاض طويل[574].

وما هو معلوم، أن هناك سببين هامين لانحلال الرابطة الزوجية، الأول ليس لأي من الزوجين دخل فيه وهو الوفاة، وأما الثاني فلإرادة الطرفين دخل في إنهاء الرابطة الزوجية[575]، هذا باتفاق مع المادة 47 من قانون الأسرة على أنه":تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".

ويلاحظ أن المشرع قد حصر اهتمامه في توضيح انحلال الرابطة عن طريق الطلاق، بإعتبار أن الوفاة لا تثير مشكلا أمام القضاء مثل بقية الطرق الأخرى التي تنحل بها الرابطة الزوجية، ذلك أن عقد الزواج سينحل تلقائيا من نفسه ولا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانقضائه.

وعلى هذا الأساس نطرح الإشكال الآتي وما مدى انسجام النصوص القانونية للطلاق مع أحكام اتفاقية سيداو؟ للإجابة عن هذه الإشكالية، خول المشرع للمرأة إنهاء الرابطة الزوجية وذلك بصورتين نتناولهما في هذا الفصل، في المبحث الأول سنعالج انسجام الأحكام الموضوعية للمادة 53 من قانون الأسرة وفق اتفاقية سيداو، أما المبحث الثاني سنبرز فيه انسجام الأحكام المادة 54 من قانون الأسرة وفق اتفاقية سيداو .

المبحث الأول

انسجام الأحكام الموضوعية للمادة 53 من قانون الأسرة وفق اتفاقية سيداو

يهيب الإسلام بكل مسلم أن يقدر طبائع ومدارك وخصائص وكفاءات زوجته وإلا يستهين بها أو يستغلها بالإيذاء والتضييق، بل على العكس يجب عليه التلطيف في

[574] رؤية نقدية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة، المرجع السابق، ص.17.

[575] بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان،2011 ،ع 21، ص .84.

معاملتها وإجمال التصرف معها وحمايتها من كل سوء أو أذى يتهددها في نفسها أو بيتها ، وبالطريقة التي تنزل من قدره كرجل ، ولا تضيع حقوقها كأنثى[576].

كما أن الأصل في العقود وعقد الزواج واحد منها، أن لا يتم حلها إلا بتراضي الطرفين كليهما كما تم إبرامهما، ولكن خولف هذا الأصل- في عقد الزواج وفي غير صورة المخالفة-نظرا لطبيعته الخاصة، فغيره من العقود ليس فيه قوامه لطرف على الآخر، أما عقد الزواج فينشئ مؤسسة اجتماعية أسرية لا بد لانتظام أمرها من قوامه، وقد اسند هذه القوامة-بحكم الشرع والعقل-للرجل دون المرأة[577]؛قال الله سبحان ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ ﴾.[578]وقد أشارت الآية لهذه القوامة علتين[579] :

الأولي: بما فضل الله الرجال بمقتضي الفطرة من التفكير العميق، والحساب الدقيق، والروية السديدة، وبعد النظر، وتقدير عواقب الأمور، فالرجل إجمالا أقدر من المرأة على ضبط أعصابه، والتحكم في عواطفه، والتأني فيما يتخذه من مواقف وتصرفات.

الثانية: بما أنفق الرجال في الزواج من أموال، فهم الذين يدفعون المهر، ويتحملون عبء الأنفاق على الأسرة، فهم غالبا أحرص من النساء على بقاء الزواج واستمراره واستقراره.

ومن مقتضي هذه القوامة بداهة، أن يكون الطلاق بيد الزوج وليس بيد الزوجة مع أنها طرف في عقد الزواج؛ وذلك لما يترتب على فصم الرابطة الزوجية من أمور

---

[576] رشدى شحاتة أبوزيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، المرجع السابق،ص.301.

[577] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالعريض عن الطلاق التعسفي الفقه والقانون، ط1، دار الحامدية، عمان، الأردن، 2008،ص.54.

[578] سورة النساء،الآية 34.

[579] أحمد أبو ليل،تقيد حق الزوج في التطليق، أبحاث ندوة حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة، المنعقدة يومي 27و1994/12/28، كلية الشريعة والقانون،مطبعة جامعة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص.169.

خطيرة، بعيدة المدى في حياة الأسرة والمجتمع، فينبغي أن لا يوضع إلا في يد من يزن الأمور بميزان العقل المحض، ويقدر العواقب حق تقديرها، غير متأثر برغبة عارضة أو غضبة ثائرة، ومما لا ريب فيه أن الرجل أكثر تفكيرا وإدراكا وتقديرا لعواقب الأمور، وأبعد عن النزوات في أمر الطلاق من المرأة .

إن مطالبة الزوجة بفك ميثاق الزوجية، في صورة التطليق فإن ذلك يعني أنّ طلبها إمّا أن يقابل بالرفض أو القبول من طرف القاضي، وهذا رخصة استثنائية ممنوحة لها، وممارسة هذه الرخصة مقيّدة بطلب الزوجة ذلك أمامه، وبتوافر الشروط المحدّدة قانونا لإيقاع الطلاق، وعبء الإثبات يقع عليها لتحقّق الضرر، ولهذا فكل فرقة يجب أن يقتصر فيها على ما يحقّق المصلحة ويدفع الضرر.

وبهذا نطرح التساؤل التالي:هل أصبح القانون الأسرة يبحث عن مبرر أوسع للزوجة حتى تطلب التطليق أم أن الأمر لا يعدو أن يكون حماية لحقوق المرأة من الاضطهاد واستجابة لبنود اتفاقية سيداو؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب التطرق إلى إشكالية الطلاق (المطلب الأول) أما أسباب التطليق في ظل النص الأصلي لقانون الأسرة (المطلب الثاني)، توسيع أسباب التطليق في ظل النص المعدل(المطلب الثالث).

المطلب الأول

إشكالية الطلاق

جاء في تقرير منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية[580] مايلي:"يسمح للأزواج بإنهاء الزواج من جانب واحد. ومع ذلك في بذل العوض إذا تم الاتفاق على هذا الحق بواسطة الزوج في عقد الزواج أو إذا تم منح الزوجة هذا الحق من الزوج أثناء

[580] منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية(OECD)، أنشأت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في 30 من سبتمبر سنة 1961،بمقتضى معاهدة التعاون الإقتصادي الإنمائي الموقعة في باريس 14 ديسمبر 1960، بعد أن حلت محل منظمة التعاون الاقتصادي الأوروبي التي أسست سنة 1948 للمساعدة على إدارة مشروع مارشال لإعادة إعمار أوروبا بعد الحرب العالمية الثانية. وبعد فترة تم توسيعها لتشمل عضويتها بلدان غير أوروبية. عبد السلام صالح عرفة،المنظمات الدولية والاقليمية،ط1،الدار الجماهرية للنشر والتوزيع والإعلان،لبيا، 1993،ص.375.

الزواج، وعلى رغم من إحراز تقدم فيما يتعلق بإتاحة الفرصة للمرأة وفي طلب الطلاق، فإنها لم تقض على تبعية المرأة لزوجها فيما تعلق بهذه المسألة"[581].

وتضيف المنظمة قائلة:"إن مثل هذه الأحكام تشكل تمييزا صريحا ضد المرأة، وتهددها بالطلاق في أي وقت ولأي سبب من الأسباب من قبل الزوج، دون أن يكون لها حق في مشاركته هذا القرار.هذا فضلا عن أنها تضعف موقفها في الزواج، وإضافة إلى ذلك يتأثر الوضع الاقتصادي والاجتماعي للمرأة بشدة عند حل الزواج، وتعاني المرأة المطلقة من انخفاض كبير داخل الأسرة وزيادة الاعتماد على الرعاية الاجتماعية حال توافرها"[582].

فواقعة الطلاق ليست مجرد تصرف ثنائي بل هو تصرف اجتماعي تنعكس آثاره مباشرة على المجتمع وتسئ إلى استقراره طمأنينته[583].

إن استقرار الحياة الزوجية غاية حرص عليها كل من الدين الإسلامي، والقوانين الوضعية، وكذا الاتفاقيات الدولية، فجعلها أقدس الروابط وأوثقها بالزواج. كما يمكن أن تعتري هذه العلاقة خلافات فيتحول الحياة بين الزوجين إلى شقاء، وربما استحالت واستنفذت كل وسائل الإصلاح، والنصح، وهنا أباح الإسلام وعلى غرار القوانين والاتفاقيات الدولية بفسخ هذه الربطة[584].

فإرادة الزوج في إحداث الطلاق لم يبق على طلاقته، فإذا كانت الصورة الأولى الأبرز من الناحية الشرعية استدلالا بما ذكر في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة[585]، إذ أخذ الفقه والقانون بصورة أخرى تتمثل في الطلاق عن طريق القاضي أو بما اصطلح على تسميته "التطليق"،على هذه الصورة، يمكن للزوجة أن تفك

---

[581] منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية(OECD)،المرجع نفسه،ص.235.

[582] منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية(OECD)،المرجع نفسه،ص.236.

[583] أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)،ج1،ط2، مكتبة المعارف،1987، ص.262.

[584] أماني على متولي،الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة،2010، ص.213.

[585] دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط1، دار هومه، الجزائر، 2008، ص.51.

زوجيتها ليس منفردة، وإنما عن طريق القاضي إذا ما أثبت سببا مشروعا يجعل الحياة الزوجية مستحيلة. فأساس هذه الصورة والتي لم يرد بشأنها نص صريح صحيح هو التيسير على الناس تجنبا للحرج وتماشيا وروح الإسلام السمحة[586].

يختلف التطليق عن الطلاق كون الطلاق يقع بإرادة الزوج، أما التطليق فيكون بطلب من الزوجة وبإرادة القاضي. ويرجع السبب في تدخل القاضي هنا لأن العصمة ليست بيد الزوجة وتبعا، لذلك فهي لا تملك أن تطلق نفسها بنفسها من زوجها ولذا أجازت لها الشريعة الإسلامية الالتجاء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج[587].

قبل الخوض في إبراز التطليق بإرادة الزوجة، لابد أن نعطي تعريفا عن الطلاق بصفة عامة في الفرع الموالي .

الفرع الأول

تعريف الطلاق

يعرف الطلاق على أنه سبب من أسباب إنهاء الرابطة الزوجية ويكون ذلك بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا أو إشارة عند تعذر النطق والكتابة كأخرس[588] .

والطلاق حسب تعريف ابن عرفة هو "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجب تكررها مرتين حرمتها عليه قبل زوج"[589].

فالطلاق لغة مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك بعد الإمساك فيقول طلقت المرأة – بضم اللام وفتحها–فهي طالق أي أنه رفع قيدها سواء كان هذا القيد ماديا أو

---

[586] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المرجع السابق،ص.35.

[587] التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،الأردن،2004، ص.216.

[588] طارق بن أنور السالم،الواضح في أحكام الطلاق،دار الإيمان،الإسكندرية،2004،ص.9.

[589] محمد بن معجوز، أحكام الأسرة الشخصية ،ج1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب،1996، ص.179.

معنويا[590]. وفي الشرع حل عقد التزويج، قال إمام الحرمين :"هو لفظ جاهلي ورد الإسلام بتقديره"[591].

وفي الإصطلاح الشرعي إختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الطلاق إلا أنها اتفقت في مضمونها على أنه" رفع قيد النكاح من خلال التعاريف التالية :

عند الحنفية:هو رفع قيد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مخصوص[592]. فحل الرابطة الزوجية في الحال يكون في الطلاق البائن، وفي المال يكون يعد العدة أي الطلاق الرجعي واللفظ المخصوص هو:الصريح كلفظ الطلاق والكناية، كلفظ البائن والحرام والطلاق يقوم مقام اللفظ والكناية والإشارة المفهومة[593].

---

[590] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، المرجع السابق، ص.19.

[591] محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام ،ط1، دار الفكر، دمشق،سوريا،1988،ص.323.

[592] ابن الهمام،شرح فتح القدير، المرجع السابق، ص .447.

معني بلفظ مخصوص :"هو مادل على حل الرابطة الزوجية صراحة كلفظ الطلاق والتطليق أو ما اخذ منهما أو بطريق الكتابة كلفظ الطلاق والبائن والحرام ونحوها من كل لفظ يحمل الطلاق وغيره، ويترجح فيه معني الطلاق بالنية أو بدلالة الحال،ويقوم مقام اللفظ الكتابة والإشارة المفهمة، ويلحق بلفظ الطلاق لفظ الخلع وقول القاضي"فرقت" في الحالات التي يفرق فيها القاضي بين الزوجين كما في اللعان وإباء الإسلام إذا سلمت زوجته، لأن كل هذا معدوم من الطلاق، وبكلمة اللفظ المخصوص يخرج الفسخ، لأن الفسخ وإن كان يحل الرابطة الزوجية في الحال، إلا انه لا يكون بذلك اللفظ المخصوص"؛عمر عبد الله و محمد حامد قمحاوي،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين،دار المطبوعات الجامعية،مصر،ص.144 و ما يليها.

"ومعني في الحال :أي وقت طلاقها،وهذا في الطلاق البائن لأنه لابد له الإرجاع زوجته من عقد ومهر جديدين مع رضاها وهذا في البينونة الصغرى ،أما الكبرى فيشترط أن تتزوج غيره؛

في المال:أي عند إنهاء العدة، ويكون هذا الطلاق الرجعي لان الزوجية قائمة بين الزوجين مادمت المطلقة رجعيا في العدة، ففي هذه الحال يصح للرجل أن يراجع زوجته إلى عصمته دون يتوقف الأمر على رضاها ودون الحاجة إلى عقد و مهر جديدين"،صلاح محمد أبو الحاج،سبل الوفاق في أحكام الزواج و الطلاق،مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع،الأردن،2005،ص.239 و ما يليها.

[593] ابن عابدين، رد المختار،المرجع السابق، ص.03؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص.352.

وعند المالكية:صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته[594]، موجبا تكرارها مرتين زيادة على الأولى للتحريم[595].

وعند الحنابلة: حل عقد النكاح أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات أو بعضها، أو تحريم بعد تحليل[596]. كما عرفه ابن قدامة:"بأنه فراق الزوج إمراته بعوض، فإن خالعها بغير عوض، لم يصح لكن تم كان بلفظ الطلاق أو بنيته فهو طلاق رجعي"[597].

وعند الشافعية: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[598]. كما عرفه العلماء المحدثين، هو إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة بألفاظ مخصوصة بالتراضي بين الزوجين، أو بحكم القاضي[599]. ويعرفه الإمام أبو زهره أن "رفع لقيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها"[600].

وما يلاحظ على هذه التعاريف الفقهية التي أوردها الفقهاء أنها اختلفت من حيث الصياغة والدقة، لكنها اتفقت في كون الطلاق هو حل للرابطة الزوجية، ورفع قيد النكاح وحله. ويرى جميل فخري محمد جانم، أن أدق هذه التعريفات، هو تعريف الحنفية القائل بأن الطلاق هو" رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص"[601].

---

[594] أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج أحاديثه زكرياء عميرات،ج4،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1993 ص .28.

[595] الشنقيطي أحمد بن أحمد الحكني، مواهب الجليل من أدلة خليل، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر،1989، ص.04؛ أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل ،المرجع السابق ،ص.18.

[596] ابن قدامة ، المغني،ج8، المرجع السابق،ص.233.

[597] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد فارس ومسعود عبد الحميد السعدني،ج3 ،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1994،ص95.

[598] الشربيني ،مغني المحتاج ، المرجع السابق.368.

[599] منال محمد المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة،عمان،الأردن،2008،ص.43.

[600] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية،المرجع السابق، ص.279.

[601]جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالعريض عن الطلاق التعسفي الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.19.

إن تشريع الإسلام للطلاق في الحالات الأسرية المستعصية، يدل على واقعيته ومرونته ومواكبته وقائع الحياة البشرية ومتطلباتها العادلة في الوقت الذي يعتبر مسؤولا عن حالات الطلاق الظالمة التي تقع من بعض الناس بسبب حماقاتهم وجهالتهم، لأنهم استعملوا هذا العلاج في غير موضعه الذي شرع من أجله، وهو تصرف شاذ منهم يحتاج إلى تبصر وإرشاد[602].

ومن هذا المنطلق، أقرت الشريعة الإسلامية الطلاق بآيات من كتاب الله وبأحاديث من السنة المطهرة، وهذا وفق ضوابط شرعية حتى لا يحيد الزوجيان عن حدود الله ما حصل عليه إجماع الفقهاء[603].

الفرع الثاني

مشروعية الطلاق

فمن القرآن الكريم نجد قوله تعالى:﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[604]، فسر العلماء الإمساك بالرجعية، أي اتركوا الزوجات حتى تنتهي عدتهن، ثم لا يكون إمساك بعد انقضاء الأجل لأنهن بعد ذلك لسن زوجات لكم[605].

﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾[606]، والآية تشريع تفيد إباحة الطلاق، كما يفيد زيادة الوصاية بحسن المعاملة أثناء قيام الزوجية وعند الفرقة.

بالتالي فإن حق الطلاق هو حق مقرر شرعا وقانونا لكل من الزوجين، غير أن للزوج أن يوقعه بمحض إرادته ودون وساطة من أحد، وأما المرأة فلها أن تطلبه عن طريق القاضي إذا تضررت من زوجها.

---

[602] ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة ،الجزائر،2013، ص.57.

[603] تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي،ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2009، ص.84.

[604] سورة البقرة، الآية 229.

[605] محمود الالوسي، روح المعاني، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت،لبنان،ص.142.

[606] سورة البقرة، الآية 236.

أما عن سنة الحبيب محمدﷺ ورد أحاديث: ما روي عن الرسولﷺ في قوله "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"[607]. فقد وصفﷺ الطلاق بأنه من أبغض المباحات، ولا معنى لذلك سوى أنه محضور إلا لحاجة أو ضرورة تدعو إليه[608].

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله عن ذلك فقال له رسول ﷺ:" مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ "[609]، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبيﷺ:"طلق حفطة ثم راجعها"[610]،عن إسماعيل بن عبد الله قال :"حدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما "أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ"[611].

وعن سعيد بن عفير قال:حدثني الليث قال:حدثني عقيل عن ابن شهاب قال: اخبرني عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته: "أَنَّ امْرَأَةَ رِفَاعَةَ القُرَظِيِّ جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ، فَقَالَتْ: يا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ رِفَاعَةَ طَلَّقَنِي فَبَتَّ طَلَاقِي، وَإِنِّي نَكَحْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بنَ الزَّبِيرِ القُرَظِيَّ، وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ الهُدْبَةِ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ :لَعَلَّكِ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ لَا، حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ"[612].

---

[607] أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، رقم الحديث2178،المرجع السابق، ص.255.

[608] الهادي السعيد عرفة، إساءة إستعمال حق الطلاق، دراسة فقهية مقارنة لحق الطلاق والضوابط الشرعية لاستعماله وأحكام إساءة استعماله وآثارها ، مطبعة الأمانة ، القاهرة 1989 ، ص.15.

[609] العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، م9،المرجع السابق، ص.260.

[610] ابن ماجة،سنن ابن ماجة،ج1،المرجع السابق،ص.650؛ أبي محمد عبد الله بن يهرام الدارمي، سنن الدارمي، ج1، رقم حديث2261، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2006 ،ص.544 .

[611] عبد الله محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري ، رقم الحديث 5251 ،المرجع السابق، ص. 668 .

[612] عبد الله محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري ، رقم الحديث 5260 ،المرجع السابق، ص. 668 .

وقال الليث:حدثني نافع قال:" لَوْ طَلَّقْتَ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَنِي بِهَذَا فَإِنْ طَلَّقْتَهَا ثَلاَثًا حَرُمَتْ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَكَ"[613].

ويشترط لإنفاذ الطلاق من المطلق منجزا كان أو معلقا، أن يصدر عن زوج عاقل وبالغ وعن قصد، وأن يقع على زوجة بعقد صحيح، ولفظ يدل على الطلاق سواء صراحة أو كناية[614]، فقد انعقد الإجماع بين المسلمين على جواز الطلاق[615].

لكن بالرغم من أن الشريعة الإسلامية جاءت للحفاظ على الميثاق الغليظ الذي يحمي العلاقة الزوجية من أي تفكك، إلا أنه قد تتباين أخلاق الزوجين، وتطرأ البغضاء الموجبة لعدم إقامة حدود الله تعالى فهاهنا تظهر الحكمة من تشريع الطلاق كعلاج حاسم، وحل أخير لما استعصى حله على الزوجين وأهل الخير والحكمين، بسبب تباين الأخلاق، وتنافر الطباع، وتعقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين[616].

ولولا الطلاق لعاش الزوجان في حياة ملؤها البغض والكراهية ولأصبحت الرابطة الزوجية صورة من غير روح، وقيدا من غير رحمة، لا تثمر ثمارها ولا تحقق ما أريد منها من إعفاف وشرف و عاون ومودة[617].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، تنحل الرابطة الزوجية في القانون الجزائري بالطلاق أو الوفاة الأمر هنا فيه اختلاف،لأن المادة 48 قانون الأسرة المعدلة أكدت على صور انحلال الرابطة الزوجية، أنها تضمنت ثلاثة طرق لوقوع الطلاق :وهي الطلاق بإرادة الزوج، والطلاق بالتراضي بين الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة بناء على جملة

---

[613] عبد الله محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري ، رقم الحديث5263 ،المرجع السابق، ص. 669 .

[614] جمال محمد الكردي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية،ط1،دار النهضة العربية ، القاهرة، 1999، ص.23.

[615] أبوبكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإجماع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1998، ص.43.
حيث طلق عدد من الصحابة رضوان الله عليهم زوجاتهم،ولم ينكر أحد عليهم، ولو كان الأمر عكس ذلك لأنكروا عليهم هذا الصنيع، لما عرف عن الصحابة الأبرار من الجرأة في قول الحق،مثال ذلك:

*طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجته أم عاصم.

*طلق الصحابي الجليل عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر.

*كان الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كثير الطلاق.

[616] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،المرجع السابق،ص.358 .

[617] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998 ، ص .25.

من المبررات التي تستدعي طلب الزوجة فراق زوجها ولم تتطرق حقيقة إلى تعريفه، وفي ذلك محاولة من المشرع للتملص من أي التزام يقع عليه[618].

أما المادة 1/16/ج من اتفاقية سيداو، نجد أنها تقرر مبدأ المساواة بين الزوجين في إيقاع الطلاق وهو ما عبرت عنه أن المتضرر الوحيد ماديا من الطلاق هو الزوج لأنه مطالب بالتعويض عن الطلاق إن كان تعسفيا وبنفقة العدة ونفقة المحضون وسكناه إن وجدهذا من جهة، ومن جهة ثانية ،فإن الزوج لا يقدم على الطلاق إلا بعد ترو وتفكير وتبصر وتمام يأس من استمرار الحياة الزوجية بينه وبين زوجته، فالزوج هو الذي يقدر ظروف الطلاق وأسبابه في روية وتؤدة واستقرار فكري كامل المسؤولية من آثار الطلاق وأعباء ونفقة ومتعة وما يلزم ذلك[619]. لذلك جعل الطلاق بيد الزوج ثم جعل استثناء بيد الزوجة تحت رقابة القضاء .

المطلب الثاني

أسباب التطليق في ظل النص الأصلي لقانون الأسرة

فإذا كانت حكمة الشريعة قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها أو بما اصطلح تسميته(التطليق)، وبناء على هذه الصورة يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها غير أنه متوقف على عدة شروط.

إن فسخ عقد الزواج يرتب حقا للزوج والزوجة مثل طلب التفريق كما في حالة الشقاق والنزاع، والعيوب والأمراض، وهناك حالات يجوز فيها للمرأة طلب التفريق دون الرجل، بل لا يتصور مثلها في الرجل؛ كما في التفريق للإعسار عن دفع المهر أو النفقة، وهناك حالات يجوز فيها للرجل الانفراد بالتفريق كالطلاق بالإرادة المنفردة؛ ولكن هذا الحق ليس عبثياً، بل له غاية ومقصد, فضلا عن أنه مقيد بضوابط قررتها أحكام الفقه الإسلامي.[620]

---

[618] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق،ص.12.

[619] عبد الفتاح تقية،قانون الأسرة الجزائري مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية(دراسة مقارنة)، دار الكتاب الحديث، القاهرة،2012،ص.201.

[620] مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية،ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة،1988، ص11-17

وعليه سوف نحاول من خلال المادة 53 من قانون الأسرة معرفة حالات الضرر المادي المجيزة للزوجة طلب التطليق، وسندرس كل حالة بالتفصيل مع ذكر الآراء الفقهية، والحالات التي تبرر للجوء إلى القاضي وفي مدى صلاحيته.

الفرع الأول

الأسباب القائمة على الضرر المادي

سبب التطليق هو السند الذي اعتمدت عليه الزوجة في طلبها، وقد يكون هذا السبب يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ويشترط أن يكون هذا السبب مقنعاً ومقبولاً وقانوناً. حيث أوردت المادة 53 من قانون الأسرة الأسباب التي تسمح للمرأة بطلب التطليق في حالة توافرها، ومن بين هذه الأسباب المنصوص عليها نجد أسبابا إذا توافرت شروطها اللازمة، يكون القاضي ملزما بالحكم بالتطليق، وعليه سنتعرض لها بالترتيب:

أولا: التطليق لعدم الأنفاق ؛

إن إمساك الزوج زوجته دون الإنفاق عليها يتناقض والقاعدة العامة المقررة في الشرع الإسلامي"لا ضرر ولا ضرار"[621]، حيث تعتبر نفقة الزوجة هي حق من حقوقها المعترف بها شرعاً وقانوناً بموجب عقد الزواج الصحيح، وهي واجبة لها على زوجها ولا تسقط عنها بحال من الأحوال. ولعلّ من أبرز مظاهر تكريم الشريعة الإسلامية للزوجة فرض النفقة على زوجها دون أن يؤثر ذلك على استقلالية ذمتها المالية أو ينقص منها.ولكي نحيط بجوانب الموضوع،ينبغي إن الولوج إلى تعريف النفقة لغة واصطلاحا.

لغة: النفقة إسم من الإنفاق، أي ما ينفق من الدراهم، ونفق الشيء أي نفذ وفني وقلّ[622]، ونفق ماله نقص وقلّ وقيل فني وذهب، ورجل منفاق أي كثير النفقة[623]، يقال

[621] مالك بن أنس،الموطأ، تحقيق فؤاد عبد الباقي،ج3، ار الإحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،1985،ص.745.

[622] المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص.902.

أنفق الرجل أي افتقر وذهب ماله أي خشية أن ينفذ المال[624]. وأنفق الدراهم من النفقة، كل هذه المعاني تصب في معنى واحد وهو نقصان مال الرجل وهو ينفقه على من تجب عليه النفقة.

اصطلاحا: عرفها محمد بن الحسن"هي الطعام والكسوة والسكنى"،فجاء هذا التعريف بذكر عناصر النفقة،أما " هي الإدرار على الشيء بما به بقاؤه "فكان هذا بالمقصد منها[625].

إن المراد بنفقة الزوجة ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، وكل ما يلزمها من فرش وغطاء وأدوات منزلية حسب ما يقتضيه العرف[626] .

إن عدم قيام الزوج بتوفير الاحتياجات اللازمة لأسرته، كأن لا يقوم بتوفير الغذاء والدواء، والمسكن، والملبس، والمأكل، والرعاية، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادات طبقا لنص المادة 78 قانون الأسرة. وهي كلها احتياجات ضرورية تتطلب الإشباع، وتجعل الزوجة والأولاد أكثر التصاقا برب الأسرة. فإذا لم تلب فإنها تشكل مصادر خطر على الأسرة والمجتمع، وقد تكون سببا في الطلاق وتشرد الأولاد[627].

أمام كل هذه التكاليف التي تقع على عاتق الزوج من نفقة على زوجته وأولاده، هل يوجد ارتباط بين النفقة على الزوجة وطلب التطليق إذا امتنع الزوج وقصر في توفير ضروريات الحياة الزوجة؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التعرض لمدى جواز طلب التطليق لعدم الأنفاق شرعا وقانونا.

تأصيل هذه الحالة جاء مما ذهب إليه الإمام مالك والشافعي وأحمد، وكثير من الفقهاء مع اختلافهم في بعض التفاصيل. عن عمر وعلي– رضي الله عنهما–، وأبو

---

[623] ابن منظور،المرجع السابق،ص.4508.

[624] الإمام الرازي، الصحاح ، ط2، دار الحداثة، بيروت، لبنان،1983،ص.533.

[625] محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2003 ، ص .301.

[626] محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق ، ص.185.

[627] بختي العربي،أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)،ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر،2013،ص.103 وما يليها.

هريرة، إلى جواز التفريق بين الزوجين إذا امتنع الزوج عن الأنفاق على زوجته النفقة الضرورية من غذاء وكساء وسكن، لأن النفقة حق للمرأة على زوجها[628].

واستدلوا على ذلك لقوله تعالى﴿ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ ﴾[629]، وهم يرون إجمالا أن الإمساك المعروف هو إمساك الزوج مع تأدية لكل الحقوق دون تضييق أو تشديد عليها.أما إذا كان إمساكه لها فيه تضييق وإضرار بها فإن هذا يخرجه عن دائرة المعروف، فيطلقها عليه الحاكم من أجل رفع الضرر اللاحق بها، والضرر في هذه الحالة إمساكها من طرف الزوج دون إنفاق وبدون رضاها[630]. ولا شك أن العلة في التفريق لعدم الأنفاق هو الضرر اللاحق بالزوجة من جراء بقائها مع لا ينفق عليها، فسواء كان الزوج عاجزاً عن النفقة أو ممتنعا عن أدائها مع عدم إمكان أخذها منه بالإكراه، التفريق ضروري ولا بد منه دفعا للضرر الواقع.

كما خالفهم في ذلك الأحناف والظاهرية إذ ذهبوا إلى عدم جواز التفريق لعدم الأنفاق سواء كان سبب الإمتناع عن الأنفاق مع اليسر أم كان مع الإعسار، وللمرأة في هذه الحالة أن تستدين أو تنفق عن نفسها إذا كان لها مال على أن يكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره. وإذا تبين للقاضي أن الزوج ممتنع عن الأنفاق ظلما ولم يتمكن من التنفيذ جبرا عنه في الأنفاق، حكم عليه بالحبس لإرغامه على الأنفاق[631].

---

[628] الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،ج5،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1995، ص.196؛ ابن رشد، بداية المجتهد ، المرجع السابق،ص.511.

[629] سورة البقرة،الآية 231.

[630] لكثير من التفاصيل في رأي جمهور الفقهاء، محمد مصطفي شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون،المرجع السابق،ص.560 وما يليها؛ محمد الشحات الجندي، نظريات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، القاهرة،2002،ص.330ومايليها؛ أحمد المصطفي، الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس،لبنان،2004،ص.160؛عمر سلمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب المرجع السابق،ص.288.

[631] أبوبكر أحمد بن عمر الخصاف، كتاب النفقات، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1984،ص.38.

وكان سندهم بقوله تعالى"﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾﴾[632]، يفيد تفسير هذه الآية، حسب أصحاب هذا الرأي، أن من لم يقدر على النفقة لا يكّلف بها[633]، حيث أن الزوجة في هذه الحالة مطالبة بالصبر على زوجها إلى حين ميسرة.

وذهب ابن حزم إلى أبعد من ذلك إلى جواز الزوجة النفقة على زوجها إذا كانت ذات مال، كما ولا ترجع عليه بشيء إذا أصبح موسرا[634]. واستدل على ذلك أن الزوجة غنية بالأنفاق على زوجها وأولادها،لقوله تعالى﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَالِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[635].

أما ابن القيم الجوزية ذهب إلى ما تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة، أنه يجوز التفريق في حالتين فقط وهما حالة قدرة الزوج على الأنفاق وامتناعه عن ذلك، ولم تقدر على تحصيل كفايتها منه،لا بنفسها ولا عن طريق القضاء، كان لها الفسخ، وحالة تغرير الزوج بالزوجة، وأوهمها أنه ذو مال وتزوجته على ذلك، وظهر بعد ذلك عكس ما ادعى[636].

وذهب **المالكية** إلى نفس ما ذهب إليه ابن القيم، وهو أن المرأة إذا علمت وقت إبرام العقد أو رضيت به، فإنها تقيد حقها في طلب الفرقة لهذا العذر[637].

---

[632] سورة البقرة، الآية 280.

[633] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن،ج18، المرجع السابق، ص.171.

[634] ابن حزم،المحلي، ج10، المرجع السابق،ص.92.

[635] سورة البقرة،الآية 233.

[636] شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قيم الجوزية ،زاد المعاد في هدي خير العباد،ج4،مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1992، ص.151.

[637] أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على شرح الكبير،ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ط، ص.497.

أما **الشافعية**[638]**والحنابلة**[639]، فقد خالفوا هذا الرأي- المالكية وابن القيم- فهم يقولون أن حق الخيار ثابت، سواء كانت عالمة بإعساره حال العقد وسكتت، أو رضيت المقام معه بعد ذلك زمنا ثم ظهر لها أن تطلب الفسخ، فحق طلب التفريق للإعسار لا يسقط بل يتجدد واجب النفقة كل يوم.

إن المتفحص لآراء الفقهاء المجيزين للتفريق يلاحظ أنّها تصب في اتجاه واحد، وهو أن الإمساك إضرارا منهي عنه، لأنّه ظلم يلحق الضرر بالزوجة، وهذا يتحقق في صورة الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه .إن الامتناع يثبت تبييت نية الإضرار بالزوجة، إما لحمل الزوجة على افتداء نفسها بالمال أو انتقاما منها .في هذه الحالة إذا طالبت الزوجة بالتفريق يفرق بينهما لرفع الظلم عنها ومعاقبة الزوج على إضراره[640].

أما من الجانب القانوني، تعد نفقة الزوج على زوجته واجب شرعي، فإذا عجز أو تجاهل الزوج ذلك، كان على الزوجة طلب التطليق وفق لمقتضيات المادة 1/53 من قانون الأسرة على أنه " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة عدم الأنفاق عليها بعد صدور الحكم بوجودها ما لم تكن عالمة بإعساره" . وفي هذه المادة الوحيدة التي تحدثت على التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري، يلاحظ لأول وهلة أن المشرع قد استعمل عبارات وجيزة وملخصة جدا، أي يجوز التطليق لعدم الأنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون. وهذا الحق أخذ برأى جمهور الفقهاء(المالكية،الشافعية،الحنابلة)، في جواز التفريق لعدم الأنفاق مراعيا بذلك مصلحة الزوجة واضعا لحد لعدم قيام الزوج بمسؤوليته المالية وتهاونه في الأنفاق على زوجته، وقد أجمل في هذه العبارة شرطين لطلب التطليق لعدم الإنفاق:

---

[638] الشربيني، مغني المحتاج ،ج3،المرجع السابق،ص.444.

[639] ابن قدامة،مغني،ج7،المرجع السابق،ص.577.

[640] آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2014،ص.104.

1- أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل المطالبة بالنفقة وصدور حكم من المحكمة يلزم الزوج بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم وأصر على عدم الأنفاق، وهذا يعني أنه عدم إنفاق الزوج على زوجته لا يصلح وحده كأساس لطلب التطليق بل يجب على الزوجة أن تؤكد عدم الأنفاق عن طريق دعوى قضائية[641]. وبعد استصدار الزوجة لحكم بالنفقة، وامتنع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم، فهنا لها أن ترفع دعوى أخرى مطالبة بفك ميثاق الزوجية وهو ما يعني إن الحكم القضائي الممتع تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة موضوعية، تعفي من تقررت لمصلحته عبء الإثبات، فينتقل بذلك إلى الطرف الآخر وهو الزوج.[642].

2- ألا تكون الزوجة عالمة بحالة إعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج معه، فإن كانت تعلم سقط حقها في التطليق لعدم الأنفاق بسبب رضاها بحاله، أي أن تجهل الزوجة عند إبرام عقد العقد حالة الزوج من حيث فقره وعدم قدرته على الأنفاق، فإن هي علمت حالته المادية ورضيت به فلا يحق لها بعد ذلك أن تعود وتطلب التطليق لعدم الأنفاق[643].لكن ما هي المدة الواجبة على الزوجة انتظارها بعد صدور الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه عن تنفيذه؟

إن مدة عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطليق هي شهرين استنتاجا على المدة التي وردت في المادة331[644] من قانون العقوبات الجزائري والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز شهرين.

---

[641] سعد عبد العزيز،الزواج والطلاق في قانون الأسرة،المرجع السابق،ص.914.

[642] محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية،2007،ص.398.

[643] بلقاسم شتوان، امتناع الزوج عن الإنفاق،مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر،قسنطينة،2001،ع1، ص.155.

[644] يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000دج من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.
ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال.

وتطبيقاً لذلك، ذهب المجلس الأعلى في قراره الذي جاء فيه "من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الأنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين، يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبس نافذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن"[645] .

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 57 مكرر من قانون الاسرة بجواز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب استصدار أمر على عريضة بنفقة مؤقتة مشمولة بالنفاذ المعجل.

ثانيا: التطليق للغيبة ؛

إن الأصل في كل زواج يتم بين رجل وامرأة أن يكون سكنا لهما، لأن كل منهما ينشد تعاطف ومودة الآخر وإشباعه له بقربه وتواجده معه ومشاركته في تحمل أعباء الحياة. فإذا ابتعد الزوج عن زوجته وغاب عنها تبددت هذه الآمال ولحق بالزوجة الضرر، إذا غاب الزوج عن زوجته مدة من الزمن وقد ترك لها مالا تنفق منه على نفسها أثناء غيبته، لكنها تضررت بغيبته وبعده عنها بحرمانها من تلبية رغبتها الجسدية والنفسية مما جعلها تتطلع إلى الرجال تطمح نفسها إليهم، وتخشى على نفسها من الانحراف، والسقوط في الفاحشة[646]، فهل لهذه الزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين

دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية، تختص أيضا بالحكم في الجنح المذكور في هذه المادة، محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة. ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية.

[645] المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص،بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34791، المجلة القضائية،1989، ع3، ص.76 .

[646] المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي،التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ط1،مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،2011،ص.16.

زوجها بسبب ذلك كي تحل من بعده للأزواج؟ وهل للقاضي أن يجيبها إلى طلبها؟ للإجابة عن هذا التساؤل اختلف الفقهاء في هذا الصدد على مذهبين:

يرى **المالكية**[647] **والحنابلة**[648] في المعتمد عندهما: أن الزوجة إذا غاب عنها زوجها غيبة طويلة تضررت منها، هو أنّه من الصعب عليها المحافظة على عفّتها جاز لها طلب التفريق بينها وبينه حتى إن كان قد ترك لها مالا تنفق منه على نفسها، ويقبل قولها بيمينها في ادعائها هذا الضرر، وجاء في كتاب التلقين:"إن من غاب عن امرأته فعمي أمرها خبره، وانقطع أثره، ولم يعلم حياته من موته، أضر ذلك بزوجته فإنها ترفع أمرها إلى السلطان، فيبحث عن خبره، ويسأل عنه ويجتهد، فإن وقف له على خبر حياته فليس بمفقود، ويكاتبه بالعودة أو الطلاق، فإن أقام على الإضرار طلق عليه. وإن يوقف على خبر، ولم يتميز له حياة،ضرب لها حينئذ أجل أربع سنين، ثم اعتدت بعدها عدة الوفاة ثم نكحن".

ذهب **الحنفية والشافعية**، وبنفس الرأي أخذ به الظاهرية: إلى أنه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبته عنها وتركه مباشرتها مادام حيا معلوم الحياة، سواء أطالت غيبته أم قصرت، وسواء أكانت غيبته بعذر أم بغير عذر، وأن الأصل بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التطليق مهما كان نوع الغيبة. أي لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته[649].

ويقول صاحب الباب في شرح الكتاب" إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع، ولا يعرف أحي هو أم ميت، نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه، ويستوفي حقوقه، وينفق على زوجته وأولاده من ماله، ولا يفرق بينه وبين امرأته،فإذا تم له مئة وعشرون سنه من يوم ولد حكم موته، واعتدت امرأته، وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت[650] .

---

[647] محمد بن أحمد،شرح مياة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ضبط عبد اللطيف حسن عبد الرحمن،ج1،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،2000،ص.426.

[648] عبد الوهاب بن علي البغدادي، التلقين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،2004،ص.131.

[649] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق،ص.748.

[650] عبد الغني الغنيمي،الباب في شرح الكتاب، ج1،دار الفكر العربي،بيروت، لبنان،ص.240.

أما من الناحية القانونية وباستقراء الفقرة الخامسة التي تنص أنه"يجوز للزوجة أن طلب التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة". تعد الغيبة حالة من حالات الضرر المادي التي تصاب بها الزوجة، فقد يحدث وأن يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة ولا يترك لها مالا تنفق منه ولا مصدر قوت تعيش منه، و عليه نجد أن المشرع الأسري نص على جملة من الشروط ليتحقق ضرر الغيبة حتى يمنح للزوجة طلب تطليقها تتمثل في:

1- أن تمضي سنة فأكثر على الغياب ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه، وهو مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغياب من سنة إلى ثلاث سنوات ،خلافا للحنابلة الذي جعلوه ستة أشهر؛

2- أن يكون الغياب لغير عذر مقبول ودون سبب شرعي بأن يكون متعمدا إضرارها وإلحاق الأذى بها، ولهذا أقر الفقه المالكي ضرورة الإعلام والإنذار بالعودة وإلا طلقت زوجته[651]، ولذلك إن غاب الزوج عن زوجته لمجلة أكثر من سنة، لأجل طلب العلم أو العمل لا يجوز لها في هذه الحالة أن تطلب التطليق للغيبة، لأن الغياب عنها كان بعذر فعلى المرأة أن تتحمل قسط من أعباء تلك الحياة، مادام يعود ذلك كله بالفائدة على الأسرة؛

2- أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته دون أن يترك لها مالا تنفق منه على نفسها وأولادها، أما إذا ترك لها مالا تنفق منه فلا يجوز لها طلب التطليق ونشير هنا إلى أن حالة الغياب بدون ترك النفقة، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي حيث يتأكد منها بكل الوسائل وينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب، لذا يجب أن تتوفر هذه الشروط لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق، وهنا وجب عدم الخلط بين أحكام المادة 112 من قانون الأسرة المتعلقة بوضعية الغائب والمفقود، لا طلب التطليق استنادا للفقرة السابقة يكون بسبب معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجة، بينما التطليق استناد

[651] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ط1، دار طليطلة، الجزائر،2010،ص.55.

للمادة 112 قانون الأسرة سببه الضرر الواقع على الزوجة، وليس حمايتها من الإضرار بها، كما تقتضي الحالة الأولى أن يكون الزوج معلوم الوجود، في حين أن الحالة الثانية يفترض أن يعرف مكانه إن كان حيا أو ميتا[652].

أما الفصل السادس من قانون الأسرة بدأ بتعريف المفقود في المادة 109 " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو مماته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم" ثم تناولت المادة 110 تعريف الغائب بالقول:الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

نفهم من النصين السابقين أن كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، لأن الغائب قد يتحول إلى مفقود بانقطاع أخباره والشك في حياته، وهذه هي الظروف الجديدة التي تجعل الغائب مفقودا، كما أن الشخص قد يفقد لأول وهلة كمفقودي الحرب أو الكوارث الطبيعية أو الحوادث الخطيرة كغرق البواخر أو سقوط الطائرات.

وفي هذا الصدد أشار المشرع الجزائري إلى أن لزوجة المفقود والغائب حق طلب التطليق بناء على الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة وهذا ما جاء في المادة 112منه. وهذا يعني أن زوجة المفقود ليس لها أن تنتظر الحكم بالوفاة وإنّما لها أن تطلب التطليق للغياب.

والمادة 113 منه فبينت الحالات التي يتم فيها الحكم بموت المفقود، وجاء فيها سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات، ولن يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود إلا بعد طلب أحد الورثة وغيرهم، كما جاء في المادة 114 ما نصه" يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثه أو من له مصلحة، أو النيابة العامة".

---

[652] سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ،بسكرة، الجزائر،2009،ع6،ص.205.

التساؤل الذي يطرح نفسه ماذا لو غاب الزوج لعذر مشروع ثم انقطعت أخباره وتسرب الشك في مدى بقائه على قيد الحياة وترك لها مالا تنفق منه، هل بإمكان الزوجة في هذه الحالة طلب التطليق وفقا للمادة 53 الفقرة 5؟ الإجابة بالنفي لأنّه في هذه الحالة ينبغي لها انتظار الحكم بالوفاة وبعد مدة أدناها 4 سنوات، وفي كل الأحوال فإن حالة المفقود أهون على الزوجة من حالة الغياب إذا ترك لها مالا تنفق منه، ولمدة أكثر ربما بكثير من 4 سنوات، لأنّها لن تستطيع في هذه الحالة طلب التطليق ولا استصدار حكم بوفاته لأنّه مازال حيا.

إن التعامل مع المركز القانوني لزوجة المفقود يُعتبر من أكثر الأمور حساسية، نظرا لارتباطه بالمفقود الذي لا يُعتبر التصرف عليه بالأمر اليسير لأن المتصرف يجهل إرادته ومصلحته، كما أن الأحكام الفقهية التي وُضعت للتعامل مع غيابه كلها اجتهادية ولا توجد فيها نصوص قطعية، ما جعل الفقهاء يميلون إلى الاحتياط في المسائل المتعلقة به، ولا سيما أمر تطليق زوجته عليه، وكذا التصرف في أمواله[653].

أهيب بالمشرع الجزائري أن يعمل على وضع نصوص قانونية محددة وواضحة تراعي خصوصية مركز زوجة المفقود، حتى لا نجمع عليها ألم الفراق وضبابية الوضع القانوني، وفي هذا الإطار أقترح أن يعدل مشرع الأسرة المادة 112 التي نصت على حق زوجة المفقود في التطليق مع الإحالة إلى أحكام المادة 53 منه لتصبح كالتالي "لزوجة المفقود والغائب الذي كان غيابه لسبب غير مقبول، أن تطلب التطليق بعد مضي سنة من الغياب ولو ترك لها نفقتها".

ثالثا: التطليق بسبب مخالفة الأحكام المادة 8 من قانون الأسرة ؛

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أحالنا إلى نص المادة 8 من النص الأصلي التي تقتضي بأنه" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة

[653] بوشاشي مفيدة، حسيني عزيزة، نفقة المفقود بعد الحكم بالتطليق، مجلة القانون والمجتمع،م8،ع2، 2020، ص180.

السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا. "

عمد المشرع الجزائري على تقييد إمكانية التعدّد بمجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية الصارمة، في محاولة إلى تأكيد المقاربة الحقيقية لهذا الحق في ظلّ الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في تقيد التعدّد كأصل وإباحته كاستثناء.

تخول الفقرة السادسة من المادة 53 قانون الأسرة للزوجة بحريتها طلب التطليق بسبب الزواج بأخرى فلها ذلك حتى وإن لم يثبت الضرر، فيكفي عدم رضاها في أن تشاركها امرأة أخرى شريك حياتها وإصرارها على التطليق لعدم تحمّلها استمرار الحياة الزوجية بالشكل الجديد[654] .

كما يجوز للزوجة السابقة طلب التطليق كون أنّ مخالفة ضوابط التعدّد يلحق ضررا بالزوجة، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الذي اقتضى: "من المقرّر قانونا أنّه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولاسيما عند مخالفة شروط تعدّد الزوجات، أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية"[655].

أي سبب للتطليق ينبغي أن يكون في آثار التعدد وليس بسبب التعدد في حد ذاته، لا معيار المطالبة بالتطليق هو تحقيق الضرر شرعاّ، و يتصور الضرر في ثلاث حالات هي:عدم الأنفاق أو العدل بين الزوجات والمراد به العدل المادي دون القلبي، وكذا اشتراطهما في عقد الزواج عدم التزوج عليها أو يتعامل في زواجه الثاني بأسلوب الغش والتدليس وعدم الإخبار[656].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي لا يمنح الزوج ترخيصا بالتعدد حتى يتأكد من علم الزوجة الأولى والثانية، وذلك بحضورهما أمامه وإبداءهما معرفتهما بنية الزوج في

---

[654] عبد السلام زوبير، مستجدات مدونة الأسرة، دراسة لبعض الحالات الخاصة، المجلة الالكترونية لندوات محاكم فاس، المغرب،2007،ع7،ص.37.

[655] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1991/02/16،ملف رقم111571،المجلة القضائية،2001،عدد خاص، ص.199.

[656] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق،ص.133.

التعدد، ولا يكفي العلم بل ويشترط الرضا على التعدد وعلى الزوج إثباته، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي" :لكن حيث أن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بهذا الزواج لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر والمادة 08 من قانون الأسرة سمحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حالة عدم الرضا بزواجه الثاني "[657].

حيث يتضح هنا أن قضاة المحكمة إعتبروا أن علم الزوجة الأولى بزواج زوجها من امرأة أخرى لا يعني رضاها، بل يجب إثبات رضا الزوجة حتى لا يرفض طلب تطليقها.

هذا ولو فرضنا أن الزوج كان له مبرر شرعي للتعدد كقصد العفة مثلا، وكان قادرا على العدل المادي ليساره، وقام بإعلام كل من المرأتين فوافقت التي يريد الزواج بها فيما رفضت الزوجة الأولى رفضا قاطعا، فقد يتعذر عليه الحصول على ترخيص[658]، فهل يُعقل أن يُمنع من الزواج الثاني لمجرد تعسف الزوجة الأولى؟ ثم أنه كيف للمشرع أن يُلزم الزوج بالحصول على رخصة التعدد من القاضي في حين أن هذه الرخصة قد أعطاها له الله جل وعلا، فهل هذا يعني أن للقاضي سلطة منع الزوج من رخصة منحها له الله نفسه؟

إن مثل هذه الحالة تدفع بالزوج إلى إعادة الزواج عرفيا لتعذّر تحرير عقد الزواج الثاني، فلو حصل أن تزوج عرفيا فهل يعقل أن يحكم عليه بعدم احترام شروط التعدد؟

فلا شك أن مناط التطليق في حالة عدم العدل بين الزوجات هو الضرر وخاصة المعنوي منه، الذي يصيب الزوجة من جراء تمييز زوجة أخرى عليها، من هنا نستنتج أن قانون الأسرة يبيح طلب التطليق للضرر هذه الإباحة وإن لم ينص عليها صراحة إلا أنها تستنتج ضمنيا من أسباب التطليق الذي يكون الدافع هو الضرر[659].

---

[657] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2005/01/19،ملف رقم 334060،المجلة القضائية،2005،ع1،ص.325 .

[658] غناي زكية، المحافظة على الرابطة الزوجية في قانون الأسرة،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية،كلية الحقوق ،جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2020،ع3،ص.328.

[659] عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.143.

وأيضا ما اقتضاه القرار أخر:" عدم العدل بين الزوجات يشكّل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرّر بالتالي حق الزوجة المتضرّرة في طلب التطليق"[660].

بالإضافة إلى ذلك، فإذا تمكّن الزوج من التدليس بأن أخفى أو كتم على إحدى زوجاته حقيقة أمره، فيجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق على أساس المادة 08 مكرر من الأمر 05-02، وهنا كان على المشرع أن يفرّق بشأن هذه المسألة بين الزوجة الأولى والثانية، بحيث إذا كان يحق للأولى أن تطلب التطليق بسبب التدليس بحكم أنّ زواجها قد تم صحيحا، فالزوجة الثانية لها أن ترفع دعوى البطلان بدلا من دعوى التطليق لأن إرادتها كانت معيبة بعيب التدليس يوم إبرام عقد الزواج ما يجعل العقد قابلا للإبطال تقريرا للمبادئ القانونية العامّة[661].

ومما أخذ على المشرع في هذا المجال أنه "قد افترض وجود الضرر مسبقا لمجرد تعدد الزوجات، ومنح الزوجة حق طلب التطليق دون أن يترك ذلك إلى ما بعد العشرة وأن يتحقق الضرر في الواقع بسبب التعدد"[662].

أما عن الاسباب القائمة على الضرر المعنوي ،نتناولعا في الفرع الموالي .

الفرع الثاني

الأسباب القائمة على الضرر المعنوي

إن سلامة الزوجين من أي عيب من أهم الحقوق التي تناولها الفقهاء في كتاب النكاح وما دام أن هدف الأساسي من الزواج هو التناسل وحفظ النوع البشري، فإن وجود أي مانع لا محال سيؤثر على استمرار واستقرار العلاقة الزوجية.

---

[660] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2006/07/12،ملف رقم 356997،المجلة القضائية،2006،ع2،ص.441 .

[661] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟،المرجع السابق، ص118 .

[662] أحمد فراج حسين،أحكام الأسرة في الإسلام،المرجع السابق،ص.143.

أولا:التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج؛

كما يمكن أن يصاب أحد الزوجين بعيب يحول دون استمرار الحياة الزوجية، أو قد تكتشف الزوجة أن زوجها يعاني من عيب منفِّر أو أُصيب به بعد فترة من العشرة يمنع من تحقيق بعض مقاصد الزواج، أو يجعل تحقيقه صعبا ومرهقا بالنسبة لها،لأن الشفاء منه قد يصعب أو قد يستحيل. فإذا وجدت الزوجة نفسها في وضع كهذا، هل يحقّ لها أن تطلب التفريق من القاضي هذا السبب؟ أو عليها الصبر على وضع لا يطاق ؟ للوصول إلى الإجابة ينبغي علينا تعريف العيب وحكم التفريق به، وحصر العيوب التي توجب هذا الطلب وشروط ذلك وكذا وسائل إثباته.

العيب لغة: مصدر" عاب الشيء عيبا وعابا، صار إذا عيب فهو عائب، والمفعول :معيب ومعيوب"، والعيب والعيبة لهما معنى واحد وهو" الوصمة"[663].

أما اصطلاحا:عيب النكاح هو ما يخلّ بمقصوده الأصلي كالتنفير عن الوطء وكسر الشهوة[664]، فالعيوب المقصودة في الزواج هي كل عيب ينفّر أحد الزوجين من الآخر، ويمنع بالتالي تحقق المقصود من الزواج، وهذا العيب قد يكون نقصا بدنيا أو عقليا في أحد الزوجين يمنع من تحقيق مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوج[665].

وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا في زوجها لم يكن معلوما قبل الزواج، أو اطلعت على مرض حدث له بعد الزواج ومن شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخصاء[666] والعنة[667]، وهي أمراض تكون في الرجل غير قابلة للزوال والضرر

---

[663] ابن منظور، لسان العرب،المرجع السابق،ص .4183.

[664] وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه، ط1 ، كنوز المعرفة، جدة،المملكة العربية السعودية، 1999 ، ص .162.

[665] علي حسب الله، لفرقة بين الزوجين وما تعّلق بها من عدة ونسب،دار الفكر العربي،القاهرة،1970، ص.120.

[666] الخصاء(بكسر الخاء):هو شل الخصيتين ونزعهما، ويقال للرجل مخصي هو منزوع الخصيتين دون الذكر

[667] العنة (بضم العين و تضعيف النون المفتوحة):هو عجز الرجل عن المباشرة الجنسية ويسمى الموصوف بها عنينا.والذي لا يباشر النساء ولا يريدهن،لان ذكره يسترخي فيعن يمينا وشمالا فلا يقصد للمأتي من المرأة،وهو عند الشافعية والحنفية والحنابلة:"عدم القدرة على الوطء لعدم انتشار الذكر لمانع كمرض أو ضعف في خلقة أو لكبر سنه أو سحر"، وعند المالكية:"صغير الذكر لا يسمح بالإيلاج"،ويطلق المالكية على العنة السابقة بأنها الاعتراض؛ ابن قدامة،المغني،ج6، المرجع السابق، ص.309؛ ابن رشد،ج1، المرجع السابق،ص.720؛الشربيني،ج3،المرجع السابق،ص.176.

فيها دائم، من شأنه الحيلولة من عدم تحقيق الهدف الأصلي من الزواج وهو التوالد والتناسل مثل العقم[668]، أو دفع الزوجة إلى النفور من زوجها والإشمئزاز من مرضه أو الخوف من أذاه وخطر تصرفاته مثل أمراض الجدام[669]، والبرص[670]، وغيرهما من الأمراض الدائمة والمعدية، ومثل الجنون والصرع المتكرر المستمر فإن من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها إلى القضاء، من أجل وضع حد لحياتهما الزوجية وطلب الحكم بتطليقها من زوجها المريض أو المعيب أو العليل[671]. ومن الأسباب الموجبة للطلب التطليق نذكر:

1- **العيوب الجنسية المانعة من الوط ء:**وسواء تحققت في الرجل أو المرأة فمن حق كل طرف أن يطلب الطلاق بسبب تلك العيوب، لأنها تعد من الأسباب الجوهرية للفرقة، والقاضي عادة لا يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب ومدى تأثيره على الحياة الزوجية، كما قد يستعين بالخبرة الطبية في هذا المجال[672].

2- **العيوب غير المانعة من الوط ء ولكنها تؤثر على الحياة الزوجية:**كالأمراض المزمنة أو المعدية، ويضاف إليه في الوقت الحاضر مرض الايدز أو فقدان المناعة المكتسبة، وهذه الأمراض المعدية بلا شك تؤثر بشكل أو بآخر على الحياة الزوجية[673].

وإذا تحدثنا عن الأمراض الحسية البيولوجية وتنوعها، فإن تنوع الأمراض النفسية وانتشارها أوسع بكثير، وهي من أبرز سمات العصر الحديث وتتمركز أهم هذه

---

[668] منصوري نورة،التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية،دار الهدى،ين مليلة، الجزائر،2010، ص.47.

[669] الجذام (بضم الجيم):مرض يتقطع منه اللحم و يتساقط.

[670] البرص:من الأمراض الجلية المزمنة و هو بياض يظهر في الجلد.

[671] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص261

[672] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،2017،ص.59 .

[673] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،المرجع السابق، ص.193.

الأمراض النفسية، الانطواء والانعزال عن المجتمع، الوسواس، الشذوذ الجنسي وأنواعه...

فمن جانب وجوب التفريق للعيب، أجمع الفقه على حق الزوجة في طلب التطليق متى اعترى الزوج عيب يحول دون تحقيق الغاية من الزواج بشرط تأجيل الزوج سنة على أمل العلاج أو الشفاء[674]. غير أن الظاهرية لا يجيزون التفريق للعيب أيا كان نوع دليلهم في ذلك عدم وجود نص من الكتاب أو من السنة، حيث يرى" ابن حزم " شيخ الظاهرية أن العيوب لا أثر لها على عقد الزواج، ويقول بعبارة واضحة" ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها سواء كان وطأها مرة أو مرارا أو لم يطأها قط، فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما أصلا، ولا أن يؤجل له أجلا، وهي امرأته إن شاء طلّق وإن شاء أمسك"[675]. ووجه الدلالة قول الله تعالى ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ ﴾[676].ويرون الظاهرية في هذه الآية أن الأصل بقاء النكاح فلا يزول إلاّ بدليل، وأن كل نكاح صح بكلمة الله تعالى وسنّة نبيه، فقد أحلّ الله النكاح لزوجها، وحرم بشرتها وفرجها على كل من سواه، والذي يفرق بينهما يدخل في زمرة الذين ذمهم الله في الآية السابقة أي الذين يفرقون بين المرء وزوجه[677].

إن السؤال الذي يطرح نفسه كنتيجة لهذا النقد، لماذا لم ينظر هذا الإتجاه الأخير إلى الزوجة التي تعاني من عيب زوجها المنفِّر وهي مجبرة على البقاء معه على الأقلّ نفس النظرة التي نظرها إلى الزوج الذي يجبر على تسريح زوجته لأنبها عيبا ربما أبدياّ. ولا يخفى على أحد أن من أهم مقاصد الزواج إمكان المعاشرة بين الزوجين لتحصين كل منهما للآخر، فإذا انتفى هذا المقصد صار من حق المتضرر طلب

---

[674] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج2، المرجع السابق، ص.509.

[675] ابن حزم، المحلى،ج 10، المرجع السابق، ص.58.

[676] سورة البقرة، الآية 102.

[677] ابن حزم، المرجع السابق، ص.61.

التفريق والتفريق في هذه الحالة ليس خروجا عن كتاب الله وسنّة نبيه" عليه الصلاة والسلام "بل هو انطلاق منهما وتأكيد لروحهما[678] .

لم يحدد قانون الأسرة العيوب التي يقصدها بقوله" تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" ولعل المعنى ينصرف إلى العيوب التي تمنع الإنجاب لأنه هدف الزواج، أو تجعل عمليته منفرة للزوجين.

من جانب القضاء فقد قرر المجلس الأعلى في قراره بأنه":من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق وعليه فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا للشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت في قضية الحال "أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية، واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الإجتهاد القضائي إستقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن"[679].

فحتى وإن أحسن المشرع الأسري عملا بجعل جميع العيوب التي نص عليها بالصفة لا بالاسم، واختيار عدم حصرها ذلك إن العيوب أو العلل أو الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 4 من قانون الأسرة كثيرة ومتنوعة، ومن صعب حصرها أو تحديدها سببا في طلب التطليق، وبهذا ترك المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي بحيث له الحرية، وفقا لأهداف الزواج المذكورة سابقا، في أن يكيف نوع وطبيعة العيب أو المرض الذي يعاني منه الزوج، وهل يحول

---

[678] آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق،ص.18.

[679] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1984/11/19،ملف رقم34784 ،المجلة القضائية، 1989،ع3،ص.73.

دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا. فلم يقيد المشرع الجزائري القاضي بأنواع محددة من العيوب حتى لا تُظلم المرأة في رابطة زوجية لا تحقّق لها المودة والرحمة والسكن الذي هدفت إليه بزواجها. مع ذلك كان يتوجب عليه التمييز بين العيوب التي يرجى منها الشفاء فتمنح للزوج مهلة سنة للعلاج مع بقاء زوجته معه، وتلك التي لا أمل في شفائها فتحل الرابطة الزوجية فوراً.

لم يبين لنا المشرع حين منحه للزوجة طلب التطليق، إذا ما كانت عالمة بالعيب قبل الزواج من عدمه[680]، مع عدم رغبة الزوجة بمواصلة الحياة مع زوجها المعيب[681]. وكذلك قد تقع الزوجة في حالة تدليس من طرف الزوج حين يكون هو عالما بعيب مصاب به وإخفاءه عليها.

إذا كانت الزوجة عالمة بالعيب عند إبرام العقد ورضيت به، أو إذا كانت جاهلة العيب ثم علمت به بعد إبرام العقد ورضيت به، سقط حقها في طلب التطليق[682].

كما نجد مسالة عقم الزوج الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، فعند إصابة الزوجين أو أحدهما بحالة العقم، هذا يكون له تأثير يهز كيان الأسرة ويؤثر على استقرارها، مهما كانت درجة الحب والمودة بين الزوجين، لأن إنجاب الأطفال يكون له وقع كبير على الحياة الزوجية، حيث تقوى العلاقات وتزيد التقدير والاحترام بينهما.

كما ذهبت المحكمة العليا إلى إعتبار العقم عيبا، حين قضت بأنه:" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ضرراً معتبراً شرعاً، ومتى تبين في قضية الحال، أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول

---

680 تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص التشريعية والتطور الاجتماعي، مجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق جامعة وهران،2007، ص.82.

681 BEN MALHA Ghaouti, droit algérien de la famille, op.cit,p.192.

682 حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، المرجع السابق،ص.280.

دون تحقيق الهدف من الزواج، طبقوا القانون تطبيقا سليما ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[683]. أما الآن وأمام التطور العلمي الحديث فقد أصبح ذلك سهلا مستساغا، خاصة في بعض الحالات والتي يستطيع الطب أن يجزم فيها باستحالة الإنجاب.

وقد أحسن المشرع فعلا لأن العيوب والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة ومن الصعب حصرها، ولهذا يجب توافر حتى يتسنى للزوجة الحق في رفع دعوى التطليق على أساس العيوب وهي :

1- أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت في المرأة فلا خيار للرجل في فسخ الزواج لأنه يملك تطليقها في إي وقت شاء طبقا لإرادته المنفردة؛

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، فتمنع من الاستمتاع الجنسي وكذا الأمراض الضارة التي تعكر الحياة الزوجية؛

3- كما يحب أن يكون العيب ناتجاً عن مرض مستمر دائم لا يتوقع شفاؤه، كالجب والعنة، أما إذا كان من الأمراض التي يمكن شفاؤه منها خلال أجل يراه الأطباء معقولا،فعلى المحكمة أن تمنحه أجل ا لمواصلة العلاج؛

4- أن ترفع دعوى تطليق لدى القاضي وهو الأمر القاطع للشك بأنها غير راضية بالحياة المشتركة مع زوج معيب؛

5- أن يتأكد القاضي من وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو الأطباء وبأي وسيلة أخرى كالإقرار[684].

مما لا شك فيه أن أساس دعوى التطليق للعيوب هو إثبات هذه الأخيرة وجودا أو عدما ومدى تضرر الزوجة معنويا منها، ولم يرد نصا حول إثبات تلك العيوب والاستعانة بالخبرة الطبية، ولكن درجت الأحكام القضائية قبل التطليق للعيوب طلب إثبات ذلك بواسطة الخبرة الطبية، وبكافة الوسائل القانونية الممكنة كشهادة الشهود أو

[683] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1999/02/16،ملف رقم 213571،المجلة القضائية،2001،عدد خاص،ص 119.

[684] فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المرجع السابق،ص.279.

الشهادات الطبية. كما يجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج المدعي عليه على طبيب خبير إذا عجزت الزوجة عن إثبات ذلك بالوسائل الأخرى، وكان القاضي لا يستطيع الوصول لمعرفة الحقيقة بغير ذلك، تم يصدر حكمه بالتطليق أو برفضه حسب ما هو موجود بين يديه من دلائل وحجج اثباتية[685]. أما الحكم عن عقوبة شائنة نتاولها في النقطة الثانية .

ثانيا: التطليق بسبب عقوبة تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية؛

أما الحالة الرابعة التي ورد النص علها في المادة 53 قانون الأسرة، قبل التعديل حيث نصت" الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ".

حيث انصبت كل هذه الشروط والأوصاف على العقوبة وليس على الجريمة، وفي وصف العقوبة بالشائنة أمر لم يعرف لا قانونا ولا فقها، فالعقوبة قد توصف بالمشددة والمخفّفة وقد توصف بالعقوبة المالية وغير المالية أو بالعقوبة السالبة للحرية وغيرها، لكن لا يمكن إلحاق الوصف الأخلاقي بالعقوبة لأنّها آلية أو رد فعل المجتمع أو السلطة نتيجة قيام شخص بفعل مخالف للنظام العام، وهذا الفعل هو الذي يمكن أن يلحقه الوصف الأخلاقي، وهذا هو ربما القصد الفعلي للمشرع الجزائري الذي وصف العقوبة سهوا بالشائنة والمقصود هو جريمة شائنة أو بالأحرى مشينة، ونفس الأمر عندما تحدث المشرع على مساس العقوبة بشرف الأسرة، فكيف يمكن للعقوبة أن تفعل ذلك؟ فالمقصود دائما هو الجريمة أو الفعل المرتكب وهو الذي يمكن أن يمس بشرف الأسرة وليست العقوبة. وكذلك عندما اشترط المشرع الشرط الأخير وهو استحالة مواصلة الحياة الزوجية بسبب العقوبة، هذه العبارة لغويا يمكن أن تتحقق في حالة وحيدة، وهي أن طول فترة السجن تجعل الحياة الزوجية المشتركة مستحيلة وهذا لغياب الزوج، أما الذي قصده المشرع هو أن الفعل المشين الذي عوقب من أجله الزوج مس بشرف[686].

---

[685] منصوري نورة،التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق،ص53.

[686] آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق،ص.178.

لقد استدرك المشرع الخطأ في وصف العقوبة بالشائنة، ووصف هذه المرة الجريمة فقط على أنّها تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وفيما يتعلق بمدة الحبس كانت تشترط أن تكون العقوبة أكثر من سنة[687]، ولكن بعد تعديل قانون الأسرة لم يشترط المشرع أن تكون هذه العقوبة مقيدة للحرية أو عقوبة موقوفة التنفيذ، أو غرامة وإنما إستعمل المشرع عبارة" جريمة فيها مساس بشرف الأسرة"، أي تعلق الفعل بأعمال منافية للأخلاق، وأن تكون ماسة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها مثل جرائم السرقة والإعتداء على العرض، والإغتصاب، والاحتيال، وهي جرائم يتقزز منها المجتمع ومن مرتكبها.[688] وهذا حق أوجده القانون للزوجة حتى تستطيع استنادا إليه أن ترفع دعوى ضد زوجها ومطالبته بالتطليق[689]. إلا أن المشرع الجزائري أقحم جملة من الشروط والأوصاف الخاصة بالعقوبة لا بد من توافرها في التطليق للحكم بعقوبة تتمثل في :

- أن يكون الزوج قد ارتكب جريمة، ويكون قد صدر ضده حكم حائز على قوة الشيء المقضي فيه؛
- أن تكون هذه العقوبة مقيدة للحرية،أي تتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو الحبس، أما إذا كانت العقوبة بالحبس مع وقف التنفيذ أو الوضع تحت الحراسة، أو الحكم بالغرامة فقط أو كانت العقوبة متصلة بالحياة التجارية كعقوبة الإفلاس فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق[690]؛
- أن تكون الجريمة المقترنة من شأنها المساس بشرف الأسرة وكرامتها، ويتحقق معه العداوة والنفور بحيث تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية[691].

---

[687] العيش فيصل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما بالاجتهادات القضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب، الجزائر،2008،ص.37.

[688] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارن،المرجع السابق،ص.219.

[689] عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.141.

[690] نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام المواريث في الفقه الإسلامي، ط1،دار الفجر،الجزائر،2007،ص.107.

[691] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص.205.

لذلك إذا توفرت للزوجة وللمحكمة هذه الشروط كلها وكانت مجتمعة غير منقوصة، فإنه يصبح من الجائز أن ترفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها وفقا لأحكام الفقرة الرابعة سالفة الذكر.

ثالثا: التطليق للهجر في المضجع ؛

من واجبات الزوج تجاه زوجته إحصانها بمعاشرتها ومجامعتها، وفي المقابل جعل الله تعالى الهجر في المضجع من الوسائل التأديبية التي يمتلكها الزوج في واجهة زوجته إذا كانت ناشزا ولم تطعه في غير ما نهى الله عنه وذلك بقوله تعالى:﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ﴾، والهجران كوسيلة للتأديب هو أن يضاجع الزوج زوجته ويوليها ظهره ولا يجامعها[692].

يدل لفظ الهجر أو الهجران في اللغة على مفارقة الإنسان غيره إما بالبدن أو باللسان أو بالقلب[693]، ذلك أن هجر فراش الزوجية يعني تباعد الطرفين، وانقلاب الألفة إلى سوء عشرة، حيث قال الشيخ رشيد رضا:" وتعمد هجر الفراش أو الحجرة يكون سببا لزيادة الفجوة لأن الاجتماع في المضجع هو الذي يبهج شعور الزوجة ،فيسكن نفس كل من الزوجين إلى الأخر ويزول اضطرابها"[694].

ونشير إلى أن المشرع لم يورد تعريفا للهجر في المضجع بل اكتفي بذكره فقط كسبب من أسباب التطليق، والمقصود بالهجر في هذا المقام: هو الامتناع عن قربان الزوجة عمدا، ودون مبرر شرعي، وقصد الإضرار بها[695].

---

[692] أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص.34.

[693] الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن،ط1، دار القلم، دمشق، ص.833.

[694] محمد رشيد رضا،تفسير القرآن الحكيم،ج5،الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر،1990،ص.60.

[695] عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج للقضاة، الجزائر،2004/2003،ص.18.

فالهجر في المضجع وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهديدها وإرجاعها إلى طاعته، بأن يهجر فراش الزوجية بعدم المبيت معها، وذلك لإعراض عنها وعدم قربانها في حدود الشرع[696].

أما عن الفقهاء فقد اختلفت آراؤهم حول كيفية هجر الزوج لزوجته في المضجع، بحيث هناك من يرى بأن الهجر في المضجع هو هجر الجماع أي أن لا يجامع الزوج زوجته في الفراش، وهناك قول آخر يرى أنصاره أن الهجر في المضجع هو أن يهجر الزوج الفراش من أجل تأديب زوجته، ورأي آخر يرى أن الهجر في المضجع هو أن لا يكلم الزوج زوجته في حالة مضاجعتها[697].

وتجدر الإشارة أن الهجر ثلاثة أنواع:الأول يكون الغرض منه هو تأديب الزوجة وهو حق مخول للزوج، أما الثاني هو الايلاء وهو الهجر المصحوب بالقسم الزوج على زوجته بهجرها في الفراش بشرائط مخصوصة[698]، أو هو حلف الزوج على أن لا يقترب زوجته مدة من الزمن وعلى ذلك إذا مس الزوج زوجته ينتهي الايلاء ، ويجب على الزوج كفارة اليمين، أما إذا انتهت المدة ولم يجامع زوجته انتهي الايلاء بالطلاق[699]. وجاء أيضا في التاج والإكليل في الفقه المالكي قال مالك:" من ترك وطء زوجته لغير عذر ولا ايلاء لم يترك، إما وطئ أو طلق، يريد و يتلوم له بمقدار أجل الايلاء وأكثر"[700]، وأصل الايلاء قول الله تعالى﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ٢٢٦﴾[701]. فكانت أدلتهم في الايلاء يشكل سندا شرعيا لحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية للهجر في المضجع.

---

[696] سميرة معاشي،أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق،ص203.

[697] علي محمد قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي،دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004 ، ص.120 وما يليها.

[698] عبد القادر الداودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،ط1،دار البصائر،الجزائر،2007،ص.371.

[699] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.197؛جمال محمود الكردي، المرجع السابق،ص.81 ويليها.

[700] المواق أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل ،ج4، المرجع السابق، ص.108.

[701] سورة البقرة،الآية 226.

أما الثالث هو الظهار: والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي. وفي الاصطلاح تشبيه الرجل امرأته بعضو يحرم النظر إليه من أمه، أو من غيرها ممن تحرم عليه على التأبيد، قصدا إلى حرمانها من متعة الزوجية أبدا. ونص في المدونة في باب الظهار"مما يعلم به ضرر أن يكون بقدر على الكفارة فلا يكفر، فإذا علم ذلك فمضت أربعة أشهر وقف مثل المولي فإما كفر و إما طلق"[702].

وقد كان الظهار في الجاهلية نوعا من الإيذاء الذي يوقعه الرجل بالمرأة حتى يعلقها فلا هي متزوجة ولا هي مطلقة، فحرمه الله سبحانه وتعالى حيث وصفه بأنه منكر، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمۡ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٞ ۝٣ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ ذَٰلِكَ لِتُؤۡمِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۗ وَلِلۡكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۝٤﴾[703].

وتأسيسا لهذه الفكرة فإنه إذا شكت الزوجة من إضرار زوجها بها عن طريق الهجر الذي لم تعد تحتمله، فإنه يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق بينهما. حيث أعطي المشرع الأسري من خلال نص المادة 3/53 من قانون الأسرة، للزوجة حق طلب التطليق لهجرة زوجها في المضجع وقد حدد المدة بأربعة أشهر، وجعل هذا بيد القاضي الذي هو صاحب الولاية العامة، وبالتالي فإن الأصل في العلاقة الزوجية أن لا يكون الزوج متعسفاً في المعاشرة لزوجته، وأن يمنع حقاً مخولا لها من قبل الشرع ويلحق الضرر بها. لذلك عمد المشرع إلى تجريم كل هجر غير مبرر للزوجة والتخلي عن الالتزامات المادية والأدبية، التي يمليها عقد الزواج كحماية لها[704]. يجب على

[702] مالك بن أنس، المدونة الكبرى ،ج6،المرجع السابق،ص.91.

[703] سورة المجادلة،الآية 04.

[704]Dennouni Hadjira,l'évolution des rapports entre époux en droit algérien de la famille, édition dhlab, alger 1998,pp.19-20.

القاضي أن يحكم بالتطليق، فقط إذا توفرت الشروط التالية حتى يكون سبباً قانونياً يستدعي التفرقة بين الزوجين :

1- أن يكون هجر الزوج لزوجته مع المبيت معها في الفراش الزوجية، دون أن يعاملها معاملة الأزواج، وذلك بالإعراض عنها وعدم قربها، وفي حالة مرور شهرين مثلا وحدث اتصالا بينهما، ثم عاد الزوج إلى الهجر هنا في هده الحالة لاحق لها في رفع دعوى التطليق لهذا السبب إلا ببلوغ المدة المحددة أربعة أشهر، لأن المدة التي يتأكد خلالها وبعدها تضرر الزوجة[705]؛

2- أن يكون الهجر لمدة تزيد عن أربعة أشهر متتالية لا يقع بين الشهر والآخر، أي اتصال بينهما لكي يذل على الهدف من ذلك وهو الإضرار والنكاية بالزوجة وليس التأديب والإصلاح، وبعد مضي هذه المدة يمكن للزوجة التفكير في رفع دعوى قضائية ضد زوجها طالبة من القاضي الحكم لها بالتطليق؛

3- أن يكون الهجر ليس له ما يبرره شرعا أو قانونا، بل عمدياً ومقصوداً، لذاته والمسمى" بالهجر غير المشروع الذي يتعدى حدود الحق خلافا للهجر الجميل المقصود به التأديب"[706].

وما يمكن ملاحظته في الفقرة المذكورة أن المشرع الجزائري أغفل أمراً مهما، يتمثل في كيفية إثبات الزوجة هجر زوجها لها في المضجع لأكثر من أربعة أشهر، كونه أمر خصوصي جدا لا يمكن لغير الزوجين أن يتحدث عنه[707].

ونتيجة لذلك لم نجد على صعيد الإجتهاد القضائي شيئا يصب صراحة على هذه الفقرة إلا تلميحا له مثلما نلاحظه في إحدى قرارات المحكمة العليا متعلق بالتطليق قبل

---

[705] اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2003/2002، ص.111.

[706] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1،ط3،الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية،2004، ص.291.

[707] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.51 وما يليها.

البناء، جاء فيه" من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين– في قضية الحال –أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت ضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الاسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضهم على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[708].

حيث جاء في ديباجة القرار أن المدة الطويلة التي عقد فيها الطاعن على المطعون ضدها لم يتم بإتمام إجراءات الزواج، لاسيما فيما يتعلق بالبناء، وفي ذلك أقر بضرر الزوجة معنويا وماديا، وأن عدم البناء لمدة طويلة يمثل الأساس القائل بهجر الزوج عن زوجته، فبقاء الزوجة على ذمة زوجها شرعا وقانونا لمدة طويلة دون الدخول بها ومعاشرتها أمر فيه ضرر شرعي، غير أن هذا القرار لم يذكر الأساس بوضوح وإكتفى بإعتبار الأساس هو الضرر المعتبر شرعا، تسهيلا على نفسه في تزكية الحكم المنتقد[709]. وعلى ذلك تبقي المسألة من اختصاص القاضي الذي يقدرها معتمدا على ثلاثة عناصر:

1- العنصر المادي: المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول؛
2- العنصر المعنوي:المتمثل في نية الإضرار بالزوجة وليس في نية الإصلاح؛
3- العنصر الزمني والمتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية غير منقطعة.

رابعا: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة؛

تعد هذه الحالة من الأسباب القانونية التي تخول للزوجة طلب التطليق من زوجها، طبقا للفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة التي تنص على أنه" يجوز

[708] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1999/03/16،ملف رقم217179،المجلة القضائية،2001،عدد خاص، ص .122.

[709] نين عمارة، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي،2015/2014، ص.76 وما يليها.

للزوجة أن تطلب التطليق لارتكاب فاحشة مبينة " يجوز للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة لارتكاب فاحشة مبينة لذا سنحاول تحديد المقصود بالفاحشة؟

الفاحشة لغة: جمع فواحش، والفحشاء الزنا وما يشتد قبحه من الذنوب، فنقول عن الأمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول[710].

الفاحشة اصطلاحا: هي الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة وجسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي والعرف والضمير الاجتماعي.

كما نستدل بما جاء في القرآن الكريم من آيات عديدة تصور لنا الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة العامة، منها قوله تعالى﴿وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾﴾ [711] ، وقوله﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾﴾[712] .

وبالعودة إلى نص المادة 53 من قانون الأسرة ، نلاحظ أن الفقرة لم تحدد المقصود بالفاحشة، حيث استعمل المشرع مصطلح فضفاض، ولم يعط أمثلة عن ذلك أو تعريفا، بحيث ترك الأمر لتقدير القاضي، الأمر الذي يجعل الأحكام متذبذبة بحيث قد يري القاضي أن حالة معينة تشكل فاحشة مبينة، في حين يري آخر أن نفس الفعل لا يعتبر كذلك، لذا كان على المشرع الجزائري أن يعطي تعريفا دقيقا، للقياس عليه حتى تكون الإحكام مستقرة[713]. ونعتقد أن المقصود بها هو الزنا، مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة[714].

---

[710] لويس المعلوف،المنجد في اللغة والإعلام، ط27، دار المشرق، بيروت،1984،ص.570.

[711] سور الإسراء، الآية 32 .

[712] سورة النساء الآية 22.

[713] أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر،2006،ص.119.

[714] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة ،المرجع السابق،ص.275.

وعليه فإنه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله أو الردة أو الاعتداء على قاصرة، أو الانحراف عن الطريق السليم وإرادة المجتمع، فإنه في كل هذه الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر إلى القضاء وتطلب التطليق[715].

بعد تعديل النص الأصلي لقانون الأسرة، وسع المشرع أسباب التطليق لتصبح في عشرة بنود، نتناول أسباب المضافة في المطلب التالي.

المطلب الثالث

توسيع أسباب التطليق في النص المعدل لقانون الأسرة

فقد عدّد المشرع الجزائري الأسباب التي يمكن للزوجة الاستناد إليها في طلب التطليق أمام القاضي ضمن المادة 53 من قانون الأسرة، فرفعها من سبعة أسباب إلى عشرة أسباب، في محاولة منه إلى توسيع دائرة التطليق، ومنح المزيد من الحرية للمرأة للتحرّر من الرابطة الزوجية، وهذه الأسباب هي على النحو التالي :الشقاق المستمر بين الزوجين، مخالفة شروط المتفق عليها في عقد الزواج، الضرر معتبر شرعاً.

باستقراء المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة ومقارنتها بالنص القديم نجد أن المشرع الأسري قد وسع من الأسباب التي تعطي الحق في طلب التطليق، وهذا بعدما أن أصبحت عشرة أسباب، والغاية المبتغاة من ذلك هو تعزيز مركز الزوجة في طلب الطلاق بإرادتها مقارنة بالطلاق بإرادة الزوج.

وهذا ما أكده التقرير الجامع 3و4 المقدم من طرف الجزائر لدى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي نص على"بموجب أحكام القانون الجديد تم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية، ولاسيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها بسب انتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج أو أي عقد مبرم لاحقا"[716]. إذن ماهي الأسباب

[715] فضل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المرجع السابق ص.298.

[716] التقرير الجامع للتقريرين الثالث والرابع، الخاص بالجزائر المقدم لدى لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة،المرجع السابق .

المضافة في ظل تعديل 05-02؟ للاجابة عن هذا التساؤل سنتحدث في الفرع التالي عن بعض الصور المتبقية من الضرر في المادة 53 بعد التعديل.

الفرع الأول

الأسباب المضافة في ظل النص المعدل

تبعا لسياسة التشريعية في حماية حقوق المرأة وإعطائها الوسائل القانونية التي يمكنها بواسطتها دفع الضرر عن نفسها، حيث أخرج المشرع الجزائري صورة الضرر المتمثّلة في مخالفة أحكام المادة 8 بجديدها من الفقرة الخاصة بالضرر المعتبر شرعا حيث أصبحت سببا مستقلا من أسباب التطليق، كما أضاف أسبابا أخرى وتتمثل في مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج والشقاق المستمر بين الزوجين رغم الإشارة إليه في المادة 56 من نفس القانون، بعد أن كانت هذه الصور تدخل ضمن الضرر المعتبر شرعا، ضف إلى ذلك نشوز الزوج الذي جاءت به المادة55 من قانون الأسرة . لذا سنلقي نظرة على كل صورة من هذه الصور.

أولا: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين؛

أشار المشرع الجزائري إلى التطليق للشقاق بين الزوجين قبل تعديل 2005 ولكن بعبارة أخرى، حيث نصت المادة 56 منه على ما يلي:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما".

أما في النص المعدل، فقد نص المشرع الجزائري على الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق الخاصة بالزوجة دون أن يلغي أو حتى يعدل المادة56 من قان الأسرة، فهل هذا يعني أن اشتداد الخصام لا يؤدي بالضرورة إلى الحكم بالتطليق سواء بالنسبة للزوج الذي يملك حق الطلاق أو بالنسبة للزوجة التي يملك القاضي في حقّها سلطة تقدير الضرر لتطليقها من زوجها؟

وبالتالي أكد المشرع حق الزوجة في الحكم لها بالتطليق إذا طال الخصام واشتد وعجز الحكمان عن الصلح. أم أن إضافة هذه الفقرة كانت لمجرد إظهار نية المشرع

الجزائري في تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها وإبراز ذلك جليا وكان هذا هو الهدف في تلك الفترة بالذات[717].

استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير، واعتبر المشرع الجزائري أن الخصام والشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي، ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار والضياع[718].

ومصدر هذه الفقرة المستحدثة في التعديل، كان الاجتهاد القضائي وتجسيد ذلك في بعض القرارات منها القرار الذي جاء فيه ما يلي:" ومتى تبين–في قضية الحال–أن الزوجة تضررت لمدة وطال الخصام مع الزوج وإنه هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها للتعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون"[719].

وفي معروض تأسيسه عن الأوجه أكدت المحكمة العليا:"أنه ثابت أن الزوج حكم عليه بتوفير سكن منفرد ولم يوفر ما ألزمه الحكم به، وأن الخصام طالت مدته بين الزوجين فلم يبق سوى الحكم بالطلاق"[720].

ثانيا: التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ؛

وقد أجاز الفقهاء الفقه الإسلامي حق التطليق للزوجة إذا لم يوف زوجها بالشروط التي اشترطتها عليه، إذ جاء في المغني بأن: " ما يلزم الوفاء به من الشروط في النكاح وهو ما يعود بفائدة على الزوجة، يثبت لها فسخ النكاح إذا لم يوف الزوج به"[721].

---

[717] آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق،ص.250.

[718] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المرجع السابق،ص.54.

[719] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ 1999/06/15،ملف رقم 224655،المجلة القضائية،2000، ص.128.

[720] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،المرجع السابق،ص.55.

[721] ابن قدامة المقدسي،المغني،ج7،المرجع السابق،ص.448.

الشروط المقترنة بعقد الزواج منها ما يجب الوفاء بها وهي الشروط الصحيحة، ومنها مالا يجب الوفاء بها، وهي الشروط الفاسدة التي تنافي مقتضى عقد الزواج ومقاصده. وقد رجح بعض الشراح أساس طلب التطليق للزوجة في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أنه الالتزام العقدي، أي المسؤولية العقدية، وبالتالي يصبح الأساس المبرر لطلب التطليق هو المسؤولية العقدية[722].

إن الاشتراط في العقد بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا مادام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، وهذا إعمالا للمبدأ العام " العقد شريعة المتعاقدين". وتطبيقا لذالك نص المشرع الأسري في المادة 19[723]من قانون الأسرة على ما يلي: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرينها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى في هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

والملاحظ أن المشرع قد اشترط أن يكون المتفق عليه مدونا في عقد الزواج حتى يمكن الاحتجاج به. ليعود مرة أخرى للتأكيد على هذه الشروط، بحيث إذا لم يذكرها الزوجان أو أحدهما في عقد الزواج فإنّه بإمكانه أن يشترطها في عقد رسمي لاحق. ومنه يحق للمرأة كطرف في العقد وضع أي شرط يبدو لها أنه سيحميها من تعسف الزوج أو قيامه بأعمال تنعكس على حياتها خلال مرحلة قيام الزوجية[724].

وحسب رأينا فإن المشرع أضاف هذا البند نظرا لكثرة المشاكل في هذا المجال، فكثيرا ما يتفق الزوجين على نمط معين للعيش، مكان الإقامة، لاسيما شرط العمل وبعد الزواج يتراجع الزوج ولا يلتزم بها، لذا تدخل المشرع ومنح للزوجة حق طلب التطليق في حالة عدم التزام الزوج بما اتفق عليه .

فهذه الشروط يجب على الزوج أن يفي بها، ويسعى لتنفيذها فإذا لم يحترمها جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب، إذا لم يحصل الدخول جاز للزوجة

---

[722] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.172.

[723] المادة 19 من قانون الأسرة قبل التعديل" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون ".

[724] لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.60 وما يليها.

المطالبة بفسخ العقد. أما بعد الدخول فلا يبقى أمام الزوجة سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة لذلك، والمسألة تقديرية للقاضي بحسب المعطيات المعروضة أمامه[725] .

وأما القضاء فقد استقر على هذا الموقف، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى:

" من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية، أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي، ويعتبر الوجه غير سديد [726].

إن بعض الاشتراطات الهامة والتي تتمسك بها الزوجة عامة عدم التعدد، لقد أجاز الإمام أحمد وغيره[727]، الاشتراط على الزوج عدم الزواج بأخرى ولها فراقه إذا فعل، أي إذا أخلّ بالشرط[728].

يقول ابن قدامة من خالف مبدأ اشتراط الزوجة عدم الزواج عليها وإعطائها حق الفسخ في حالة عدم الوفاء به قائلا:" وقولهم أن هذا يحرم الحلال، قلنا لا يحرم حلالا، وإنّما يثبت للمرأة حق خيار الفسخ إن لم يف لها، وقولهم ليس من مصلحته قلنا: لا نعلم ذلك، فإنّه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده[729] ".

---

[725] بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2008،ص.207.

[726] المجلس الأعلى،غ.أ.ش، بتاريخ 1971/03/03 ،النشرة القضائية، 1972،ع2،ص.39؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2006/07/12 ، ملف رقم 356997،المجلة القضائية، 2006،ع2، ص.441 .

[727] علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ، ص.166.

[728] ابن قدامه، ج7، المرجع السابق، ص.488 وما يليها.

[729] ابن قدامه، المرجع نفسه، ص.489 وما يليها.

ينبغي الإشارة إلى أن هناك فقهاء كثيرون يخالفون الحنابلة في إجازة هذا الشرط وعلى رأسهم أبو حنيفة والشافعي والإمام مالك[730].

ويبطل ابن حزم كذلك النكاح ذاته بمثل هذا الشرط الذي يرى أنّه يحرم الحلال، فإن اشترط مثل ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترطه بعد إمضاء العقد فالعقد صحيح والشروط كلّها باطلة لأنّه" لا يصح عنده نكاح على شرط أصلا حاش الصداق الموصوف في الذمة أو المدفوع أو المعين، وعلى أن لا يضر بها في نفسها ومالها: إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ". ويذهب ابن حزم إلى أكثر من ذلك ويخالف المالكية، فهو يرى أن تعليق مثل هذا الشرط بطلاق أو عتاق أو تخييرها كل ذلك باطل. وابن حزم– مثل بقية المخالفين للحنابلة – يرون أن حديث الرسول : "إن أحقّ الشروط أن يوفّى بها ما استحللتم به الفروج "صحيح لكنّه يرى أن المقصود به شرط الصداق الجائز. الذي أمرنا الله تعالى به وهو الذي استحلّ به الفرج لا ما سواه[731].

أما العمل الوظيفي، حيث جاء في اتفاقية سيداو أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق لاسيما الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر.وفي ذلك ضمان آخر يمنح للزوجة قصد إعطائها فيها بعد الأحقية في طلب التطليق على أساس مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

ثالثا: التطليق بسبب ضرر معتبر شرعا؛

الزوج والزوجة في نظر الإسلام طرفان أساسيان في شركة الحياة الزوجية وهما يتبادلان الحقوق والواجبات ويتساويان فيها.ولهذا فإنه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته أو يؤذيها بيده أو بلسانه، أو يبغي عليها شيئاً من حقوقها، وللزوجة أن تطلب من القاضي التطليق إذا ادعت إضرار الزوج ولا تستطيع أن تستمر في العيش معه، مثل مداومة إيذائها بأي نوع من أنواع الإيذاء الذي لا يطاق[732].

---

[730] مالك بن أنس، الموطأ، ج3، المرجع السابق، ص .196 وما يليها.

[731] ابن حزم،المحلي،ج9، المرجع السابق، ص .491.

[732] بختي العربي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد،المرجع السابق،ص.130.

للتوصل إلى لمعنى الضرر الموجب للتفريق ينبغي أولا التعرض لمعناه وتحديد المقصود به ، موقف الفقهاء من التطليق للضرر، ثم للضرر اللاحق بالزوجة ومتى يستوجب التفريق.

أ – تعريف الضرر:

الضرر لغة: من الضَّرَرُ والضَّرَر وهو ضد النفع، وهو الشدة والضيق وسوء الحال، والضراء الشدة ونقيض السراء، وأضره :جلب عليه الضرر. لهذا يقال ضار امرأته، أي أخذ عليها ضرة[733] .

أما الضرر اصطلاحا: هو إلحاق الأذى بالغير في عرضه وماله ونفسه. وقد عرفه الباجي بقوله:"ابتداء الفعل بمعنى وقوع الضرر على الغير كنقصان حقه أو إيلامه بإصابة جسمه أو عضو من أعضائه أو سلب ماله[734] .

ب – موقف الفقهاء من التطليق للضرر

إن مقام حق الزوجة في التطليق على أساس رفع الضرر إلا تطبيق من تطبيقات تلك القاعدة الجليلة المعروفة في الفقه الإسلامي بقاعدة "**الضرر يزال**"والتي نجد أصلها في قوله ﷺ" **لا ضرر ولا ضرار**"[735].

وقد نهى ﷺ عن ضرب النساء ضربا مبرحا، فعن عائشة رضي الله عنها قالت : "ما ضرب رسول الله ﷺ امرأة له قط، ولا جلد خادما له قط، ولا ضرب بيده شيئا قط، إلاّ في سبيل الله، أو تنتهك محارم الله، فينتقم لله"[736] .

وعن عبد الله بن زمعة رضي الله عنه قال:**قال**" :ﷺ **لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم**[737]"

---

[733] المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص463

[734] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق،ص.64.

[735] الحاكم أبو عبد الله محمد، المستدرك على الصحيحين،ج2، ط1،الحديث 2345، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ص.66.

[736] أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، ج 08،ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان،2001، ص.262 و مايليها.

[737] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري...المرجع السابق، ص1327 .

اتفق الفقهاء على تحريم الضرر، وللقاضي كذلك أن يأمر بإجراءات تعزيرية لتأديب الزوج المضر بزوجته بعد أن تكون هذه الأخيرة قد رفعت أمرها للقاضي، ويكون القاضي قد نهاه وهدده وألزمه بحسن معاشر[738].

لقد اختلف الفقهاء حول جواز التفريق بين للزوجين للضرر بين معارض ومؤيد، فيما إذا كان الإضرار بالزوجة يعطي الحق للقاضي للتفريق بينهما.

وهو رأي **الحنفية**[739]، **والشافعية**[740]، إن تضررت الزوجة من الزوجها ورفعت أمرها للقضاء وطلبت تطليقها، فإن القاضي ينهاه عن ذلك ويهدده، فإن عاد عزره حسب اجتهاده لكن لا يصل بتأديبه له إلى حد إيقاع الطلاق عليه حتى وإن طلبت الزوجة ذلك لأن الوسائل الأولى من نهي ووعظ فتأديب كفيلة برأب الصدع بينهما.

أما رأي **المالكية**[741]، **والحنابلة**[742]، أنّه لا يحق للزوج أن يلحق بزوجته ضررا ماديا أو معنويا. فإذا أثبتت ضرر زوجها بها رفعت أمرها للحاكم، وبعد أن يجزره القاضي بما يقتضيه اجتهاده من ضرب أو سجن أو توبيخ أو نحو ذلك، ولم يرجع عن إضرارها وبذلك لا تصبح المصلحة في الإبقاء على العلاقة الزوجية وإنّما في إزالتها. وأمام هذا الاختلاف الفقهي، هل يحق للزوجة طلب التطليق للضرر قانونا ؟

جاء في تقرير منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية(OECD)، أن غالبية الدول تسمح للزوجة برفع دعوى للحصول على التطليق للضرر، ولكنها تطلب منها إثبات أنها ضحية لإجحاف زوجها. وعندئذ ينبغي للمرأة الذهاب إلى المحكمة وإقناع القاضي بمنحها الطلاق بناء على أسباب محددة[743].

---

[738] عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية،ج1،ط2،دار الفكر، بيروت،لبنان،1968،ص.751وما يليها.

[739] شمس الدين السرخسي، ج5، المرجع السابق، ص.219.

[740] الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق،ص .344.

[741] شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي،ج2،المرجع السابق، ص.343.

[742] ابن قدامه،ج8، المرجع السابق، ص .168.

[743] مركز المرأة العربية للتدريب والبحوث(CAWTAR)،المرأة في الحياة العامة النوع الاجتماعي والقوانين والسياسات في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، المرجع السابق، ص.236.

تنص الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة على هذه الحالة التي تتيح للزوجة طلب التطليق، وقد كانت عبارة" كل ضرر معتبر شرعا" عبارة واسعة ، كما أنّ هذه الصياغة تدفع بالتساؤل عن الأسباب التسع التي وردت بنفس المادة إذا ما كانت تلحق ضررا بالزوجة. والحقيقة أنّه لا يمكن إنكار ذلك، لها أن تلحق ضررا بالزوجة، وتعيق استمرار الحياة الزوجية بل وتجعلها مستحيلة أيضا، فما كان على المشرع إلاّ أن يتقيّد بضرر معيّن كسوء المعاملة أو أن يكتفي بالفقرة 10 دون سرد الأسباب الأخرى[744]. هذا ويعاب عليه أنّه اقتصر على الأفعال التي تسبّب ضررا للزوجة وفقا للأحكام الشرعية دون الشريعة، في حين يكفي أن يذكر مصطلح الضرر دون تحديد حتى يجمع الشرع والشريعة معا[745].

هذه العبارة هي التي جعلت الفقهاء يقولون أن أسباب التطليق المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، والمقصود بها أن للزوجة طلب التطليق إذا لحقها ضرر سببه لها زوجها سواء بإيذائه لها والإيذاء بالقول مثل القذف، والسب، أما الإيذاء بالفعل مثل سرقة مال الزوجة بليغا يجعل الحياة الزوجية جحيما لا تطاق ولا يقطع هذه الحياة البغيضة إلا التفريق[746].

وبما أن المشرع أورد عبارة عامة فيما يخص الضرر المعتبر شرعا فإنّه يكون بذلك قد فتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي، فمثلا يمكن اعتبار عدم توفير السكن اللائق الشرعي أو إساءة معاشرة الزوجة أو التهرب من الواجبات الزوجية ضرر معتبر شرعا. وحسب بعض الشراح فإن تقدير الضرر سيكون شخصيا لأنّه ما يعتبر ضارا بالنسبة لزوجة قد لا يعتبر ضارا بالنسبة لأخرى، وأن نسبية الإضرار قد تختلف من بيئة إلى أخرى لأنّه يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور في

---

[744] تشوارحميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، ع10، ص.128.

[745] تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص التشريعية والتطور الاجتماعي، المرجع السابق،ص.39.

[746] العروسي أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.595.

المجتمع[747]. وفي ذلك تطبيقات قضائية عدة، فقد اعتبرت المحكمة العليا هذه التصرفات وغيرها من الضرر المعتبر شرعا:

– تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية،" ومن المقرر قانونا أنّه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه...ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون"[748].

وفي قرار أخر جاء في حيثياته: "أن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون إشتراط صدور حكم جزائي، حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، وإلى عريضة الطعن ووقائع الملف يثبت أن قاضي الموضوع عندما قضى بالتطليق للمطعون ضدها، تأكد لديه توفر الضرر المعتبر شرعا، وذلك بإعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وذلك ما اعترف به الطاعن شخصيا أمام المحكمة، وصرح نادما على ما وقع منه على شخص المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وفيما يخص نعيه على أن قاضي الموضوع رفض إرجاء الفصل في دعوى التطليق إلى حين صدور الحكم الجزائي ببراءته، فهذا الدفع غير ملزم به قاضي الموضوع، فهو دفع مردود، وعليه فالحكم محل الطعن جاء مسببا تسبيبا كافيا، الأمر الذي يجعل الوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين رفضه،حيث مما تعين معه رفض الطعن"[749].

كذلك اعتبرت المحكمة العليا أن سوء المعاملة ضرراً معتبر شرعاً،حيث قضت بما يلي:" إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة الرابعة من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون"[750].

---

[747] عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع القانونية، الإسكندرية، 1995، ص.128.

[748] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1988/09/26، ملف رقم 50519،المجلة القضائية،1992،ع2،ص.48.

[749] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2001/01/23 ،ملف رقم 258555،المجلة القضائية،2002،ع2، ص.417.

[750] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2001/07/18،ملف رقم 269594، المجلة القضائية،2003،ع1، ص.349.

إن تأثر المشرع بما جاء في نص المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه يجب أن يكون للمرأة نفس الحقوق مع الرجل فيما يتعلق بفسخ عقد الزواج، وتماشيا مع ما ورد في نص هذه المادة مع قانون الأسرة الجزائري، لذا عدل المشرع الجزائري نص المواد التي تسمح للمرأة حق فك الرابطة الزوجية، وذلك من خلال توسيع الحالات التي يمكن للمرأة أن تباشر فيها حق التطليق.

الفرع الثاني

سلطة القاضي من الأسباب المضافة

منح المشرع الجزائري للمرأة حق فك ميثاق الزوجية عن طريق إرادتها المنفردة والذي جاءت به المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة، إلا أن المشرع قيده بسلطة القاضي حتى يعطي للزوجة الطلاق من عدمه إلا أنه لم يجعل هذه السلطة مطلقة، وإنما قيدها بضوابط عديدة حتى لا يكون هناك إجحاف في حق المرأة في إنهاء ميثاق الزوجية.

كما أن قاضي شؤون الأسرة، يلعب دورا ايجابيا في إيقاع الطلاق، بحيث هو من له السلطة على الملائمة بين الظروف والواقعية للحالة المعروضة عليه، والحل الذي يقرره فيها فهي في أبسط صورها قدرة على التحرك بين الاختيارات المتاحة للقاضي قانونا، ولهذا فمن الخطأ أن تفهم السلطة التقديرية على أنها حرية تطبيق القاعدة القانونية في أحوال عدم النص التشريعي[751]، حتى يعطي للمرأة إمكانية التحلل من

[751] طبيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب،1996، ص.159.

زوجها، ففي بعض الحالات تكون سلطة واسعة وفي حالات يكون سلطة مقيدة في منحه لتطليق[752].

إن إضافة بند الشقاق المستمر بين الزوجين للمادة 53 من قانون الأسرة كسبب موجب للتطليق يعطي للقاضي السلطة الكاملة في التفريق القضائي بين الزوجين، يعني أنه إذا تبث للقاضي الشقاق والخلاف المستمر بكل القرائن والحجج،فما عليه إلا التفريق بينهما. ومن أجل معرفة انسجام أحكام المادة 54 من قانون الأسرة وفق اتفاقية سيداو سنتاولها في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

انسجام الأحكام المادة 54 قانون الأسرة وفق اتفاقية سيداو

تختلف الزوجة عن الزوج في أسلوب حل الزواج ففي الوقت الذي يستطيع الزوج أن يحل عقد الزواج بكلمة تصدر عنه، ومن غير الحاجة لرضا زوجته، أو رأي القاضي، ليس للزوجة تلك الكلمة أو التصرف، ولا سبيل لها في فك ميثاق الزوجية إلا بطلبها من الزوج أن يصدر تلك الكلمة، أو أن ترفع أمرها إلى القضاء ليجبره على النطق بها أو ينوب عنه في إصدارها، متى وجدت الأسباب الشرعية والقانونية في ذلك[753]. وأمام ما يملكه الزوج من حق في الطلاق بإرادته المنفردة، يثور التساؤل التالي: ما هي وسيلة شرعية التي تملكها الزوجة تجعلها تتحلل من الرابطة الزوجية دون عناء، ودون أن يكلفها ذلك سوى التنازل عن قيمة المهر الفعلي أو مهر المثل؟

وبناء على هذا، هل نستطيع أن نظفر بإجابة محددة عن السؤال الذي سبق أن طرحناه سابقا.

نظم التشريع الأسري حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، بناء على نهج الذي سطره الفقه الإسلامي على أن الخلع هو الوسيلة الأخيرة التي تتمكّن الزوجة من

---

[752] سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ،جامعة المسيلة،الجزائر،2020، م2،ع4،ص.296 وما يليها.

[753] فروخ عمر،الأسرة في الشرع الإسلامي،المرجع السابق،ص.171.

خلالها الحصول على حريتها دون عناء من زوج لا ترغب في الاستمرار معه، لعدم قدرة الزوج أحيانا تحقيق الاشباعات المختلفة المتوقعة عند إقامة الرابطة الزوجية بينهما، فقد تكون العلاقة الزوجية فاقدة للتكامل والتوافق والرضا بين الزوجين، فلا يكّلفها ذلك إلاّ بدل وهو المهر أو مهر المثل، ولتقرير ما إذا كان الخلع يقرر للمرأة حقا أصيلا في فك الرابطة الزوجية[754].ومن أجل دراسة مستفيضة لموضوع الخلع، يجب في بداية الأمر أن نلفت النظر في هذا الصدد إلى مجمل عناصر الخلع وذلك بالتعرض لمعناه ومدى مشروعيته ومدى الفرق بينه وبين الطلاق.

أولا الخلع لغة :من خَلَعَ، وهو النزع فيقال خلع ثوبه أو نعله، أي نزعه وجرده، وخُلِعَ الوالي بضم الخاء أي نزع، خالعت المرأة بعلها:أرادته على طلاقها ببدل منها له،فهي خالع[755]، ويأتي بمعنى النزاع يقال خالعت المرأة زوجها مخالعة، إذا افتدت منه وطلقها على فدية وافتداء[756]. والاسم الخلع بالضم هو استعارة من خلع اللباس[757]. فقد استعار الفقهاء لفظ الخُلع لحل ما بينهما من الروابط التي جعلت أحدهما لباسا للآخر، فالخُلع بضم الخاء مصدر سماعي يستعمل في الأمرين لكنه يستعمل في الحقيقة في إزالة الزوجية أو مجازا بإعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس، وقد قال الفقهاء أن العرف خص استعمال الخَلع بفتح الخاء في إزالة غير الزوجية، والخُلع بضم الخاء في إزالة الزوجية[758]، ولما كان كل من الزوجين كاللباس للآخر كما ورد في قوله تعالى:﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾[759]، فكأنّه بمفارقة الآخر نزع لباسه[760].

---

[754] منال محمد المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.223.

[755] ابن منظور ، المرجع السابق، ص .76.

[756] ابن حجر العسقلاني، فتح الباري ،المرجع السابق.477.

[757] أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي،مصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي،ج1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان،1994، ص.178.

[758] محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص.532.

[759] سورة البقرة، الآية 187.

[760]الشربيني، مغني المحتاج ، المرجع السابق، ص347 .

ثانيا الخلع اصطلاحاً:الخلع لدى الفقهاء بصورة عامة فصم العلاقة الزوجية ومفارقة الزوج لزوجته بعوض منها.و يأتي تعاريفهم على نحو التالي:

عند **الحنفية**:"حل عقدة الزوجة بلفظ الخلع وما في معناه في مقابل عوض تلتزم به المرأة "[761]، وهو عندهم فراق الزوجة بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة[762]. أما عند **المالكية** "الخلع والفدية والصلح والمباراة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بدل المرأة العوض على طلاقها إلا أن اسم الخلع يختص ببدلها له جميع ما أعطاه، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره، والمباراة بإسقاطها عنه حقا لها عليه "[763]. **والشافعية** "هو فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع"[764]. أما **الحنابلة** معناه"فراق الزوج امرأته بعوض فإن خالعها بغير عوض لم يصح، لكن إذا كان بلفظ الطلاق أو نواه به فهو طلاق رجعي"[765].

ثالثا الخلع قانوناً:نص المشرع الجزائري على الخلع في المادة 54 من النص المعدل: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم[766]". حيث جاء في تعرف بلجاج العربي للخلع: "دعوى ترفعها الزوجة ضدّ زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت ألاّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وهو يقتضي افتداء الزوجة بنفسها وتنازلها عن حقوقها الشرعية"[767].

---

[761] ابن عابدين، حاشية در المحتار ،ج6،المرجع السابق،ص.890.

[762] إبراهيم بن محمد بن سالم بن صوبان، منار السبيل، تحقيق عصام القلعجي،ج2،ط2، مكتبة المعارف، الرياض، العربية السعودية،1405هـ،ص.151.

[763] ابن رشد، بداية المجتهد ،ج1،المرجع السابق، ،ص.774.

[764] الشربيني، معنى المحتاج ،المرجع السابق، ص.175.

[765] ابن قدامة،الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ص.95.

[766] النص الأصلي: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

[767] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج ، المرجع السابق، ص263 .

كماعرفه الأستاذ عبد العزيز سعد:"عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة،غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناءً على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر لرغبة الزوجة، مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة حكم أو تحديده من القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم"[768].

من خلال التعاريف السابقة والتي وإن اختلفت في بعض الجزيئات إلى أنها اتفقت حول المعنى العام وهو حصول الفرقة بين الزوجين وبرضاهما بعوض تدفعه الزوجة لزوجها، وهو بذلك يختلف عن الطلاق والذي يكون بالإرادة المنفردة للزوج وتنحل به الرابطة الزوجية دون عوض، والملاحظ مما سبق كذلك أن كل التعاريف ركزت على مبدأ الرضائية في مسألة الخلع، إلا أنه وبتفحصنا لما جاء به بعض الفقهاء نلاحظ أن مسألة الرضائية ليست ضرورية حيث يمكن للزوجة أن تخالع زوجها دون حاجة لرضاه حيث كرهت العيش معه لكن بشرط تقديم العوض وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في التعديل الأخير للقانون الأسرة حيث نستخلص من المادة 54 منه بأن الخلع عقد معاوضة بين الزوجين شرع لمصلحة الزوجة لغرض إنهاء الحياة الزوجية وإرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج مقابل عوض أو مبلغ من المال تقدمه لزوجها[769].

ثالثا مشروعية الخلع

يستمد الخلع مشروعيته من القرآن الكريم والسنة النبوية وما أجمع عليه الفقهاء المسلمين، وحدت جل تشريعات الدول العربية حذو الشريعة الإسلامية بإجازاتها للخلع في قوانينها وتشريعاتها المتعلقة بالأحوال الشخصية.

1:القرآن الكريم: لقد ثبتت مشروعية الخلع في القرآن الكريم ومنه قوله﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ

[768] عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.248.

[769] عماري نورالدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، دفاتر سياسة وقانون، جامعة قاصدي مرباح، وقلة،الجزائر،2015 ،ع13،ص.106.

ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ ﴾[770]. الآية الكريمة، خطاب للأزواج تضمن نهيهم أن يأجذوا من أزواجهم شيئا على وجه المضارة[771]. كما ذكرت الطلاق الذي بيد الرجل وهو حق حقوقه، وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله، فإن كانت الكراهية من جهة المرأة فقد أباح لها الإسلام أن تفارق زوجها بطريق الخلع، بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه باسم الزوجة، وله أن يأخذ من الزوجة مالا لتملك عصمتها[772].

ويقول الرازي:"أعلم أنه تعالى كما منع الرجل أن يأخذ من امرأته شيئا عند الطلاق استثنى مسألة الخلع"[773]. بالإضافة إلى أنّه جاء في تفسير ابن كثير، أنّه إذا تشاقق الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ولا حرج عليها في بذلها له[774]، وفي أخد الزوج المقابل المادي لأنه هو الذي أعطاها المهر وكذلك تكاليف الزفاف وانفق عليها، وهي التي طالبت بالفراق، فكان من الأنصاف أن ترد عليه ما أخذت وإن كانت الكراهية منهما معا فإن طلب الزواج التفريق فبيده الطلاق وعليه تبعاته، وأن طلبت الزوجة الفرقة فبيدها الخلع وعليها تبعاته كذلك[775].

2 السنة النبوية:بالنظر إلى مقاصد الشارع الحكيم في تشريع الخلع ومن خلال تطبيقاته في أول قضية خلع في الإسلام، في ما رواه البخاري حدثنا أزهر بن جميل

---

[770] سورة البقرة،الاية229.

[771] القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،المرجع السابق،ص.136.

[772] محمد جرير الطبري،جامع البيان عن تأويل أي القرآن،تحقيق محمود محمد شاكر،ج8،دار المعارف، مصر، 1995، ص.110.

[773] أبوبكر الرازي،التفسير الكبير ومفاتيح الغيب،ط3،دار الفكر، بيروت، لبنان،1985، ص.107.

[774] أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج 01، ط2، دار طيبة، الرياض، العربية السعودية،1999، ص.613.

[775] منال محمد المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.48.

حدثنا عبد الوهاب الثقفي حدثنا خالد عن عكرمة عن ابن عباس قال:" أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بنِ قَيْسٍ أَتَتِ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ، فَقالَتْ: يا رَسولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بنُ قَيْسٍ ما أَعْتِبُ عليه في خُلُقٍ ولَا دِينٍ، ولَكِنِّي أَكْرَهُ الكُفْرَ في الإسْلَامِ، فَقالَ رَسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ: أَتَرُدِّينَ عليه حَدِيقَتَهُ؟ قالَتْ:نَعَمْ، قالَ رَسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ:اقْبَلِ الحَدِيقَةَ وطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً"[776].

فمن الحديث الشريف، يتضح أنّ الرسول اللهﷺ أجاز للمرأة أن تخلع نفسها. ومعنى قولها: أكره الكفر في الإسلام أي أكره الإقامة عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر والمراد ما يضاد الإسلام من النشوز وبغض الزوج ونحوه[777]. وهذا الحديث أصل الخلع واجمع عليه جمهور الفقهاء حيث قال القرطبي في تفسيره :روى عكرمة عن عباس قال:أول من خالع في الإسلام[778].

اتفق جميع الفقهاء على جواز الخلع ولم يخالف منهم سوى أبوبكر بن عبد الله المزني، فإنه لم يجزه وقال إن آية الخلع منسوخة بقوله تعالى ﴿وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا ٢٠﴾[779].

وهكذا يراعي الإسلام جميع الحالات الواقعية التي تعرض للناس ويراعي جميع مشاعر القلوب الجادة التي لا حيلة للإنسان فيها ولا يقوم الزوجين على حياة ينفران منها، والخلع دليل على واقعية الشريعة[780].

شرع الخلع لمصلحة الزوجة ليس لسبب في الزوج أو لتقصير منه وإنما لسبب يعود لنفسية الزوجة، وهو أمر خالص بها فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه

---

[776] صحيح البخاري،كتاب الطلاق،باب الخلع،رقم الحديث5273،المرجع السابق،ص.671.

[777] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مدعما باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 05-02،ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.131.

[778] القرطبي،الجامع لأحكام القرآن الكريم،المرجع السابق،ص.54.

[779] سورة النساء الآية20 .

[780] عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1996،ص.63.

لأسباب جسدية خلقية أو خلقية أو دينية أو نحو ذلك، وتخشى ألا تؤدى حق الله في طاعته و الوقوع في ما لا يرضاه[781].

وبما أن الزوج راغب بزوجته وحريص على البقاء معها، فإنه من العدل حينئذ أن ترد له ما أنفقه عليها كلا أو بعضا على حسب ما يتفقان عليه، فالنفقة أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فك أي كره المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا تركت الرجل[782].

واذا كان الخلع على هذا النحو، وهو إزالة عقدة النكاح بلفظ الخلع مقابل عوض تلتزم به المرأة، فإنه يثور التساؤل التالي: ما هو التكيف الشرعي والقانوني له، هل يقع باتفاق الطرفين أم أنه يكفي أن تطلبه الزوجة دون اشتراط موافقة الزوج؟

للإجابة عن هذا التساؤل، نحاول في المطلب الموالي التعرض إلى التكيف الفقهي والقانوني للخلع، الارتقاء بالخلع من مجرد رخصة إلى حق للزوجة متعرضين بذلك إلى أراء فقهاء الشريعة والقانون واختلافاتهم .

المطلب الأول

التكييف الفقهي والقانوني للخلع

إذا كانت النصوص والأدلة الشرعية قد قطعت بمشروعية الخلع وموافقة نصوص الكتاب والسنة، فإن الفقهاء لم يتفقوا حول الطبيعة الفقهية والقانونية فكانت النتائج متباينة من حيث كونه طلاقا أو فسخا، كما اختلفوا كونه معاوضة أو يمينا، بما يبنى على هذا الاختلاف الفقهي من أحكام تؤثر في حقوق الطرفين.

إن انفراد قانون الأسرة بمادة واحدة دون بيان كثير من الأحكام الشرعية خاصة بالخلع، أدى بالقضاء إلى التماس الحلول في الشريعة الإسلامية، فكان تباين الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا وتضارب التطبيقات القضائية.

---

[781] شيماء الصراف، أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد(دراسة مقارنة في الشريعة والفقه والقانون والاجتماع)، ط1، دار القلم، دمشق،سوريا،2001، ص195 .

[782] ابن رشد،بداية المجتهد،ج1،ص.781.

وفي هذا المطلب سنعالج التكييف الفقهي للخلع من حيث كونه طلاقا أو فسخا في الفرع الأول،ثم في الفرع الثاني طبيعة الخلع من حيث أنه معاوضة أو يمينا.

الفرع الأول
التكييف الفقهي للخلع

إذا بذلت المرأة مالا لزوجها لقاء أن تملك عصمتها وحصلت على ذلك بفك ميثاق الزوجية بناء على خلع، فإنه اتفق الفقهاء في كون الخلع طلاقا إذا كان هذا بلفظ الطلاق مع الاختلاف في كونه كناية أو صراحة[783]. انقسم الفقهاء حول طبيعة الحكم بالخلع هل هو طلاق أم فسخ إلى قولين:

القول الأول: الخلع طلاق وليس فسخا، وهو ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، روي سعيد بن منصور في سننه عن عبد الله بن شهاب الخولأني"إن امرأة اشترت من زوجها تطليقة بألف درهم، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجازة وقال هذه المرأة ابتاعت نفسها من زوجها ابتياعا"[784].

واستدلوا بحديث رسولﷺ لزوجة ثابت بن قيس عندما قال:"**خذ الحديقة وطلقها تطليقة**"[785]، فقد جعله الرسول ﷺ طلاقا وليس فسخا.

كما روي عن أم بكرة الاسلمية أنها اختلعت من زوجها عبد الله بن أسد لم اتيا عثمان رضي الله عنه في ذلك فقال" هي تطليقة إلا أن يكون سميت شيئا فهي ما سميت"[786]، ووجه الدلالة من هذه الرواية أن عثمان رضي الله عنه، قد بين في هذه الفرقة العدد ونص أنها واحدة، والذي يحمل العدد هو الطلاق لا فسخ[787].

---

[783] ابن قدامة، المغني، ج7، المرجع السابق،ص.250.

[784] سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق سعد بن عبد الله بن عبد العزيز أل حميد، ط1، دار العصمي، الرياض،العربية السعودية،1414 هـ، ص377.

[785] سبق تخريجه، أنظر ص231 من هذه الأطروحة.

[786] البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق،ص.316.

[787] عبد الله بن محمد بن ابيشيبة، المصنف في الحديث والآثار،ج4،ط1، مكتبة الرشد،الرياض،العربية السعودية، 1409 هـ، ص.118.

وفي رواية عن عبد الرزاق أن عليا قال" إذا أخذ للطلاق ثمنا فهي واحدة[788]، وقال أيضا عن إبراهيم "كان ابن مسعود لا يري طلاقا بائنا إلا في الخلع أو إيلاء"[789].

والقول الثاني:الخلع فسخ وليس طلاقا وهو قول عبد الله بن عباس قال:"الخلع فرقة وليس بطلاق"[790]. وروي أيضا عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال:"عدة المختلعة حيضة"[791].أما أن الخلع عند الفقهاء فقد تباينت آراءهم و جاءت كالتالي:

عند المالكية: الخلع عندهم هو عقد معاوضة، وتجري عليه أحكام المعاوضة من جواز الرجوع فيه قبل صدور القبول من طرف الآخر، وانتهاء الإيجاب إذا قام من مجلس ولم يصدر القبول. ويعترض على هذا التكييف بأنهم أمضوا الخلع إذا فسد البدل واعتبروه طلاقا بائنا، ومرد ذلك عندهم لوقوع الخلع بعوض ودونه، وبهذا لا يوافق المعاوضات من كل وجه، فهو معاوضة اذا توفر البدل أما إذا سقط البدل ولم يلزم بمثله أو قيمته فيكون من عقود التبرع. وإن وقع الخلع بشيء حرام فإنه ينفذ ويكون طلاقا بائنا[792] .

عند الحنفية: يرى الإمام أبو حنيفة أن الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة، أما يوسف ومحمد بن الحسن فالخلع عندهما يمين من الزوجين، فهو يمين لا يملك الرجوع فيه قبل قيامها من مجلس، فإن وافقت لزمه ووقع الطلاق، وإن قامت من المجلس قبل قبولها أو رفضت ينتهي إيجابه[793] .

---

[788] عبد الرزاق بن همام الصنعاني،المصنف، تحقيق جبيب الرحمن الاعظمي،ج6،ط2،المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان،1403 هـ، ص.482.

[789] عبد الرزاق بن همام الصنعاني،المرجع نفسه،ص.841.

[790] بن عمر أبي الحسن الدار قطني البغدادي، سنن الدار قطني، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني،ج3، دار المعارف، بيروت، لبنان،1966، ص.320.

[791] سنن داود،ج2،ص.269.

[792] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي ،المرجع السابق،ص.350.

[793] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق،ص.444.

عند الشافعية: يرون أن الخلع من عقود المعاوضة، وعلى هذا الأساس رتبوا أحكامه، ويظهر الفرق عندهم بين أن يكون طلاقا كما هو المفتي به في المذهب، أو فسخا كما مال إليه الكثيرون من فقائهم[794].

عند الحنابلة: فهو عندهم معاوضة تقبل التعليق مرة وتمنعها أخرى، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البعض وليس فيه تمليك شيء[795]. وقد ذكر أيضا أن مقصود الزوج من الخلع البدل، فلا نجمع عليه خسارتين الزوجة والبدل، ومرد هذا الخلاف راجع لتفريقهم بين الخلع والطلاق، فإذا وقع بلفظ الطلاق أو نوى الطلاق حتى لو كان بلفظ الخلع يقع طلاقا، لأن الطلاق ليس من عقود المعاوضة[796].

مما سبق، لا يعني أن الخلع يكييف على أنه يمينا ومعاوضة في نفس الوقت، وإنما يعتبر معاوضة بالنسبة للزوجة إذا ابتدأت بالإيجاب لأنها هي ملزمة بدفع البدل، ويعتبر يمينا إذا ابتدأ الزوج بالإيجاب وعلق طلاق زوجته على بذلها للمقابل، أي أمامه بلتزم بطلاقها إن هي التزكت بدفع البدل، لهذا يعتبر يمينا وعهدا من جانبه[797].أما عن التكيف القانوني للخلع سوف نفصل فيع في الفرع الثاني .

الفرع الثاني
التكييف القانوني للخلع

لم يتعرض المشرع إلى مسألة التكييف القانوني للخلع وإنما اكتفى بنص عام تمثل في نص المادة 54 من النص الأصلي على أنه " يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق،عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم". وكان الغموض سيد الموقف في نص المادة كونها

---

[794] محمد الخطيب الشربيني،مغنى المحتاج، المرجع السابق،ص.269.

[795] إبراهيم محمد عبد الله الحنبلي،المبدع في شرح المقنع،ج7، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان،1400هـ،ص .232.

[796] محمد المقدسي،الفروع وتصحيح الفروع،ج5،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان،1418هـ، ص271.

[797] آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق،ص.326.

لم تحسم إذا كان الخلع حق للزوجة تستعمله متى شاءت، أم أنّه عقد رضائي يستلزم موافقة الزوج. وأمام هذا السكوت عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل شراح القانون ينهلون من آراء الفقهاء حول تحديدهم لطبيعة الحكم بالخلع وتبيين الفروقات بينهم مع إظهار الدليل الذي اعتمدوه في ذلك.

حيث قصد المشرع الأسري من وراء اشتراط ضرورة موافقة الزوجين على المخالعة مجارياً في ذلك الفقه الإسلامي السائد، وقد رتب على ذلك نتيجتين:

الأولى، أنه إذا طلبت الزوجة الخلع من زوجها وأبى أن يستجيب لطلبها هذا فظاهر النص يقضي بحسب اعتقاده بعدم حصول هذه الزوجة على الطلاق.

الثانية، أنه إذا أصدر الإيجاب من الزوج ورفضت الزوجة ذلك فلا يقع الخلع[798].

والنتيجة الأخيرة، أي اعتباره عقدا رضائيا، هي التي ذهب إليها شراح قانون الأسرة وقضاة المحكمة العليا خاصة في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة، حيث اعتبر قضاة المحكمة العليا الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين ولابد فيه من موافقة الزوج.

ومما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي:" من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه ولما كان من الثابت– في قضية الحال –أن المطعون ضدها طلبت التطليق لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع"[799].

وعليه عرف المشرع الجزائري مرحلتين في تحديد رؤيته بشأن الخلع كيمين أو معارضة، حيث لم يتعرض المشرع إلى مسألة التكيف القانوني للخلع في كونه عقد يتعين على الزوج اليمين، وعلى الزوجة المعارضة، كما أورده الفقهاء في كون الخلع

---

[798] تشوار حميدو زكية، الدور الايجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية جامعة يوسف بن خدة ،الجزائر،2003،م 40،ع2،ص.10 وما يليها.

[799] قرار المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1988/11/21،ملف رقم 51728،المجلة القضائية،1990،ع3، ص.72.

يعد يمينا من جانب الزوج ،لأنه يرتبط بالطلاق ويعد معاوضة من جانب الزوجة لأن مسألة متعلقة بالتعويض، مما جعل شراح القانون المنتميين لرأي أن خلع بدون إرادة الزوج حاولوا شرح المادة 54 على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنوا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة[800] .

وفي هذا الصدد يقول بلحاج العربي"إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغ من المال لقاء طلاقها، فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا (مخالعو) ومن هنا فإن التكيف القانوني للخلع أنه طلاق على مال، ويعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق على طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل التخلص من رابطة زوجية"[801].

نفس الأمر ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد، حيث كان له نفس الموقف باعتبار الخلع عقدا رضائيا:" إن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة أو مكنة لتمكينها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه ولم تعد تركن إليه أو تحتمل عشرته. ولم يمنحه لها في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، لأنّه لو قلنا بأن الخلع حق للزوجة تطلبه متى شاءت وتطّلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة لكان يجب على القاضي أن يحكم لها بالتطليق بمجرد طلبها أو عرضها مالا مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج...ولأصبح اتفاق الزوج معها على مقدار الخلع كما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة لا معنى له أيضا"[802]، وهو يعني أن الخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها، أو هو عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع

---

[800] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق،ص.70.

[801] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، المرجع السابق،263 وما يليها.

[802] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.252 .

لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين و قبول الآخر[803].

ولعل الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة التكييف كونه اكتفي بالقول أنه في حال النزاع على ما يدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

الخلع غير الرضائي وهو ما ذهب إليه القليل من شراح قانون الأسرة باعتبار أنه يمكن للزوجة اللجوء إلى الخلع دون موافقة زوجها حيث أن المشرع ركز في نص المادة 54 من قانون الأسرة فقط على أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على مال كبدل للزوج، وفي حال عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر للقاضي.

وحسب تقدير الأستاذة آيت شاوش دليلة، فإن مضمون المادة 54 لا تشير إلى الرضائية التي يراها البعض إلاّ فيما يخص بدل الخلع في عبارة ". على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم ."فالاتفاق هنا خاص ببدل الخلع فقط، والمشرع عندما ذكر بدل الخلع فإنّه نص على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال"، فهذا الجواز أُسند للزوجة، أي أنّه استعمال خاص بالزوجة، أما المال أو بدل الخلع فإنّه خاص بهما معا، فإذا لم يتفقا عليه تدخّل القاضي.

قد نفترض أن عبارة" فإن لم يتفقا على شيء "تحتمل معنيين، فإذا كان المقصود هو عدم الاتفاق على مقابل الخلع، فمعنى هذا أن الاتفاق خاص بالبدل فقط، فيتدخل القاضي ويحلّ محل الزوجين لتحديد مقداره، والمادة في هذا المعنى لا قصور فيها .أما إذا كان المقصود من عدم الاتفاق يخص مبدأ الخلع والمقابل معا، فهنا ينبغي الإشارة إلى أن المادة قاصرة ولا تشير إلى ذلك، حيث يشير النص إلى أن القاضي، في حالة عدم الاتفاق، يتدخل فقط لتقدير مقابل الخلع والحكم بعدها بالتطليق خلعا. ولو افترضنا أن موافقة الزوج مطلوبة لإتمام الخلع لنص المشرع على أنّه في حالة عدم

[803] عماري نورالدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، المرجع السابق، ص.109.

اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع ترفض دعوى الخلع من الأساس. ولكن المشرع ذهب إلى عكس ذلك تماما، لأنّه في حالة عدم الاتفاق على شيء أي لم يتفقا على مقدار الخلع في حالة قبول الزوج بالمبدأ، أو لم يتفقا على الخلع من أساسه وبالتالي لم يتفقا على مقدار البدل، في هذه الحالة لم ينص المشرع إلاّ على عمل واحد يقوم به القاضي، وهو تقدير المقابل وإيقاع الخلع هذا يجعلنا نتأكد أكثر من أن المشرع لم يأخذ بعين الاعتبار موافقة الزوج من عدمها[804].

كما يتوافق رأى الأستاذ أث ملويا معها، أن إزالة عقد النكاح بالخلع جائز للمرآة بإرادتها المنفردة ولا حاجة بصدور قبول من الزوج حيث أن الاتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع لكن بالمال المفتدى به، أي مقدار المال الذي تفتدي به الزوجة[805].

إلا لأن المحكمة العليا، بحد ذاتها، غيرت بعد ذلك من اجتهادها، وحدث ذلك قبل تعديل، وذلك في سنوات التسعينات، حيث أصبحت قراراتها تذهب عكس ما ذهبت إليه في الثمانينات .وهذا في حقيقة الأمر دليل إضافي على أن إرادة المشرع كانت متجهة نحو إقرار حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ودون حاجة إلى موافقة الزوج.

ومن بين قرارات المحكمة العليا بداية التسعينيات متخلية فيها عن القول برضائية الخلع ، ما قضت به من قبل ما يلي:"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال ينبغي الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم حيث أن المادة 54 من قانون الأسرة، تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفإن على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده، على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة

---

[804] آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.351 ومايليها.

[805] آث ملويا الحسن بن الشيخ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،ج1،دار هومه،الجزائر، 2005، ص.419.

الموضوع– في قضية الحال – لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون"[806].

وعللت أيضا المحكمة العليا قرارها هذا بما يلي:" حيث أن أصل مشروعية الخلع قد وضعت كعلاج ومخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق معاشرة زوجها وهي لا تملك المبرر الشرعي للفراق ،وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة وقد أسهب الفقهاء في التأصيل و التفريغ في هذا الموضوع الذي لا مجال بذكره وقد يكون باتفاق وبدونه وله أشكال وحالات متعددة"[807].

ومن خلال هاته القرارات يتجلى لنا وبوضوح تحول رأي القضاء الجزائري في مسألة الخلع إذ بعد أن كان يعتبر رضاء الزوج واجب، والحكم بالخلع دون رضائه مخالف لأحكام القانون والشريعة الإسلامية، هاهو الآن يتحول من اعتبار أن الخلع رخصة للزوجة تتوقف في استعمالها على الزوج إلى اعتبار أن الخلع حق أصيل للزوجة، لم يكن محض صدقه بل كان نتيجة لاختلاف فرضته قرارات القضاء المتناقضة، بسبب الغموض الذي كان يكتنف نص المادة 54 من قانون الأسرة، ليتدخل المشرع بتعديله لنص المادة 54 وإزالة الغموض والنص صراحة على ثبوت الحق الأصيل للزوجة[808].

الملاحظ بعد هذه القرارات للمحكمة العليا، أن اجتهادها اختلف اختلافا جذريا رغم أن المادة واحدة ولم تتغير، لكن هذا التغيير في الاجتهاد كرسه النص المعدل لقانون الأسرة. حينما عدلت المادة 54 منه ونصت على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

والملاحظ على المشرع الأسري أنه اختصر موضوع الخلع في مادة واحدة، ليست كافية لأنّها تقرر حقا أساسيا للمرأة وحالة من حالات التفريق القضائي التي يتدخل فيها

---

[806] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ1992/07/21،ملف رقم83603،الاجتهاد القضائي،2001،عدد خاص، ص.134 .

[807] المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 83603 ، المرجع نفسه، ص.136.

[808] عماري نورالدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، المرجع السابق،ص.112.

القاضي ويمارس سلطته في التفريق بين الزوجين، والتي كانت قبل التعديل فقرة واحدة وأصبحت بعده فقرتين قصيرتين تخص الأولى حق الزوجة في المخالعة دون موافقة الزوج، وتخص الثانية تدخل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليهن وهذا عكس الشريعة الإسلامية التي نظمت الخلع في أحكام عديدة كافية ووافية[809].

أما فيما تعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق، فإن المشرع الجزائري كان واضحا مند الوهلة الأولى بتبنيه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقا لا فسخا وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث تبيان كنه الطلاق ومعنى الفسخ هو الترتيب الذي دعم هذا الرأي.

فقد خص المشرع الجزائري الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من خلال المادة 32 إلى غاية 35 منه.

وبذلك نجد أن المادة 54 التي تنص على الخلع كصورة من صور فك الرابطة موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق وهو يؤكد التأثر الواضح وتبني المشرع الجزائري للرأي القائل بالخلع طلاقا لا فسخا،على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضياته بينما الأمر يختلف عليه في الخلع، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتبرها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف ما خارجة تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق.

وفي الحقيقة إن إعطاء صفة العقد للخلع فيه تعزيز لموقف الرجل الذي يعتد بإرادته في هذا الطلاق، والذي لا يقع بدونه، فيتم بإرادته وتلتزم الزوجة في المقابل بالبدل ولا سلطة للقاضي إلا في تحديد الجانب المالي فقط .وهذا ما يعطي للخلع طبيعة خاصة تقترب من الطلاق ومن الطلاق بالتراضي، فالزوجة هي التي تسعى إلى فك الرابطة الزوجية فيما لا يكون الزوج طالبا الطلاق، وفي هذه الحالة فإن الطلاق

[809] براهامي العيد،سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة والقانون المدني الفرنسي،أطروحة دكتوراه،كلية العلوم الإسلامية والحضارة الإسلامية،جامعة أحمد بن بلة وهران،الجزائر 2018/2017،ص.100.

بالخلع يختلف عن الفسخ لأنه بائن، ولأنه يقوم على مبدأ التعويض والمقابل وقبول الزوجة الذي على أساسه يتم دفع بدل الخلع، وهو بذلك يختلف عن الطلاق بالتراضي لأن هذا الأخير لا يشترط التزامات مالية على عاتق الزوجة يلتزم بها للزوج[810].

وبذلك فإن الزوجة تمارس حقا، وقد تكون متعسفة في استعماله، فيلحق بالزوج بذلك ضرر من استعمالها لهذا الحق، فيجوز له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض، ولا يمكن أن يحدد هذا التعويض بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، إذ قد يكون الضرر الذي أصابه أكبر من ذلك، لأن المشرع إذا كان قد سوى بين الطرفين في الحق في الطلاق فكان لا بد أن يسوي بينهما أيضا في الحصول على التعويض.

إن المشرع الجزائري كرس حقا أصيلا للزوجة لفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة، وهذا مقابل ما يملكه الزوج من حقّه في الطلاق بإرادته المنفردة .وقد ذهب المشرع بعيدا في ذلك بحيث لم يجعل لذلك قيدا ولا شرطا. فكما للزوج الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وعليه دفع التعويض إذا كان متعسفا، فلزوجة أيضا الحق في إنهائها بمقابل مادي، هذا يعد مظهرا من مظاهر المساواة بينهما والذي تناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الخلع مظهر من مظاهر المساواة بين الزوجين

وطالما أن الخلع حق للمرأة وأن هذا الحق يخضع لمشيئتها ومرده دائما لإرادتها، ينبغي إذن التعرض لبحث ضوابط إستعمال هذا الحق، إذن من المقرر أن الحق، أي حق كان دائما محدود بما ليس فيه مساسا بالغير، بإساءة إستعماله أو التعسف فيه، وهي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وإن كفل لها القانون الحماية الواجبة، وبناء عليه فإنه يتعين البحث حول كيفية إستخدام الزوجة لحقها في طلب

[810]SAI Fatima Zohra, le khul dans le Code de la famille algérien et la moudawwana marocaine, droit de la famille, regards croisés , laboratoire de droit et des nouvelles technologies, faculté de droit, Oran ,2007 ,p .61.

الخلع، ومدى إتفاقه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة[811]. حيث نتعرض في الفرع الأول الى الغاء موافقة الزوج في فك مثاق الزوجية بواسطة الخلع.

الفرع الأول

تغييب إرادة الزوج في الخلع

جاء في المادة 54 من قانون الأسرة إلى أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم."

ومن خلال هذه المادة أعطى المشرع للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع وذلك دون موافقة الزوج، وبالتالي فهو حق لها في مقابل حق الطلاق الذي منح للزوج دون عناء تقديم دليل أو إثبات.

وذهب القضاء الجزائري في أحكامه إلى القول بأن مقابل الخلع أو بدله لابد وأن يكون مالا، إذ قضى المجلس الأعلى بأنه: " من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه"[812]. وكذلك قرار أخر للمجلس الأعلى أنه" من المقرر فقها وقضاء بأن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت إستعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء

---

[811] أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة ،2004 ،ص. 58 وما يلها .

[812] المجلس الأعلى،غرفة القانون الخاص، بتاريخ 1982/02/08،ملف رقم26709، المجلة القضائية،1982،عدد خاص، ص.258 .

بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك إستوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"[813].

كما كان للمحكمة العليا نفس الموقف في قرارها جاء في مضمونه بأنه" يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع، وخطأ في تطبيق القانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الإتفاق على مبلغ الخلع، يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون"[814].

من الضروري وجود العوض(البدل) مقابل الخلع، فهل معنى ذلك أن يصح بدل الخلع على المهر وغيره، ومادام مالا متقوما مشروعا، وهل يمكن أن يكون مقدار البدل بمقدار المهر أو أكثر منه أو أقل أو مساويا؟ للإجابة على هذه التساؤلات نبحث عن القاعدة الفقهية التي تقول:إن كل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون بدل خلع[815]. فالبدل جزء أساسي في مفهوم الخلع، والمقصود به :"العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها، والخروج من الزوجية عندما يشتد النزاع بينهما، وحين تجد الزوجة أنّ البقاء مع زوجها قد يوقعها فيما لا يرضي الله"[816].

الخلع عند جمهور الفقهاء إلاّ بعوض يأخذه الزوج من الزوجة أو من غيرها فعند الحنابلة: لا يصح الخلع إلاّ بعوض، وإن خالعها على غير عوض فهو كناية في الطلاق، إن نوى به الطلاق كان طلاقا رجعيا، وإن لم ينو به الطلاق لم يلزمه

---

[813] المجلس الأعلى،غ.أ.ش،بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728 ،المجلة القضائية، 1990،ع3، ص.72 .

[814] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم73885،المجلة القضائية، 1993،ع 2،ص .55 .

[815] الموصلي الحنفي، الأخبار لتعديل المختار، تحقيق زهير عثمان الجعيد، ج3، م2، دار الأرقام، بيروت، لبنان، ب.س.ط، ص.202.

[816]عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة،ج1،ط1،،مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب،2018، ص.299.

شيء[817]، ماعدا عند مالك: فالخلع نوعان الأوّل وهو الغالب، ما كان في نظير عوض، والثاني ما وقع بلفظ الخلع ولو لم يكن في نظير شيء وبنوعيه طلاق بائن[818].

وإذا كان من القواعد المسلم بها" **إن الغرم بالغنم**".فإن من العدالة أن يعطي الرجل حق إيقاع الطلاق، مادام قد ألزم بالمهر ونفقات الزوجية والأسرة، ويلزم بالعدة والمتعة، ويضع ما دفعه من مهر وما قدم من مال في سبيل إتمام الزواج. فضلا عما يلزمه هذا الطلاق أيضا من بذل مال أخر في سبيل الزواج من أخرى، كل ذلك يجعل الزوج لا يقدم على الطلاق إلا عند الضرورة القصوى[819]. وعليه انقسم الفقهاء في مقدار البدل إلى فريقين:

الفريق الأول:ومنهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية على أن بدل الخلع غير مقدر، وعلى ذلك قالوا إنه يجوز البدل بأكثر من المهر أو بأقل أو يساوي المهر[820]، واستدلوا بقوله تعالى﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ﴾"[821].

الفريق الثاني:الاباضية والزهري وقال إسحاق وأحمد أنه يجوز أخد البدل في الخلع بقدر المهر الذي تزوجها به ولا يجوز أكثر من ذلك[822]، لأن الزيادة لا وجهة لها، وإذا أخذ زيادة عن مهرها صح مع الكراهية. واستدلوا على ذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ

---

[817] نصير الدين محمد بن عبد الله السّامري الحنبلي، المستوعب،ج2،ط2، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة،العربية السعودية،2003 ، ص.171 .

[818] أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير،ج2، دار المعارف، القاهرة، مصر،1991، ص.518.

[819] محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية،المرجع السابق،ص.284.

[820] ابن حزم،المحلي ،ج9،المرجع السابق،ص.511.

[821] سورة البقرة، الآية 229.

[822] سورة البقرة، الآية 229.

ٱللَّهِ ﴾[823]، حيث تدل الآية الكريمة على جواز أخذ الزوج البدل في الخلع بالمقدار الذي أعطى مهرا لها، فأخذ منها زيادة على ما أتاها فقد خالف ما جاء في الكتاب.

أي كل ما جاز أن يكون صداقا من عين أو ورق أو منفعة، وقليل وكثير، جاز أن يكون عوضا في الخلع[824]، وعليه فإن تحديد مقدار بدل الخلع يتم باتفاق وتراضي بين الزوجين، ولا حرج على الزوج أن يأخذه ما لم يكن هو المتسبّب في طلب الزوجة للخلع .هذا في حال الاتفاق، فماذا لو وقع اختلاف بينهما؟

ذهب الفقه الإسلامي إلى أنّه إذا اختلف الزوجان في الخلع، فادعاه الزوج، وأنكرته المرأة، بانت بإقراره، ولم يستحق عليها عوضا، لأنها منكرة، وعليها اليمين .وإن ادعته المرأة، وأنكره الزوج، فالقول قوله بيمينه، ولا يستحق عليها عوضا لأنه لا يدّعيه[825]. أمّا إن اتفقا على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو في عينه، أو في تعجيله أو تأجيله فإنقسم الفقه إلى قسمين:

1-ذهب الجمهور من **المالكية والحنفية والحنابلة** إلى أنّ القول في هذه الحالة هو قول الزوجة مع يمينها، لأن الأصل براءة ذمتها إلاّ ما تقرّ به، وأيّا ما تنكره فلا يثبت عليها إلاّ بالبينة، فإن نكلت، حلف الزوج وكان القول له، فإن نكل كما نكلت فالقول قولها[826] .

وقد أعطى القانون للرجل حق الطلاق على أن يتحمل كل آثاره القانونية ورتب للزوجة حق الخلع حتى يتملكها شعور الكراهية للزوج أو منه وعن خشيتها ألا تقيم حدود الله بسبب هذا الكره فتستر ما بقي من حياتها فتدفع للزوج بدلا يتم الاتفاق عليه وتتنازل عن جميع حقوقها الشرعية والمالية من مؤخر الصداق ونفقة المتعة ونفقة العدة

---

[823] سورة البقرة ،الآية 229.

[824] نصير الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب.ج 2،المرجع السابق، ص171 .

[825] الشربيني، مغني المحتاج ،ج4،المرجع السابق، ص.365 وما يليها.

[826] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر (أحكام الأسرة)،ج3،دار الكلام الطيب،دمشق،سوريا،2010، ص205 .

وقد يكون ذلك لحفظ كرامتها المهدورة من رعونة زوجها التي ضحت بشبابها لأجله[827].إذن ماهي أوجه التشابه والاختلاف بين الخلع والطلاق بالنسبة للزوج؟

الفرع الثاني

مقاربة بين الخلع والطلاق بإرادة الزوج

شرع الإسلام – وكان له فضل السبق وتبعه المشرع الجزائري– حق المرأة المسلمة في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل ما للرجل من حق في الطلاق بإرادته المنفردة على أساس المقابلة والمماثلة[828]. ويكون ذلك رفقا بالزوج من ظلم الزوجة له بسوء معاملته ورفقا بالزوجة من ظلمها لنفسها بوقوعها في الحرام جراء سوء معاملتها لزوجها، ورفقا بها كذلك بعدم إجبارها على الاستمرار في عيشة لا تطيقها وقد تؤدي بها إلى الهلاك[829].

ولما كان الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج شرعا وقانونا؛ فلا يطاب بتعليل إرادته أو تبريرها ولا يسوغ لا حد رد قصده مهما عزم على ذلك، فإنه يكون ملزماً بتبعاته بمجرد إعلان إرادته، مما يترتب عنه نشأة مركز قانوني جديد للزوج في مواجهة الطرف الآخر الذي لا حيلة له في مناقشة أو رفض ممارسة هذا الحق الإرادي[830].

وعلى هذا الأساس، يختلف الخلع عن الطلاق في أن الخلع يجوز في حالة الطهر والحيض ولا يتقيد وقوعه بوقت لأن الله سبحانه وتعالى أطلقه ولم يقيده دون

---

[827] المستاري نور الهدى، الخلع دراسة مقارنة،مذكرة ماجستير في القانون المقارن،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2014/2013،ص.39.

[828] عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم شريعة وقانون، جامعة وهران، 2006، ص.42.

[829] سامح عبد السلام محمد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية" دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2000 ، ص .82.

[830] عليان بوزيان،أثر ازدواجية المصدر التشريعي في قضايا شؤون الأسرة على الاجتهاد القضائي في مواد فك الرابطة الزوجية،مجلة القانون،معهد العلوم القانونية والإدارية،المركز الجامعي غليزان،الجزائر،2014،ع4، ص.12.

زمن ولأن الرسولﷺ أطلق الحكم في الخلع بالنسبة لامرأة ثابت بن قيس من غير بحث ولا استفسار عن حالة الزوجة وليس الحيض بأمر نادر الوجود بالنسبة للنساء ولأن ترك الاستفسار في قضايا الأحوال مع قيام الاحتمال منزل منزلة العموم في المقام ولأن النهي عن الطلاق في الحيض من أجل ألا تطول عليها العدة وهي هنا التي طلبت الفراق ورضيت بالتطويل والخلع من هذه الناحية كالتطليق من قبل القاضي[831].

ويختلف إيقاع الطلاق عن الخلع في:

ثم إن الخلع تقع به طلقة بائنة، أما الطلاق تقع به طلقة رجعية؛

–تكون المخالعة مقابل بدل نقدي، ولا يكون الطلاق مقابل مال؛

– يقع التفريق بالمخالعة بائنا بينونة صغرى بينما الطلاق رجعيا؛

– لا تعتد المختلعة في البيت الزوجية وتعتد المطلقة فيه؛

– لا ترث المخالعة من زوجها لو مات أثناء العدة وترث المطلقة الرجعية لو مات زوجها أثناء العدة؛

– تنقطع الزوجية في المخالعة بمجرد الموافقة أو دونها، أما الطلاق الرجعي فالزوجية باقية حكما حتى انتهاء العدة؛

– تتقيد المخالعة بالشروط التي يتفق عليها الزوجان بينما يعتمد الطلاق على إرادة الزوج فقط؛

– إذا أراد الزوج مراجعة زوجته المختلعة فإنه يحتاج لعقد ومهر جديدين ولإذنها ولرضاها ولا تحتاج المعتدة في الطلاق الرجعي لذلك بل يراجعها أثناء العدة دون عقد أو مهر ودون إذنها أو رضاها[832].

إن الرجل يوقع الطلاق بإرادته المنفردة يعتبر حكم القاضي منشئا للطلاق، حتى ولو كان مثبتا لإرادة الزوج، وأنه يحق للزوج ألا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، بما أن المشرع جعل العصمة بيد الزوج بقوله"ويتم بإرادة الزوج، "فالزوج

---

[831] أحمد بخيث الغزالي وعبد الحليم محمد علي منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي(دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2009 ،ص.358.

[832] محمد سمارة، الأحكام والآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دارا لثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص .319.

يفصح عن إرادته في الطلاق، أي فك الرابطة الزوجية، إذلم يقيده المشرع بأي شرط أوإلتزام، فما على القاضي إلا الإستجابة لذلك ويصدر حكمه بالطلاق[833].

إن تعديل قانون الأسرة الجزائري الذي جاء بعدة امتيازات ساهمت بشكل كبير في تكريس مركز المرأة في فك ميثاق الزوجية، وهو الأمر الذي ينسجم بشكل كبير مع مقتضيات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وخاصة في مادتها16. والسبب الذي جعل من الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من زوجها مقابل مال تعرضه عليه[834]، حقا أصيلا للزوجة مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، هو محاولة المشرع ضبط النصوص القانونية بما يتماشى ومبدأ المساواة .

وبعد هذه الدراسة المستفيضة، يتم استظهار عدم التمييز ضد المرأة في آثار فك ميثاق الزوجية وبما يتوافق مع بنود اتفاقية سيداو وذلك في الفصل الثاني .

الفصل الثاني

عدم التمييز ضد المرأة في آثار فك ميثاق الزوجية

لا يخفي أن انحلال الرابطة الزوجية لا يؤدي في الغالب إلى التحلل من الالتزامات الأسرية، بل تبقي الكثير من الحقوق على عاتق المطلقين، حيث قيد الشارع الحكيم والقوانين الوضعية وعلى رأسها اتفاقية سيداو، بمجموعة من الحقوق المالية لكل من المرأة المطلقة والأبناء المحضونين .

إذن سوف نتناول آثار اتفاقية سيداو في مسائل غير المالية لفك الرابطة الزوجية في (المبحث الأول)، أما آثار اتفاقية سيداو في مسائل المالية لفك الرابطة الزوجية في (مبحث الثاني).

---

[833] آث ملويا الحسن بن الشيخ ، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر،1999، ص.219.

[834] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء،المرجع السابق، ص.112.

المبحث الأول

آثار اتفاقية سيداو في المسائل غير المالية الناجمة عن فك الرابطة الزوجية

يقرر القانون الدولي المساواة بين الزوجين فيما يتعلق مسؤولياتهما على أطفالهم ورعايتهم والولاية عليهم أثناء الزواج أو بعد فسخه وإنهاء الرابطة الزوجية، حيث حثت اتفاقية حقوق الطفل جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل في جميع القوانين والإجراءات التي تتعلق بالطفل، وحضانته هي من أهم الأولويات التي وجب على المجتمع مراعاتها. تحقيقا للتعهد الواقع على عاتق الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل بالمادة الثالثة فأوصت ضرورة ضمان الحماية والرعاية اللازمين لرفاهية الطفل مع مراعاة حقوق وواجبات الوالدين والالتزام الواجب على كل دولة بأن تتخذ جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة لذلك.

كما جاء في المادة 23 الفقرة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أن تتخذ الدول الأعضاء في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما عند إبرام عقد الزواج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله، وفي هذه الحالة الأخيرة يتوجب اتخاذ التدابير الكفيلة لحماية الأولاد إن وجدوا. وذلك إضافة إلى المادة 6/ج من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة التي تنص على أنه "يترتب للوالدين وعليهما حقوق وواجبات متساوية في الشؤون المتعلقة بأولادهما ويكون لمصلحة الأولاد في جميع الحالات الاعتبار الأول".

أما المادة 16 من اتفاقية سيداو في الفقرة(و) تنص على المساواة بين الزوجين في الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال، كما نصت الفقرة (د)منها على إعطاء الزوجين نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتهما الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما.

وفي نفس السياق جاء في الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بخصوص حق المرأة في حضانة، وردها على التقرير الدوري الثاني للجزائر أنه" ويساور اللجنة القلق إزاء عدم التقدم في مراجعة التشريعات التمييزية .وتعرب عن

قلقها خاصة إزاء عدم إتمام مراجعة قانون الجنسية الجزائرية الذي اعتُمد بموجب الأمر رقم 70-86 المؤرخ 15 ديسمبر 1970، وقانون الأسرة لسنة 1984، مما يديم الأحكام التمييزية التي تحرم المرأة من الحقوق المساوية لحقوق الرجل في إعطاء الجنسية لأطفالها، وكذلك التمييز في مسائل متصلة بالزواج والحياة الأسرية، منها الطلاق وحضانة الأطفال"[835]. يتضح جليا من هذا التقرير أن هنالك نصوص تمييزية فيما يخص مسألة الحضانة، خاصة مساواة المرأة مع الرجل بعد فك الرابطة الزوجية.

إذن الحضانة هي حق للطفل، ومسؤولية الزوج والزوجة بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتهما الزوجية، ويقرر القانون الدولي المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بمسؤوليتهما عن حضانة أطفالهما ورعايتهم والولاية عليهم أثناء الزواج أو بعد فسخه وإنهاء العلاقة الزوجية. وهنا نطرح التساؤل التالي ما هو المعيار في تفضيل أحدهما على الآخر؟ وأي مدى أخذ قانون الأسرة الجزائري بالمساواة بين الزوجين في موضوع الحضانة بعد فك الرابطة الزوجية ؟ وما هي التدابير القانونية لحماية المرأة الحاضنة؟

للاجابة عن هذا التساؤل نتناول في (المطلب الأول) مدى مساواة الزوجين في ضوء الأحكام المقررة للحضانة، أما (المطلب الثاني) عدم التمييز ضد المرأة في مجال النيابة الشرعية.

المطلب الأول

مدى مساواة الزوجين في ضوء الأحكام المقررة للحضانة

تعتبر الحضانة من أهم المسائل التي أعطتها الشريعة الإسلامية أهمية وكذا قانون الأسرة لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للصغير، وذلك نتيجة للوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة، وبالتالي يجب وضع الطفل عند من هو أقدر على

[835] الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الدوري الثاني للجزائر، نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2) المرجع السابق.

الاهتمام به والعناية بشؤونه، وكذا من يكفل له التربية الصحيحة والخلق السليم وذلك حتى يكون فردا صالحا وسط مجتمعه[836].

وبما أن الحضانة هي محل اهتمام التشريع الإسلامي وكذا مختلف القوانين، فإننا قمنا بإعطاء تعريف للحضانة سواء لغة واصطلاحا، إضافة إلى تعريفها في قانون الأسرة الجزائري.

الحضانة لغة: بفتح الحاء:هي ضم الشيء إلى الحضن وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أي عمقه، ونقول حضن الطائر بيضه إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعانقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه[837].

الحضانة اصطلاحا: لقد اختلف الفقهاء في تعريف معنى الحضانة، إلا أنها كانت متقاربة في المعنى، حيث تدور كلها حول حفظ الصغير ورعاية شؤونه و يمكن إجمالها في التعريفات التالي:

الحنفية:"ضم الأم ولدها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل لثيابه"[838].

المالكية:"حفظ الولد في مبيته ومؤنه طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[839].

الشافعية:"حفظ من لا يستقل بأموره، ككبير مجنون وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره"[840].

الحنابلة:"حفظ ضعير ومجنون ومعتوه وتربيتهم بعمل مصالحهم"[841].

---

[836] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق آخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص.379 .

[837] فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.369 .

[838] أبو بكر بن مسعود أحمد، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص.40.

[839] محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، شرح مختصر خليل،المرجع السابق،ص.607.

[840] الرملي محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج ،ج7، المرجع السابق ص.225.

[841] البهوتي منصور بن يونس الحنبلي، كاشف القناع ، المرجع السابق،ص .495.

أما عند الفقهاء المعاصرين، يرى السيد سابق:"إن الحضانة هي القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بالأمور، وتعده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره، وتربيته جسمياً وعقليا ونفسيا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها"[842].

وعرفها وهبة الزحيلي:"تربية الولد لمن له حق الحضانة، وهي تربية أو حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كالطفل أو المجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها"[843].

ومن خلال هذه التعريفات نستخلص بأن الحضانة هي:القيام بحفظ الصغير الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بمصلحته، ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته تربية سليمة تؤدي إلى سلامته جسميا ونفسيا وعقليا[844].

أما قانونا: عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة 62 من قانون الأسرة بقوله"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظ صحته وخلقه".

يظهر من خلال هذا التعريف أن المشرع الأسري الجزائري استنبطه من الأحكام الفقهية، فقد جاء تعريفه مطابقا لما جاء به الفقهاء.

لتوضيح أكثر المقصود بالحضانة قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحيث ستناولنا في الفرع الأول شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها، وفي الفرع الثاني عمل المرأة غيرمسقط للحضانة.

---

[842] السيد سابق، فقه السنة،ط5، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان،1983،ص.288.

[843] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص.117.

[844] محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات،جامعة الوادي،الجزائر،2014،ع1،ص.184.

الفرع الأول
شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها

لا تسند مهمة الحضانة لأي شخص مهما كان قريبا من المحضون، ما لم يكن حريصا على مراعاة مصلحته، حيث اتفق الفقه الإسلامي على إعطاء الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال. وحجتهم في ذلك أنه إذا كانت الحضانة حق للأم دون الأب فإن القياس يقتضي أن تكون للنساء دون الرجال. وفي الواقع ليس في ذلك غرابة فالنساء أليق بالحضانة لأنهن مطبوعات على الحنان والشفقة، وهن أقدر على التربية والصبر على القيام بها، وإتباعا لذلك رتبوا الحاضنات من النساء، وجعلوا بعضهن مقدم على بعض حسب القرابة، ومن ثمَّ الرجال حسب ترتيبهم في الإرث[845].

ولكل مذهب فقهي طريقته في ترتيب مستحقي الحضانة بعد الأم بحسب مراعاتهم لمصلحة المحضون[846].

عند **الحنفية** تكون الحضانة للأم، أم الأم، أم الأب، الأخوات، وتقدم الشقيقة، الأخت للأم، الأخت للأب[847].

أماعند **المالكية** الحضانة حق للوالدين معا حال قيام الزوجية؛ أما الأم المطلقة أو المتوفى عنها زوجها فالحضانة حق لها لا ينازعها غيرها فيه، فإن لم توجد الأم انتقلت الحضانة إلى أمها، ثم إلى جدة الولد لأمه، ثم إلى جدة الأم، ثم إلى خالة الولد المحضون أخت أمه، ثم إلى خالة أمه، ثم جدته أم أبيه، ثم أم أمه، ثم أم أبيه، ثم تنتقل حضانة الولد إلى أبيه، ثم أخته، أي أخت الولد المحضون، ثم إلى عمة الولد، فعمة أبيه، فخالته .وفي انتقالها بعد ذلك إلى بنت أخ المحضون أو بنت أخته أقوال في المذهب، والأظهر أن الحضانة تكون للأكفأ منهن، فإذا لم يوجد أحد ممن ذكر، فإن الحضانة تثبت للوصي ذكرا أو أنثى، ثم لأخ المحضون شقيقا كان أو لأم أو

---

[845] وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعة القانونية مقارنة مع القانون الوضعي،ط4، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1997، ص .225.

[846] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق،ص.719 وما يليها.

[847] خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل،دار الشهاب،الجزائر ،1988،ص.167.

لأب، ثم للجد من جهة الأب الأقرب فالأقرب، ثم ابن أخ الولد المحضون، ثم عمه، ثم ابن عمه. وفي جميع هؤلاء الحاضنين يقدم الشقيق، ثم الذي لأم، ثم الذي لأب، فإن تساووا قدم أكثرهم صيانة للمحضون وشفقة عليه[848].

أما **الشافعية** فالحضانة عندهم للأم ثم أمهاتها المدليات بالإناث لا بالذكور، ثم أم الأب وجداته المدليات بالإناث وإن علون، ثم أم الجد وجداته، ثم أم أب الجد وجداته، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الإخوة، وفي كل الحواضن يقدم الشقيق، ثم الذي لأم ، ثم الذي لأب[849].

وعند **الحنابلة** الأم ثم أمهاتها القربى فالقربى، ثم الأب، ثم أمهاته القربى فالقربى، ثم الجد الأقرب فالأقرب، ثم أمهاته القربى فالقربى، ثم الأخت، ثم الخالة، ثم العمة، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمة الأم، ثم عمة الأب، ثم بنت الأخ وبنت الأخت، ثم بنت العم وبنت العمة، ثم بنت عم الأب، ثم بنت عمة الأب، ثم لباقي العصبات، الأقرب فالأقرب، ثم لذوي الأرحام، ثم للحاكم[850].

أما من حيث القانون نص المشرع قبل تعديل المادة 64 من قانون الأسرة" على الأم أولى بحضانة ولدها، تم أمها، ثم الخالة،ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون"، في كل ذلك نستنتج من هذه المادة إن الحضانة تثبت للنساء أصلا، كما أن القانون الجزائري بعد أن منح حق الحضانة للأم، رتب المستحقين لها ابتداء بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربون درجة. كما تعتبر الحضانة حقا للأشخاص المذكورين السالفة الذكر، حسب الترتيب الذي وضعهم فيه القانون فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة، وليس من النظام العام، بل يجوز للقاضي مخالفته ولكن بشرط مراعاة مصلحة المحضون .أما بعد التعديل الذي أدخله المشرع الأسري على المادة 64 من قانون الأسرة أصبح الترتيب على النحو التالي:" الأم، الأب، الجدة

---

[848] الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل ، المرجع السابق، ص.594 وما يليها.

[849] أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب،ج7، ط1،دار السلام، بيروت،لبنان،1997،ص.243.

[850] الكاساني، بدائع الصنائع ،ج4، المرجع السابق،ص.41؛ البهوتي منصور بن يونس الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ص.628 وما يليها.

للأم، الجدة للأب، الخالة، العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

فالملاحظ هنا، أنه تم تقديم الأب عن الجدة للأم والخالة في إسناد الحضانة بموجب التعديل لقانون الأسرة وهذا لاعتبار الأب أولى منهم وأكثر حرصا على رعاية أبنائه، وعليه فإن الأم تعد المدرسة الأولى للطفل، وبالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية للطفل و استقرارها من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه واستقامة سلوكه. بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر غذاء بالنسبة للصغير في بداية تكوينه الجسدي والعقلي، وهي كذلك منبع العطف والحنان ومجرى الحب والشفقة، ولهذا فالأم أولى بحضانة الطفل، فإذا توافرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك.

إن التعديل الذي مس حق إسناد الحضانة، إنما كان لتحقيق مبدأ المساواة بين الطرفين، وخلق نوع من التوازن بين الأم والأب، رغم كل ذلك فإن مبدأ مصلحة المحضون هو الفاصل الأساسي في إسناد الحضانة للأم، حيث تبقي مصلحة المحضون مسألة نسبية لا يمكن حصرها، فهي تتعلق بكل طفل لوحده، أين تبقي السلطة التقديرية للقاضي لتحديد الظروف الخاصة بالمحضون، فهي مسألة فقهية يصب إفراغها في مادة قانونية[851].

ومن زاوية التطبيق نصت المحكمة العليا أنه:"يراعي مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، وأنه يخضع لتقدير مصلحة المحضون هنا للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[852].

والظاهر أن الاجتهاد الجديد الذي انتقل بمقتضاه مركز الأب إلى المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة كان بسبب تغير واقع المجتمع والأسرة الجزائرية، وتأثير باتفاقية سيداو مع تجسيد مبدأ التكافئ والمساواة بين الطرفين، إضافة إلى أن الأسر اليوم تعيش أغلبها حياة مستقلة عن الأصول، خلافا لما كان سائدا من قبل حيث كانت العائلة

---

[851] خلف بوبكر، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيدر بسكرة ،2016،م16،ع2، ص.524.

[852] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2011/03/10، ملف رقم 613469،مجلة المحكمة العليا، 2012، ع01، ص.285.

الكبيرة تحتضن كل الأسر الصغيرة، ويتربى الأولاد في كنف الآباء والأجداد، والأعمام والعمات، وربما الأخوال والخالات، فلا تجد الجدات صعوبة في حضانة أحفادهن، وتقديم واجب الرعاية لهم. أما اليوم، فإن أغلب الجدات يعشن وحيدات في بيوتهن، وهن مع الكبر والضعف والمرض أحوج إلى من يرعاهن ويقوم على شؤونهن، بعد أن تفرق عنهم الأبناء والبنات، ولذلك يكون إسناد حضانة الأطفال إليهن ضربا من التكليف بما لا يطاق. ومن هنا، كان التشريع الجديد اجتهادا مبنيا على تغير الواقع، وهو اجتهاد يعضده مذهب الإمام ابن قيم الجوزية، الذي استعرض آراء الأئمة في هذه المسألة، وناقشها مطولا، واستغرب تقديم قرابة الأم على الأب، فقال ":فكيف تقدم قرابة الأم على الأب نفسه وعلى قرابته، مع أن الأب وأقاربه أشفق على الطفل وأرعى لمصلحته من قرابة الأم؟ فهذا القول مما تأباه أصول الشريعة وقواعدها، وهذا أيضا في غاية البعد ومخالفة القياس"[853].

كما أن قانون الأسرة الجزائري لم يفصل في شروط استحقاق الحضانة، وإنما اكتفى إجمالا باشتراط الأهلية في الحاضن، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 62 ما يلي " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". أما الفقرة الأولى من المادة 67منه نصت على أن اختلال شرط من شروط استحقاق الحضانة يعتبر مسقطا لها، حيث إن مصلحة المحضون تضطرب حتما باختلال أحد الشروط وبما أن قانون الأسرة لم يبين شروط أهلية الحاضن، فإنه يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وفقا للمادة 222 منه كما يستشف من اجتهادات المحكمة العليا أن شروط أهلية الحاضن لا بد فيها من مراعاة ما يلي:

أولا – أن تكون وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وحيث إن قانون الأسرة لم يبين شروط أهلية الحاضن، فإنه يحيل على أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 منه. ومن ثَم جاء قرار المجلس الأعلى أن إسناد الحضانة لمن لا يقدر على حفظ المحضون يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، وخطأ في تطبيق القانون، وبناء عليه

[853] ابن القيم ،زاد المعاد في هدي خير العباد،ج5، المرجع السابق، ص.442 وما يليها

نُقِّضَ القرار القاضي بإسناد الحضانة إلى الجدة مع كونها فاقدةً للبصر، لأنها عاجزة عن القيام بشؤون الأبناء[854].

ثانيا – الأصل ثبوت الأهلية للحاضنة، وانعدامها لا يثبت إلا بدليل قطعي، ولهذا قررت المحكمة العليا أن محضر مصالح الأمن لا يعتبر دليلا كافيا على عدم صلاحية الأم لممارسة الحضانة، بل هي مجرد معلومات لا يمكن الاعتماد عليها. وإن مسألة مهمة مثل الحضانة تستلزم الإثبات بشهادة الشهود. كما أن مراعاة مصلحة المحضون تقتضي الاستعانة بمرشدة اجتماعية، قصد معرفة الجهة التي تليق بمصلحة الطفل[855]. وفي قضية أخرى نقضت المحكمة العليا الحكم القاضي بإسقاط الحضانة عن الأم بدعوى مرضها العقلي، لأن الشهادة الطبية المقدمة ضد الأم لم تصدر عن طبيب مختص[856].

ثالثا – أن يراعى في الشروط مصلحة المحضون في كل الأحوال، وذلك ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة ، وبناء على ذلك قرر المجلس الأعلى أن إسناد الحضانة إلى الأم مع ثبوت فساد أخلاقها يعد خرقاً للقانون، لأن من شروط الحاضن أن يكون أمينا، لضمان سهره على رعاية المحضون صحةً وخلقاً[857]، وفي قضية أخرى أيدت المحكمة العليا قرار قضاة المجلس بإسناد الحضانة إلى الأم رغم أنها أُدِّينَت بارتكاب جريمة الزنا بموجب قرار جزائي نهائي، مُعَلِّلَةً قرارها بأن الفقرة الأخيرة من المادة 67 من قانون الأسرة تنص على

---

[854] المحكمة العليا، قرار رقم33921 ،المؤرخ في 1984/07/09،مقتبس عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية،ج1، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص.304 وما يليها.

[855] قرار رقم245123 ،المؤرخ في 2000/07/18،مقتبس من جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، نفس المرجع ،ص.1224 و ما يليها.

[856] المحكمة العليا، قرار رقم265727 ،المؤرخ في 2002/02/13،مقتبس عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، نفس المرجع ،ص.1224 و ما يليها.

[857] المحكمة العليا، قرار رقم53578 ،المؤرخ في 1989/05/29،مقتبس عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، نفس المرجع ،ص.519 ما يليها.

وجوب مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال، وأن مصلحة البنت تقتضي بقاءها عند والدتها، لأنها لا تزال طفلة صغيرة لم تستغنِّ بعدُ عن خدمة النساء[858].

أما عن شروط الحضانة، لم يحددها المشرّع الجزائري ، لكنّه اكتفى بالحديث عن الأهلية دون التفصيل فيها، كما أنه صنف الترتيب في الحضانة بشكل مختصر في حين أن الأمر يقتضي التفصيل، إضافة إلى موضوع تمديد الحضانة جعله مقتصراً على الأم التي لم تتزوج ثانية إلى بلوغ 16 عاماً، لكن إن كانت الأم متزوجة أو آلت الحضانة إلى غيرها فتنقضي ببلوغ الذكر 10 أعوام. وهذا عملا بأحكام المادة 65 من قانون الأسرة " تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون". وعندما نحاول تحليل هذه المادة فإنها تتضمن قاعدتين أساسيتين ،أولهما تتعلق بإنقضاء مدة الحضانة وإنتهائها بحكم القانون، ثانيها تتعلق بتمديد مدة الحضانة بحكم من المحكمة.

فبالنسبة للقاعدة الأولى، إن المدة التي يمكن أن يتخاصما خلالها الحاضون على حق الحضانة للطفل الصغير هي المدة التي لم يكن فيها الطفل الذكر قد بلغ 10 سنوات من عمره،والمدة التي لم تكن فيها البنت قد بلغت سن الزواج وهي المحددة في المادة 7 من قانون الأسرة. وع ذلك كقاعدة عامة أنه عندما يبلغ الولد سن 10 وتبلغ البنت 19 سنة، لم يعد للأب ولا للأم حق النزاع على الحضانة على اي واحد منهما، ولم يعد الحق لأي واحد من الوالدين الرجوع إلى المحكمة للمطالبة بالقضاء بحق بالقضاء بحق الحضانة للولد أو البنت لأنهما في هذه السن لم يعد يحتجان إلى من يحضنهما كأكفال ضغار وإنما يبقيان يختجان إلى من يرعاهما و يهتم بمستقبلهما من حيث الإنفاق و التربية والتوجيه[859].

---

[858] المحكمة العليا، قرار رقم564787 ،المؤرخ في 2010/07/15،مقتبس عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، نفس المرجع ،ص.519 ما يليها.

[859] ربيحة إلغات، الحضانة بين احكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، حوليات،2015،ع27، ص.50.

أما بالنسبة للقاعدة الثانية المتعلقة بتمديد مدة الحضانة بحكم من المحكمة بناء على طلب الحاظن، فإننا نرى أنه استثناء من هذه القاعدة أنه يجوز للقاصي أن يقضى بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من سنوات10 إلى 16 سنة إذا إنتهت المدة القانونية للحضانة وطلب الحاضن من المحكمة بتمديدها بشرط ان يكون الحاضن طالب التمديد هي الأم نفسها، وشرط أن لا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذو محرم للمحضون[860].

وثمة مسألة أخرى تخص مصلحة المحضون، وهو عمل المرأة الحاضنة، هل يعتبر من مسقطات الحضانة أم لا؟ هذا ما سنتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني
عمل المرأة غير مسقط للحضانة

أضاف المشرع بعد التعديل في المادة 2/67 من قانون الأسرة على أنه :" لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، لأن عمل المرأة ينصب في مصلحة المحضون"، ولو أن المشرع جعل عمل المرأة سبباً من أسباب سقوط الحضانة لتعارض ذلك مع نص المادة 11 من اتفاقية سيداو، في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل و المرأة بوصفه حقا ثابتا للجميع، وهذا من أجل انسجام الأسرة والحفاظ على المجتمع وتماشيا مع كافة القرارات والإعلانات والاتفاقيات والتوصيات الصادرة من الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة و الرامية إلى القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة.

[860] ربيحة إلغات، الحضانة بين احكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، المرجع نفسه، ض.50.

وبحسب هذه الفقرة، فإن المبدأ العام هو أن عمل المرأة الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة، ولكن استثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط الحضانة عن المرأة العاملة إذا كان في عملها ما يخل بمصلحة المحضون[861].

والناظر في هذه المسألة يظهر له أن(مراعاة مصلحة المحضون) وهي جملة تكررت في أغلب المواد الخاصة بالحضانة تدل على أنها محور القضية، وما دام الأمر كذلك فإن أي أمر أو حال يتعارض مع مصلحة المحضون، وجب أخذه بعين الاعتبار، وإسقاط الحضانة بسببه؛ سواء تعلق بعمل المرأة أو بغيره، ومن هنا يتبين أن الفقرة التي تتحدث عن عمل المرأة زائدة، لأن القاضي ملزمٌ بتحري مصلحة المحضون في كل الأحوال، وذلك من خلال النظر في عمل المرأة في حد ذاته، وهل يتنافى ومصلحة المحضون أم لا؟ وهو أمر في غاية الأهمية، يستلزم من القاضي فحصا دقيقا للقضية، والاستعانة بكل الطرق القضائية من تحقيقٍ ومعاينةٍ وإجراء خبرة، لكي يتوصل من خلال ذلك كله إلى نتيجة تكون لمصلحة المحضون، ومن ذلك طبيعة عمل المرأة ووقته ومسافة مقر العمل عن منزل الحضانة، ومدة غياب المرأة في عملها، وغير ذلك من الملابسات التي تفيد في موضوع القضية. وهذا بلا شك يجعل الأحكام القضائية تختلف من حاضنة لأخرى، ولو كان لهما العمل نفسه، فحكم المرأة التي تشتغل بالتجارة، ومتجرها يقع في بيتها الذي تقيم فيه مع المحضون، يختلف حتما عن التاجرة التي تعمل بعيدا عن بيتها، وتتنقل باستمرار هنا وهناك لأجل عقد الصفقات وجلب السلع؛ والممرضة التي تداوم بالليل يختلف حكمها عن تلك التي تعمل بالنهار، وهكذا يكون لكل حالة حكمها الخاص بها والذي لا يقاس على حالة أخرى[862].

---

[861] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية،أطروحة دكتوراه،جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان،2014/2013، ص.458.

[862] ذكر علماء الحنفية أن الأم لا تستحق الحضانة إذا كانت غير مأمونة، بأن تخرج من البيت كل وقت، وتشتغل عن الولد، وتتركه ضائعا؛ ذلك أن الولد في حكم الأمانة عندها، ومضيع الأمانة لا يستأمن .وأضافوا :إن المناط في إسقاط الحضانة عن المرأة العاملة هو ضياع الولد، ولهذا قالوا :إن الحاضنة لو كانت صالحة، كثيرة الصلاة، قد استولى عليها محبة الله تعالى وخوفه، حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه، انتُزِّع منها؛ يراجع الزيلعي عثمان بن علي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ص.7.

وحسب رأي الأستاذة حميدو زكية فإنه:"على القاضي النظر إلى نوع الوظيفة التي تمارسها المرأة من حيث إذا كانت تشغلها عن المحضون كل الوقت، ومن حيث مساهمة هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة الطفل كأن تكون مدرسة فتساعده في الدراسة والتعليم، أو تكون طبيبة فتعرف ما ينفعه مما يضره، فمادامت الوظيفة مشروعة والحاضنة لا تتخلي عن الطفل وقتا طويلا إلى حد فقدانه الحنان والرعاية مع القدرة على التوفيق بين العمل والحضانة فإن حق المرأة فيها لا يسقط"[863].

إلى جانب ذلك كان القضاء الجزائري في البداية متشددا حول مسألة إسقاط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة، إذ جاء قرار المحكمة العليا:"إن الشريعة التي منحت الأم المرتبة الأولي في ترتيب الحضانة ثم تحصر اهتماماتها في ضرورة الحنان على أولادها بل أنها أرادت أيضا أن توفر لهم الاعتناء في كل وقت والرعاية التي يستحقونها، فإن القرار المطعون فيه متى شاهد إن الوظيفة التي شغلها الأم تجعلها بعيدة عن أولادها الشطر الأعظم من النهار، فيمكن للمجلس من دون انتهاك الشرع أن يصرح،لا بسقوط حق الأم في الحضانة فحسب بل عدم قدرتها على الاهتمام بأولادها فقضى بتسليمهم إلى أبيهم الذي اثبت وجود شخص في بيته وهي في هذه الحالة أمه وهي جديرة بتوفير لهم كل العناية المطلوبة"[864].

غير إن سرعان ما تغير موقف القضاء حول عمل المرأة بأنه سبب من أسباب إسقاط الحضانة لأولادها، وذلك من خلال القرار التالي:"من المستقر القضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الوالدين عن الطاعنة باعتبارها

[863] حميدو زكية،مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان،2008، ص.499.

[864] المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص،بتاريخ 1969/05/29، ملف رقم 3469، نشرة القضاء، 1970، ص.50.

عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس مما استوجب نقض القرار المطعون فيه"[865] .

كما رفضت المحكمة العليا إجابة طلب الزوج بإسقاط حضانة بسبب عملها مستندة في ذلك إلى نص المادة 62 فقرة 2 من قانون الأسرة، فقضت في قرارها بأن" عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية..،فضلا عن أن الحضانة ليست حق للحاضنين فقط،وإنما هو حق للمحضون أيضا"[866].

وبهذا فإن تطبيق مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في مجال الحضانة، إذا تغلبت مصلحة المحضون وهي المعياراً الأساساً لذلك، وعليه هل يمكن أن تبقي الوصاية الشرعية على المحضون معيار فاصلا؟ هذا ماسنتاوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

عدم التمييز ضد المرأة في مجال النيابة الشرعية

النيابة الشرعية نظام أفردته الشريعة الإسلامية ونظمته القوانين الحديثة يقصد به سلطة أقرها الشرع الحكيم والقوانين لفائدة شخص يطلق عليه اسم النائب الشرعي على أنفس وأموال أشخاص بسبب قصور أهليتهم أو لظروف حالت دون تدبيرهم لشؤون والقيام عليها بأنفسهم، فيقع على النائب الشرعي بموجب هذه السلطة واجب الرعاية والحفاظ على مصالح الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية، كما يمنح صلاحية التصرف في أموالهم وإدارتها حفظا وتنمية واستثمارها، حيث تحل إدارة النائب الشرعي محل إدارة الشخص الخاضع لنظام النيابة الشرعية في إنشاء التصرفات والعقود وفي تنفيذها والمطالبة بالحقوق الناتجة عنها والتقاضي بشأنها الدفاع عنها[867].

---

[865]المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ2000/07/18،ملف رقم 245156،المجلة القضائية،2001،عدد الخاص،ص 188.

[866] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2002/07/03، ملف رقم 274207،المجلة القضائية،2002،ع1،ص.263.

[867] قندوز سناء، الرقابة القضائية على امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة (الولاية والوصاية)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر،2016،م13،ع1،ص.152.

ومن خلال هذا يتبن لنا أن النيابة الشرعية تقوم على طرفين، أوهما: هم الأشخاص الخاضعون لنظام النيابة الشرعية وهم تلك الطائفة من الأشخاص الذين يعانون من قصور في أهلية التصرف لديهم أو حل بهم مانع حال دون ممارستهم لأهليتهم ومباشرة قصور في أهلية التصرف لديهم أو حل بهم مانع حال دون ممارستهم لأهليتهم ومباشرة التصرفات والعقود المختلفة، هؤلاء الأشخاص أخضعهم الشرع والقانون لنظام النيابة الشرعية لحمايتهم في أنفسهم وأموالهم في إطار المفهوم العام للتصرفات الخمس الواجب المحافظة عليها طبقا للمبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية.

والطرف الثاني للنيابة الشرعية وهو الذي يهمنا هم الأشخاص القائمون بمهمة النيابة الشرعية، وهم طائفة من الأشخاص كلفهم الشرع بمهمة الحفاظ على أنفس وأموال الخاضعين لنظام النيابة الشرعية بصونهم و تنمية أموالهم[868].

ساوت اتفاقية سيداو بين الأب والأم في الولاية، والقوامة والوصاية على أطفالهما وفي جميع الأمور المتعلقة بهم طبقا لنص المادة 16/د

وجاء العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية متوافقا مع ما تضمنته الاتفاقية السابقة حيث نص في المادة 23 الفقرة الرابعة منه على "أن تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين و واجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله ". من الواضح أن واجبات الزوجين لا تنحصر في واجباتهما الزوجية بل تتعدى ذلك واجباتهما نحو أولادهما.

أما بالنسبة للولاية والوصاية على الأبناء فقد نصت المادة87 من قانون الأسرة المعدل بأن الولاية على القصر تكون للأب و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول أي مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنع القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة

[868] محمد توفيق قدري،النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري(دراسة مقارنة بين بعض القوانين العربية)، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2018/2017،ص.10.

الأولاد، وهذا خلاف لما كان عليه في النص الأصلي، حيث كانت المادة 87 تنص فقط على أن يكون"الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا".

الفرع الأول

حق المرأة في الولاية في قانون الأسرة

يعتبر نظام الولاية من أهم صورها، كونها النيابة الأصلية والإجبارية، كما تتصف ولاية الأب بالولاية الإلزامية، فهي حق وواجب في نفس الوقت فلا يجوز له التنحي أو التنازل عنها أو إسنادها لغيره إلا بإذن المحكمة، كما لا تنتقل إلى ورثته بعد وفاته[869].

فهي تعد السلطة الشرعية التي تمنح لصاحبها التصرف في الشؤون الخاصة بالصغير كما هو الشأن لدى الأب والوصي، والولاية قد تكون على المال أو على النفس، أو عليهما معا؛ والى جانب هذا الأصل يوجد ما يسمى بالولاية العامة، أين ينتقل التصرف للحكّام، لينوب القضاة عنهم تحقيقا لحماية القصّر[870].

مفهوم الولي في قانون الأسرة الجزائري يختلف عنه في الفقه الإسلامي، حيث يتسع مفهوم الولي في الفقه الإسلامي ليشمل الأب والجد ، وأيضا الوصي والمقدم والأقارب وكل نائب شرعي. أما في القانون الجزائري فيقتصر مفهوم الولي على الأب والأم فقط.حسب نص المادة 87 من قانون الأسرة فإن الولي هو الأب ومن بعد وفاته الأم، على أن تنتقل الولاية في حالة الطلاق لمن أسندت له الحضانة منها بمنح المشرع الأسري للأم حق الولاية على أولادها القصر بعد الوفاة الأب بقوة القانون، فتصبح هي الولي الشرعي، كما جعل لها القانون سلطة الحلول محل الأب

---

[869] جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس،2006،ص.40.

[870] كمال حمدي، الأحكام القانونية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص .30.

حين غيابه أو حصول مانع له، وذلك في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد دونما الحاجة إلي التثبت من القضاء[871].

كان نص المادة 87 في النص الأصلي يقضي بأن" يكون الأب وليا على الأولاد القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا." بموجب هذا النص أقر المشرع الجزائري مبدأ يعتبر الأصل شرعا وهو أن الولاية حق للأب باعتباره ربا لأسرته فمنحه ولاية تامة على أولاده القصر أي النفسية والمالية فذلك لأنه أحرص الناس على مصالح أولاده ومستقبلهم[872]، ولكن في حالة وفاة الأب منح المشرع الجزائري حق الولاية للأم محل الأب وأسوة به.

كما جعل المشرع الجزائري من ولاية الأم في هذه الحالة ولاية قانونية، أي بمجرد وفاة الأب تنتقل إليها الولاية دون حاجة لاستصدار حكم قضائي من أجل إقرارها كما جعلها أيضا ولاية تامة أي ولاية نفسية ومالية على الولد القاصر شأنها في ذلك شأن ولاية الأب[873].

جاء تعديل المادة 87 موسعا لحالات ولاية الأم على أبنائها القصر بإضافة فقرتين كالآتي"، 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"، فالملاحظ أن المشرع الجزائري وبالرغم من كون الأب حيا، إلا أنه منح الولاية للأم على أبنائها القاصرين. محاولة منه تبرير ذلك إلى الضرورة الحتمية لحاجة الأولاد القصر لمن يتولى شؤونهم وأمورهم الإدارية والمدرسية، وكل ما هو مستعجل منها في حالة عدم قدرة قيام الأب بها لمانع مؤقت وكذلك من أجل وضع حد للمشاكل التي تعانيها الأمهات الحاضنات، ولمسايرة التطور الذي عرفته الأسرة الجزائرية وما طرأ داخلها من تغير في مراكز المسؤولية بتحولها من

---

[871] عبد الحميد الهادي الأحرش، الولاية على المال بين الثابت والتجديد، المجلة الجامعية، كلية السابع ابريل، لبيا، 2008،ع10،ص.101.

[872] مصطفى أحمد الزرقا،المدخل الفقهي العام،ج1،ط2، دار القلم، دمشق، سوريا، ص.845 وما يليها.

[873] حيدوسي ايمان، ولاية الأم على أبنائها القصر(قراءة في المادة 87 من قانون الأسرة)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر ،2018،ع50،ص.334.

أسرة يترأسها الزوج إلى أسرة قوامها التعاون والتآزر بين الزوج والزوجة، وأيضا من أجل موافقة الاتفاقيات الدولية، خاصة منها المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وبحقوق الطفل.وحسب نفس المادة يكون للأم حق الولاية على أبنائها القصر في حالتين:

أولا: ولاية الأم على أبنائها القصر في حالة غياب الأب أو حصول مانع له

جعل النص للأم ولاية على أبنائها القصر في المصالح المستعجلة، إذا كان الأب غائبا أو حصل مانع له يمنعه من مباشرة أعمال الولاية دون تحديد ما المقصود بالغياب أو المانع وكل ذلك يخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة[874].

ويستشف من هذا النص أن ولاية الأم هنا هي ولاية مؤقتة، محددة وقضائية فهي مؤقتة لغاية عودة الأب من غيابه أو زوال عنه المانع، ومحددة كونها ليست ولاية شاملة، إنما تمنح للأم الولاية إلا في المسائل المستعجلة للأبناء، كضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي موافقة الولي، وقضائية ذلك لأن ولاية الأب هي ولاية أصلية شرعية لا تنزع منه إلاّ بموجب حكم قضائي، كما أنّ في حالة الاستعجال يرجع الأمر للقاضي وحده لتقدير توفر عنصر الاستعجال ومن ثمة منح الولاية للأم بشأنه من عدمه.

ثانيا: ولاية الأم على أبنائها القصر في حالة الطلاق

أقرت المادة بمنح الولاية للحاضنة على أبنائها القصر في حالة الطلاق وطبقا لما جاء في نص المادة 2/87 من قانون الأسرة، فإن على القاضي أن تمنح الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، بمعنى إن القاضي حينما ينطق بحكم فك الرابطة الزوجية أن ينص في منطوق حكمه على منح الولاية لمن أسندت له الحضانة وان لم يفعل في نفس الحكم يكون ذلك بموجب حكم أخر بناء على دعوى يرفعها صاحب المصلحة[875]. وللأم الأولية في النيابة الشرعية بحيث لا تحل محلها وصي مادامت

---

[874] أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010 ، ص .292.

[875] آث ملويا الحسن بن الشيخ، قانون الأسرة تفسيرا مادة للمبتدئين والممارسين، ط1،دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.84.

موجودة قادرة على تولي أمر أولادها القصر والمحجور عليهم[876]. وذلك بموجب حكم قضائي فهي ولاية قضائية، لكنها شاملة أي نفسية ومالية، بالرغم من وجود الأب حيا، ودون مانع يمنعه من مباشرة أعماله الولائية، لكن رأى المشرع الجزائري، وكما بينا سابقا في تبريره لكذا حالة أنه السبيل لوضع حد للمشاكل التي تواجهها الأمهات الحاضنات.

قد أحسن المشرع الجزائري فعلا، نظرا لما تجده الأمهات الحاضنات من تعسف الآباء وامتناعهم أو مماطلتهم في أداء أعمالهم الولائية لا لشيء إلا للخلاف بينهم والأنتقام عبر الأولاد، أو كون الآباء يقيمون في مواطن بعيدة مما يصعب الأمر على الأم الاتصال بهم في كل أمور لأولاد. وهو ما انتهجته المحكمة العليا، عندما أقرت بأن إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق، بدون منح الولاية لها، خرق للقانون[877].

ومن ضمن ما يعوز نص المادة 87 قانون الأسرة أن في حالة زواج البنت فإن الأم في حالة ولايتها على أبنائها القصر وطبقا لنص المادة222 قانون الأسرة، تفوض هذه السلطة إلى ولي ذكر ما دامت الذكورة من شروط الولاية[878].

وتجدر الإشارة بأن الحضانة تختلف عن الولاية علي النفس في عدة مواطن فالحضانة مؤسسة طبيعية جاء بها القرآن في حين أن الولاية على النفس مؤسسة القانون المدني كما أن الحضانة تعتبر وظيفة بيولوجية وخدمة مادية ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل أما الولاية على النفس فتشمل التربية بمعناها الواسع غالبا ما تسند الحضانة للنساء وتسند الولاية على النفس للرجال أخيرا فإن سن الطفل المحضون أصغر من سن الطفل الممارس علي الولاية على النفس[879].

وعليه يتبين جليا أن المشرع الجزائري منح للأم حق الولاية على أبنائها القصر أسوة بالأب ولاية شاملة على النفس والمال، بغية مسايرة التغيرات البنيوية للأسرة

---

[876] تقية عبد الفتاح،محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات ثالة،الجزائر،2007،ص.250.

[877] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2009/01/14،ملف رقم 476515،المجلة القضائية،2009،ع1، ص.265.

[878] TCHOUAR Djillali. Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, O. P. U, ALGER, 2004,p.53.

[879] حميدو زكية،مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.94 وما يليها.

الجزائرية، وحرصا على تحقيق مصالح القصر على اعتبار كون الأم الأرحم والأحن والأحرص عليه.إذن ما هو دور القاضي في إسناد الولاية؟

الفرع الثاني

دور القاضي في إسناد الولاية

يعتبر الأب هو صاحب الامتياز في ممارسة الولاية على أولاده، بحيث يجب على القاضي عند منح الولاية التأكد من مدى توافر الشروط المطلوبة قانونا في ممارسة الولاية، واحترام الترتيب القانوني لمستحقي هذا الحق، إذ ينتقل هذا الحق للام في حالة وفاته أو في حالة إسناد الحضانة إليها بعد الطلاق، وعليه الأم تتمتع بحق الولاية كاملا، كما يمكن أن تتمتع بهذا الحق بصفة مؤقتة فتحل محل الأب في القيام بالأمور المستعجلة وذلك في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، وهذا حسب نص المادة 87 من قانون الأسرة، حيث تقوم برعاية شؤون أبنائها لحين عودة الأب أو زوال المانع عنه[880] .

وهذا ما قضت به المحكمة العليا:"من المقرر قانونا يكون الأب وليا على الأولاد القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدها وهي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أن المطعون ضده لا يزال قاصرا، وأب هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوف بعد لكي ينوب عنه الأم، ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما استوجب نقض القرار"[881].

كما أنه لا يمكن للقاضي في حالة وفاة الأب منح الولاية لغير الأم إذا كانت موجودة فعلي القاضي احترام الترتيب منح الولاية، حيث جاء قرار المحكمة العليا مؤكدا ذلك:" من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعرض مصالح الوصي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على

---

[880] شودار يمينة، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني(دراسة تطبيقية مقارنة)، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، 2001، ص.244 وما يليها.

[881] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ1998/05/17، ملف رقم 167835، المجلة القضائية، 1998،ع2، ص.13.

طلب من له مصلحة، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون، ولما كان الثابت في إن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم خالفوا القانون"[882].

كما يملك القاضي إسقاط الولاية بعد إسنادها، وهذا حسب الفقرة الثالثة من المادة 91 من قانون الأسرة، أي في حالة إخلال أحد الشروط المطلوبة في الولي أو ثبوت إهماله أو تقصير منه اتجاه القاصر، كعدم القيام بواجباته كتوفير الأكل والملبس والسكن وغيره ...

وبعد ما تفحصنا لأهم النقاط الخاصة آثار اتفاقية سيداو في المسائل غير المالية لفك الرابطة الزوجية، نتناول في المبحث الموالي آثار اتفاقية سيداو في المسائل المالية الناجمة عن فك الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني

آثار اتفاقية سيداو في المسائل المالية الناجمة عن فك الرابطة الزوجية

جعل الإسلام من ايمان المسلم وضميره رقيبا على تصرفاته، ورادعا له من التعسف في الطلاق، لأن الزوج أحرص من غيره على استمرار الزوجية وبقائها، ولما يتصف به عادة الزوج من تفكير وروية وتقدير لنتائج وعواقب حل عقدة النكاح، وفطره على ضبط أعصابه، وكبح جماح عواطفه ساعة غضبه، فلما تتجلي هذه الصفات في الزوج مع ما يضاف إلى ذلك من خصائص طبيعية وانفعالات نفسية تجعل المرأة سريعة الغضب قوية العاطفة، سريعة الإندفاع، فكل هذه الصفات وغيرها تحجب عليها الموازنة وتقدير يحمل التبعية التي تلزم الرجل من نفقه عدة ونفقه الأولاد والتضحية بكثير مما أنفقه لإتمام عقد الزواج، كل هذه الالتزامات تجعل الزوج قبل الإقدام على الطلاق يقوم بالتفكير فيما يقدم عليه وبما يلحقه من ضرر من تلك التبعات[883].

---

[882] المحكمة العليا،غ.أ.ش،1997/12/23، ملف رقم 187692، المجلة القضائية،1997،ع1، ص.53.

[883] فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير،مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر،1996، م33،ع04، ص .632 وما يليها.

قد يكون استئثار الزوج بحق الطلاق مترجما في إيقاعه بوجه معيب، وهو ما يعرف بالطلاق التعسفي، ويكون الزوج متعسفا في طلاقه في حالة ما إذا كان من طلاقه يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ لزوجته، فلو تبين أن مصلحة الأسرة أهم وأولى من مصلحة الزوج في الطلاق أعتبر الطلاق تعسفيا[884]، أو الزوجة التي لجأت للقاضي ليطلقها على زوجها.

وعلى هذا نطرح التساؤل التالي ماهو موقف المشرع الأسري الجزائري من تعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي والتطليق؟ وكذلك الأساس الفقهي والقانوني المعتمد في ذلك؟ حيث سنتاول تعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق(المطلب الأول). والحقوق المادية للزوجة التي يؤلمها الطلاق الموقع عليها لسبب مشروع أو غير مشروع من صندوق النفقة ومسكن ممارسة الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق

لا يقتصر التعدي على حالات انتهاك الواجبات القانونية، التي يقوم بها الفرد بدون حق، بل يشمل كذلك بعض الأوضاع التي يمارس فيها المرء حقوقه والحقيقة أن هذه النتيجة تستند إلى التطور الذي عرفته نظرية الحق، تبعا لتطور وتقدم المجتمع . فأفكار المذهب الفردي التي نادت بحقوق طبيعية ومطلقة للإنسان لكونه حرا ومستقلا قد ولت، وحلت محلها أفكار حديثة، مفادها أن الفرد كائن اجتماعي، تمنح له حقوق حتى يتمكن من القيام بالدور المنوط به في المجتمع .فالحقوق ليست سلطة مطلقة يستعملها الفرد كيف ما يشاء وحين ما يشاء، بل يمنح القانون للأفراد حقوقا قصد تحقيق غاية اجتماعية معينة، ومن ثم يعتبر استعمال الحق بقصد غرض آخر تعسفا، يرتب المسؤولية المدنية، وفي ظل هذه الاعتبارات الاجتماعية والقانونية

[884] بومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي،الجزائر،2015/2014،ص.40.

الجديدة جعلت جل التشريعات الحديثة من التعسف في استعمال الحق أو إساءة استعمال الحق مصدراً مستقلا عن مصادر الخطأ[885].

لقد جعل المشرع الجزائري الطلاق يخضع لإشراف القضاء وتحت رقابة القاضي مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توفرها في المطلق وصحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك وإرادة واختيار، بعيدا عن التعسف أو سوء استغلال حق الطلاق، وللإحاطة بالمفهوم العام للطلاق التعسفي، لابد من إدراج تعريف له، وكذا توضيح معايير لقياس درجة التعسف في الطلاق مع تقديم صور وحالات للطلاق التعسفي. إضافة إلى مسألة التعويض عن الضرر في الشريعة الإسلامية كثيرا من الجدل، والذي يرد إلى فكرة مفادها عدم اعتبار الشريعة الإسلامية لهذا النوع من الضرر الناتج غالبا عن مخالفة أحكامها[886]. وهو ما سوف نحاول البحث عن مدى التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي في الفرع الأول بعرض مختلف الأقوال وأدلتها ومناقشتها.

الفرع الأول

التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي

إن التعويض عن الضرر جزاء الطلاق وهو أثر من آثار فك ميثاق الزوجية، ولقد نص المشرع الأسري الجزائري على مسألة التعويض في عدة مواد منها:المادة 52" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، أما المادة 53 مكرر "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" وهذا إضافة إلى نص المادة 55"عند نشوز احد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر".

وبهذا أسس المشرع منح التعويض على أساس الضرر الناجم عن الطلاق، لم يرد في كتب الفقهاء القدامى ولا ألسنتهم لفظ الطلاق التعسفي، ولكنه مصطلح جديد

[885] بومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، المرجع السابق،ص.33.

[886] عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.50.

وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية وفقهاء القانون المحدثين في العرب، وقد نشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسف، أما الفقهاء المحدثون فقد تطرقوا للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية[887].

من المقرر شرعا وقانونا أنه لا ضمان في استعمال الحق، فالأصل أنه إذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالا مشروعا من غير تعسف فيه وإحدث أضرار للغير فلا تترتب عليه المسؤولية[888].

إطلاق الحق في الطلاق حق للزوج، وعلى كل زوجة أن تعي أن لزوجها حق طلاقها متى كان ذلك لازما، فإذا استعمل الزوج حقه فيه فلا يكون ضامنا مبدئيا، أي لا يلتزم بتعويض زوجته إلا إذا تجاوز حدود حقه، فعندئذ يكون ضامنا ويلتزم بتعويض زوجته لأنه يكون بذلك قد تعسف في استعمال حقه، وهو أن الحق ينقسم إلى حق يقابله إلتزام وحق إرادي لا يقابله التزام[889].

وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 52 من قانون الأسرة" إذا تبين تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

---

[887] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالعريض عن الطلاق التعسفي الفقه والقانون،المرجع السابق،ص.197.

[888] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1988، ص.222.

ولقد اهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق من خلال نص المادة 124 مكرر بموجب التعديل الأخير للقانون المدني.

وسار المشرع الجزائري في تناوله لنظرية التعسف على وفق ما سار عليه المشرع المصري حيث مزج بين الفقه القانوني الحديث في نظرية التعسف و الفقه الإسلامي حيث أنه لم يقف عند نية الأضرار بالغير فحسب، واستمد من الفقه الإسلامي ضوابط ثلاثة تشمل كلا المعيارين الموضوعي والمادي، حيث تنص المادة 124 مكرر على أنه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر الناشئ للغير.

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ومما يظهر من منطوق نص هذه المادة أخذ المشرع الجزائري بكلا المعيارين الذاتي، وذلك فيما تضمنته الفقرة الأولى، والمعيار الموضوعي وهذا ما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة

[889] زودة عمر،طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،2001، ص.19.

يرى كثير من الباحثين المعاصرين أن التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تنص عليه قوانين الأحوال الشخصية العربية، مصدره نفقة المتعة التي شرعت كأثر للطلاق، وهي بمثابة تعويض عما يلحق الزوجة من ضرر وجبرا لخاطرها لما قام به الزوج من هدم للميثاق الغليظ بغير مبرر شرعي أي النية والباعث حيث يكون الزوج قاصد الإضرار بالمطلقة باستعمال حقه في إيقاع الطلاق[890]. وإن مصطلح المتعة أشرف من كلمة التعويض وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن القاضي يقدر الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق المطلقة، إذ كان الطلاق دون موافقة الزوجة أو رضاها، أو سبب معقول أو شرعي[891].

وتقريرا لذلك، جاء في قرار المحكمة العليا:" من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي"[892]. يتضح من هذا الكلام أن القضاة اعتبروا أن المتعة تعويض لجبر الضرر المعنوي. القرار هذا يرسخ أن المتعة المتحدث عنها هي تعويض عن الطلاق التعسفي وخلص إلى أنه ما دام قضاة الموضوع استجابوا للمطلقة، فإن ذلك يعد عقابا للزوج ولا يراد إن تغيير المشرع لمصطلح متعة إلى تعويض هو الذي أحدث هذا الإشكال فقبل صدور قانون الأسرة، كان القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ مالي تحت اسم متعة ولم يكن هذا المبلغ المالي إلا تعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة، وبصدور قانون الأسرة غير المشرع مصطلح متعة بمصطلح تعويض مما جعل القضاة يختلفون فيه، فمنهم من يحكم به للمطلقة كتعويض عن الضرر المعنوي مثله مثل المتعة، ومنهم من يحكم به كتعويض عن الضررين المعنوي و المادي معا[893].

---

[890] حمليل صالح، نفقة المتعة والتعويض بين الفقه والقضاء،مجلة الحقيقة، جامعة أدرار،الجزائر،2004،ع4، ص.41.

[891] يومبعي عبد اللطيف،التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي،المرجع السابق،ص.62.

[892] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1989/04/07،ملف رقم 61560،المجلة القضائية، 1989،ع2،ص.69.

[893] يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، المرجع السابق،ص.59.

ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين "إلى أن المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون، بل إنها الصورة الحقيقة للتعويض عن الضرر الواقع بالطلاق، وهي تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض"[894].

ومن هؤلاء الفقهاء نجد وهبة الزحيلي الذي قال:"إن الإعراض عن متعة الطلاق وعدم معرفة النساء لها، وعدم الالتزام بها في المجتمع، وعدم تطبيقها في القضاء، كل ذلك وغيره سوغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق، مع أن القرآن الكريم قد بين ذلك قبل أربعة عشر قرنا، ثم حذر الإمام النووي رحمه الله قبل سبعمائة سنة من هذا الإعراض والإغفال عن هذا الحق"[895].

وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري لم ينص على المتعة وإنما اكتفى بذكر التعويض عن الطلاق التعسفي كبديل عنها،وهذا ما يظهر من خلال اتجاه قضاء المحكمة العليا بالرغم من التناقض الصارخ في قراراته. الإنه وجدت بعض القرارات القضائية حكمت للمطلقة بنفقة المتعة، وفي قرارات أخرى لمصطلح الطلاق التعسفي أو حكم بهما معا في قرار واحد[896].

حيث قضت في هذا الشأن المحكمة العليا:"حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعويض، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغاً آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في

---

[894] ذياب زياد صبحي علي، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيعّ،عمان، الأردن، 1992، ص .180.

[895] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص.87 وما يليها.

[896] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارن،المرجع السابق، ص .320.

حقها بالنسبة للمتعة، والمجلس إذ وافق على ذلك وهو كما ذكره فإنه حاد عن الشرع وعرض قراره للنقض الجزئي[897].

وجاء في قرار للمحكمة العليا:"من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"[898].

نجد أن هذا القرار ذهب إلى إعطاء المطلقة متعة وتعويضا في آن واحد، على أساس وجود الحقين في آن واحد.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا بأنه" تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"[899].

وقد اتجه قضاء المحكمة العليا أنه لا رقابة للمحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقدير التعويض فهو يخضع لسلطته التقديرية، ويكفيه أن يقدر التعويض حسب الضرر ومعاينة الوقائع، وأن يبين أن المبلغ الممنوح على أساس ضرر معنوي أو مادى ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى أوجبت ذكر العناصر التي اعتمد عليها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض.

بالرجوع إلى ما سبق من أقوال الفقهاء، وما كان من تعريف للمتعة، فإنها تمنح للزوجة عند الطلاق لجبر خاطرها، وبمفهوم المخالفة فإن الزوجة التي تختار فراق زوجها لا تستحق المتعة، وهو نفس الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة طلاقا تعسفيا للتعويض. فمعنى ذلك لو جمعت المتعة والتعويض في آن واحد، تكون المطلقة قد أخذت تعويضا عن نفس الضرر مرتين.

---

[897] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ 1985/04/08،ملف رقم 35912،المجلة القضائية، 1989،ع1،ص.91.

[898] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ1986/04/07،ملف رقم 41560، المجلة القضائية، 1986،ع2،ص.69.

[899] المحكمة العليا، غ.أ.ش،بتاريخ 2007/07/2،ملف رقم 368660، المجلة القضائية،2008،عدد خاص،ص.483.

وهنا نجد أنفسنا أمام تساؤل هام وهو هل بالإمكان الجمع بين المتعة والتعويض في آن واحد؟ أي أن تحصل المطلقة على المتعة لتضررها من طلاق زوجها لها، والتعويض لتضررها من أضرار معنوية أخرى غير التي نجمت من الطلاق.

للإجابة عن هذا التساؤل ذهبت المحكمة ذاتها" من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت إلى إقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وكم لها به، فالحكم غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون. ولما كان الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة، ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا في جانب التعويض والسكن ونفقة الإهمال"[900].

ومن الآراء التي تميز المتعة عن التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي رأي الأستاذ بن داود عبد القادر إذ يستشهد باجتهاد المحكمة العليا الذي يظهر فيه بجلاء الفصل بين نفقتي المتعة والتعويض قائلا:"والتعويض عن الطلاق التعسقي ليس أمرا استحدثه المشرع الجزائري، أو حكما مدنيا مقتبسا من نص المادة 124 من القانون المدني، بل هو موجود في الشريعة الإسلامية وتاريخ القضاء الإسلامي، ويحكم به القضاء الوطني مع بعض الخلل في التطبيق"[901]، وهو بذلك يشير إلى اختلاط الأمور الذي وقع فيه بعض القضاة في الأحكام بقوله" ان مرجع ذلك خلط هو إغفال الاجتهاد القضائي للأحكام الأساسية للشريعة الإسلامية في حل المنازعات أمام القضاء مثل التقليد والتلفيق، أي تقليد مذهب فقهي معين دون الالتزام بتطبيق المشهور في المذهب"[902].

---

[900] المحكمة العليا، غ.أ.ش،بتاريخ 1989/03/27،ملف رقم 50317، المجلة القضائية،1991 ،ع1،ص.56.

[901] بن داود عبد القادر،الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكاليات وحلها،مجلة المعيار،جامعة الأمير عبد القادر،قسنطينة، الجزائر،2004،ع9،ص.249.

[902] بن داود عبد القادر،الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكاليات وحلها،المرجع نفسه،ص.250.

وصفوة الكلام يضيف الأستاذ بن داود عبد القادر خلافا لتناقضات المحكمة العليا بين القول أن المتعة والتعويض شيء واحد والقول أن التعويض يختلف عن المتعة، فإن الصحيح هو أن المتعة تختلف عن التعويض، وذلك بأن المتعة تستحق للزوجة شرعا دائما حسب وسع الزوج واساس استحقاقها الشرع منم الكتاب والسنة واجماع الأمة مع الاختلاف بين القول بوجوبها والندب إليها،أما التعويض فمصدره القانون لا الشرع على اساس نظرية التعسف في استعمال الحق[903].

لقد أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم لمتعة الطلاق، أما الفقهاء المعاصرون، فقد اختلفوا في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي على مذهبين:

أولا: المذهب القائل بالتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي[904]. وليس من المروءة، ولا الإنسانية، ولا من الإيمان، أن يتزوج شخص بامرأة، ثم يطلقها بغير سبب فإذا ترتب على هذا الطلاق ضرر مادي أو أدبي للزوجة، كان للزوجة الحق في مطالبة مطلقها بتعويض كل ما أصابها من ضرر مادي أو أدبي[905]. وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

قياس التعويض على المخالعة، حيث أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يأخذ من زوجته العوض المتفق عليه، أو يقسط جزءا من مهر، إذا رضيت بذلك مقابل طلاقها منه، لذلك فإن للزوجة أن تأخذ من زوجها تعويضا متى ارتضاه[906].

---

[903] بن داود عبد القادر،الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكاليات وحلها،المرجع السابق،ص.256.

[904] من الفقهاء الذين أخذوا بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي،أحمد الغندور،الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون،ط1،دار المعارف، مصر،1967،ص.69؛ مصطفي السباعي،شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.267؛الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،المرجع السابق، ص.532.

[905] عامر حسين،التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ط1،مطبعة مصر، مصر،ص.495.

[906] عبد الناصر توفيق العطار،الأسرة وقانون الأحوال الشخصية،المؤسسة العربية الحديثة،1985،ص.138.

حيث يقترح بعض المفكرين أن تكون للمرأة على الزوج تعويض إذا أساء استعمال حقه في الطلاق ليفكر في عاقبة أمره، قبل أن يقدم على تطليق زوجته، والشريعة العادلة أرفق للمرأة وأرحم وأسبق إلى ما فكر فيه فقد أجيبت لها هذا التعويض باسم المتعة، سواء أساء الرجل استعمال حقه أم أحسن، لأن باستقلاله بالطلاق إساءة لها وضياع لمستقبلها وتفويت لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوط له لإنصافها[907]. ويقول مصطفي السباعي في التعويض:"وهذا حكم جديد، لم يكن معمولا به من قبل وهو حكم عادل"[908].

ثانيا: المذهب القائل بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب هذا فريق إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك بناء على أن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد استعماله بوجوب الحاجة التي تدعوا إليه، فإذا طلق الزوج زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل لحقه الشرعي ولم تكن منه، أي إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق ومنه عدم تعويض الزوج.

ترى ثلة من الفقهاء عدم التعويص عن الضرر،ومن هؤلاء أبو حنيفة وأحمد بن حنبل والشافعي وابن حزم[909]، بل ذهب جميعهم إلى الأخذ بمتعة الطلاق فقط، مع الخلاف بينهم بأن المتعة واجبة أو مندوبة، ولم يتطرق أحدهم لذكر التعويض كعقوبة إضافية على المتعة، وقال بأن المتعة تغني عن التعويض، ويقول محمد الزحيلي أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وأما

---

[907] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالعريض عن الطلاق التعسفي الفقه والقانون،المرجع السابق، ص.238.

[908] مصطفي السباعي،شرح الأحوال الشخصية،المرجع السابق،ص.167.

[909] الشافعي محمد بن ادريس،الأم،ج6،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،1993،ص.109، ابن قدامة، المغني،ج9،ص.665، العيني بدر الدين،البناية شرح الهدية،ج13،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،2000، ص.211.

إذا فوض الزوج الطلاق إلى زوجته، ثم طلقت نفسها بناءا على التعويض دون سبب مشروع، فلا يجب التعويض للزوجة[910].

إن التعسف إذا وقع وسبب ضررا، يستوجب المسؤولية ويرتب جزاء دنيويا يقع عن طريق القضاء، بإزالة الضرر عينا إن أمكن أو عن طريق الضمان حسب الأحوال، وقطع سبب الضرر من استمراره في المستقبل[911].

أما بالرجوع للتطبيقات القضائية، فالمتعارف عليه قضاء أن الطلاق يكون تعسفيا متى طلق الزوج زوجته دون رضاها ودون سبب أو ذنب منها[912]. حيث اعتبرت المحكمة العليا من خلال قرارها أن الطلاق تعسفي إذا توافر على شرطين وهما إيقاع الطلاق دون مبرر معقول وتعويض الزوجة للضرر اللاحق بها حيث جاء فيه: " بمقتضي نص المادة 52 من قانون الأسرة قد حدد توفر شرطين متلازمين لإمكانية القضاء بالتعويض المذكور، الأول إيقاع الطلاق دون مبرر معقول، وثانيهما تعرض الزوجة للضرر اللاحق بها بسببه، وحيث أنه لما توافر هذان السببان فإن المطعون منها تستحق التعويض"[913].

كما سبقت الإشارة أيضا إلى طبيعة الإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق وتم طرح السؤال:هل حق الزوج في إحداث الطلاق سببه الحق القانوني المقرر في القانون المدني، أم هو من طبيعة خاصة؟

نظرية الحق المقررة في القانون المدني تبنى على سلطة الاستئثار بالشيء، أي أن الشخص إذا منح له حق أصيل في إحداث أثر قانوني، فلا يمكن أن نسأله عن

---

[910] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالعريض عن الطلاق التعسفي الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.224 وما يليها .

[911] فتحي الدريني،الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده،ط1، دار البشير، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ص.175.

[912] تقية عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2007، ص.57.

[913] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2000/01/18،ملف رقم 233707،غير منشور،مقتبس عن حرابي فلة، دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2017،م6،ع12،ص.612.

استعماله لحقه ولا نؤنبه بتسليط تعريض عما بدر منه طالما أنه لم يكن متعسفا في استعماله لهذا الحق طبقا لمفهوم المادة 124 مكرر من القانون المدني .

ومسألة إثبات التعسف ملقاة على عاتق من ادعاه، غير أن نظرية الحق في إيقاع الطلاق تختلف اختلافا جذريا عن نظرية الحق طبقا للقانون المدني، ذلك أن الزوج إذا ما عبر عن إرادته في فك الرابطة الزوجية، فإنه مطالب بتقديم التبرير الشرعي الذي جعله يلجأ إلى هذه الإرادة، وينبغي أن يكون التبرير منوها عنه شرعا وثابتا بالشكل الذي يجنبه التعويض عما بدر منه، ذلك أن الزوج حتى وإن كانت له الأحقية في إيقاع الطلاق، فإن استعماله لهذا الحق يجب أن يرفق بتحميله تبعية إرادته و مسؤوليتها، فالأصل أن يكون الزوج متعسفا وعليه أن يثبت خلاف ذلك،وأن مسألة إثبات عدم التعسف ملقاة على عاتقه، وليس على الزوجة أن تثبت تعسف زوجها في إيقاع الطلاق[914] .

ومن هنا نقول أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني كما سبق تبيانه، إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر أخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، وإن تعويض الزوجة في حالة الطلاق لا ينطلق من المادتين 124 و124 مكرر من القانون المدني وإنما مصدر مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي:"إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق"[915].

إن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا، تصاب بضرر من جراء هذا الطلاق، والضرر بنوعيه المادي والمعنوي، غالبا ما تفقد الزوجة المطلقة معيلها، خاصة إذا كانت ربة بيت، أو تركت وظيفتها لغرض إدارة شؤون الأسرة، وتربية الأطفال وغير ذلك من الواجبات الملقاة على عاتقها.

---

[914] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،المرجع السابق، ص85 وما يليها.

[915] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2000/02/22،ملف رقم 235367،المجلة القضائية،2001،عدد خاص، ص275.

يقول عبد العزيز سعد في مثال له أنه:"يوجد الضرر المادي في الطلاق إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك وظيفتها أو عملها، ثم بعد أن تركته طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها"[916].ولكن الرد على هذا القول بأنه وإن كان فعلا قد لحق المطلقة ضرر مادي يمس بمصلحة مادية لها تتمثل في فقدانها لراتبها إلا أن هذا الضرر لا يمكن إرجاع سببه إلى الطلاق في حد ذاته، لأن قبولها ترك وظيفتها للزواج لا يعني اشتراطها على زوجها عدم طلاقها، ولا علاقة لهذا القبول بالطلاق، وإنما علاقته كانت بالزواج في حد ذاته، فعقد الزواج هو عقد ينعقد ككل العقود بإيجاب وقبول، وإذا اقترن إيجاب الرجل بشرط وقبلته المرأة انعقد العقد، ولم يكن لها حق الرجوع عليه به بعد أن رضيته، ومن باب أولى لا يكون لها حق الرجوع به على حق من حقوق الزوج وهو الطلاق، ومن ثم فلا علاقة للضرر الناجم عن فقدان المرأة لوظيفتها بالطلاق في حد ذاته[917].

إذا أردنا معرفة متى يكون الطلاق تعسفيا في نظر القضاء،كون المشرع الجزائري لم يحدد صورا له [918]، فلقد ذكرت الدكتورة حنيفي لويزة خمس حالات للطلاق التعسفي في نظر القضاء وهي: [919]

1 عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر شرعي: فلو ادعى الزوج مثلا أن الزوجة رفضت طلبه بالتخلي عن وظيفتها والمكوث بالبيت، فالقاضي لا يعتبر هذا خطأ منها إذا لم يكن الزوج اشترطه عليها في عقد الزواج ،فيحكم القاضي هنا بتعسف الزوج؛

2 عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر منطقي:وهذا يعني أن السبب الذي أسس عليه الزوج طلاقه مبالغ فيه و التالي غير منطقي؛

3 عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر جدي :إذا لم يقدم الزوج أسبابا جدية أو موضوعية تبعد عنه مسؤولية الطلاق، كأن يعتبر مثلا أن زوجته لم تعد تحترمه أو

---

[916] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص .306.

[917] يومبعي عبد اللطيف،التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، المرجع السابق،ص.57.

[918] غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011 ، ص.27.

[919] HANIFI louiza, La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, thèse doctorat, Université D'alger ,2008,p78

أنها تفعل ما يمس كرامته، وهنا يتوقف الأمر على الاقتناع الشخصي للقاضي عند الحكم بقبول أو رفض المبرر،

4 عندما يكون الطلاق غير مبرر:أي أن الزوج لم يقدم أي سبب على الإطلاق، ونرى هنا أن الزوج يعتبر متعسفا حتى وإن كان له سبب لم يشأ إظهاره للمحكمة؛

5 عندما يقع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:أي أن الزوجة لا ترغب في الطلاق فيعتبر الطلاق تعسفيا بشرط أن لا تكون الزوجة قد ارتكبت خطأ من جانبها.

وإذا كان قصد القانون، وضع حد لحالات الطلاق في المجتمع، بفرض هذا التعويض عقوبة على المطلق تعسفا، حتى إذا علم المطلق بأنه سيدفع مبلغا من المال جراء إيقاع الطلاق، وأنه ستترتب عليه التزامات مالية قد لا يطيقها، يعدل عن طلاقه ولا يوقعه، حتى و إن قصد القانون ذلك، فإنه ينطبق على الزوجة المفوضة أيضا فإنها إذا علمت أنها ستكلف بدفع تعويض مالي جراء استعمالها حقها في الطلاق، التي فوضت به بدون سبب معقول، امتنعت بدفع ذلك وفيه ما فيه من حفظ الأسرة، ومنع وقوع الطلاق في الحالتين، فلا للتفريق بينهما، وحصر ذلك في الزواج المطلق[920].

والخلاصة التي يمكن الخروج بها هي أن المنظومة القانونية مدعوة لإعادة النظر فيما يخص توابع الطلاق المادية، وبالخصوص التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، وجعل هذه المنظومة تستعمل في شقين، الشق الأول وهو الحد ولو بشكل نسبي من ظاهرة الطلاق والطلاق التعسفي بشكل خاص، أما الشق الثاني وهو شعور المطلقات طلاقا تعسفيا بالعدالة، وذلك عندما تحكم لها المحاكم بمبالغ تعينها على مكابدة الحياة الصعبة التي ستواجهها بعد الطلاق، وتضمن لها العيش الكريم[921].عليه ولا يجب تحميله جميع المال من بينها المتعة[922]. وإلى هنا نتعرض في الفرع الثاني غلى التعويض عن الضرر في حالة التطليق.

---

[920] عبد الفتاح عايش عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية،ط1،دار الإيمان للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 1990، ص.175.

[921] يومبعي عبد اللطيف،التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، المرجع السابق،ص.121.

[922] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، المرجع السابق،ص.102.

الفرع الثاني
التعويض عن الضرر في حالة التطليق

لما نرجع للقانون الأصلي، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة التعويض عن التطليق، وكانوا يستندون على أحقية الزوجة في التعويض في حالة التطليق للضرر إلى المادة 124 من القانون المدني. إلا أن الوضع تغير بعد صدور الأمر 05-02 وجاء نص المادة 53 مكرر:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، فإذا تضررت الزوجة، وأثبتت ضررها، وأصبحت محقة في طلبها للتعويض، فقضاة الموضوع عندما قرروا لها التعويض، فإنهم قد طبقوا القانون بشكل صحيح"[923].

فمن المقرر قانونا أنه لا مسؤولية بدون ضرر، فلابد من ثبوت ضرر إلى جانب خطأ المسؤول حتى يستحق المضرور التعويض والضرر هو الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق المتضرر نتيجة التعدي الذي يقع عليه[924].

وبهذا يكون المشرع قد جعل للقاضي سلطة مطلقة في تقدير التعويض في حالة التطليق للضرر بشكل صريح وواضح، على عكس ما كان عليه الأمر قبل التعديل.

ولما نرجع للأحكام القضائية قبل التعديل نجدها أنها كانت متضاربة في مسألة التعويض، حيث كانت المحكمة العليا تجنح في السابق إلى القول بعدم شرعية الحكم بالتعويض في التطليق للضرر، ومن ذلك ما جاء في أحد قراراتها"من المقرر قانونا إن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفيا زوجته، ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها، وحكم لها بها، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون"[925].

---

[923] المحكمة العليا،غ.أ.ش،1999/06/15، ملف رقم 224655، المجلة القضائية،2000،عدد خاص،ص.129.

[924] مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العراق،2009،م1،ع3، ص .52.

[925] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ1989/03/27،ملف رقم 53017، المجلة القضائية، 1991،ع1،ص.56.

غير أنه هناك قرار آخر للمحكمة العليا يقضي بخلاف ذلك وجاء فيه:" من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا، ومن الثابت- في قضية الحال -أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعد إستحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض"[926]. حيث يتضح من القرار الحالي أن قضاة المحكمة العليا قد نقضوا القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض لأن قضاة المجلس قضوا بعدم تعويض الزوجة وإعتبروا أن الحكم لها بالتطليق يعتبر تعويض لها ولا تستحق تعويض آخر غير أن قضاة المحكمة العليا إعتبروا أن هذا القرار مشوب بالقصور نظرا لعدم تعويض الزوجة عن الضرر الذي لحقها من جراء ضرب زوجها.

ويذكر في معرض الحديث عن الضرر، إن من بين حالات التعويض عن الإضرار المعنوية الإخلال بالالتزامات الزوجية، وذلك أنه يترتب على العلاقات الزوجية خلافا للعلاقات الأخرى التزامات شرعية متبادلة، ومن ذلك ما يفرضه الجانب المعنوي للزواج من واجب الإخلاص، وضرورة احترام، وواجب الزوجة القانوني في السكن مع زوجها ببيت الزوجية والإخلال بهذه الالتزامات يترتب للطرف المتضرر ضررا معنويا موجبا للتعويض، وإذا كانت حالات التعويض نادرة نوعا ما في بعض المجتمعات المحافظة، فإن طلبات التعويض في المجتمعات الغربية كثيرة وخاصة في مجال الخيانة الزوجة[927].

وهو ما أخذت به المحكمة العليا، إن عدم الزواج بالبناء هو سبب من الأسباب التي تعطي للزوجة الحق في طلب التطليق وطلب التعويض أيضا، لأن الضرر الناتج عنه ثابت شرعا، فالزوجة تتضرر من أقوال الناس، كما قد تضيع خلال هذه المدة

[926] المحكمة العليا،غ.أ.ش،20بتاريخ/2000/06، ملف رقم 245159، المجلة القضائية2000،عدد خاص، ص.259.

[927] مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1992،ص.62 وما يليها.

فرص الزواج[928]. نجد أن المحكمة العليا أيضا قضت في قرارها على أنه" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التعويض استنادا إلى وجود ضرر معتبر شرعا إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجة لمدة خمسة سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها"[929].

كما اعتبرت المحكمة العليا الضرب والإهمال وعدم الأنفاق من الأسباب الموجبة للتطليق والتعويض، فقضت في قرراها بأنه:" من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. ومتى تبين في قضية الحال إن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع الأولاد وعدم الأنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوه بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[930].

نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فأن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام نص المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[931]. يتضح أن قضاة الموضوع

---

[928] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ1999/03/16،ملف رقم 217179، المجلة القضائية،2001،عدد خاص، ص.122.

[929] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ1996/04/23، ملف رقم 13543، المجلة القضائية، 1997،ع 1،ص.130.

[930] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ1998/07/21،ملف رقم 192665،المجلة القضائية،2001،عدد خاص، ص.166.

[931] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ1997/12/23، ملف رقم 181648، المجلة القضائية،1997،ع 01،ص.49.

قد قضوا بتعويض المطلقة بالرغم من أنها هي التي طلبت الطلاق، وهذا التعويض منح لها نظرا لجسامة الضرر اللاحق بها من طرف الزوج.

أما حل عقد النكاح بسبب النشوز، هي صورة أو وسيلة أخرى تعطي الزوجة الحق في حل قعد الزواج بإرادتها المنفردة، وهذا ما هو مستفاد من نص المادة 55 من قانون الأسرة" عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

أما عن الحالات التي يثبت فيها النشوز من عدمه ومن ثم تقرير الحق في التعويض الحالات التالية والتي قضت بها المحكمة العليا في قرارها:" من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين، يحكم القاضي بالطلاق للطرف المتضرر. ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه، بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة، وتعويضها،طبقوا صحيح القانون.ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن" [932] . وفي قرار أخر جاء فيه" من المقرر قانونا، أن الزوجة تستحق التعويض، في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز .فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"[933] .

وفي الأخير نقول أنه متى استطاعت الزوجة المطالبة بالتطليق إثبات الضرر اللاحق بها، تعين على قضاة الموضوع حين إستعمال سلطتهم التقديرية في تعويض الزوج المتضرر أن يلتزموا بذكر عناصر الضرر وعناصر تقدير التعويض، أي أن يشير القاضي في حكمه إلى العناصر التي إستند عليها للوصول إلى تقدير التعويض

932 المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1998/04/21،رقم الملف 189226،المجلة القضائية،1998،عدد خاص، ص.144.

933 المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1998/11/17،رقم الملف 210451،المجلة القضائية،1998،عدد خاص، ص.252.

بما يتناسب والضرر، ومن ثم يعطي للحكم قوة وعدالة وحجية في الشيء المقضي فيه، وفي نفس الوقت يمكن للمحكمة العليا من بسط رقابتها على أحكام قضاة الموضوع. وعليه فإن إضافة المادة سالفة الذكر إلى قانون الأسرة، يعد خطوة ايجابية موفقة في تعزيز المساواة بين الزوجين، وحفاظ على حق الزوجة في التعويض عن أي ضرر أثبت لها حق التطليق .

وكذلك ضمن الإجراءات الجديدة التي اتخذها المشرع في هذا الإطار هو إنشاء صندوق النفقة، حيث تعد النفقة أثر من آثار الطلاق يحكم بها القاضي بمجرد صدور حكم بالطلاق، إلا أنه بوجود إشكالات قضائية كثيرة في التنفيذ إما لعسر الزوج الملزم بالنفقة وإما عدم وجود أموال ظاهرة للحجز عليها وإما لعدم معرفة مكانه، تبقى المرأة الممارسة للحضانة بدون نفقة، وذلك من خلال الاستعانة بقانونين أساسيين قانون الأسرة المعدل والمتمم رقم 84-11 وقانون صندوق النفقة رقم 15-01 هذا من جهة، ومن جهة أخرى بيان دور صندوق النفقة في تحقيق الاستقرار الأسري والهدف القانوني من تشريعه، والذي كان نتاج انتهاكات كثيرة طالت المرأة الحاضنة ومحضونها، وكذلك إعطاء النظرة الحقيقية والهدف الأسمى لصندوق النفقة الذي اتهُم أنه يزيد من حالات الطلاق، وهو ليس كذلك بل يحقق الاستقرار والسكينة في أفراد الأسرة ضحية الطلاق بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة .وكذلك إلزامية توفير سكن ممارسة الحضانة وهذا ما سوف نفصل فيه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

صندوق النفقة ومسكن ممارسة الحضانة

إذا كانت النفقة مسألة من المسائل المستعجلة التي لا تحتمل التأخير، وحق من الحقوق الأساسية للطفل المحضون، والتي قد تصبح أحد المشاكل بسبب امتناع الزوج وتعنته عن دفعها في كثير من الأحيان وعسره في أحيانا أخرى. وأمام صعوبة التنفيذ التي تحد من فعالية الأحكام القضائية وعدم فعالية المعالجة الجزائية تستمر المعاناة وتتفاقم خاصة إذا علمنا أن نسبة قليلة فقط من أحكام النفقة تجد سبيلها للتنفيذ.

وهذا ما جعل المشرع الجزائري يسارع إلى التفكير في إيجاد آلية قانونية يهدف من خلالها إلى حماية حق هذه الفئة من الأطفال في الحصول على النفقة وفقا لما يقتضيه القانون، إلى أن استقر به الأمر على إنشاء صندوق النفقة للمطلقات الحاضنات بغرض حماية الأسرة بعد الطلاق، وخاصة الأطفال المحضونين من خلال تخصيص مبلغ مالي يُدفع لهم من عائدات هذا الصندوق.

كما يعود أسباب إنشاء صندوق النفقة لعجز قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن تنفيذ أحكام النفقة وعدم جدوى قانون العقوبات في ردع الممتنعين عن أداء النفقة خاصة بالنسبة للمعسر، ولأجل ذلك كان الهدف من إنشاء هذا الصندوق الذي يجد مصدره من القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية[934].

مع العلم أن الإستفادة من صندوق النفقة لا تتم بشكل آلي وبمعنى أدق، أنه ليس لكل طفل محضون الحق في الإستفادة من صندوق النفقة، بل إن ذلك يتطلب توافر شروط وحالات، إضافة إلى وجوب إتباع إجراءات وطرق محددة للاستفادة من هذا الصندوق[935]. إذن ما مدى فعالية أحكام قانون صندوق النفقة في الحماية القانونية ناجعة للمرأة المطلقة ومحضونيها ؟ للإجابة عن هذا التساؤل نتعرض إليها في الفرع الموالي.

الفرع الأول

صندوق النفقة إجراء جديد بين وجود النص وغياب التطبيق

نظرا إلى أن المتضرر من عدم تسديد النفقة وأجرة المسكن هم أولا وقبل كل شيء الأبناء المحضونين، بدأت النداءات تتعالى من أجل خلق آلية جديدة مادامت الإجراءات القانونية المعتادة قد اثبت عدم نجاعتها في هذه المسألة، وتتمثل هذه الآلية في استحداث أو إنشاء "صندوق النفقة الغذائية"، لضمان سد حاجيات المحضونين

---

[934] بن قوية سامية، دراسة تحليلية للآليات المقررة لحماية الأسرة في التشريع الجزائري صندوق النفقة نموذجا، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية،جامعة الوادي،الجزائر،2019،م3،ع3،ص.10.

[935] عامر نجيم، حماية حق الطفل المحضون في النفقة وفقا للقانون رقم 15-01، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبويكر بلقايد،تلمسان،الجزائر،2017،م2،ع2 ،ص.01 وما يليها.

وإيوائهم، وفي الوقت الذي نجد فيه تشريعات عديدة تعتمد هذه الطريقة لاسيما في فرنسا وتونس، لا نجد المشرع الجزائري يعتمدها.إذ لم يتم المصادقة على المادة 80 مكرر من مشروع قانون الأسرة 84-11 والتي كانت قد اقترحت هذا الحل بنصها على أنه "ينشأ طبقا للشروط والكيفيات المحددة في التشريع المعمول به صندوق النفقة الغذائية بما فيها أجرة المسكن التي بقي تحصيلها بطرق التنفيذ القانونية دون جدوى". والمقصود بالتشريع المعمول به هنا أن يتم إنشاء مثل هذه الصناديق بموجب قانون المالية[936].

وتكريسا لمساواة أكبر بين الزوجين وضماناً حماية أفضل للأطفال وتحقيق الأنسجام العائلي، وعلى الرغم من أن مشروع تعديل قانون الأسرة جاء بحل لهذا الإشكال وذلك بإنشاء صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية بما فيها أجرة السكن، أمام هذا الوضع وقصد إيجاد حل لهذا الإشكال حاول المشرع الجزائري تجاوز هذه العقبات، وتنازل على هذا الطرح وبقي الأمر على حاله حتى صدور قانون15-01[937]، المتضمن إنشاء صندوق النفقة. وهذا استجابة للدعوات التي وجهها رئيس الجمهورية للحكومة بمناسبة الاحتفال بالعيد العالمي للمرأة في الثامن من مارس سنة 2014، والتي أمر فيها بضرورة إنشاء صندوق يتولى دفع النفقة للمطلقات اللواتي يتكفلن بأطفال قصر في حالة تعذر تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بها،وهذا حفاظا على كرامتهن وصونا لحقوق أطفالهن.

ويأتي هذا الإجراء تكملة للإجراءات التي تضمنتها مراجعة قانون الأسرة الذي جاء لتكريس حماية المرأة الحاضنة وأطفالها، وهذا يعود إلى التزام الجزائر باتفاقية

---

[936] ميكو وداد، مدى حق المرأة في السكن في حالتي الزواج وانحلاله،مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون،جامعة لأمير عبد القادر، قسنطينة،2013/2012،ص.265.

[937] القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 يناير 2015،المتضمن إنشاء صندوق النفقة،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،ع01،المؤرخة في07 يناير2015،ص.07؛ حيث لقد تضمن القانون 16 مادة مقسمة إلى أربعة فصول،عالج الفصل الأول الأحكام العامة في ثلاث مواد. والفصل الثاني خصص الإجراءات الاستفادة من المستحقات المالية وتضمن ستة مواد، أما الفصل الثالث تناول الأحكام المالية من خلال شرحه في سبع مواد ، والفصل الأخير خصص للأحكام نهائية وجاءت في خمس مواد.

سيداو وكذا اتفاقية الطفل، حيث دخل قانون صندوق النفقة حيز التنفيذ في بداية شهر فبراير عبر كافة محاكم شؤون الأسرة .

وعلى هذا الأساس تعززت الآليات القانونية الرامية إلى حماية المرأة المطلقة الحاضنة والأبناء القصر بوجه خاص، وذلك متى تعذر على المدين التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم الأمر بالنفقة، فيحل صندوق النفقة محل المدين في تسديد مبالغ النفقة المحكوم بها من أجل تسديد النفقة وذلك وفق إجراءات وشروط محددة وفقا للقانون[938]. وهو القانون الذي سنحاول توضيحه من خلال طرح الإشكالية التالية: هل يعتبر صندوق النفقة تكريس حقيقي للحد من معاناة المطلقات الحاضنات؟

للإجابة عن هذا التساؤل سوف نتطرق إلى تحديد الطبيعة القانونية لهذا الصندوق، وما هي حالات الاستفادة من خدماته، ومدى أهميته من الناحية الاجتماعية.

صندوق النفقة هو عبارة عن حساب تخصيص خاص قيده المشرع تحت رقم302/142 يفتح لدى مصالح الأمين الرئيسي للخزينة، ويقوم بتسييره هذا الأخير وأمناء خزائن الولايات حسب المادتين10و11 من نفس القانون، ويتمتع وزير التضامن بصفة الآمر بالصرف لهذا الحساب ممثلا بمديرية النشاط الاجتماعي على المستوى المحلي،ويقصد بذلك هو تكفل بإصدار حوالات الدفع ومراقبة عمليات صرف النفقة شهريا، كما يكون له صلاحية إصدار سندات الإيراد في حالة الدفع غير المستحق . كما أنه يعتبر كيان قانوني لا يهدف إلى تحقيق الربح، وإنما يؤدي دورا اجتماعيا من خلال رفع الغبن عن المرأة المطلقة ومحضونها[939].ويعتبر هذا حساب أسهل طريقة يمكن من صرف النفقة في أقرب وقت، فهو يتلقى اعتمادات سنوية في قانون

[938] بوزوينة محمد ياسين، صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة الحاضنة المطلقة، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية،أدرار ،الجزائر ،ديسمبر 2017، م01،ع02، ص.60 وما يليها.

[939] مقدم لبد الرحيم، صندوق النفقة الجزائري الجديد دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 ، سكيكدة،الجزائر ،2016،ع2،ص.49.

المالية، كما يمكن تسيره على المكشوف أي برصيد دائن ومعناه إمكانية التكفل بصرف رصيد فيه لتسوى بعد ذلك هاته الوضعية في نهاية السنة المالية[940].

وعلى هذا الأساس فإن شرط الحضانة يعتبر شرطاً أساسياً لأحقية الطفل في الاستفادة من المبالغ المستحقة من صندوق النفقة، مع العلم أن مدة حضانة الذكر تنقضي ببلوغه عشر سنوات قابلة للتمديد إلى غاية بلوغه16 سنة شرط أن تكون حاضنته أما لم تتزوج ثانية .أما بالنسبة للأنثى فتنقضي مدة حضانتها ببلوغها سن الزواج المحددة ب 19 سنة كاملة وفقا لنصي المادتين 07 و65 من قانون الأسرة وبالتالي فإن المبالغ المستحقة التي يغطيها صندوق النفقة تشمل نفقة الأطفال المحضونين إلى غاية إنتهاء مدة حضانتهم، شرط ألاّ يكون لديهم مال خاص، وذلك لأن امتلاك الطفل المحضون لمال خاص يعتبر سببا من أسباب سقوط حقه في النفقة.

ولكن بالرجوع إلى الفصل الثالث من هذا القانون نستنتج أن المرأة المطلقة لا يمكنها اللجوء للصندوق إلا في حالة التعذر الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، سبب امتناع المدين لها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو عدم معرفة محل إقامته.و تبث تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي.

وحسب نص المادة الخامسة منه، فإن القاضي المختص هو رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليمي. ويعود الاختصاص الإقليمي في مواضيع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها وفقا بفصل في طلب الاستفادة من المستحقات المالية الذي تتقدم به المطلقة في أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ تلقيه الطلب بموجب أمر ولائي، على أن يتم تبليغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى كل من الطرفين (الدائن والمدين) والمصالح المختصة المكلفة بالنشاط الاجتماعي في أجل48 ساعة من تاريخ صدوره . على أن يتولى هذه المصالح بصرف المستحقات للمستفيد في أجل أقصاه 25 يوما

[940] بن قوية سامية، دراسة تحليلية للآليات المقررة لحماية الأسرة في التشريع الجزائري صندوق النفقة نموذجا، المرجع السابق،ص.11.

من تاريخ تبليغها بالأمر الولائي المتضمن صرف المستحقات [941]. وذلك عن طرق تحويل بنكي أو بريدي، وتستمر هذه المصالح في صرف المستحقات المالية للمستفيد شهريا، إلى حين سقوط حقه في الاستفادة منها، ولا يتقرر هذا السقوط حسب نص المادة07 فقرة2 من القانون 15-01 إلا بناء على أمر ولائي صادر من القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة بناء على معطيات جديدة[942].

أما بالنسبة للأشخاص المستفيدين من هذا الصندوق فقد ذكروا على سبيل الحصر في المادة 02 منه" المستفيد أو الدائن بالنفقة: الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة وكذلك المطلقة المحكوم لها بالنفقة". فيظهر بجلاء أن المشرع الجزائري أنشأ صندوق النفقة كحل بديل يحل محل النفقة المفروضة على الزوج اتجاه أبنائه وزوجته التي طلقها.

الأبناء: البنوة الشرعية رابطة نسبية طبيعية،تربط الشخص بأصله.

المرأة المطلقة: والمراد بالمطلقة هنا كل امرأة انحلت رابطتها الزوجية عن زوجها بحكم قضائي،سوار أتم ذلك باردة منفردة من زوجها المادة 48 من قانون الأسرة، أم كان بطلب منها في حدود ما ورد في المادة 53 من قانون الأسرة ، أم كان بإراتهما المزدوجة عن طريق التراضي.أما بخصوص حل عقد النكاح بالمخالعة المنظم بالمادة 54 من قانون الأسرة ،فان نص المادة 48 من ذات القانون صريح في إدراج هذا النوع من الفرقة ضمن المفهوم القانوني للطلاق باعتباره وسيلة من وسائله[943].وبالتالي تأخذ المرأة المخالعة حكم المطلقة، وعليه بإمكانها الاستفادة من صندوق النفقة،لاسيما أن القضاء استقر على مبدأ عدم إسقاط الخلع لحق الزوجة في النفقة إهمال سابق أو

---

[941] عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، ط2، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،2011، ص.293.

[942] زهرة بن عبد القادر، صندوق النفقة للمرأة المطلقة الحاضنة دراسة نقدية تحليلية في القانون 15-01 بالمقارنة مع بعض التشريعات العربية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2020، م9،ع17، ص.62.

[943] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ2009/01/14،ملف رقم 477546، المجلة القضائية،2009،ع 02،ص.281.

عدة[944]. وبهذا الصدد نطرح التساؤل التالي من أين يتم تمويل صندوق النفقة لتغطية كل تلك المصاريف؟

للإجابة عن هذا التساؤل نرجع إلى المرسوم التنفيذي 15-107 [945] والمادة 3 منه الذي يحدد مداخيل صندوق النفقة من مُخصصات ميزانية الدولة، ومبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها، ومن الرسوم الجبائية أو شبه الجبائية والتي تنشأ بموجب القانون، وكذا الهبات والوصايا، ثم من كل الموارد الأُخرى فيتجلى لنا أن المشرع عدد مداخيل هذا الصندوق حتى يتسنى للمصالح المختصة تغطية كافة هاته المستحقات، وإن كان الفصل المُخصص من قِبل ميزانية الدولة هو الجزء الأساسي من هاته المداخيل، أما مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدينين بها فيتم تحصيلها بواسطة أمين الخزينة للولاية بناء على أمر بالإيراد تصدره مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية. وبالتالي فان للصندوق الحق في اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة بما فيها رفع القضايا لدى المحاكم المختصة وذلك لاستفاء الأموال التي دفعها عن المحكوم عليهم، ويقوم الصندوق بالرجوع على المحكوم عليهم بقيمة المبالغ التي صرفها ويتم تحصيلها منه، وفي حالة الامتناع عن الدفع يقوم أمين الخزينة الرئيسي المختص بالتحصيل الجبري.

على الرغم من أنّ المشرع الجزائري قد أبلى بلاءا حسنا بإستحداثه لقانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، قد كرس حماية قانونية قيمة ومعتبرة للمرأة المطلقة مع أطفالها المحضونين، في مجال الاستفادة منه، لكن رغم أهمية إحداثه من الناحية الاجتماعية، فقد أثير بشأنه كثير من الإشكاليات ترتبط أساسا بإجراءات الاستفادة منه، والفيئات المستفيدة من مدخرات الصندوق، فقد أغفل المشرع في نفس الوقت عدة مسائل وأورد عدة تناقضات و ثغرات قانونية.

استثنى فئة عريضة من الأطفال وهم في أمس الحاجة إلى المساعدة الاجتماعية لهذا الصندوق،في صورة الأطفال المتخلى عنهم، ومجهولي النسب، وذوى الاحتياجات

[944] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ2011/09/15،ملف رقم 647108، المجلة القضائية،2012،ع 01،ص.310.

[945] المرسوم التنفيذي15-107 المؤرخ في 21 أفريل 2015 المتعلق بكيفيات تسيير التخصص الخاص رقم 142-302،ج ر،22.

الخاصة، إلى الأطفال الناتجين عن الزواج الفاسد وغير ذلك. كما استثنى النساء المطلقات المعوزات والتي توفي عنهن وعن أبنائهن أزواجهن، فالمشرع الجزائري من خلال ذلك لم يكن منصفا في تقديره هذا على أساس أنه نجيز لصالح الفئات المذكورة على حساب فئات كثيرة هي في الحاجة إلى الدعم والمساعدة، وعليه يستحسن بالمشرع الجزائري أن يجعل الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة غير قاصر على من حصرهم في المادة 02 من القانون رقم 15-01 بل بتعدادهم ليشمل كل الأصول والفروع والأزواج[946].

كما حمل هذا القانون أيضا عدة تناقضات وثغرات قانونية، تتجلى على وجه الخصوص فيما تضمنته كل من المادة 2 والمادة 6 الفقرة 2 واللذان أخط فيهما المشرع بين الحضانة والنفقة، إذ رتب على سقوط الحضانة أو انقضائها سقوط حق الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، رغم أن لكل منهما أحكاما خاصة به، وحتى وإن كانا يعتبران حقين متلازمين للطفل المحضون، إلا أن حق الطفل في النفقة يبقى قائما ومستمرا ولو بعد سقوط حق الحضانة، خاصة حالة ما إذا كان الطفل عاجزا أو من ذوى الاحتياجات الخاصة،أو كان مازال يزاول دراسته[947].

إلاّ أنّنا نعيب في بعض المسائل الذي يثيره صندوق النفقة هو أنّه لم يحدد الحدّ الأدنى لمبلغ النفقة المستحقة للأطراف المستفيدة منه فهي تبقى سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة، فعلي المشرع إعادة النظر في تنظيمه لأحكام صندوق النفقة .

إن مبدأ المساواة بين الجنسين، التي تنادي به اتفاقية سيداو في حالة فك الرابطة الزوجية هو ضمانا لكرامة المرأة المطلقة حماية الطفل المحضون، ومعالجة نسبة كبيرة من الاختلالات الاجتماعية والمعيشية من جهة. ومن جهة أخرى يثبت للطفل منذ

---

[946] بوجاني عبد الحكيم،الإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون15-01، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي تسمسيلت، الجزائر،2017،ع04، ص.398.

[947] حويذق عثمان،مجرالي محمد لمين، صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص،مجلة الشهاب،معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي،الجزائر،2016،ع5، ص.218.

ولادته ثلاث ولايات: ولاية التربية، والولاية على النفس، والولاية على المال إن كان لديه مال، وما يهمنا ولاية التربية أو ما يسمى بالحضانة[948].

إن موضوع الحضانة فوق ذلك هو من المواضيع المرتبطة بالطفل وحقوقه، والتي تلقى اهتمام متزايدا في وقتنا الحالي بسبب القلق المجتمع الدولي حول حقوق الإنسان بصفة عامة، والشرائح المضطهدة بصفة خاصة، ويعتبر الأولاد كضحايا بعد فك الرابطة الزوجية مما يجعل الموضوع ذا أهمية بالغة يستحق دراسة في جانبه الأساسي وهو مسكن ممارسة الحضانة، لأن المرأة المطلقة خاصة تعيش أوضاعا صعبة، وهي تمر بمرحلة النزاع القضائي الخاص بالطلاق، فقد ترمى في الشارع، أو تبقى بلا مأوى مستقر، إلى غاية البت في مسألة الطلاق والحضانة .

الفرع الثاني
السكن حق للمرأة لممارسة الحضانة

من أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج، باعتبارهم همزة الوصل الوحيدة المتبقية بين الأب والأم وذويهم بعد الطلاق. وفي الواقع المعاش، نلاحظ أن المطلقة كثيرا ما تجد نفسها مشردة في الشارع هي وأولادها بعد طردها من مسكن الزوجية دون أن يكون لها مأوى تلجأ إليه، والمشاهد المروعة لهؤلاء النساء والأطفال وهم في العراء يفترشون الأرض ومظاهر البؤس بادية على وجوههم تدعو إلى الألم والحسرة ،خاصة إذا علمنا الآثار السلبية والآفات الخطيرة التي تنجم عن هذا التشرد[949].

وتفريعا عن ذلك، تلعب الحاضنة دوراً هاماً في حياة المحضون، فهو القدوة والأسوة له، والصغير لبنة طرية يستطيع من يشرف عليها تكيفها حسب ما يريد، ولذا

---

[948] شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، المرجع السابق، ص.222.

[949] حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص.9 وما يليها .

يكون لشخصيته تأثير في المحضون، وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الأم أحق الناس حضانة إذا طلقت من أبيهم سواء كانت معتدة أو منقضية عدتها[950] .

وعلى هذا الأساس نطرح التساؤل التالي: ماهي الأسس القانونية للسكن المخصص لممارسة الحضانة كحق للمرأة الحاضنة؟ وماهي الآليات القانونية المقررة لضمان هذا الحق؟

للإجابة عن هذا التساؤل، سعى المشرع على وجوب توفير مسكن للزوجة وهو التزام يقع على عاتق الزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية مراعتا في ذلك وسعه، ويمتد هذا الالتزام إلى ما بعد انفصال وفي وجود أبناء، إلا أن المشرع لم ينص على مواصفات مسكن الحضانة تاركا ذلك للفقه الذي أقر مواصفات تتمثل في :

– أن يكون مسكن الحضانة مناسبا: يشترط في مسكن الحضانة الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانة، أن يكون مناسبا للمحضون والحاضنة سواء، لتمكين الحاضنة من أداءها لواجبها نحو محضونها على أكمل وجه، فينبغي أن يتم تزويده بكل متطلبات المعيشة والتناسب هنا يتلاءم ويسار الأب حيث لا يكون اختياره للمسكن بقصد الأضرار بالحاضنة ووضعها الاجتماعي[951].

– فيجب أن يكون المسكن مشمولا على كل ما يلزم من أثاث وفراش وأواني ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة ويراعى في ذلك حالة الزوج المادية من يسر وعسر ووضعيته الاجتماعية، وهكذا يعتبر السكن شرعيا وهو ما يستلزم واجب توفير المسكن سواء كانت الزوجية قائمة أو في إطار الحضانة[952].

– أن يكون مسكن الحضانة مستقلا: يقصد بالمسكن المستقل المسكن الذي لا يشارك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، وضرورة الاستقلالية من أجل مراعاة مصلحة المحضون بحفظه صحةً وخلقاً، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن وبين جيران

[950] محمد سمارة، الأحكام والآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.391.

[951] بوقرة أم الخير،مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2003 /2004، ص.118.

[952] BEN MALHA Ghaouti, droit algérien de la famille, op.cit,p.219.

صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثي وعليه فإعداد مسكن الحضانة يقاس بقدر مسكن الزوجية من حيث مواصفاته الشرعية، فالأمر يتعلق بالمحضون ورعاية الأسرة في المجتمع حتى إذا كان المشرع الجزائري قد اغفل في إسكان المحضون اشترط شرعية سكناه شأنه شأن المواصفات الشرعية المطلوبة في توفير مسكن لإقامة الزوجية[953].

نقول أن حق المرأة في السكن باعتباره مقررا لها قانونا تستفيد منه بموجب حكم قضائي لممارسة الحضانة، إذن ما هي الآليات القانونية المقررة لضمان حق المطلقة الحاضنة في السكن؟

احتلت الحضانة مكانة بارزة في المحيط الاجتماعي والوسط القانوني لارتباط مصير الزوجية بها، لأنه أمام أزمة السكن الطاحنة ثارت المشكلة حول توفير مسكن للحضانة، الأمر زاد تعقيدا بحيث لم تعد أسرة العائلة تتحمل ابنتهم المطلقة وأولادها وأمام هذا الوضع تتعدد المنازعات حول المسكن، والتي تمثل صراع بين الزوجين بعد فك الرابطة الزوجية[954].

ونتيجة للتفكك الأسري وارتفاع نسبة الطلاق بدأ اهتمام المشرع بمسألة سكن الحاضنة حيث افرد له نصا في قانون 84-11 خاص منضما مسألة إسناد المسكن للمطلقة التي تقررت لها حضانة الأولاد[955]. وذلك من خلال المادة 52 الفقرة الثانية ومن ثم فإن استحقاق السكن ممارسة الحضانة معلق علي شروط وهي :

- أن تكون المرأة المطلقة محكوما لها بالحضانة: بالرجوع للفقرة السالفة الذكر من المادة يتضح أن الحاضنة التي تستفيد من الحكم لها حق البقاء في السكن، هي أم

[953] بوقرة أم الخير،مسكن الزوجية، نفس المرجع، ص.119.

[954] عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة،الجزائر،2011،ع1، ص.336.

[955] عيسى طعيبة، سكن المحضون في التشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2010 /2011، ص.24.

المحضون فقط دون غيرها، وهو شرط موضوعي إذ لا يمكن تصور منح السكن لزوجة مطلقة بدون حضانة أولاد[956].

ومن القرارات القضائية نجد قرار يستقر فيه القضاء على أن" طلب الحاضنة للمسكن بحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة، ولا يتقرر للمطلقة الحاضنة هذا الحق دون إثبات وفق للمادة 52 من قانون الأسرة"[957].

إضافة إلى القرار الذي يقضي بأن" طلب الحاضنة للمسكن الذي يحكم به في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة هو طلب متعلق بالأساس بمصلحة المحضون وهي التي توجه القضاء في إسناد الحضانة أو إسقاطها وبالنتيجة قبول طلب السكن ممارسة الحضانة أو رفضه"[958].

- أن لا يكون للمطلقة ولي يقبل إيوائها: بمعنى التي تفقد وليها وليس لها غيره يستقبلها ويؤمن لها مسكناً، فإذا وجد من يضمن للحاضنة السكن مع محضونها من أقربائها مثلا(العم،الخال)، أو غيرهم، فإنها لا تكون بحاجة إلى مطلقها ليضمن لها سكن[959].

وبالتالي المشرع الجزائري يجبر بصفة غير مباشرة الأم الحاضنة بالإثبات للقاضي بأن وليها يرفض إيوائها، أو أنها تفتقد لولي تلجأ إليه، ولاشك أن هذا الإجراء يتضارب مع مصلحة المحضون والمطلقة في آن واحد ولا يراعيهما بتاتا، لأن في الوقت الذي يحق توفر مسكن آخر للمطلقة الحاضنة أو تحاول فيه الحاضنة الأم إثبات ذلك[960]، فالشرط المتعلق بضرورة عدم وجود ولي للمرأة يؤويها ومحضونها فيه إجحاف في حق المرأة وفي حق وليها، ولقد اثبت تجربة تطبيق القضاء لهذا النص أن

---

[956] لوعيل محمد لمين،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.121.

[957] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 1991/04/23،ملف رقم 73949، المجلة القضائية،1994،ع1، ص.49.

[958] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ 1988/11/07،ملف رقم 50270 ، المجلة القضائية،1991،ع 3،ص.48.

[959] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص.267.

[960] تشوار حميدو زكية، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي والواقع الاجتماعي، مجلة المعيار، جامعة عبد القادر، قسطينة،الجزائر،2004، ع9، ص291.

الولي لا يقبل إيواء مطلقة وربما يدفع الأم إلى تنازل عن حضانة الطفل لأن الولي قد يقبل سكن وليته عنده، ولكن مع أولادها فهذا أمر صعب، بحجة أن الأبناء تحت مسؤولية المطلق، هنا توضع المطلقة في موقف صعب وحرج في نفس الوقت، فإما أن تسكن مع أبيها وتترك الأولاد مع أبيهم وإما أن ترفض التخلي عن أولادها وبالتالي تهيم للبحث عن سقف يأويها، وهي من الأمور الصعبة في الوقت الحالي وعلى هذا الاتجاه فإن هناك من اعتبر أن المشرع الجزائري تجاهل إمكانية قبول الولي استقبال المرأة المطلقة رفقة أبنائها وهذا قفز عن الواقع المعاش[961] .

وفي قرار لاحق لم تأخذ المحكمة في الاعتبار شرط الولي الذي يقبل إيواء الحاضنة أين أيدت فيه قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر في23 مارس 1997 "والذي ألغى الحكم المستأنف في شقه المتعلق برفض تخصيص مسكن ممارسة الحضانة والحكم من جديد بإلزام الأب بدفعه للحاضنة مبلغ 4000 دج بدل أجرة المسكن بالرغم من أن ولي الحاضنة قبل إيواءها، لأن أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصر من عناصر النفقة التي هي من التزامات الأب تجاه أولاده المحضونين"[962].

- تعدد المحضونين:استوجب القانون لضمان إسكان المطلقة الحاضنة أيضا ضرورة تعدد المحضونين،فاستعمل المشرع الجزائري صيغة الجمع في المادة52 ". يضمن حقها في السكن مع محضونيها ." أما باللغة الفرنسية

« Il lui est assuré ainsi qu'à ses enfants, le droit au logement ».

والملاحظ على هذا الشطر أنه لم يحدد بدقة عدد المحضونين الذي تستطيع بواسطته الأم الحاضنة الاستفادة من مسكن ممارسة الحضانة، وعليه نطرح التساؤل التالي:هل حضانة طفل واحد يعطي للمطلقة حق المطالبة بسكن لها لممارسة الحضانة؟

---

[961] هجيرة دنوني، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر،2002، ع3، ص.490.

[962] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ 1998/07/21،ملف رقم 197739،المجلة القضائية،1999،ع57،ص.37.

الإجابة عن هذا التساؤل، فسر البعض من فقهاء القانون عبارة "محضونيها" تعني أنها حاضنة لأكثر من طفل واحد فهي جاءت بضيعة الجمع، فإن كانت حاضنة لطفل واحد فقط لا حق لها في المطالبة بسكن ممارسة الحضانة[963].

والقول بوجهة النظر الأولي معناه إنكار حق المحضون في السكن إذا كان واحدا وقبول فكرة التعدد الدائم، وهذا الأمر وإن كان مفهوما في العهود الفارطة إلا أنه أصبح لا يتماشى مع الواقع الاجتماعي الحاضر، وهكذا فهذا الاتجاه ليس علمياً من هذه الزاوية، بل وفي الأخذ به خطر عظيم على مصالح المجتمع، خاصة وإن ظاهرة الطلاق أصبحت في الوقت الحاضر تقع بعد مرور فترة زمنية قصيرة من الزواج قد تكون سنة أو سنتين مما يجعل في كثير الأحيان المطلقة حاضنة لطفل واحد، وتفاديا في المستقبل لهذا تضارب في الآراء نقول أن العدالة والمساواة بين الأمهات المطلقات الحاضنات، والانسجام الذي يجب أن يتحقق بين النصوص التشريعية كل ذلك يدفع إلى القول بضرورة تعديل القانون في هذا الصدد تعديلا يقضي باستبدال العبارة التي تقول مع " محضونيها" والسر في ذلك وجوب حماية الطفل قبل رعاية وضمان حق الأب في السكن[964].

حيث وضع القضاء الجزائري هذه التفرقة، إذ اشترط أن يكون العدد أكثر من واحد، وقد اتخذ في هذه المسألة موقفين مختلفين :

أولهما: القرارين مؤرخين على التوالي في18 أفريل1984و07 أكتوبر 1985"بحيث لم يعترف فيهما بحق الإيجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أطفال فأكثر"[965].

---

[963] لحسن بن الشيخ آث ملويا،المنتقي في القضاء الأحوال الشخصية،ج1،دار هومة، الجزائر ،2005،ص.443.

[964] تشوار حميدو زكية، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي والواقع الاجتماعي،المرجع السابق، ص.194.

[965] المجلس الأعلى،غرف القانون الخاص،1984/04/18، ملف رقم 34630؛ المجلس الأعلى،غرف القانون الخاص 1985/10/07،ملف 38095،غير منشورين مقتبس عن Gh. Benmelha, op. cit , p. 232

أما ثانيهما:جاء به القرار الصادر في 06 أفريل 1987 والذي لم يكن هو الآخر أشد حرصا على مصلحة المحضون،" إذ جعل استفادة الأم الحاضنة بحق الإيجار إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من طفل واحد"[966].

ونظرا لهذه الاعتبارات والقضايا التي واجهها القضاء، تفطن وعمل دائما بمصلحة المحضون وخاصة حق المرأة في مسكن

ممارسة الحضانة، وذلك لضرورة تغيير مسار من سبقه، فكانت ثمرة حنكته أن فكر في تفسير يخدم مصلحة المحضون والأم المطلقة، تولد عنه موقف مغاير اعترف فيه بحق الأم الحاضنة بالسكن أو بأجرته ولو كان تحت حضنها طفل واحد؛ وتجسد ذلك في قرار الذي جاء فيه" لما ثبت – من قضية الحال – أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن" الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن ممارسة الحضانة أو بأجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين"، فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده – بتوفير سكن للحاضنة أو بتسليم أجرته، مما يتعين معه نقص وإبطال قرارهم وبدون إحالة"[967].

– أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا: نصت الفقرة الثالثة من المادة 52 من قانون الأسرة على أنه" ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا" فالمشرع أوجب عند تقرير الحق في السكن للمطلقة الحاضنة استثناء مسكن واحد حتى يتسنى الإسناد، فإذا استطاعت المطلقة الحاضنة أن تثبت بأن الزوج يملك مسكنا آخر، فمن مصلحة الحاضنة والمحضونين البقاء في مسكن الزوجية والذي ازدادوا فيه، كما تعودوا على الإقامة فيه، فما على الزوج إلا مغادرته، والانتقال إلى مسكن آخر[968].

وقد آثار مصطلح "مسكن الزوجية"العديد من الملاحظات الشكلية والموضوعية وهي كالأتي:

---

[966] المجلس الأعلى،غرف القانون الخاص،1987/04/03،ملف 45454،غير منشورين مقتبس عن Gh. Benmelha, op. cit, p. 232

[967] المحكمة العليا، غ.أ.ش،بتاريخ 1994/11/29، ملف رقم 1127، المجلة القضائية،1994،ع1،ص.140.

[968] لحسن بن الشيخ آث ملويا،المنتقي في القضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق،ص.446.

- فمن الناحية الشكلية: نجد أن مصطلح مسكن الزوجية مصطلح في غير محله ويمس بسلامة الفكرة القانونية، حيث يطلق على مسكن الزوجية أثناء قيام الرابطة الزوجية، وفي هذه الحالة تنتفي بالطلاق؛

- أن مسكن الزوجية يقدر حسب حال الزوج ولا يلتفت فيه إلى حال الزوجة .أما مسكن الحضانة، فطبقا للمادة 72 قبل التعديل من قانون الأسرة ، فإنه ينظر فيه ؛ أولا إلى حال الأولاد، ثم إلى حال الحاضنة، حيث لا يجب إسكانها إذا كانت صاحبة مسكن، وهذا ما أكده الأستاذ محمد مصطفى شلبي بقوله" إذا لم يكن للحاضنة مسكن خاص بها أو مسكن تسكن فيه مع زوجها القريب للطفل قرابة محرمية في مكان الحضانة وجب إعداد مسكن لها أو إعطاؤها أجرة مسكن مناسب تقوم فيه بالحضانة لأنها مضطرة إلى ذلك لئلا يسقط حقها في الحضانة"[969].

- إن مسكن الزوجية قد يكون ملكا للزوجة أو أقارب الزوج أو مشتركا بين الزوجين واستنتاجا من عبارة:"إذا كان وحيدا" نقول إن المعنى الذي قصده المشرع من مسكن الزوجية هو المسكن المطلق، ولهذا يقترح إمام الدين محمد كمال، استبدال هذا المصطلح "بمسكن المطلق" أو "مسكن والد المحضونين"[970].

- أما من الناحية الموضوعية: نجد الحالة الغالبة أن يكون مسكن الزوجية وحيدا ولاسيما إن أزمة السكن أصبحت خانقة و منتشرة على كامل الوطن؛

- إذا كان الأب مالكا أو مستأجرا لمسكن الزوجية الوحيد، فذلك لا يمنعه من توفير لأولاده أجرة مسكن آخر، ولكن الشيء المؤسف حتى في هذه الحالة الأخيرة جعل المشرع أمر جوازي للقاضي في إيجار السكن للحاضنة، وهذا من خلال الفقرة الثانية من المادة 467 من القانون المدني وعبارة "يجوز"، وهذا الموقف مهما كان منطقه فإنه عرضة للنقد، كونه ينطوي على فوضى إذ يوافق على تشرد الأطفال كواقعة طبيعية، كما يعطي للأب الحق في البقاء في السكن حسب ما يروق له وما يتفق

---

[969] محمد مصطفي شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، المرجع السابق ،ص.769.

[970] إمام الدين محمد كمال،مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان،2003، ص.308.

ومصالحه الشخصية، وحتى لو كان مسكن الزوجية وحيدا،فإن المطلقة والأطفال به من المطلق الذي يمكن له أن يتدبر أمره[971]؛

- كما أن المشرع في المادة 57من قانون الأسرة 84-11 ، قد فتح الباب للطعن بالاستئناف في الجوانب المادية للطلاق بما في ذلك النفقة بما فيها السكن من جهة، ومن جهة أخرى، أقفل هذا الباب بصريح العبارة والصرامة" يستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا،[972]، وبالتالي يبقي حل مشكلة سكن المرأة المطلقة ومحضونيها مطروحا. ولعل هذه المادة هي أكثر إجحافا في حق المرأة التي يرتبط مصيرها بمصير أولادها[973].

وفي حالة عدم تحقيق أحد هذه الشروط يسقط حق المطلقة الحاضنة في السكن، بمقتضي المادة 2/52 وما بعدها، إلا أن المشرع ومن خلال نص المادة 72 من قانون الأسرة أعطي للمحضون الحق في السكن .

ومن ثم يلاحظ التعارض بين المادتين52 و72من قانون الأسرة 84-11 ،حيث نجد المادة 52 تعلق استحقاق حق السكن ممارسة الحضانة على شروط واقفة، في حين نجد المادة 72 جعلت حق السكن للمحضون ولو كان واحد بلا اشتراط لعدد المحضونين، كما جعلت حق السكن للمحضون وليس حقا للمطلقة فيحمل هذا التعارض على المادة 72 بحكم إنها تالية للمادة 52 تضمن تخصيص عموم المادة 52 وتقييد مطلق حكمها[974].

وأمام هذه المشاكل وغيرها التي واجهت المشرع، كان لابد أن تمتد يد المشرع إلى الإصلاح بتعديل المادتين 52 و72 من قانون الأسرة، هل جاءت النصوص المعدلة

---

[971] فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص.132 وما يليها .

[972] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق،ص.135.

[973] هجيرة دنوني، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، المرجع السابق، ص.488.

[974] بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2004، ع9،ص.275.

في صياغتها الجديدة لتحقيق الحماية المتطلبة للمرأة المطلقة في تحقيق حق المرأة المطلقة الحاضنة في السكن بشكل أفضل ورفع كل تمييز مع الرجل؟

لقد أدى ذلك الفراغ التشريعي والقضائي بتوجه المشرع في إعادة النظر في قانون الأسرة، وذلك بضرورة تعديل المادة 52 بإلغاء فقرتها الثانية والثالثة والرابعة، وكذا تعديل المادة 72 منه واستبدالها بفقرتين وهما" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن" وإذا كان هذا النص يحمل تحت طياته رغبة في حماية المرأة الحاضنة بتوفير مسكن ملائم حتى تستطيع ممارسة حقها في أحسن الظروف، وفي حالة عدم تمكين ذلك ألزم المشرع الأب بدفع بدل الإيجار لإيجاد مسكن تقطن فيه المرأة ومحضون، لتسهل عليها عملية التربية والرعاية وتصون كرامتهما. وبهذا يكون وجود المطلق والمطلقة في نفس السكن، إلى غاية تنفيذ أحد الأمرين:إما بتوفير السكن أو دفع أجرة المسكن[975].

وبذلك لم يترك المشرع الجزائري للزوج أي خيار فهو مجبر على أن يوفر للحاضنة سكنا لممارسة الحضانة، أو دفع بدل الإيجار، ولم يضعه في موضع تخيير بين الأمرين، على عكس ما كان عليه في المادة 72 قبل التعديل[976].وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا:" لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن...، ولكن حيث قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحاضنة أو بدل الإيجار لان توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج طبقا للمادتين 52 و72 من قانون الأسرة"[977]. بما أن السكن أو بدل الإيجار يعتبر من

---

[975] عنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون،ط1،دار طليطلة،الجزائر،2011، ص.115.

[976] حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة، المرجع السابق، ص.139.

[977] المحكمة العليا،غ.أ.ش،بتاريخ 2002/07/31،ملف رقم 288072، مجلة المحكمة العليا،2002،ع1، ص .278.

مشمولات النفقة طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة، فإن امتلاك الزوجة لسكن خاص بها هذا لا يعفى الأب من هذا الواجب.

فالمشرع أوجب أن يكون السكن المهيأ من قبل الأب لممارسة الحضانة ملائما للحاضنة وخفف من عبء الأب في تنفيذ التزامه عينا، فإذا كان في إعداده لمسكن الحضانة إرهاقا له حكم عليه بأجرة المسكن[978].

بالنظر إلى نص المادة نجدها تشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يتوجب عليه دفع إيجار مسكن ممارسة الحضانة أو بدفع بدل الإيجار، ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه، لتوفير السكن المستقل وأن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة المطلقة لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها[979].

مما استقر القضاء على أن أجرة مسكن الحاضنة مسألة من مسائل الواقع، وبالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فالقاضي عندما يطرح النزاع أمامه، عليه وفي حالة التأكد من تعذر الأب على توفير سكن ملائم لممارسة الحاضنة أن يحكم عليه ببدل الإيجار، وأن يحدده مراعيا في ذلك جملة من الظروف حسب تقديره تتمثل في الحالة المادية للأب وموقع السكن، إضافة إلى الأخذ بتعدد المحضونين[980].

لا بد من الإشارة إلى أن الزوج مخير بين توفير سكن أو دفع بدل الإيجار، وأنه غير ملزم بجعل بيت الزوجية سكن ممارسة الحضانة وهو ما يفهم من قرار المحكمة

---

[978] أم الخير بوقرة، مسكن الزوجية،المرجع السابق،ص.107.

[979] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.26.

[980] أحمد إبراهيم عطية،نفقة وحضانة الصغار أما محكمة الأسرة،دار الفكر القانوني،مصر،2009،ص.259.

العليا الذي حاء فيه:"يحكم للحاضنة ببدل الإيجار لأن طلب تخصص مسكن الزوجية لممارسة الحضانة يتوقف على موافقة الزوج"[981].

إذن، فإن الالتزام وصراحة المشرع في هذه المادة، تظهر من خلال ألفاظها ومفرداتها مقارنة بالنص القديم الذي كانت صياغته أحيانا تجعل القضاة يحيدون عن مسألة إلزام الزوج بتوفير مسكن وذلك لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار، مستهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعنى بالقيام به[982].

أما عن معيار تعدد المحضونين فهناك من يقول أن لعدد المحضونين دخل في تقدير الأجر الخاص بالمسكن لأن ما يكفي لسكن صغيرين أو ثلاثة قد لا يكفي إذا زاد عدد المحضوضين عن خمس مثلا، وذلك مع مراعاة كل قضية على حدى[983].

أما عن موقع السكن فهو الآخر عند تقدير أجرة مسكن الحاضنة، يجب مراعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يتواجد به مسكن الحضانة، فقد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحسب المكان المتواجد به المسكن مثلا، المسكن المتواجد بوسط المدينة أجرته تفوق بكثير أجرة المسكن المتواجد بقرية نائية، وبناء على ذلك نجد أجرة المسكن تختلف بالنظر إلى كونه يقع في وسط المدينة أو في القرى والأرياف, وكذا يؤخذ بعين الاعتبار عدم انعزال مسكن الحضانة، بحيث لا يحسن أن يكون منقطعا أو بعيدا عن مرافق الصحة والتعليم[984].

لذلك، لم يتوقف الفقه الإسلامي عند إلزام الأب بتوفير مسكن أو أجرته للمحضون، وإنما نادي وعلى رأسه الحنفية بأن يكون البيت الذي يسكن فيه المحضون غير معرض لأذى الجيران ولو كانوا أقرباءه[985].

---

[981] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ2016/05/04، ملف رقم 0973124،مجلة المحكمة العليا،2016،ع01، ص.155.

[982] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،المرجع السابق،ص.87.

[983] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (فقهً وقضاء)،ط1،دار الفكر العربي،1984، ص.338.

[984] بوقرة أم الخير،مسكن الزوجية،المرجع السابق،ص.110.

[985] ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص.687.

كما يعاب على هذا النص في الفقرة الأولي يقصد بها أجرة المسكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ لأن السكن إضافة إلى تحديد الشهر تلحقه عدة أعباء وهي: مصاريف استهلاك المياه والغاز والكهرباء، ورسوم الضرائب والتأمين عليه.

وعليه، من أفضل على المشرع أن ينص على كافة التكاليف المرتبطة بالسكن ووجوب توفير المستلزمات الضرورية للعيش فيه. ومن جهة أخرى نطرح تساؤلا حول تحديد مقصود المشرع من السكن الملائم؟ وما هي المعايير والضوابط التي تعطي هذه الملائمة؟ من خلال تمحيصنا لنص المادة 72 من قانون الأسرة يتضح جليا أن:

- التزام الأب بتوفير المسكن الملائم غير إلزامي إذ أن المشرع أقر بأنه في حالة التعذر التزم ببدل الإيجار؛
- أن تقدير ملاءمة المسكن للحاضنة يخضع لتقدير قاضي الموضوع في حالة رفض الحاضنة للمسكن، ولابد أن يكون لهذا الرفض ما يبرره، ومصطلح الملاءمة على الرغم مما يحمله من معاني إنما قصد به أن يكون المسكن مناسبا للحضانة والمحضونين وحدود يسر الأب ووضعه الاجتماعي، وإلا يكون اختياره قصد الإضرار بالحاضنة كأن يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية، والمسكن لا يكون ملائما لممارسة الحضانة إلا إذا كان مستوفيا للشروط الشرعية كأن لا يكون بعيدا عن العمران أو غير آمن غير مستوف المرافق الشرعية[986].

غير أن المادة 72 من قانون الأسرة المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها، بشأن الفقرة الثانية التي تنص:"وتبقي الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".

حيث لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون الأسرة طلاق بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف للأجنبية أن تقيم ببيت صار أجنبيا عنها في الوقت الذي لم يلزم المشرع بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة

[986] أحمد إبراهيم عطية،نفقة وحضانة الصغار أما محكمة الأسرة، المرجع السابق، ص.213.

أبنائها، لذلك فإن هذه المادة تحمل الكثير من عدم الدقة وأن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به ليست سليمة ومجانبة للصواب [987]. والثابت في قرار المحكمة العليا قبل التعديل فصل في مثل هذا الموضوع. "واعتبر أن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه أصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون"[988].

هكذا، سعى المشرع الأسري الجزائري نحو إرضاء المجتمع الدولي والانسياق للأفكار التحررية للمرأة تحت غطاء القضاء على كافة أشكال التمييز ضدها،على أنه اعتداء على خصوصية المنضومة القانونية الداخلية، مما انعكست سلبا على المرأة والأسرة والمجتمع ككل.

[987] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ،الرجع السابق،ص.89.

[988] المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ 2005/12/14،ملف رقم 34644،المجلة القضائية،2006،ع 59،ص.244.

الخاتمة

من نعمة الله تعالى ورحمته بالخلق، أن خلق لهم من أنفسهم أزواجاً ليسكنوا اليها، ومن أجل تحقيق هذه النعمة فقد أوجد سبحانه وتعالى وسيلة متيسرة لخلقه يحققون فيها متطلباتهم النفسية والجسدية التي فطرهم عليها، حيث شرع لهم الزواج ليحقق للإنسان الألفة وارضاء الغريزة التي فطر عليها.

ومن القضايا المهمة في حياة الفرد تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية لما لها من أهمية فقد تناول الشريع الإسلامي أبوابها المختلفة بدقة وشفافية عالية، فعالج الزواج والطلاق وغير ذلك، على غرار قانون الأسرة الجزائري واتفاقية القضاء على كافة اشكال التمييز ضد المرأة .

حيث يتبوأ الإسلام للمرأة المكانة العالية ليقدم نموذجا إنسانيا عالميا لما يجب أن تكون عليه العلاقة الزوجية من معاشرة بالحسنى واحترام المتبادل ليحفظ ذاتيتها، غير أن وجود مصدر تشريعي أخر للشريعة الإسلامية يسعى إلى منازعتها في مركزها ودورها المحوري في تنظيم قضايا شؤون الأسرة، ليصبح النظام الأسري الجزائري مهددا في ذاتيته وخصوصيته، حيث يظهر ازدواجية المصدر التشريعي لقانون الأسرة، خصوصا أن الجزائر شخصا من أشخاص المجتمع الدولي، فهي بالضرورة ستدخل في علاقات دولية، يترتب عنها ابرام اتفاقيات دولية جماعية أو ثنائية، أو الانضمام الى اتفاقيات سارية المفعول. ومن هنا كان لزما أن تتحدد العلاقة بين هذه النصوص القانونية الدولية من جهة، والمنظومة القانونية الداخلية من جهة أخرى.

إن مسألة حقوق الإنسان إذا كانت في جوانب كثيرة تتسم بالعالمية، بمعنى أنها حقوق لا تختلف فيها أي دولة عن الأخرى، إلا أن هناك مسائل كثيرة أيضا لها طابع خاص يتعلق بنظم وقيم مجتمعات معينة ومنها المجتمعات الإسلامية. وهناك مسألة أخرى هامة تتمثل في ما يسمى ب"عولمة حقوق الإنسان"، التي تختلف عن مسألة عالمية هذه الحقوق، وترمي إلى عملية فرض قيم معينة على نظم قانونية أخرى في إطار توحيد الإطار القانوني الدولي دون مراعاة الجوانب الخاصة.

وعلى هذا أساس تطرح مسألة مضمون هذه الاتفاقيات الدولية وما إذا كانت تراعي المنظومات القانونية الداخلية، إذ يؤدي بطبيعة الحال اللجوء إلى آلية التحفظ

على نصوصها، وأبعاد الأثر القانوني لنص معين ومراعاة لمعارضتها للمبادئ والقيم التي تقوم عليها المجتمعات.

ومن بين المسائل التي تثير إشكالات على الصعيد الدولي والداخلي مسألة المساواة بين الرجل والمرأة، بين النظرة الغربية والنظم القانونية للمجتمعات الإسلامية، التي تعتمد الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر تشريعاتها، وخاصة بعد مصادقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

إن المتمعن في أحكام قانون الأسرة يجده كيّف مع الالتزامات الدولية استجابة لتوصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التي سبق أن أعربت عن انزعاجها من تمسك الجزائر بتحفظاتها، ما رتب عنه انعكاس واضح من خلال تنقيح النص الأصلي بالأمر 05-02.

وعليه، هناك تطور لا جدل فيه على واقع المرأة ، وهذا بفضل الإرادة التشريعية بوضع سياسة تهدف إلى محاربة والقضاء على كافة أشكال التمييز ضدها والممارسات القائمة على فكرة تفوق أحد الجنسين على لآخر. هي نقطة الانطلاقة لدحض العادات العرفية القائمة على أن المرأة غير مؤهلة أو قاصر وهي في المرتبة أدنى من الرجل، قد أعاق بشكل أو بآخر الاندماج الكامل للمرأة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية .

حيث حاول المشرع الجزائري في قانون الأسرة التوفيق بين المرجعية الإسلامية المرجعية الدولية التي وضعت بصمتها بشكل بارز، فتأرجح بين المساواة الرجل مع المرأة وحمايتها سواء في انعقاد الزواج أو أثناء الزواج وبعد انحلال العلاقة الزوجية.

بالرغم من اهتمام والحماية التي أظهرها المشرع الأسري، بعد تعديله لأحكام قانون الأسرة، حيث ترجم مبدأ المساواة عبر تحقيق الذي يبنى على أساس التكامل والتشارك ومناهضة التمييز، وذلك من خلال تكريس رضا المرأة في إبرام عقد الزواج، بالسماح للمرأة الراشدة أن تبرم عقد زواجها بنفسها، وهو ما يأكد بشكل واضح من الأهلية القانونية للمرأة .وهذا يعد مناقضا لأحكام المادة 40 من القانون المدني الذي يكرس الأهلية القانونية في سن 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة اللذين يحق لهما التمتع بحقوقهما المدنية ابتداء من هذا السن، خاصة لما أثاره من مشاكل أمام

المحاكم، وفي نفس السياق نجذ أن المشرع الأسري أغفل عن تحديد حد الأدنى لسن الزواج، ومحاولة منه لإيجاد نوع من التوازن في تعديل أحكام الولاية بحيث لم تعد المرأة الراشدة خاضعة عند زواجها لولاية أحد الذكور من أفراد أسرتها حيث أصبح دور الولي يقتصر على الحضور فقط أي حضور شكلي، كما أنّ المشرّع جعل من الولي شرط لزوم في عقد الزواج بدل من أن كان ركناً .

إن تسجيل عقد الزواج وتوثيقه أمر لا تشترطه الشريعة الإسلامية لصحة العقد، فعقد الزواج شأنه شأن سائر العقود يتم بمجرد الإيجاب والقبول ولا يتوقف وجوده وثبوته على بينه الكتابة، بل تكفي فيه النية الشخصية الإثباته سواء كان ذلك فيها يتعلق العقد نفسه أو آثاره من مهر ونفقه وما ذلك من حقوق.

غير أن هذا لا يمنع من إحداث تنظيمات إدارية، قصد حماية الزوجة لأنها هي العنصر الأضعف، وذلك بسن شروط قانونية تتماشى مع قاعدة التطور وإلزامية توثيق عقد الزواج للحد من الزواج العرفي.

إضافة إلى عدم التمييز اتجاه المرأة بسبب حالتها كزوجة من ناحية التدابير المستحدثة على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وإلغاء واجب الطاعة، وهذا تماشيا مع بنود اتفاقية سيداو.

لقد أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات مع أنّ الزواج الأمثل هو المفرد، لذلك لم يترك التعدد للممارسة العشوائية، ودون أن تجعل ذلك أمرا واجبا ولم تجعله مستحبا، كما أن حكمه ليس التحريم أو الكراهية، بمعنى أنّه لا يثاب على فعله ولا يذم على تركه، حيث ذهب المشرع إلى تقييده بمجموعة من الشروط الصارمة، كالمبرر الشرعي وتحقيق نية العدل وضرورة الحصول على الترخيص المسبق من القاضي المختص بعد موافقة كل من الزوجة السابقة واللاحقة التي تجعله مستحيلا تقريبا.

أما من ناحية النظام المالي للزوجين الذي ينسجم مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقتضى اتفاقية سيداو، أين عززت وكرست مبدأ انفصال الذمة المالية كأصل والاشتراك كاستثناء، 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 يكتسبانها

خلال الحياة الزوجية وهذا مظهر آخر من مظاهر الاتجاه التعاقدي في قانون الأسرة أخذ به المشرع لوضع حدّ للنزاعات التي عرفتها الساحة القضائية في هذا المجال.

إلا أن هناك بعض الثغرات والنقائص التي يؤخذ عليها المشرع، حيث خصص مادة وحيدة بصورة مجملة ودون تفصيل في أحكامها من كيفية إبرام هذا العقد أو طرق إثبات المكتسبات المالية في حالة وجود نزاع بين الزوجين.

إن مظاهر عدم التمييز ضد المرأة في الزواج تظهر أيضا في إنهاء الرابطة الزوجية، يمارس من قبل الزوج والزوجة كل حسب شروطه الشرعية وتحت مراقبة القضاء، وذلك بتقييد الممارسة التعسفية للرجل في الطلاق مع ضمان حق المرأة المطلقة في الحصول على كافة حقوقها قبل الإذن بالطلاق مع النص على وجوب توفير مسكن للمطلقة إذا كانت حاضنة، وهذا مظهر من مظاهر حماية المرأة في قانون الأسرة الجزائري.

كما وسع التعديل في حق المرأة في طلب التطليق لإخلال الزوج لشرط من شروط عقد الزواج، أو للإضرار بالزوجة مثل عدم الأنفاق والهجر أو العنف أو الشقاق المستمر وغيرها . ونجد أن كلا الزوجين أصبحا يقفان على قدم المساواة في اقرار الطلاق بإرادتهما المنفردة، وعليه فإنه لامجال للقول بأن الزوج استأثر لوحده بإنهاء العلاقة الزوجية.

أما النيابة الشرعية التي تظهر من خلال الولاية التي تعد من السبل التي عمدها المشرّع الأسري لحماية القصّر وصيانة أموالهم بوصفها نيابة إلزامية أصليّة قد منحها الشرع والمشرّع لولي اكتملت به الشروط اللازمة على ابنه القاصر، حيث تنتقل الولاية إلى الأم في حالات معيّنة، لكن رغم محاولة المشرّع الإلمام بكافة جوانب الولاية إلّا أنّها تبقى غير شاملة لكل أحكام هذه النيابة الإلزامية بحيث ميّزها العموم والغموض، وكثرت بها الثغرات ما يدفعنا للقول بإلزامية تدخل المشرّع لضبط كل أحكام هذه الأخيرة خاصة بظل حساسية الفئة المعنيّة.

بالرغم من التعديلات العديدة التي أدخلت بموجب الأمر 05-02، والتي شملت حوالي 41 حكما أساسياً، فإن ذلك لم يشفع للجزائر أمام اللجنة المعنية بالقضاء على كافة اشكال التمييز ضد المرأة، والتي ما فتئت تعتبر عن قلقها مما تعتبره حسب قرائتها القانونية استمرار من الجزائر في تطبيق الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة، والتي تكرس مركزاً قانونياً مناقضاً للمرأة في عدة مجالات، لذلك تدعو اللجنة دوما لمزيد من التعديلات ورفع التحفظات ومراجعة كل الحكام المنافية ومقتضيات اتفاقية سيداو، بما ينسجم ورؤيتها للوصول إلى المساواة المطلقة والتطابق التام بين الجنسين.

غير أننا ننوه أنه لا يمكن تطبيق بنود اتفاقية سيداو تطبيقا مطلقا على قانون الأسرة، لأنه تتعارض مع نصوص قطعية بالشريعة الإسلامية، وتتصادم مع الفطرة الإنسانية التي ركب الله عز وجل الرجل والمرأة تركيبا خلقيا ونفسيا وعاطفيا متميزا ومختلفا ومتباينا على الرغم من وحدة الأصل. وعليه سوف تختلف الوظائف والمسؤوليات وأيضا التكاليف والأدوار، وما هذا الاختلاف إلا لاستمرار الحياة فكل مسخر لما خلق من أجله، مما أدى بالمشرع الأسري إلى التحفظ على بعض بنودها، فلا يمكن أن تكون الاتفاقية هي المرجعية القانونية للتعديلات الواردة في قانون الأسرة، كإلغاء التعدد، والمساواة في انصبت المواريث، أو رفع الصداق والتخلي عن العدة، وحضر زواج المسلمة من غير المسلم، والفوارق الفطرية بين الرجل والمرأة، إلا أنه يمكن وصف هذه الحقوق تعزيز قوي من الشريعة الإسلامية وأكثر عدالة وإنصاف للمرأة من تلك التي تدعو إليها الاتفاقية .

إن تطبيق مبدأ عدم التمييز ضد المرأة بشكل مطلق سيكون له آثار عكسية تؤثر على الانسجام بين الجنسين، لذا لابد من تطبيق مرن لهذا المبدأ لأن المرأة اليوم تكمل الرجل ولا تماثله. ويكون ذلك في سبيل ترقية حقوق المرأة والرفع من مستوى أدائها في المجتمع والأسرة.

وعلى هذا أساس توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من التوصيات يمكن إجمالها فيما يلي:

- إن نقد الإطار العام للاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ومع كونها تعد في حد ذاتها خطوة هامة وجدّ إيجابية في سبيل الاهتمام بالمرأة وبحماية حقوقها المختلفة، فإنه من ناحية أخرى أضحت- هذه الاتفاقية- بمثابة الدستور الدولي المتعلق بالمرأة، والذي لا يمكن تجاوزه ، حيث فرضت الاتفاقية على الدول العمل على منع انتهاك حقوق المرأة وتعزيزها وحمايتها، وتثبيتها في قوانينها ودساتيرها. والجدير بالذكر أن المرأة في بعض المجتمعات الإسلامية حرمت من بعض حقوقها التي أعطاها اياها الإسلام نتيجة ظلم أو نتيجة الجهل وسيطرة بعض الأعراف والتقاليد البعيدة عن الدين .
- تكثيف الجهود لإحياء تعاليم الشريعة الإسلامية وتفعليها في العلاقة الزوجية وخاصة في ظل العولمة القانونية، لأن اتفاقية سيداو تقترح المساواة المطلقة في جميع مناحي الحياة بين الرجل والمرأة وهذا لتجسيد مبدأ عدم التمييز ضدها؛ على اعتبار الأمومة وظيفة اجتماعية بدلا من أن تكون وظيفة فطرية، وهذا يشكل اعتداء على القيم والنظم القانونية الأخرى، معتمدة على مفهوم الجندر الذي لا يفرق بين الرجل والمرأة على أساس بيولوجي، وإنما على أساس اجتماعي.

- إن المراهنة عن نوعية التعديلات والتنازلات المقبلة التي يمكن أن يعرفها قانون الأسرة، سيكون سابقة خطيرة دون سلوك السبل التشريعية والدستورية المستنيرة بالأدلة الفقهية، والتمسك بتوابث الشريعة الإسلامية، حتى نكفل الخصوصية الدينية والثقافية والاجتماعية له.
- الإبقاء على التحفظات المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء وخاصة المادة 16 منها، إذ لم تراعى الاتفاقية اختلاف الثقافات والأديان يعتبر بمثابة مساسا بسيادتها الوطنية ؛
- إن تصييق المباح على تعدد الزوجات يفتح بابا من أبواب المخالفة القانونية والرغبة في ولوج الممنوع أو المضيق فيه متى أمكن ذلك إما عناداً أو لا مبالاة بالنصوص القانونية المنظمة للعلاقات الأسرية، لأن مادام المشرع يُبقي على الزواج العرفي، ويعترف بتسجيله قضائيا فإنّ الزوج الذي يريد الزواج بامرأة أخرى، وبكل بساطة يقوم بتجاهل كل القيود المفروضة بموجب المادة 08 من قانون الأسرة، ومن

ثم يكون قد نجا من كل القيود التي جاء بها قانون الأسرة، لأنّ المشرع أعطاه مفتاح التلاعب وخرق القانون وتجاهل كل الشروط المفروضة، عن طريق المادة 22 من قانون الأسرة، وسهولة تحايل العابثين على القضاء في إثبات علاقات غير شرعية وتحويلها إلى زواج رسمي؛

- فلهذه نهيب بمشرعنا إلى إلغاء المادة 22 من قانون الأسرة، خاصة بعد التنامي المذهل لظاهرة الزواج العرفي في صورته السرية والتي لم تكن موجودة من قبل لدى المجتمع الجزائري ومن سن عقوبات بدنية ومالية صارمة على كل من يخالف هذه الإجراءات المقررة قانونا؛

- كما نطلب من تكثيف حركة التوعية وبرامج الإعلام والشرح لأهمية وأهداف عقد الزواج المسجل، يتمثل في قيام الأئمة بذلك لما لهم من دور حساس وفعال في المجتمع، فطالما أنّ هيبة الإمام مازالت موجودة، وقدسية المسجد مازالت راسخة لدى الفرد، فإن هذا الأخير ستؤثر فيه حتما كل دروس ومواعظ الإمام التي يلقيها عليه في المسجد ؛

- أما فيما يخص اعتماد العقد المالي كآلية لتدبير أموال الزوجين والرجوع إلى بنوده في حالة الخلاف فهو بدوره قد لا يكون حلا ناجعا، فالقول بأن العقد شريعة المتعاقدين في مجال العلاقات الأسرية فكرة بها كثير من الاستهانة بميثاق سامي ألا وهو التماسك والترابط الشرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، ليس عقد الزواج بالعقد المدني التبادلي فهو له طبيعته الخاصة، تلك الطبيعة تعتمد أكثر ما تعتمد على النوايا الطيبة للزوجين، فصفة الأبد والدوام التي تطبع عقد الزواج تخرج به من مجموعة العقود المدنية الصرفية؛

- لم يهتمّ المشرّع الجزائري بموضوع الخلع رغم أهميته، وما قد يترتب عن التطبيق الخاطئ لفكرة الخلع من تشتيت الأسرة وتفريق للأولاد حيث خصص له مادة واحدة فقط من قانون الأسرة تجيز للزوجة دون موافقة الزوج حقّ اللجوء إلى القضاء لتخالع نفسها وجعلها في مركز مساوٍي للرجل؛

– تعديل مضمون قانون صندوق النفقة بتغيير صفة المستفيد من المرأة المطلقة إلى كلّ من يحوز حكماً بالنفقة مهما كان أن يشمل قانون صندوق النفقة الأحكام الصادرة بالنفقة قبل صدور القانون فمن غير المنصف حرمانهم من هذا الحق لمجرد اختلاف في التاريخ، فلا مانع من أن يسري القانون بأثر رجعي طالما الهدف هو حماية المرأة الحاضنة وحماية المحضون.

– بالرغم من الضجة التي أثيرت حول قانون الأسرة، والنقاشات التي أثري بها، والزخم الإعلامي الذي دار حوله، ومنادات جمعيات النسوية، إضافة الى التقارير الدورية من طرف لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. لم يرقى إلى الطموحات التي كان يصبوا ليها المجتمع بصفة عامة، والمختضون بصفة خاصة، حيث كان من المفروض أن تسن تشريعات واضحة الدلالة لا تعتريها اللبس أو الغموض مع المرونة في التطبيق، حتى تنسجم مع قانون الأسرة وغيره ما له علاقة به،لأن القوانين تكمل بعضها بعصا تماشيا مع التطور الاجتماعي فيحدث للناس من القوانين ما أحدثوا من أحداث .

وختاما هذا جهد بشري لا أدعي فيه الكمال، وما كان فيه من توفيق فمن الله وحده عليه توكلت واليه أنيب، وما كان من خطأ أو سهو أو نسيان فمن نفسي ومن الشيطان وأسأل الله تعالى أن يوفقنا للعلم النافع والعمل الصالح، وأن يعلمنا ما ينفعنا وينفعنا بما علمنا إنه سميع قريب مجيب.

الملاحق

الملحق الأول:

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدتها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 تاريخ بدء النفاذ: 03 سبتمبر 1981.

الملحق الثاني:

Loi n°57–777 du 11/07/1957 relative à la preuve du mariage contracté en algerie les regles du droit musulman,J.O.R.F. n ° du 13/07/1957.

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة
اعتمدتها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام
بقرارها 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979
تاريخ بدء النفاذ: 03 سبتمبر 1981.

إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية،

إذ تلحظ أن ميثاق الأمم المتحدة يؤكد من جديد الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية، وبكرامة الفرد وقدره، وبتساوي الرجل والمرأة في الحقوق.

وإذ تلحظ أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يؤكد مبدأ عدم جواز التمييز، ويعلن أن جميع الناس يولدون أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق، وأن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في الإعلان المذكور، دون أي تمييز، بما في ذلك التمييز القائم على الجنس.

وإذ تلحظ أن على الدول الأطراف في العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان واجب ضمان مساواة الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية والسياسية.

وإذ تأخذ بعين الاعتبار الاتفاقيات الدولية المعقودة برعاية الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، التي تشجع مساواة الرجل والمرأة في الحقوق.

وإذ تلحظ أيضا القرارات والإعلانات والتوصيات التي اعتمدتها الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، للنهوض بمساواة الرجل والمرأة في الحقوق.

وإذ يساورها القلق، مع ذلك، لأنه لا يزال هناك، على الرغم من تلك الصكوك المختلفة، تمييز واسع النطاق ضد المرأة.

وإذ تشير إلى أن التمييز ضد المرأة يشكل انتهاكا لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعد عقبة أمام مشاركة المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، في حياة

بلدهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويعوق نمو رخاء المجتمع والأسرة، ويزيد من صعوبة التنمية الكاملة لإمكانات المرأة في خدمة بلدها والبشرية.

وإذ يساورها القلق، وهى ترى النساء، في حالات الفقر، لا ينلن إلا أدنى نصيب من الغذاء والصحة والتعليم والتدريب وفرص العمالة والحاجات الأخرى.

وإذ تؤمن بأن إقامة النظام الاقتصادي الدولي الجديد، القائم على الأنصاف والعدل، سيسهم إسهاما بارزا في النهوض بالمساواة بين الرجل والمرأة.

وإذ تنوه بأنه لابد من استئصال شأفة الفصل العنصري وجميع أشكال العنصرية والتمييز العنصري والاستعمار والاستعمار الجديد والعدوان والاحتلال الأجنبي والسيطرة الأجنبية والتدخل في الشؤون الداخلية للدول إذا أريد للرجال والنساء أن يتمتعوا بحقوقهم تمتعا كاملا.

وإذ تجزم بأن من شأن تعزيز السلم والأمن الدوليين، وتخفيف حدة التوتر الدولي، وتبادل التعاون فيما بين جميع الدول بغض النظر عن نظمها الاجتماعية والاقتصادية، ونزع السلاح العام ولا سيما نزع السلاح النووي في ظل رقابة دولية صارمة وفعالة، وتثبيت مبادئ العدل والمساواة والمنفعة المتبادلة في العلاقات بين البلدان، وإعمال حق الشعوب الواقعة تحت السيطرة الأجنبية والاستعمارية والاحتلال الأجنبي في تقرير المصير والاستقلال، وكذلك من شأن احترام السيادة الوطنية والسلامة الإقليمية، النهوض بالتقدم الاجتماعي والتنمية، والإسهام، نتيجة لذلك في تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة.

وإيمانا منها بأن التنمية التامة والكاملة لأي بلد، ورفاهية العالم، وقضية السلم، تتطلب جميعا مشاركة المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، أقصى مشاركة ممكنة في جميع الميادين.

وإذ تضع نصب عينيها دور المرأة العظيم في رفاه الأسرة وفى تنمية المجتمع، الذي لم يعترف به حتى الآن على نحو كامل، والأهمية الاجتماعية للأمومة ولدور الوالدين كليهما في الأسرة وفى تنشئة الأطفال.

وإذ تدرك أن دور المرأة في الإنجاب لا يجوز أن يكون أساسا للتمييز بل إن تنشئة الأطفال تتطلب بدلا من ذلك تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل.

وإذ تدرك أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة.

وقد عقدت العزم على تنفيذ المبادئ الواردة في إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، وعلى أن تتخذ، لهذا الغرض، التدابير التي يتطلبها القضاء على هذا التمييز بجميع أشكاله ومظاهره، قد اتفقت على ما يلي :

الجزء الأول

المادة 1

لأغراض هذه الاتفاقية يعنى مصطلح "التمييز ضد المرأة" أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل.

المادة 2

تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج، بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء، سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقا لذلك تتعهد بالقيام بما يلي :

(أ) إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الأن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة،

(ب) اتخاذ المناسب من التدابير، تشريعية وغير تشريعية، بما في ذلك ما يناسب من جزاءات، لحظر كل تمييز ضد المرأة،

(ج) فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، وضمان الحماية الفعالة للمرأة، عن طريق المحاكم ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى في البلد، من أي عمل تمييزي،

(د) الامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، وكفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق وهذا الالتزام؛

(هـ) اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة،

(و) اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزا ضد المرأة،

(ي) إلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزا ضد المرأة.

المادة 3

تتخذ الدول الأطراف في جميع الميادين، ولا سيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لكفالة تطور المرأة وتقدمها الكاملين .وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل.

المادة 4

1- لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزا بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يستتبع، على أي نحو، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة.

2- لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة تستهدف حماية الأمومة، بما في ذلك تلك التدابير الواردة في هذه الاتفاقية، إجراء تمييزيا.

المادة 5

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي:

(أ) تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة،

(ب) كفالة تضمين التربية العائلية فهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية، الاعتراف بكون تنشئة الأطفال وتربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين على أن يكون مفهوما أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات

المادة 6

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلال بغاء المرأة .

الجزء الثاني

المادة 7

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد، وبوجه خاص تكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، الحق في:

(أ) التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، والأهلية للانتخاب لجميع الهيئات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام،

(ب) المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وفى تنفيذ هذه السياسة، وفى شغل الوظائف العامة، وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية،

(ج) المشاركة في أية منظمات وجمعيات غير حكومية تهتم بالحياة العامة والسياسية للبلد.

المادة 8

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، ودون أي تمييز، فرصة تمثيل حكومتها على المستوى الدولي والاشتراك في أعمال المنظمات الدولية.

المادة 9

1- تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقا مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها. وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي، أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج.

3- تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهما .

الجزء الثالث

المادة 10

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة لكي تكفل لها حقوقا مساوية لحقوق الرجل في ميدان التربية، وبوجه خاص لكي تكفل، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(أ) شروط متساوية في التوجيه الوظيفي والمهني، والالتحاق بالدراسات والحصول على الدرجات العلمية في المؤسسات التعليمية على اختلاف فئاتها، في المناطق الريفية والحضرية على السواء، وتكون هذه المساواة مكفولة في مرحلة الحضانة وفى التعليم العام والتقني والمهني والتعليم التقني العالي، وكذلك في جميع أنواع التدريب المهني.

(ب) التساوي في المناهج الدراسية، وفى الامتحانات، وفى مستويات مؤهلات المدرسين، وفى نوعية المرافق والمعدات الدراسية،

(ج) القضاء على أي مفهوم نمطي عن دور الرجل ودور المرأة في جميع مراحل التعليم بجميع أشكاله، عن طريق تشجيع التعليم المختلط، وغيره من أنواع التعليم التي تساعد في تحقيق هذا الهدف، ولا سيما عن طريق تنقيح كتب الدراسة والبرامج المدرسية وتكييف أساليب التعليم،

(د) التساوي في فرص الحصول على المنح والإعانات الدراسية الأخرى،

(هـ) التساوي في فرص الإفادة من برامج مواصلة التعليم، بما في ذلك برامج تعليم الكبار ومحو الأمية الوظيفي، ولا سيما البرامج التي تهدف إلى التعجيل بقدر الإمكان بتضييق أي فجوة في التعليم قائمة بين الرجل والمرأة،

(و) خفض معدلات ترك الطالبات الدراسة، وتنظيم برامج للفتيات والنساء اللائى تركن المدرسة قبل الأوان،

(ز) التساوي في فرص المشاركة النشطة في الألعاب الرياضية والتربية البدنية،

(ح) إمكانية الحصول على معلومات تربوية محددة تساعد على كفالة صحة الأسر ورفاهها، بما في ذلك المعلومات والإرشادات التي تتناول تنظيم الأسرة.

المادة 11

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

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

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

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

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

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

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

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

(أ) لحظر الفصل من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة والتمييز في الفصل من العمل على أساس الحالة الزوجية، مع فرض جزاءات على المخالفين،

(ب) لإدخال نظام إجازة الأمومة المدفوعة الأجر أو المشفوعة بمزايا اجتماعية مماثلة دون فقدان للعمل السابق أو للأقدمية أو للعلاوات الاجتماعية،

(ج) لتشجيع توفير الخدمات الاجتماعية المساندة اللازمة لتمكين الوالدين من الجمع بين الالتزامات العائلية وبين مسؤوليات العمل والمشاركة في الحياة العامة، ولا سيما عن طريق تشجيع إنشاء وتنمية شبكة من مرافق رعاية الأطفال،

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

3 – يجب أن تستعرض التشريعات الوقائية المتصلة بالمسائل المشمولة بهذه المادة استعراضا دوريا في ضوء المعرفة العلمية والتكنولوجية، وأن يتم تنقيحها أو إلغاؤها أو توسيع نطاقها حسب الاقتضاء.

المادة 12

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

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

المادة 13

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجالات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق، ولاسيما :

(أ) الحق في الاستحقاقات العائلية،

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

(ج) الحق في الاشتراك في الأنشطة الترويحية والألعاب الرياضية وفى جميع جوانب الحياة الثقافية.

المادة 14

1 – تضع الدول الأطراف في اعتبارها المشاكل الخاصة التي تواجهها المرأة الريفية، والأدوار الهامة التي تؤديها في توفير أسباب البقاء اقتصاديا لأسرتها، بما في ذلك عملها في قطاعات الاقتصاد غير النقدية، وتتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على المرأة في المناطق الريفية.

2 – تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المناطق الريفية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، أن تشارك في التنمية الريفية وتستفيد منها، وتكفل للريفية بوجه خاص الحق في :

(أ) المشاركة في وضع وتنفيذ التخطيط الأنمائي على جميع المستويات،

(ب) الوصول إلى تسهيلات العناية الصحية الملائمة، بما في ذلك المعلومات والنصائح والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة،

(ج) الاستفادة بصورة مباشرة من برامج الضمان الاجتماعي،

(د) الحصول على جميع أنواع التدريب والتعليم، الرسمي وغير الرسمي، بما في ذلك ما يتصل منه بمحو الأمية الوظيفي، وكذلك التمتع خصوصا بكافة الخدمات المجتمعية والإرشادية، وذلك لتحقيق زيادة كفاءتها التقنية،

(هـ) تنظيم جماعات المساعدة الذاتية والتعاونيات من أجل الحصول على فرص اقتصادية مكافئة لفرص الرجل عن طريق العمل لدى الغير أو العمل لحسابهن الخاص،

(و) المشاركة في جميع الأنشطة المجتمعية،

(ز) فرصة الحصول على الائتمانات والقروض الزراعية، وتسهيلات التسويق، والتكنولوجيا المناسبة، والمساواة في المعاملة في مشاريع إصلاح الأراضي والإصلاح الزراعي وكذلك في مشاريع التوطين الريفي،

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

الجزء الرابع

المادة 15

1 – تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون.

2 – تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشئون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوى بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.

3 – تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية.

4 – تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم.

المادة 16

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، وفى عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل،

(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه،

(ح) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفى جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

(هـ) نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وبإدراك للنتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفى الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق،

(د) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفى جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

(ز) نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار إسم الأسرة والمهنة ونوع العمل،

(ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

2 – لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي اثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا .

الجزء الخامس

المادة 17

1 – من أجل دراسة التقدم المحرز في تنفيذه هذه الاتفاقية، تنشأ لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة (يشار إليها فيما يلي باسم اللجنة) تتألف، عند بدء نفاذ الاتفاقية، من ثمانية عشر خبيرا وبعد تصديق الدولة الطرف الخامسة والثلاثين عليها أو انضمامها إليها من ثلاثة وعشرين خبيرا من ذوى المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة العالية في الميدان الذي تنطبق عليه هذه الاتفاقية، تنتخبهم الدول الأطراف من بين مواطنيها ويعملون بصفتهم الشخصية، مع إيلاء الاعتبار لمبدأ التوزيع الجغرافي العادل ولتمثيل مختلف الأشكال الحضارية وكذلك النظم القانونية الرئيسية.

2 – ينتخب أعضاء اللجنة بالاقتراع السري من قائمة أشخاص ترشحهم الدول الأطراف ولكل دولة طرف أن ترشح شخصا واحدا من بين مواطنيها.

3 – يجرى الانتخاب الأول بعد ستة أشهر من تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية، وقبل ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ كل انتخاب، يوجه الأمين العام للأمم المتحدة رسالة إلى الدول الأطراف يدعوها فيها إلى تقديم ترشيحاتها في غضون شهرين. ويعد الأمين العام قائمة ألفبائية بجميع الأشخاص المرشحين على هذا النحو، مع ذكر الدولة الطرف التي رشحت كلا منهم، ويبلغها إلى الدول الأطراف.

4 – تجرى انتخابات أعضاء اللجنة في اجتماع للدول الأطراف يدعو إليه الأمين العام في مقر الأمم المتحدة. وفى ذلك الاجتماع، الذي يشكل اشتراك ثلثي الدول الأطراف فيه نصابا قانونيا له، يكون الأشخاص المنتخبون لعضوية اللجنة هم المرشحون الذين يحصلون على أكبر عدد من الأصوات وعلى أكثرية مطلقة من أصوات ممثلي الدول الأطراف الحاضرين والمصوتين.

5 – ينتخب أعضاء اللجنة لفترة مدتها أربع سنوات. غير أن فترة تسعة من الأعضاء المنتخبين في الانتخاب الأول تنقضي في نهاية فترة سنتين، ويقوم رئيس اللجنة، بعد الانتخاب الأول فورا، باختيار أسماء هؤلاء الأعضاء التسعة بالقرعة.

6 – يجرى انتخاب أعضاء اللجنة الإضافيين الخمسة وفقا لأحكام الفقرات 2 و3 و4 من هذه المادة بعد التصديق أو الانضمام الخامس والثلاثين. وتنتهي ولاية اثنين من الأعضاء الإضافيين المنتخبين بهذه المناسبة في نهاية فترة سنتين. ويتم اختيار اسميهما بالقرعة من قبل رئيس اللجنة.

7 – لملء الشواغر الطارئة، تقوم الدولة الطرف التي كف خبيرها عن العمل كعضو في اللجنة بتعيين خبير آخر من بين مواطنيها، رهنا بموافقة اللجنة.

8 – يتلقى أعضاء اللجنة، بموافقة الجمعية العامة، مكافآت تدفع من موارد الأمم المتحدة بالأحكام والشروط التي تحددها الجمعية، مع إيلاء الاعتبار لأهمية المسؤوليات المنوطة باللجنة .

9 – يوفر الأمين العام للأمم المتحدة ما يلزم اللجنة من موظفين ومرافق للاضطلاع بصورة فعالة بالوظائف المنوطة بها بموجب هذه الاتفاقية.

المادة 18

1 – تتعهد الدول الأطراف بأن تقدم إلى الأمين العام للأمم المتحدة، تقريرا عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية وغيرها من أجل إنفاذ أحكام هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في هذا الصدد، كيما تنظر اللجنة في هذا التقرير وذلك :

(أ) في غضون سنة واحدة من بدء النفاذ بالنسبة للدولة المعنية،

(ب) وبعد ذلك كل أربع سنوات على الأقل، وكذلك كلما طلبت اللجنة ذلك،

2 – يجوز أن تبين التقارير العوامل والصعاب التي تؤثر على مدى الوفاء بالالتزامات المقررة في هذه الاتفاقية.

المادة 19

1 – تعتمد اللجنة النظام الداخلي الخاص بها.

2 – تنتخب اللجنة أعضاء مكتبها لفترة سنتين.

المادة 20

1– تجتمع اللجنة، عادة، مدى فترة لا تزيد على أسبوعين سنويا للنظر في التقارير المقدمة وفقا للمادة 18 من هذه الاتفاقية.

2 – تعقد اجتماعات اللجنة عادة في مقر الأمم المتحدة أو في أي مكان مناسب آخر تحدده اللجنة.

المادة 21

1 – تقدم اللجنة تقريرا سنويا عن أعمالها إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بواسطة المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ولها أن تقدم مقترحات وتوصيات عامة مبنية على دراسة التقارير والمعلومات الواردة من الدول الأطراف. وتدرج تلك المقترحات والتوصيات العامة في تقرير اللجنة مشفوعة بتعليقات الدول الأطراف، إن وجدت.

2 – يحيل الأمين العام تقارير اللجنة إلى لجنة مركز المرأة، لغرض إعلامها.

المادة 22

يحق للوكالات المتخصصة أن توفد من يمثلها لدى النظر في تنفيذ ما يقع في نطاق أعمالها من أحكام هذه الاتفاقية. وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة إلى تقديم تقارير عن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تقع في نطاق أعمالها .

الجزء السادس

المادة 23

ليس في هذه الاتفاقية ما يمس أية أحكام تكون أكثر مواتاة لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة تكون واردة:

(أ) في تشريعات دولة طرف ما،

(ب) أو في أية اتفاقية أو معاهدة أو اتفاق دولي نافذ إزاء تلك الدولة.

المادة 24

تتعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع ما يلزم من تدابير على الصعيد الوطني تستهدف تحقيق الإعمال الكامل للحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية،

المادة 25

1 – يكون التوقيع على هذه الاتفاقية متاحا لجميع الدول.

2 – يسمى الأمين العام للأمم المتحدة وديعا لهذه الاتفاقية.

3 – تخضع هذه الاتفاقية للتصديق. وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

4– يكون الانضمام إلى هذه الاتفاقية متاحا لجميع الدول. ويقع الانضمام بإيداع صك انضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة 26

1 – لأية دولة طرف، في أي وقت، أن تطلب إعادة النظر في هذه الاتفاقية، وذلك عن طريق إشعار خطى يوجه إلى الأمين العام للأمم المتحدة .

3 – تقرر الجمعية العامة للأمم المتحدة الخطوات التي تتخذ، عند اللزوم، إزاء مثل هذا الطلب .

المادة 27

1 – يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

2 – أما الدول التي تصدق هذه الاتفاقية أو تنضم إليها بعد إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين فيبدأ نفاذ الاتفاقية إزاءها في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع هذه الدولة صك تصديقها أو انضمامها.

المادة 28

1 – يتلقى الأمين العام للأمم المتحدة نص التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو الانضمام، ويقوم بتعميمها على جميع الدول.

2 – لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها.

3- يجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة، الذي يقوم عندئذ بإبلاغ جميع الدول به. ويصبح هذا الإشعار نافذ المفعول اعتبارا من تاريخ تلقيه .

المادة 29

1 - يعرض للتحكيم أي خلاف بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية لا يسوى عن طريق المفاوضات، وذلك بناء على طلب واحدة من هذه الدول. فإذا لم يتمكن الأطراف، خلال ستة أشهر من تاريخ طلب التحكيم، من الوصول إلى اتفاق على تنظيم أمر التحكيم، جاز لأي من أولئك الأطراف إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفقا للنظام الأساسي للمحكمة.

2 - لأية دولة طرف أن تعلن، لدى توقيع هذه الاتفاقية أو تصديقها أو الانضمام إليها، أنها لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة 1 من هذه المادة. ولا تكون الدول الأطراف الأخرى ملزمة بتلك الفقرة إزاء أية دولة طرف أبدت تحفظا من هذا القبيل .

3 - لأية دولة طرف أبدت تحفظا وفقا للفقرة 2 من هذه المادة أن تسحب هذا التحفظ متى شاءت بإشعار توجهه إلى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة 30

تودع هذه الاتفاقية، التي تتساوى في الحجية نصوصها بالأسبانية والأنكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية لدى الأمين العام للأمم المتحدة. وإثباتا لذلك، قام الموقعون أدناه، المفوضون حسب الأصول، بإمضاء هذه الاتفاقية.

Loi n°57–777 du 11/07/1957 relative à la preuve du mariage contracté en algerie les regles du droit musulman,J.O.R.F. n ° du 13/07/1957.

Quatre-vingt-neuvième année. — N° 161. Le Numéro : 15 francs. Samedi 13 Juillet 1957.

JOURNAL OFFICIEL

DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE

LOIS ET DÉCRETS

ARRÊTÉS, CIRCULAIRES, AVIS, COMMUNICATIONS, INFORMATIONS ET ANNONCES

ABONNEMENTS	LOIS ET DÉCRETS			Documents administratifs	DÉBATS			Conseil économique		Documents		
					Assemblée nationale	Conseil de la République	Assemblée Union française	Avis et Rapports	Bulletin	Assemblée nationale	Conseil de la République	Assemblée Union fr.
C. C. P. : 9063.13, Paris	UN AN	SIX MOIS	TROIS MOIS	UN AN	UN AN	UN AN	UN AN	UN AN	UN AN	UN AN	UN AN	UN AN
	FRANCS	FRANCS	FRANCS	FRANCS	FRANCS	FRANCS	FRANCS	FRANCS	FRANCS	FRANCS	FRANCS	FRANCS
Métropole et Outre-mer . .	3.450	1.800	950	300	800	600	400	250	550	1.000	500	250
Etranger.	6.600	3.400	1.750	500	2.100	1.600	800	450	850	1.700	800	400

L'Édition des LOIS ET DÉCRETS comprend : les textes des lois, décrets, arrêtés, circulaires, avis, informations, annonces et tables mensuelles.

Les Éditions des DÉBATS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE, du CONSEIL DE LA RÉPUBLIQUE et de l'ASSEMBLÉE DE L'UNION FRANÇAISE comprennent le compte rendu *in extenso* des séances, les questions écrites et les réponses des ministres.

Éditions du CONSEIL ÉCONOMIQUE { Avis et rapports ; Bulletin analytique des séances.

Les Éditions des DOCUMENTS de L'ASSEMBLÉE NATIONALE, du CONSEIL DE LA RÉPUBLIQUE et de l'ASSEMBLÉE DE L'UNION FRANÇAISE comprennent les projets et propositions de loi, rapports et avis des commissions.

L'Édition des DOCUMENTS ADMINISTRATIFS comprend les rapports et statistiques des administrations.

Les tables annuelles sont fournies gratuitement aux abonnés.

DIRECTION, REDACTION ET ADMINISTRATION : 31, Quai Voltaire, Paris (7e). — Tél. : LIT 27-91

SOMMAIRE

LOIS

Loi n° 57-768 du 10 juillet 1957 portant approbation des comptes définitifs de l'Afrique occidentale française suivants: budget général pour les exercices 1952 et 1953; budget annexe du port de Conakry pour les exercices 1949, 1950, 1951, 1952 et 1953; budget annexe du port de Dakar pour les exercices 1949, 1950, 1951, 1952 et 1953; budget annexe du port d'Abidjan pour les exercices 1951, 1952 et 1953 (p. 6914).

Loi n° 57-769 du 10 juillet 1957 portant approbation des comptes définitifs de l'Afrique occidentale française suivants: budget général, exercices 1949, 1950 et 1951; budget annexe des transports, exercices 1916, 1917 et 1918; budget annexe de l'école africaine de médecine et de pharmacie, exercices 1948, 1949, 1950, 1951 et 1952 (p. 6916).

Loi n° 57-770 du 10 juillet 1957 portant approbation des comptes définitifs du budget local du Togo et du budget annexe du chemin de fer et du wharf pour les exercices 1952 et 1953 (p. 6917).

Loi n° 57-771 du 10 juillet 1957 portant approbation des comptes définitifs du budget local de la Nouvelle-Calédonie pour les exercices 1951 et 1952 (p. 6917).

Loi n° 57-772 du 10 juillet 1957 approuvant les comptes définitifs du budget local du Togo pour les exercices 1948, 1949, 1950 et 1951 et les comptes définitifs du budget annexe du chemin de fer et du wharf pour les exercices 1948, 1949, 1950 et 1951 (p. 6918).

Loi n° 57-773 du 11 juillet 1957 relative à la procédure de codification des textes législatifs concernant les arts et les lettres (p. 6918).

Loi n° 57-774 du 11 juillet 1957 relative au contrat d'apprentissage (p. 6919).

Loi n° 57-775 du 11 juillet 1957 portant harmonisation de la législation relative aux rentes viagères, amélioration des taux de majoration appliqués, et comportant certaines dispositions financières (p. 6919).

Loi n° 57-776 du 11 juillet 1957 modifiant l'ordonnance du 23 novembre 1944 relative à l'organisation de la justice musulmane en Algérie (p. 6921).

(1 f.)

Loi n° 57-777 du 11 juillet 1957 relative à la preuve du mariage contracté en Algérie suivant les règles du droit musulman (p. 6922).

Loi n° 57-778 du 11 juillet 1957 portant réforme pour l'Algérie du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman (p. 6923).

Loi n° 57-779 du 11 juillet 1957 (loi-programme pour l'aide à la construction navale) (p. 6933).

Loi n° 57-780 du 11 juillet 1957 rendant applicables dans les territoires d'outre-mer (à l'exception de Madagascar et de l'archipel des Comores) les modifications apportées à l'article 373 du code pénal (p. 6934).

Loi n° 57-781 du 11 juillet 1957 relative au transport en Algérie des matières dangereuses ou infectes (p. 6934).

Loi n° 57-764 modifiant le deuxième alinéa de l'article L. 488 du code de la santé publique relatif aux masseurs kinésithérapeutes (rectificatif) (p. 6934).

DECRETS, ARRETES ET CIRCULAIRES

MINISTERE DE LA DEFENSE NATIONALE ET DES FORCES ARMEES

Décret du 12 juillet 1957 portant attribution de commandements (p. 6935).

Arrêtés portant délégations de signature (p. 6935).

MINISTERE DES FINANCES, DES AFFAIRES ECONOMIQUES ET DU PLAN

Arrêté du 12 juillet 1957 abrogeant les arrêtés des 1er et 4 juin 1957 pris en application des décrets nos 57-312 du 15 mars 1957 et 57-665 du 4 juin 1957 (p. 6938).

Energie. — Industrie et commerce.

Décret du 11 juillet 1957 portant délégations de signature (p. 6938).

Postes, télégraphes et téléphones.

Décret du 11 juillet 1957 portant nomination dans l'ordre national de la Légion d'honneur (p. 6938).

MINISTERE DE L'EDUCATION NATIONALE, DE LA JEUNESSE ET DES SPORTS

Décret du 12 juillet 1957 portant nomination d'un directeur adjoint du Conservatoire national des arts et métiers (p. 6938).

musulmane en Algérie est remplacé par les dispositions suivantes:

« Si l'exécution provisoire est ordonnée, la partie qui succombe peut obtenir des défenses à exécution du président du tribunal de première instance. Ce dernier est saisi par voie de requête; il statue en présence du bénéficiaire de l'exécution provisoire, appelé par un avis de comparution unique, remis par l'aoun de la justice de paix ou de la mahakma, dans la forme musulmane.

« L'ordonnance du président du tribunal est exécutoire sur minute et avant enregistrement dans la forme musulmane. Elle n'est susceptible d'aucun recours ».

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 11 juillet 1957.

RENÉ COTY.

Par le Président de la République:
Le président du conseil des ministres,
MAURICE BOURGÈS-MAUNOURY.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ÉDOUARD CORNIGLION-MOLINIER.

Le ministre de l'Algérie,
ROBERT LACOSTE.

LOI n° 57-777 du 11 juillet 1957 relative à la preuve du mariage contracté en Algérie suivant les règles du droit musulman (1).

L'Assemblée nationale et le Conseil de la République ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

Art. 1er. — Le mariage contracté en Algérie par les citoyens français musulmans, conformément aux règles de leur statut personnel, ne peut être prouvé, selon les règles propres au droit musulman ou aux coutumes kabyles, que pour l'exercice des droits soumis à l'application de ce statut personnel, dans les contestations d'ordre privé entre parties.

Pour l'exercice de tous autres droits, le mariage ne peut être prouvé que par son inscription sur les registres de l'état civil. Cette inscription est opérée dans les conditions prévues aux articles ci-après.

Art. 2. — Lorsque le mariage est contracté devant le cadi, celui-ci est tenu de transmettre dans les vingt-quatre heures à l'officier de l'état civil, qui lui en adresse immédiatement récépissé, un extrait de l'acte de mariage dressé par lui.

Sur le vu de cet extrait, l'officier de l'état civil inscrit d'office le mariage sur les registres de l'état civil.

Art. 3. — Lorsque le mariage n'est pas contracté devant le cadi, il doit faire l'objet, en vue de son inscription sur les registres de l'état civil, d'une déclaration au maire de la commune, dans un délai maximum de cinq jours francs à compter de la célébration de l'union.

Cette déclaration est obligatoirement faite, soit par les époux, soit par le mari et le représentant de l'épouse aux termes de la loi musulmane, qui comparaissent en personne, accompagnés de deux témoins ayant assisté au mariage.

Lorsque les déclarants sont domiciliés à plus de dix kilomètres du siège de la commune ou d'une section de ladite commune, la déclaration peut être reçue par le caïd du douar, qui doit la notifier à l'officier de l'état civil dans les conditions fixées aux alinéas 6, 7 et 8 de l'article 17 de la loi du 23 mars 1882 modifiée par la loi du 2 avril 1930.

Les déclarations prévues aux alinéas 2 et 3 donnent lieu sur-le-champ à la délivrance d'un récépissé aux intéressés.

N° 57-777. TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Assemblée nationale:
Projet de loi (n° 2039);
Rapports de M. Arrighi au nom de la commission de l'intérieur (nos 3815 et 4248);
Discussion et adoption après débat restreint le 12 mars 1957.

Conseil de la République:
Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale (n° 562, S. O. 1956-1957);
Rapport de M. Rogier au nom de la commission de l'intérieur (n° 707, S. O. 1956-1957);
Discussion et adoption le 4 juillet 1957.

Assemblée nationale:
Acte pris de l'adoption conforme le 5 juillet 1957.

Art. 4. — Mention du mariage est portée en marge des actes de naissance des époux ou du registre matrice de l'état civil des citoyens de statut local les concernant.

Art. 5. — Le mariage inscrit sur les registres de l'état civil dans les conditions qui précèdent prend effet à dater du jour de sa célébration.

Art. 6. — Du vivant des époux, passé le délai de cinq jours fixé à l'article 3, et sans préjudice des sanctions prévues à l'article 9, les époux ou le mari et le représentant de l'épouse aux termes de la loi musulmane conservent la faculté de faire inscrire le mariage sur les registres de l'état civil dans les conditions prévues à l'alinéa premier de l'article 3.

Le mariage, inscrit sur les registres de l'état civil dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, n'est réputé exister, pour l'exercice des droits prévus à l'article premier, deuxième alinéa, qu'à dater du jour de son inscription.

Art. 7. — Sans préjudice également des sanctions prévues à l'article 9, le mariage non déclaré dans le délai de cinq jours prévu à l'article 3 peut, également, être inscrit sur les registres de l'état civil, sur le vu d'un jugement rendu dans les conditions ci-après.

Chacun des époux et, en cas de décès de l'un d'eux ou de dissolution du mariage du vivant des deux époux, le conjoint survivant ou chacun des ex-conjoints, peut adresser au président du tribunal civil dans le ressort duquel il s'est marié une requête tendant à la reconnaissance par voie judiciaire de la date à laquelle il a contracté son union.

Le président du tribunal, en même temps qu'il fixe l'audience à laquelle l'affaire est appelée, nomme un juge rapporteur qui donne ses conclusions motivées.

L'affaire est instruite et jugée d'urgence en chambre du conseil.

Le tribunal, qui peut ordonner toutes mesures d'instruction utiles, statue dans les trois mois à compter du jour de la requête.

La décision n'est susceptible d'aucun recours.

Le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé de plein droit aux époux.

Le mariage ainsi constaté et transcrit sur les registres de l'état civil prend effet, à l'égard des personnes ayant requis le jugement ou qui y ont été appelées, à dater du jour reconnu par le jugement comme étant celui de la célébration de l'union.

Art. 8. — Les mariages conclus antérieurement à la promulgation de la présente loi et non encore déclarés doivent être inscrits sur les registres de l'état civil aux mêmes conditions et conformément aux procédures prévues aux articles 6 et 7.

Si la déclaration prévue à l'article 6, ou la requête prévue à l'article 7, n'est pas faite ou introduite dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, il est fait application des sanctions fixées à l'article 9.

Art. 9. — Le défaut de déclaration du mariage dans les conditions prévues par l'article 3 entraîne pour le mari et le représentant de l'épouse, aux termes de la loi musulmane, une amende de 6.000 F à 108.000 F et un emprisonnement de six jours à six mois.

Art. 10. — Les fonctionnaires visés aux articles 2 et 3 qui auront omis de transmettre dans les délais légaux à l'officier de l'état civil les pièces nécessaires à l'inscription du mariage sur les registres de l'état civil ou de remettre le récépissé prévu à l'article 3, seront poursuivis devant le tribunal de première instance et punis d'une amende civile qui ne pourra excéder le taux de celle prévue à l'article 50 du code civil.

Art. 11. — Les dispositions des alinéas 2, 3, 4, 5 et 9 de l'article 17 de la loi du 23 mars 1882 modifiée cessent d'avoir effet en tant qu'elles concernent les modalités d'établissement des actes de l'état civil relatifs au mariage.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 11 juillet 1957. RENÉ COTY.

Par le Président de la République:
Le président du conseil des ministres,
MAURICE BOURGÈS-MAUNOURY.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
ÉDOUARD CORNIGLION-MOLINIER.

Le ministre de l'Algérie,
ROBERT LACOSTE.

قائمة المراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولا: المراجع العامة

أ – باللغة العربية

1 إبراهيم بن محمد بن سالم بن صوبان، منار السبيل، تحقيق عصام القلعجي،ج2، ط2، مكتبة المعارف، الرياض،العربية السعودية،1405هـ.

2 إبراهيم محمد عبد الله الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج7، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان،1400هـ.

3 ابن تيمية تقي الدين، أحكام الزواج،تحقيق محمد عبد القادر عطا،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1996.

4 ابن حزم، المحلي ،تحقيق لجنة إحياء التراث العربي،ج 9، دار الآفاق الجديدة ، بيروت، لبنان .

5 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج3، دار الحديث، القاهرة، 2004 .

6 ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار،ج3، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان،1994 .

7 ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، لبنان.

8 ابن منظور، لسان العرب، ط1،م 6، دار إحياء التراث العربي،بيروت لبنان، 1988.

9 أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير،ج2، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1991.

10 أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان.س.ط.

11 أبو العباس الرملي، نهاية المحتاج ،ج 6،دار الفكر، بيروت،2004.

12 أبو الوليد الباجي الأندلسي المالكي، المنتقي شرح موطأ الإمام مالك،ج 3،.دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

13 أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق، البحر الزخار، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله،ج15،ط1، مؤسسة علوم القرآن، مكتبة العلوم والحكم ، بيروت، لبنان.

14 أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب،ج7، ط1، دار السلام، بيروت، لبنان، 1997.

15 أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، سنن أبي داود،ج2، دار ابن حزم، لبنان،1997.

16 أبو داود، سنن أبو داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج2،المكتبة العصرية، بيروت،لبنان.
17 أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، ج 08،ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،2001 .
18 أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق إبراهيم أطفيش وأحمد البردوني، ج5، دار الكتب المصرية، القاهرة.
19 أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج أحاديثه زكرياء عميرات، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1993.
20 أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج 3، المكتبة التوفيقية، القاهرة ، 2003 .
21 أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، ج9، ط3، دار عالم الكتب، للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، العربية السعودية،1998 .
22 أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد فارس ومسعود عبد الحميد السعدني، ج3 ،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1994.
23 أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ،عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تحقيق أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان،2004،
24 أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ج5 ،ط2، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان،1979.
25 أبوبكر أحمد بن عمر الخصاف، كتاب النفقات، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1984.
26 أبوبكر الرازي،التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ط3،دار الفكر، بيروت، لبنان، 1985.
27 أبوبكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإجماع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1998.
28 أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج01، ط2، دار طيبة، الرياض،العربية السعودية، 1999 .
29 أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العينّ، تحقيق إبراهيم السامرائي ومهدي المخرومي، ج8، ط2، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان.
30 أبي محمد عبد الله بن يهرام الدارمي، سنن الدارمي، ج1،ط1، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان.
31 آث ملويا الحسن بن الشيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1،دار هومه،الجزائر، 2005.
32 آث ملويا الحسن بن الشيخ، قانون الأسرة تفسيرا مادة للمبتدئين والممارسين، ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2008.

33 أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)، ج1، ط2، مكتبة المعارف ،1987.

34 أحمد المصطفي، الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان،2004.

35 أحمد بخيث الغزالي وعبد الحليم محمد علي منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي(دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2009 .

36 أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، ج7، من تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز مكة المكرمة، العربية السعودية ، 1994 .

37 أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، م32، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004 .

38 أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد،ج 2، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان.

39 أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، من تحقيق عبد الله نذير أحمد،ج2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان.

40 أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، مصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي،ج1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان،1994.

41 أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته وأحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار العاصمة، الرياض،المملكة العربية السعودية،2005.

42 أحمد حماني، فتاوى"استشارات شرعية ومباحث فقهية"،ج1،منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992.

43 أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

44 أحمد فايز، دستور الأسرة في ظلال القرآن،ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1982.

45 أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998.

46 أحمد محمود قعدان، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بأحكام فقه الأسرة مع تحليل نماذج من النوازل الفقهية، ط1 ،دار النفائس، عمان، الأردن، 2012 .

47 أحمد مسلم، الأحوال الشخصية للأجانب، النظام القانوني للأسرة، ط1، مطبعة مخيمر، 1956.

48 أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر،1998.

49 أحمد نصر الجندي، شرح قانون لأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ،القاهرة، مصر،2009.

50 أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر،2010 .

51 أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

52 الأشقر أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط2، دار النقاش للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

53 إمام الدين محمد كمال، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2003.

54 الإمام الرازي، الصحاح ، ط2، دار الحداثة، بيروت، لبنان،1983.

55 أماني على متولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث،القاهرة،2010.

56 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

57 البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري،ج1، دار البيان الحديثة، القاهرة، 2003.

58 البري زكريا، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية،القاهرة.

59 بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع تعديلات 2005 ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 .

60 بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012 .

61 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج،ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010 .

62 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ووفق أخر التعديلات بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج،ج1، ط6،ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

63 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1،ط3، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية،2004.

64 بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008

65 بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2008.

66 بن عمر أبي الحسن الدار قطني البغدادي، سنن الدار قطني، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني،ج3، دار المعارف، بيروت، لبنان،1966.

67 البهوتي منصور بن يونس الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

68 البهوتي منصور بن يونس،كشاف القناع على متن الاقناع،ج5،ط1،دار عالم الكتب،بيروت، لبنان،1983.

69 بيومي محمد خليل، سيكولوجية العلاقة الزوجية، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999.

70 تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2017.

71 تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسني الحصني الديمشقي الشافعي، كفاية الخيار في حل غاية الاختصار، ج2، ط2، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

72 تقية عبد الفتاح، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات ثالة، الجزائر،2007.

73 التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن،2004.

74 توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت،1992.

75 جبر محمود الفضيلات،بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون،دار الشهاب، الجزائر،1987.

76 جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية،ج1،ط1، منشورات كليك،الجزائر، 2013.

77 جمال محمد الكردي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية،ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1999.

78 حافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تقديم وتحقيق وتعليق عبد القادر شيبة الحمد، ج9، ط1، الرياض. المملكة العربية السعودية، 2001.

79 الحاكم أبو عبد الله محمد، المستدرك على الصحيحين،ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990.

80 حرز الله عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له،ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2007.

81 حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،2000 .

82 الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،ج5،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1995.

83 الحلبي بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته،ط4، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان،2001.

84 الخطيب الشربيني محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان،1997.

85 خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة، 1999.

86 خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل،دار الشهاب،الجزائر،1988.

87 الخمليشي أحمد، التعليق على الأحوال الشخصية،ج2،ط1، دار النشر المعرفة، الرباط، 1994.

88 خيرجة ميلود، انفاذ المعاهدات الدولية في القانون الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر،2015.

89 دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط1، دار هومه،الجزائر، 2008.

90 الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القران،ط1، دار القلم، دمشق.

91 رمضان أبو السعود،الوسيط في شرح القانون المدني المصري واللبناني(النظرية العامة للحق)، الدار الجامعة، الأردن.

92 رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

93 رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الهدى، الإسكندرية، 2006.

94 الرملي محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،ج7، دار الكتب العلمية،1993.

95 زكريا البرديسي، الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.

96 زهران حامد عبد السلام، التوجيه والإرشاد النفسي،عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1980.

97 السخاوي، المقاصدالحسنة،ج8 ،دارالفكرالعربي، بيروت، 1982.

98 سعد الدين بن عمر بن عبد الله، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح،ج2،ط1،دار القلم، بيروت، لبنان، 1998.

99 سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق سعد بن عبد الله بن عبد العزيز أل حميد، ط1، دار العصمي، الرياض،العربية السعودية، 1414 هـ.

100 سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار طليطلة، الجزائر،2010.

101 سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان في الإسلام، دراسة مقارنة في ضوء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ط1، دار الفكر العربي،2001

102 السيد سابق، فقه السنة،ط5، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان،1983.

103 الشافعي محمد بن ادريس،الأم،ج6،ط1،دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،1993.
104 شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2010.
105 شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية، الجزائر،2005.
106 الشماع محمد، المفيد في الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار الشافعية، بيروت، 1995.
107 شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،1992.
108 شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة المعنى ألفاظ المنهاج،ج4،ط1،دار المعرفة، بيروت، لبنان،1997.
109 الشنقيطي أحمد بن أحمد الحكني، مواهب الجليل من أدلة خليل، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر،1989.
110 شيماء الصراف، أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد(دراسة مقارنة في الشريعة والفقه والقانون والاجتماع)، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا،2001.
111 طالو العلي محي الدين، الإيدز والأمراض الجنسية، دار الهدى، الجزائر،1989.
112 طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مدعما باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 05-02،ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
113 طبيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب،1996.
114 الطيب بلعيز، إصلاح العدالة في الجزائر، دارالقصبة،الجزائر،2008.
115 ظافر بن حسن العمري، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي،ج3، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض،العربية السعودية، 2012،
116 عامر حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ط1، مطبعة مصر، مصر.
117 عبد الرحمان إبراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط1، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة،العربية السعودية، 1989.
118 عبد الرحمان الصابوني،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ط5، مديرية الكتب الجامعية، دمشق، 1979.

119 عبد الرحمن بن أبي بكر أبو عبد الرحمن السيوطي، شرح السيوطي من تحقيق عبد الفتاح أبو غدة،ج6، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية ،حلب، سوريا، 1986.

120 عبد الرحيم بوادقجي، محمد خالد الحريري، علم السكان، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2004.

121 عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،ج4، ط3، دار المعارف، القاهرة،1967.

122 عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق جبيب الرحمن الاعظمي، ج6، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان،1403 هـ.

123 عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، ط2، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،2011.

124 عبد السلام صالح عرفة، المنظمات الدولية والاقليمية،ط1،الدار الجماهرية للنشر والتوزيع والإعلان، لبيا، 1993.

125 عبد العزيز توفيق، دراسة تحليلية لمدونة الأسرة، دار الثقافة مؤسسة النشر والتوزيع الدار البيضاء، المغرب.

126 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

127 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.

128 عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر،ج3، ط3، دار هومة، الجزائر، 2010.

129 عبد العزيز عامر،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية(فقهً وقضاء)، ط1، دار الفكر العربي،1984.

130 عبد الغاني محمود،القاعدة العرفية في القانون الدولي العام،ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

131 عبد الغني الغنيمي،الباب في شرح الكتاب،ج1،دار الفكر العربي،بيروت، لبنان.

132 عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع القانونية، الإسكندرية، 1995 .

133 عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة الجزائري مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية(دراسة مقارنة)، دار الكتاب الحديث، القاهرة،2012.

134 عبد الفتاح عايش عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ط1، دار الإيمان للنشر والتوزيع، عمان الأردن،1990.

135 عبد القادر الداودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر،2010.

136 عبد القادر الداودي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، الجزائر، 2004.

137 عبد القادر الداودي،الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1،دار البصائر، الجزائر، 2007.

138 عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة،ج1، ط1،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، المغرب،2018.

139 عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث،حقوق الإنسان، دار الثقافة،عمان، الأردن ،2004.

140 عبد الله بن محمد بن ابيشيبة،المصنف في الحديث والآثار،ج4، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، العربية السعودية،1409 هـ.

141 عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

142 عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية دراسة فقهية، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن،2011.

143 عبد الله محمد إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، ط1 ،دار التقوى، القاهرة، مصر،2012.

144 عبد الناصر توفيق العطار،الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، 1985.

145 عبد الوهاب بن علي البغدادي، التلقين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،2004.

146 عثمان حسن برى الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك،ج1، دار الفكر، بيروت، لبنان.

147 عروبة جبار الخزرجي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط 2، دار الثقافة، عمان، الأردن،2012.

148 العروسي أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

149 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1986.

150 علاء الدين البخاري نظرية الحق، مطبعة الاعتماد ودار الفكر العربي، القاهر، 1954.

151 علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البنردوي، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1997.

152 علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، المحلى، ج7، من تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة ، بيروت، لبنان .

153 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988 .
154 علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
155 علي فيلالي، مقدمة في القانون، طبعة جديدة منقحة ومصححة،موفم للنشر، الجزائر،2010 .
156 عمر سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط4، دار النفائس، عمان، الأردن،2012.
157 عمر عبد الله ومحمد حامد قمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، مصر.
158 عنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، ط1، دار طليطلة، الجزائر،2011 .
159 العيش فيصل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما بالاجتهادات القضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب، الجزائر،2008.
160 العيني بدر الدين، البناية شرح الهدية،ج13،ط1، دار الكتب العلمية،ب يروت، لبنان، 2000.
161 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005.
162 فاروق عبد الله كريم،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبعة على نفقة جامعة السليمانية، العراق،2004.
163 فتح العزيز، شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، للإمام أبي القاسم عبد الكريم محمد بن عبد الكريم، الرافعي تحقيق وتعليق الشيخ على معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود،ج7، ط1، جار الكتب العلمية ،1977، بيروت، لبنان.
164 فتحي الدريني،الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده،ط1، دار البشير، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997.
165 فخري أبو صفية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، مؤسسة الشهاب، الجزائر.
166 فروخ عمر،الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1988.
167 فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق،ج1،المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986.
168 فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري(الأعمال التجارية،التاجر،المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 .
169 قري عنية، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، 2011.

170 القليوني وعميرة، أبو العباس أحمد بن أحمد بن سلامة القيلوني وأحمد الراسي عميرة ، حاشية القيلوني وعميرة على المنهاج،ج3، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان.

171 قيس عبد الوهاب الحيالي، ملكية أثاث بيت الزوجية،ط1، دار الحامدية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2008.

172 الكشبور محمد، الوسيط في شرح مدونة الأسرة،ط2،مطبعة النجاح،الدار البيضاء، المغرب،2009.

173 كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، شرح فتح القدير، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003.

174 كمال حمدي، الأحكام القانونية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997 .

175 كيال باسمة، تطور المرأة عبر التاريخ، مؤسسة عزالدين للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،1981.

176 لحسن بن الشيخ آث ملويا،المنتفي في القضاء الأحوال الشخصية،ج1،دار هومة، الجزائر ،2005.

177 لحسن بن شيح آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دراسة تفسيرية، ج1، دار الهدي للطباعة، الجزائر،2014 .

178 لحسن بن شيخ آث ملويا ، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر،1999.

179 لويس المعلوف،المنجد في اللغة والإعلام،ط27،دار المشرق، بيروت، 1984 .

180 مالك بن انس، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون،ج2،ط1، ،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.

181 مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق فؤاد عبد الباقي، ج3، دار الاحياء الثراث العربي،بيروت، لبنان، 1985.

182 محدة محمد، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ط2، دار الشهاب، الجزائر،1994.

183 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.

184 محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1976 .

185 محمد أبو زهرة،التعسف في استعمال الحق ،المجلس الأعلى لرعاية القانون والآداب، القاهرة،1963.

186 محمد أبو وزهرة، الأحوال الشخصية،ط3، دار الفكر العربي،مصر،1957 .

187 محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة،ط3، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب،2008 .

188 محمد الحارث الخنشي، أصول الفتاوى في الفقه على المذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب،1985.

189 محمد الشحات الجندي، نظريات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، القاهرة،2002.

190 محمد المقدسي،الفروع وتصحيح الفروع،ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1418هـ.

191 محمد المنوني، الموسوعة الفقهية في الفتاوى السوسية،ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1995.

192 محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة ،1415هـ.

193 محمد بن أحمد، شرح مياة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ضبط عبد اللطيف حسن عبد الرحمن،ج1،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،2000.

194 محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام ،ط1،دار الفكر،دمشق،1988.

195 محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد علي البخاري، ج1، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

196 محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل ،ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1997.

197 محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار،ج6، دار الجيل بيروت لبنان،1973.

198 محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي الترمذي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق أحمد، محمد شاكر وآخرون، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

199 محمد بن معجوز، أحكام الأسرة الشخصية،ج1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1996.

200 محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب،1995 .

201 محمد جرير الطبري،جامع البيان عن تأويل أي القرآن،تحقيق محمود محمد شاكر، ج8، دار المعارف، مصر.

202 محمد حسين فضل الله، تأملات إسلامية حول المرأة، دار الملاك، بيروت، لبنان،1992.

203 محمد حسين منصور،النظام القانوني للأسرة في الشرائع السماوية ، منشاة المعار، الإسكندرية،مصر.

204 محمد رشيد العويد،من أجل تحرير حقيقتي للمرأة ،ط 2،دار حواء،الكويت.

205 محمد رشيد رضا، تفسير المنار،ج4، دار المعرفة، بيروت، لبنان

206 محمد رشيد رضا،تفسير القرآن الحكيم،ج5،الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1990.

207 محمد سامي مذكور، نظرية الحق، مطبعة الاعتماد ودار الفكر العربي، القاهر، 1954.

208 محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978.

209 محمد سمارة، الأحكام والآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دارا لثقافة للنشر والتوزيع، عمان،الأردن، 2008.

210 محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1 ،ط2 ، دار الهدى، الجزائر، 2004.

211 محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق الشيخ عليش، ج 2،دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان.

212 محمد عقلة، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة،ط1،دار الضياء للنشر والتوزيع، عمان الأردن،1987.

213 محمد عقله، نظرية الأسرة في الإسلام،ج1، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن،1983.

214 محمد على البار،عمل المرأة في الميزان،دار مسلم للنشر،الرياض،1994.

215 محمد على الصابري، مختصر تفسير ابن كثير،ج1، دار القرآن الكريم،1987.

216 محمد علي الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري، ط1، دار الصابوني، دمشق، سوريا، 1986.

217 محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2003 .

218 محمد محدة، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 2000.

219 محمد مرتضي الحسيني الزبيدي، تاج العروس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج، ج33، وزارة الإرشاد والأنباء، الكويت.

220 محمد مصطفي شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، ط4، دار الجامعة،بيروت، لبنان،1983.

221 محمد ناصر الدين الالباني، أرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج7 ،ط1 ، مطبعة الحلبي ، بيروت، لبنان،1979.

222 محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سن الترميذي،م1، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، العربية السعودية ،2000.

223 محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها دراسة فقهية تأصيلية، ط1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض،2002.

224 محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان الحقوق المحمية،ج2،ط1، دار الثقافة،عمان، الأردن، 2009.

225 محمود الالوسي، روح المعاني،ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

226 محمود المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، 2006 .
227 محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2001.
228 المدغري عبد الكبير العلوي، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، ط1، مطبعة فضالة، المغرب،1999.
229 مرداوي ، الإنصاف في المعرفة الراجح من الخلاف،ج 9،دار إحياء التراث العربي، لبنان.
230 مريم سليم وآخرون، المرأة العربية بين ثقل الواقع وتطلعات التحرر،ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 1999.
231 مصطفى أحمد الزرقا،المدخل الفقهي العام،ج1،ط2، دار القلم، دمشق، سوريا.
232 مصطفى الزقا ، المدخل الفقهي العام،ط2،دار القلم،دمشق،2004.
233 مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1988.
234 مصطفي الرافعي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، دار الكتاب اللبناني، بيروت لبنان، 1983.
235 مصطفي السباعي،المرأة بين الفقه والقانون، ط2، مكتبة الوراق ،المملكة العربية السعودية،2003 .
236 مصطفي السباعي،شرح قانون الأحوال الشخصية(عقد الزواج وانحلاله)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
237 مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1992.
238 منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع على متن الاقتناع،ج 5،دار الفكر، دمشق ،1982 .
239 المواق أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان،1994.
240 الموصلي الحنفي،الأخبار لتعديل المختار،تحقيق زهير عثمان الجعيد،ج3، م2، دار الأرقام، بيروت، لبنان،ب.س.ط.
241 نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري الأعمال التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
242 نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام،ج1،دارالجامعةالجديدة،الاسكندرية، 2004.
243 نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدي للطباعة والنشر، الجزائر،2006.
244 نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام المواريث في الفقه الإسلامي، ط1،دار الفجر، الجزائر، 2007.

245 نصير الدين محمد بن عبد الله السّامري الحنبلي، المستوعب،ج2، ط2، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، العربية السعودية،2003 .

246 النووي، المناج شرح صحيح مسلم، ط2،ج9،دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ .

247 هبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعة القانونية مقارنة مع القانون الوضعي، ط4، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1997 .

248 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية ج8، دار الفكر، دمشق، سوريا ، 1989.

249 وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر (أحكام الأسرة)،ج3،دار الكلام الطيب، دمشق، سوريا، 2010.

250 يحي ابن يحي الليثي، موطأ الإمام مالك،ط1، المكتبة العصرية،لبنان، 2000.

251 يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011 .

252 يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق،ط2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007 .

ب – باللغة الفرنسية

1 BENMELHA Ghaouti, le droit algérien de la famille ,office des publications universitaires , alger, 1993 .

2 CHARFI Mohammed,islam et liberté, édition casbah,alger ,2000 .

3 DENNOUNI Hadjira,l'évolution des rapports entre époux en droit algérien de la famille, édition dhlab, alger 1998.

4 MOUNIR Omar, la modawana le nouveau droit de la famille, imprimerie najah al jadida , rabat ,maroc, 2005 .

5 TCHOUAR Djillali. réflexion sur les questions épineuses. du code algérien de la famille. O. P. U. Alger. 2004.

ثانيا: المراجع المتخصصة

1 أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.

2 أحمد إبراهيم عطية،نفقة وحضانة الصغار أما محكمة الأسرة،دار الفكر القانوني مصر،2009.

3 أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، دار المعارف، مصر، 1967.

4 أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف والتميز ضد المرأة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي،ط1، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

5 أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة ،2004 .

6 أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار المسيرة، عمان،الأردن،2009.

7 أحمد محمد مصطفي نصير، حقوق المرأة وواجباتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011 .

8 أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002 .

9 أسامة ذيب مسعود ، الإكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الإسكندرية، 2011.

10 أشرف خليفة السيوطي، الحقوق السياسية الغائبة للمرأة المسلمة،ط 1، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2014.

11 أعمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومة،الجزائر،2001.

12 أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2010.

13 أمير فرج يوسف، موسوعة حقوق الإنسان الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،2008.

14 باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

15 بختي العربي،أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري)،ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر،2013.

16 بدران أبو العينين بدران،أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط 2،دار المعارف، القاهرة، 1964.

17 بدران أبو العينين، بدران أبو العنيين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998.

18 بغدادي مولاي ملياني، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، الجزائر، 1997.

19 تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي،ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.

20 جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد، عمان، الأردن.

21 جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالعريض عن الطلاق التعسفي الفقه والقانون، ط1،دار الحامدية، عمان، الأردن ،2008.

22 الحبيب الحمدوني، حفيظة شقر،حقوق الإنسان للنساء بين الاعتراف الدولي وتحفظات الدول العربية،ط1، مركز القاهرة للدراسات حقوق الإنسان، القاهرة ، 2008.

23 حداد عيسي، عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.

24 حداد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.

25 حسن حسن منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية أحكام عقد الزواج بين الفقهاء وأحكام القضاء، م2 ، مطبعة سامي، مصر.

26 حسني محمود عبد الدايم، زواج العرفي بين الحظر والإباحة، دار الفكر العربي، الإسكندرية،2011.

27 حسنين المحمدي بوادي، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005.

28 حمود حنبلي،حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1995.

29 حمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان،م1، ط2، دار الشروق، القاهرة،2003.

30 حميدو زكية،مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان،2008.

31 خليفة على الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، ط1،دار النفائس للنشر وتوزيع،عمان الأردن،2010 .

32 ذياب زياد صبحي علي، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيعّ،عمان، الأردن.

33 راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،الأردن،2010.

34 رشا حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية،ج1، ط1، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2008.

35 رشدى شحاتة أبوزيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، ط1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر،2007 .

36 رشدي شحاتة أبو زيد،العنف ضد المرأة وكيفية مواجهته،ط 1، دار الوفاء، الإسكندرية، مصر،2008.

37 رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 2010 .

38 ريم صالح الزين، الحماية القانونية للمرأة في ضوء أحكام الاتفاقيات الدولية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2012.

39 سعدي محمد الخطيب، مناهضة العنف الأسري بين التشريع والواقع، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2017.

40 شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013 .

41 صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج،ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

42 صلاح عبد الغني محمد، الحقوق العامة للمرأة،ج1،ط1،مكتبة الدار العربية للكتاب، مصر،1998.

43 صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج و الطلاق، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن،2005.

44 طارق بن أنور السالم،الواضح في أحكام الطلاق،دار الإيمان، الإسكندرية، 2004.

45 عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1996.

46 عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية ج1،ط2، دار الفكر،بيروت،لبنان، 1968.

47 عبد الفتاح أحمد أبو كليلة ، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة في منظور الفقه الإسلامي دراسة فقهية طبية قانونية معاصرة، ط1،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،2012.

48 عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري،ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2007.

49 عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي، المشكلة والحل، والزواج السري ونكاح المتعة، والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر.

50 عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج للقضاة، الجزائر،2004/2003.

51 علك منال فنجان، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009.

52 علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما تعّلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1970.

53 علي لبن، الزواج العرفي شرعا وقانونا المشكلة والحل، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007 .

54 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 .

55 علي محمد قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية،2004.

56 عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي التشريعات العربية والغربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010.

57 عيسى حداد ،عقد الزواج دارسة مقارنة ،منشورات جامعة باجي مختار،عنابة، الجزائر، 2006.

58 عيسي حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة عنابة، الجزائر، 2006.

59 فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000 .

60 فاطمة حداد، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،2017.

61 فتوح عبد الله الشاذلي،الحقوق الإنسانية للمرأة بين التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، ط2، النهضة العربية، القاهرة، مصر،2016.

62 خالد مصطفي فهمي ، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2007.

63 فؤاد بن عبد الكريم، العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية،ط1، مجلة البيان، الرياض، المملكة العربية السعودية،2005.

64 لكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر،1982.

65 لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر،2006.

66 ماهر نعيم سرور، التوثيق وآثاره في الزواج والطلاق دراسة فقهية مقارنة،ط 1،الدار العلمية الدولية،عمان،الأردن، 2016.

67 محمد الشافعي،الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة،سلسلة البحوث القانونية،ع 24، مراكش، المغرب،دون سنة طبع.

68 محمد علي السالم الحلبي، مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط1، الدار العلمية الدولية، عمان، الأردن،2002.

69 محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر ووسائل الرقابة، ج1 ،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان،الأردن،2008.

70 المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي،التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)،ط1،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،2011.

71 منال محمد المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1،دار الثقافة، عمان، الأردن،2008.

72 منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، 2007.

73 منصور الفتلاوي، نظرية الذمة المالية مقارنة بين الفقهين الإسلامي والوضعي، دار الثقافة، عمان،الأردن،1999.

74 منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

75 ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة ،الجزائر،2013

76 نضال محمد أبوسنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن،2011، .

77 الهادي السعيد عرفة، إساءة إستعمال حق الطلاق، دراسة فقهية مقارنة لحق الطلاق والضوابط الشرعية لاستعماله وأحكام إساءة استعماله وآثارها ، مطبعة الأمانة ، القاهرة 1989 .

78 هيفاء أبو غزالة، المؤشرات الكمية والنوعية لاتفاقية القضاء على جميع التميز ضد المرأة " سيداو"، منظمة المرأة العربية، ط1، دار نوبار للطباعة،القاهرة،2009.

79 وسام حسام الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان،2009.

80 وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه، ط1 ، كنوز المعرفة، جدة،المملكة العربية السعودية، 1999 .

81 يوسف حسن يوسف، حقوق المرأة في القانون الدولي والشريعة،ط1،المركزالقومي للإصدارات القانونية، عمان،الاردن،2013 .

ثالثا: أطروحات ومذكرات

أ – أطروحات الدكتوراه

1- باللغة العربية

1 آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014.

2 براهامي العيد، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة والقانون المدني الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية والحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران، الجزائر2018/2017.

3 بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر،باتنة،2009/2008.

4 بن عومر محمد صالح،المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة والمواثيق الدولية،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2016/2015.

5 بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2019/2018 .

6 تقية عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر ،2007.

7 الجوفي مريم أحمد، القانون الواجب التطبيق على الزواج،دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر،1998.

8 حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005.

9 خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة دارسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2018/2017 .

10 خيرة قويدري، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009 .

11 ربيحة الغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجزائر1، 2011/2010.

12 سامح عبد السلام محمد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية" دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2000.

13 شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان،2014/2013.

14 شودار يمينة، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني(دراسة تطبيقية مقارنة)،أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية،كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، 2001.

15 علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2013/2012.

16 علي حسن أحمد، ضمانات الحرية وتطورها في الأنظمة السياسية المعاصرة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس،1970 ،مصر.

17 عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.

18 غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011 .

19 كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،الجزائر، 2015/2014.

20 محمد توفيق قدري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري(دراسة مقارنة بين بعض القوانين العربية)،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2018/2017.

21 محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية،2007.

22 مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ،2010/2009.

23 مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري" دراسة مقارنة"، أطروحة الدكتوراه ، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005.

24 نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية،تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس،2010/2009 .

25 وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2018-2019.

26 يوسف مصطفى عاشور،حقوق المرأة في التشريع الإسلامي مقارنا بالشرائع الأخرى، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، 1984 .

2 - باللغة الفرنسية

1. HANIFI louiza, La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, thèse doctorat, Université D' alger ,2008.

ب – مذكرات الماجستير

1 أقاش محمد ، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة المغربية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهراس، فاس،المغرب، 2006/2005 .

2 بلعربي خالدية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق سعد حمدين، جامعة الجزائر،2014 /2015.

3 بن عطا الله بن عبلة، الآليات القانونية لمكافحة العنف ضد المرأة ، مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014/2013.

4 بن عيسى لخضر، حقوق المرأة بين قانون الأسرة الجزائري والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة وهران،2009/2008.

5 بوجاني عبد الحكيم، إشكاليات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2014/2013 .

6 بوقرة أم الخير،مسكن الزوجية، مذكرة ماجستير ، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2003 /2004.

7 بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2014/2013 .

8 بومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير ، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي،2015/2014.

9 جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون،الجزائر،2005/2004 .

10 جميلة موسوس ، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس،2006.

11 حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009 /2010.

12 حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 1998/1997.

13 دونه حفصية ،أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسة ، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي ، 2015/2014 .

14 رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، رسالة ماجستير ، ط1، الدار العلمية للنشر، الأردن،2003.

15 زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.

16 عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ،كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم شريعة وقانون،جامعة وهران،2006 .

17 عيساوي عادل، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي ين مهيدي أم البواقي، الجزائر،2011/2010.

18 عيسى طعيبة، سكن المحضون في التشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير ، جامعة بن يوسف بن خدة،الجزائر،2010 /2011.

19 لآتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان، 2002/2001.

20 المستاري نور الهدى،الخلع دراسة مقارنة،مذكرة ماجستير في القانون المقارن،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2014/2013.

21 منادي مليكة، بطلان عقد الزواج في القانون الجزائري،مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2000.

22 ميكو وداد، مدى حق المرأة في السكن في حالتي الزواج وانحلاله،مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون،جامعة لأمير عبد القادر، قسنطينة،2013/2012.

23 نين عمارة، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي،2015/2014.

24 اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2003/2002.

رابعا : المقالات

أ – باللغة العربية

1 أحمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج والفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،مجلة دراسات القانونية ،مركز البصيرة، الجزائر،2011، ع10.

2 إدريس فاضلي، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،1996 ، ع4.

3 إقروفه زبيدة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2012،م3، ع01.

4 أمجد رمضان فحلة، خصائص التشريع الأسري في الإسلام، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، 2012، ع1.

5 أمحمدي بوزوينة أمنة،الاتفاق على تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين(قراءة في مضمون المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي نعامة، الجزائر،2016،م2، ع1.

6 أمينة عبيشات،إشكالية تعدد الزوجات بين الإباحة والتقييد في التشريعات الأسرة المقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة،جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف،الجزائر،نوفمبر2017، ع4.

7 بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلّبات المجتمع، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ،2002، ع2.

8 بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر،2007، ع1.

9 بلقاسم شتوان، امتناع الزوج عن الإنفاق،مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر،قسنطينة، نوفمبر 2001، ع1.

10 بن حملة سامي، تطور المركز القانوني للمرأة أثناء الزواج في مجال شؤون الأسرة ضمن تشريعات الأحوال الشخصية المغاربة، مجلة أبحاث القانونية وسياسية، جامعة الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، جوان 2016، ج2، ع1.

11 بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكاليات وحلها، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر،2004، ع9.

12 بن داود عبد القادر،الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة،مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2004، ع9.

13 بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2011 ، ع 21 .

14 بن صافي سميرة، فقيه العيد، العيش مع داء السيدا وصم وموت حتمي، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر،2015،م7، ع15.

15 بن قوية سامية، دراسة تحليلية للآليات المقررة لحماية الأسرة في التشريع الجزائري صندوق النفقة نموذجا، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2019، م3، ع3.

16 بن هبري عبد الحكيم،النطاق الإجرائي والموضوعي لسلطة قاضي شؤون الأسرة في الإثبات إشكالات منازعات متاع البيت في قضايا فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والممارسة القضائية "نموذجا"،مجلة آفاق للبحوث والدراسات،المركز الجامعي اليزي،الجزائر،2018،عدد خاص.

17 بوجاني عبد الحكيم، الإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون15-01، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي تسمسيلت، الجزائر،2017، ع04.

18 بوخاتم آسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج "دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة،2017،م3، ع2.

19 بوخاتم آسية، الشركة الزوجية بين الثابت والمتغير وفقا لمقتضيات النظام العام، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2020،م5، ع2.

20 بوزوينة محمد ياسين، صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة الحاضنة المطلقة، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية،أدرار، الجزائر، ديسمبر2017، م01، ع02.

21 بوسعيد رؤوف، غبولي مني، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في التشريع الدولي(دراسة على ضوء اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية،جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر،2018، م2 ع3.

22 بوشاشي مفيدة، حسيني عزيزة، نفقة المفقود بعد الحكم بالتطليق، مجلة القانون والمجتمع،م8، ع2، 2020.

23 بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري ما بين الإلغاء والإبقاء، مجلة الفقه والقانون،المغرب، جوان 2014، ع 20.

24 بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2013، ع2.

25 بيب خداش، الجزائر والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المحاماة،منطقة تيزي وزو، الجزائر،2004، ع01.

26 تشوار جيلالي، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين،مجلة الإحياء،كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2001، ع04.

27 تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2010، ع10.

28 تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية،كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2011، ع12.

29 تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص التشريعية والتطور الاجتماعي، مجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق جامعة وهران، 2007.

30 تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، ع 1 .

31 تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون ، جامعة الجزائر،1999، ع 4.

32 تشوار حميدو زكية، الدور الايجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية جامعة يوسف بن خدة ،الجزائر،2003،م 40، ع2.

33 تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ع12.

34 تشوار حميدو زكية، حق المطلقة الحاضنة في السكن بين النقص التشريعي والواقع الاجتماعي، مجلة المعيار، جامعة عبد القادر، قسطينة،الجزائر،2004، ع9.

35 تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، ع10.

36 تقية عبد الفتاح، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 84-11(تشريع الأسرة الجزائري)،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2008 ، ع2.

37 جرادة لخضر،التطور القانون الأسرة الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية،2019، ع21.

38 جنيدي لخضر، آليات التطبيق الدولي لاتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة، جامعة محمد خيضر،بسكرة،الجزائر،2019،م19، ع1.

39 حاج أحمد عبد الله، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، ديسمبر2015، ع1.

40 حرابي فلة، دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة،مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2017،م6، ع12.

41 حسين بلحيرش، الإجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011، ع1.

42 حليمة آيت حمودي، الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،2001، ع3.

43 حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، محلة الحقيقة،جامعة أدرار، 2005، ع6.

44 حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، محلة الحقيقة،جامعة أدرار، 2005، ع6.

45 حمليل صالح، نفقة المتعة والتعويض بين الفقه والقضاء،مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار، الجزائر،2004 ،ع4.

46 حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية،جامعة تلمسان، 2008، ع6.

47 حوبة عبد القادر، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة بين مفهوم المنظومة القانونية الدولية وخصوصيات المجتمعات الإسلامية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر،2015، ع6.

48 حويذق عثمان، مجرالي محمد لمين، صندوق النفقة كآلية لحماية حقوق الطفل المحضون بين المكاسب والنقائص، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر، 2016، ع5.

49 حيدوسي ايمان، ولاية الأم على أبنائها القصر(قراءة في المادة 87 من قانون الأسرة)،مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،الجزائر،2018، ع50.

50 خدام هجيرة، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري لمؤسسة الزواج، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2020،م5، ع2.

51 خلف بوبكر، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيدر بسكرة ،2016،م16، ع2.

52 دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، 1994، ع1 .

53 ربيحة إلغات، الحضانة بين احكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، حوليات،2015، ع27.

54 رحال عبد القادر، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر2016،1، ع11.

55 زردومي فلة، الفحص الطبي قبل الزواج والالتزام به(دراسة فقهية مقاصدية)،مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1الحاج لخضر، الجزائر، 2016، ع1.

56 زمام نور الدين، بن ققة سعاد، قانون الأسرة بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة الباحث العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح، وقلة،الجزائر، 2012، م4، ع7.

57 زهرة بن عبد القادر، صندوق النفقة للمرأة المطلقة الحاضنة دراسة نقدية تحليلية في القانون 15-01 بالمقارنة مع بعض التشريعات العربية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2020، م9، ع17.

58 سارة بن شويخ، نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009 ، ع1.

59 سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2009 ، ع6.

60 سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية،جامعة المسيلة، الجزائر،2020، م2، ع4.

61 الشواشي سليمان، ما دلالة النوع الاجتماعي؟، مجلة الهداية، المجلس الأعلى الإسلامي، تونس،2017 ، ع200.

62 طالب عبد الرحمان،حقوق وواجبات المرأة في الإسلام،مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع3.

63 عامر نجيم، حماية حق الطفل المحضون في النفقة وفقا للقانون رقم 15-01، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبويكر بلقايد،تلمسان،2017،م2، ع2 .

64 عبادة أحمد، التحفظات الجزائرية على اتفاقية "سيداو" من منظور القانون الدولي العام، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي،الجزائر،2020،م 07، ع 02.

65 عبد الجليل مفتاح، حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية والدساتير الجزائرية،مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة،الجزائر،،2010،م5، ع7.

66 عبد الحميد الهادي الأحرش، الولاية على المال بين الثابت والتجديد، المجلة الجامعية، كلية السابع ابريل، ليبيا، 2008، ع10.

67 عبد الرحمن هرنان، الأسرة الجزائرية بين الأصالة والمعاصرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،1994 ، ع2 .

68 عبد السلام زوبير، مستجدات مدونة الأسرة، دراسة لبعض الحالات الخاصة، المجلة الالكترونية لندوات محاكم فاس،المغرب،2007، ع7.

69 عبد الصمد عبو، المركز القانوني للمرأة في مدونة الأسرة المغربية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2016، ع1.

70 عبد الفتاح تقية،الإشكاليات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون الأسرة رقم 84-11،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،جامعة يوسف بن خدة، الجزائر،2003، م41، ع2.

71 عبد الواحد كرم، النظام المالي للزوجين في القانون العراقي، مجلة قضائية، بغداد،1980 ، ع3.

72 عزالدين كيحل، التصرفات المالية للزوجة ومدى تأثيرها على الحياة الزوجية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003 ع8.

73 عطوى محمد، تعدد الزوجات، مجلة منبر الحقوقيين،1987، ع12.

74 علاوة بوشوشة، الزواج بين العرفي والعقد المدني واثرة على الأسرة " مقاربة في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والتطبيقات القضائية لدى المحكمة العليا"، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة،2017، ع7.

75 عليان بوزيان، أثر ازدواجية المصدر التشريعي في قضايا شؤون الأسرة على الاجتهاد القضائي في مواد فك الرابطة الزوجية، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي غليزان، الجزائر، 2014، ع4.

76 عماري نورالدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، دفاتر سياسة وقانون، جامعة قاصدي مرباح، وقلة،2015 ، ع13.

77 عمرو خليل، نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقيد، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2015، ع19.

78 عيسى حداد، الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة،2011، ع1.

79 غناي زكية، المحافظة على الرابطة الزوجية في قانون الأسرة،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،السياسية والاقتصادية، كلية الحقوق ،جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ع3.

80 فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير،مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر،1996، م33، ع04.

81 فاطمة الزهراء لقشيري، العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1،2017 ، ع11.

82 قندوز سناء، الرقابة القضائية على امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة (الولاية والوصاية)،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2016،م13، ع1

83 كمال سمية، المساواة بين الزوجين في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة تلمسان 2012، ع08.

84 مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العراق،2009،م1، ع3.

85 محمد بجاق، مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر،2014، ع1

86 محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء،مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، ديسمبر2015، ع1.

87 مزياني نورالدين، الزواج العرفي بين الآليات القانونية لتسجيله والإجراءات القضائية لإثباته، المجلة الأكاديمية القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2020، م4، ع2.

88 مزياني نورالدين، العنف الموجه ضد الزوجة وآثاره على الانسجام الأسري، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2018، م3، ع2.

89 مزياني نورالدين، انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على التشريعات المغاربية للأسرة في إبرام عقد الزواج ، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زياد عشور، جلفة ، الجزائر، 2020، م12، ع3.

90 مسعودي رشيد،حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، مارس 2004، ع4.

91 مقدم لبد الرحيم، صندوق النفقة الجزائري الجديد دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2016، ع2.

92 منادي مليكة، حرية في الزواج، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، 2016، ع6.

93 نبيل مدور،عقد الزواج ، مجلة الموثق، الجزائر،2002، ع8.

94 نعيمي عبد المنعم، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر،2012 ، ع1.

95 هجيرة دنوني، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر،2002، ع3.

96 وحياني جيلالي، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 05-02 على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة طاهر مولاى، سعيدة، الجزائر، 2016، م2، ع7.

97 ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، 2001، ع1.

ب – باللغة الفرنسية

1 BENDJABALLAH Souad, le problématique d'une définition du mariage (dans le code de la famille algérien), R. A. S. J. E. P, Alger, 2001, n° 3.

2 CHARFI Mohammed, les conditions de forme de mariage en droit tunisien, R.T.D. 1970 .

3 SAI Fatima Zohra, le khul dans le Code de la famille algérien et la moudawwana marocaine, droit de la famille, regards croisés , laboratoire de droit et des nouvelles technologies, faculté de droit, Oran ,2007.

4 TCHOUAR Djilali ,le mariage polygamique entre le fiqh et le droit positif algérien, Revue Algérienne des Sciences Juridique Économiques et Politiques faculté de droit et des sciences administratives, Ben aknoun, université d'Alger ,1997,n°2.

خامسا : الندوات و البحوث الفقهية

1 أحمد أبو ليل، تقيد حق الزوج في التطليق،أبحاث ندوة حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة ،المنعقدة يومي 27و1994/12/28، كلية الشريعة والقانون، مطبعة جامعة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

2 أمحمدي بوزوينة أمينة، تعزيز ثقافة حقوق المرأة وانعكاسات أحكام اتفاقية سيداو على أسرة الجزائرية،(قراءة نقذية للمواد 2و15و16 مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية)، الملتقى الدولي السنوي للبحث العلمي حول التربية على المواطنة وحقوق الإنسان،يومي 13و2018/07/14، بيروت، لبنان.

3 كسال سامية،الضمانات القانونية لإنجاح الفحص الطبي قبل الزواج في الدول العربية،الملتقي الدولي الأول، التطور التشريعي لأحكام قانون الأسرة في الدول العربية بين الثابت والمتغير، المنعقد يومي 25 و26 نوفمبر 2015،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي،شلف، الجزائر.

4 محمد عبد السلام أبو النيل، المرأة في العالم الإسلامي، ط1، بحث مقدم للندوة الايسيسكو بالقاهرة، بتاريخ من19 إلى21 /1991/08، تحت عنوان وضع المرأة في العالم الإسلامي، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، بيروت، لبنان، 2003 .

5 مراد كاملي، قيمة الأسرة ومكانتها في التشريعات الوضعية(قانون الأسرة الجزائري نموذجا)، أعمال الملتقي الدولي التاسع، قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، المنعقد يومي 18-19 نوفمبر 2018، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1.

6 مزياني نورالدين، الذمة المالية للزوجة أية حماية بين الواقع العملي والإطار القانوني، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقي الوطني الأول الموسوم" السياسة الجنائية للحد من العنف ضد المرأة"، يوم 10 ديسمبر2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون –تيارت.

7 مزياني نورالدين، انعكاسات اتفاقية سيداو على أحكام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة مقدم ضمن فعاليات الملتقي الوطني الموسوم " اتفاقية سيداو وآثراها على التشريع الجزائري "، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أمحمد بوقرة -بومرداس-، يومي 5 و6 فبراير2020 .

سادسا :تقارير

1 التقرير الجامع للتقريرين الثالث والرابع ، الخاص بالجزائر المقدم لدى لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، عن مدى تنفيذ أحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 ماي2009.(CEDAW/C/DZA/3-4) .

2 التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2) في جلستها المنعقدة بتاريخ 11 جانفي 2005، وثيقة الأمم المتحدة 668-667 ، (CEDAW/C/SR)

3 التوصية العامة 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)، بتاريخ 2013/10/30 (CEDAW/C/GC/29)

4 مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 مارس 1990.

5 نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر(CEDAW/C/DZA/ 2) في جلستيها 667و 668 المعقودتين في 11 يناير2005 .

6 نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر2)(CEDAW/C/DZA/ في جلستيها667 و688المعقودتين في 11 يناير 2005.

سابعا : النصوص القانونية

أ: الوطنية

1 الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996،ج.ر رقم 76 ،المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002،ج.ر رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002،و بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008،ج.ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008 ، والقانون رقم 16 -01 مؤرخ في 6 مارس 2016 المعدل و المتمم، ج.ر، ع 14 ، المؤرخة في 04 مارس 2016، مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 هـ،الموافق لـ 30ديسمبر2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر2020،ج.ر82،المؤرخة في 30 ديسمبر2020 .

2 القانون90-11 المؤرخ في 01 شوال 1410،الموافق ل21 أفريل 1990،المعدل و المتمم بقانون 91-29 المؤرخ في 14 جمادى الثانية 1412،الموافق ل21 ديسمبر1991،المتضمن علاقات العمل،ج.ر 68،المؤرخة في 25 ديسمبر 1991.

3 القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13 مايو سنة 2007 م المعدل والمتمم بالأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر، ع.78.

4 القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 ، مؤرخ في 08 جوان 1966، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

5 القانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق لـ 9 غشت 2014 ، ج ر،ع49 ، المؤرخة في 2014/08/20 ، المعدل والمتمم الأمر رقم 70 -20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 17فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية،ج ر21.

6 القانون 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق 30 ديسمبر2015، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-165 المؤرخ في 8 يونيو 1966،والمتضمن قانون العقوبات ،ج.ر،ع71، المؤرخة في 30ديسمبر 2015.

7 القانون 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق 30 ديسمبر2015، المعدل والمتمم للقانون رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سمتمبر1975، والمتضمن القانون التجاري ج.ر،ع71، المؤرخة في 30ديسمبر 2015.

8 القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 يناير 2015،المتضمن إنشاء صندوق النفقة،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع01،المؤرخة في 07 يناير2015.

9 الأمر رقم96-03 ، المؤرخ في 10 يناير 1996 ،يتضمن الموافقة مع التحفّظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ،ج.ر،ع 3 ، المؤرّخة في 14 يناير 1996 .

10 الأمر رقم05-02 المؤرخ في27 فبراير2005، ج.ر15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير2005،ج ر 24، المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1409هـ الموافق لـ 09 جوان 1984، ج.ر رقم 24 المؤرخة في 1984/12/12.

11 المرسوم رقم 63-340 مؤرخ في 11سبتمبر1963، يتضمن إنظمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية للاتفاقية الخاصة بالرق المرقعة بجنيف في 25 سبتمبر1926 والمعدلة بموجب برتوكولات نيويورك الموقعة في7 ديسمبر1953 والاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق الموقعة بجنيف في 7 سبتمبر 1956 ، ج ر66 ،1963.

12 المرسوم الرئاسي رقم 04-126 المؤرخ في 2004/04/19، التصديق على اتفاقية الحقوق الساسية للمرأة المعتمدة في 20 ديسمبر1952، ج.ر رقم 26، المؤرخة في 2004/04/25.

13 المرسوم التنفيذي رقم 06-154 صادر في 11 ماي 2006، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، ج ر31، المؤرخة في14 ماي 2006.

14 المرسوم التنفيذي15-107 المؤرخ في 21 أفريل 2015 المتعلق بكيفيات تسيير التخصص الخاص رقم 142-302،ج ر،22

ب:الأجنبية

1 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 90 الصادر في 27 سبتمبر 1985 ص1737 القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 22 جويليه 1992.

ج: باللغة الفرنسية

1 Loi n°57-777 du 11/07/1957 relative à la preuve du mariage contracté en algerie les regles du droit musulman,J.O.R.F.n ° du 13/07/1957.

ثامنا :مواقع الأنترنيت

دحان بشير، تطور مكانة المرأة عبر التاريخ ،موقعwww. Bnalislam.com

عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي(حقيقة العقد ومشروعيته)، ج1، ط1، شبكة الألوكة www.alukah.net

موقع إسلام ويب،www.islamweb.net/ar/fatwa/109830

موقع الرسمي للشيخ محمد صالح المنجد،الإسلام سؤال وجواب، www.islam –qa.com

موقع المصطلحات الإسلامية،terminologyenc.com

http://hrlibrary.umn.edu/arabic/DZA-CEDAW2005.html

http://www.emro.who.int/ar

https://iifa-aifi.org

الفهرس

الفهرس

مقدمة 02

الباب الأول: القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في بعض أحكام الزواج 28

الفصل الأول: التدابير القانونية المتخذة في الجوانب الشخصية لعقد الزواج والمنسجمة مع مقتضيات اتفاقية سيداو.....30

المبحث الأول: حظر كل تمييز اتجاه المرأة لضمان المساواة مع الرجل عند إبرام عقد الزواج 32

المطلب الأول: صور المساواة في ركن عقد الزواج 33

الفرع الأول: تكريس رضا المرأة في إبرام عقد الزواج 37

الفرع الثاني: جزاء تخلف ركن الرضا 48

المطلب الثاني: صور المساواة في شروط عقد الزواج 51

الفرع الأول: توحيد سن الزواج 51

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية.....52

ثانيا: موقف الفقه والقانون.....54

ثالثا : موقف المشرع الأسري من الإذن القضائي 58

رابعا: جزاء مخالفة أهلية الزواج لغياب الإذن القضائي 60

الفرع الثاني: الولاية على المرأة عند إبرام عقد الزواج 64

أولا: مفهوم الولاية في عقد الزواج 65

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من الولاية لنكاح المرأة 69

ثالثا: الحكمة في اشتراط الولي لنكاح المرأة 73

رابعا: تطور الولاية في التشريع الجزائري 74

1-الولاية في النص الأصلي 75

2- الولاية في النص المعدل 76

الفرع الثالث: التكريس القانوني للفحص الطبي قبل الزواج 81

المطلب الثالث: التدابير المتعلقة بالأحكام الإجرائية لعقد الزواج 87

الفرع الأول: الآليات القانونية لتسجيل عقد الزواج والتطبيق العملي في الإثبات 89

أولا: الإجراءات الشكلية الخاصة بإبرام عقد الزواج 90

ثانيا: إثبات عقد الزواج.....92

الفرع الثاني: موقف المشرع الأسري من الزواج العرفي 95

أولا: الأسباب القانونية 96

ثانيا: الأسباب الشرعية 97

ثالثا: الأسباب الاجتماعية 97

رابعا: الأسباب التاريخية 98

خامسا: الأسباب الصحية 99

المبحث الثاني: عدم التمييز اتجاه المرأة بسبب حالتها كزوجة 101

المطلب الأول: التدابير المستحدثة على الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين102

الفرع الأول: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية 103

أولا: مفهوم الطاعة الزوجية و دليل مشروعيتها.....104

ثانيا : مظاهر طاعة الزوجة لزوجها 107

الفرع الثاني: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في قانون الأسرة 109

المطلب الثاني: تعدد الزوجات بين الإباحة و التقيد 115

الفرع الأول: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية 117

أولا: الحكمة من كون التعدد حقا للرجل دون المرأة 121

ثانيا: تعدد الزوجات بين الضرورة والحرية 122

الفرع الثاني: تعدد الزوجات في ظل النص المعدل والمادة 22 منه 124

الفصل الثاني:الجوانب المالية لعقد الزواج وانسجامه مع مقتضيات اتفاقية سيداو .134

المبحث الأول: الذمة المالية المستقلة لكل واحد من الزوجين 137

المطلب الأول: احتفاظ الزوجة بذمتها المالية في الشريعة الإسلامية 138

الفرع الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجة في الكتاب 140

الفرع الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجة في السنة 143

المطلب الثاني: استقلالية الذمة المالية للزوجة في قانون الأسرة الجزائري 147

المبحث الثاني: اتفاق الزوجي استثناء على مبدأ استقلالية الذمة المالية.....152

المطلب الأول: الأموال المشتركة 153

الفرع الأول: الأموال المكتسبة قبل قيام الرابطة الزوجية 154

أولا: الأموال المكتسبة عن طريق الدخل 154

ثانيا: الأموال المكتسبة عن طريق الإرث والتبرعات 156

الفرع الثاني: الأموال المشتركة أثناء قيام العلاقة الزوجية 158

المطلب الثاني: نصيب الزوجة من الأموال المشتركة في حالة التنازع أو الوفاة....164

الفرع الأول: أحوال النزاع حول الصداق 165

الفرع الثاني: أحوال النزاع حول متاع البيت 171

الباب الثاني: القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في بعض أحكام الطلاق
.....200

الفصل الأول: عدم التمييز ضد المرأة في فك ميثاق الزوجية بإرادة الزوجة 202

المبحث الأول: انسجام الأحكام الموضوعية للمادة 53 من قانون الأسرة وفق اتفاقية سيداو 204

المطلب الأول: إشكالية الطلاق 206

الفرع الأول: تعريف الطلاق 208

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق 211

المطلب الثاني: أسباب التطليق في ظل النص الأصلي لقانون الأسرة 214

الفرع الأول: الأسباب القائمة على الضرر المادي 215

أولا: التطليق لعدم الأنفاق.....215

ثانيا: التطليق للغيبة.....221

ثالثا: التطليق بسبب مخالفة الأحكام المادة 8 من قانون لأسرة.....225

الفرع الثاني: الأسباب القائمة على الضرر المعنوي 228

أولا: التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج 229

ثانيا: التطليق بسبب عقوبة تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية..... 235

ثالثا: التطليق للهجر في المضجع.....237

رابعا: التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.....241

المطلب الثالث: توسيع أسباب التطليق في ظل النص المعدل لقانون الأسرة 243

الفرع الأول: الأسباب المضافة في ظل النص المعدل 244

أولا: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين 244

ثانيا: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج 245

ثالثا: التطليق بسبب ضرر معتبر شرعا 248

الفرع الثاني: سلطة القاضي من الأسباب المضافة 253

المبحث الثاني: انسجام الأحكام المادة 54 قانون الأسرة وفق اتفاقية سيداو.....254

المطلب الأول: التكييف الفقهي والقانوني للخلع 260

الفرع الأول: التكييف الفقهي للخلع 261

الفرع الثاني: التكييف القانوني للخلع 263

المطلب الثاني: الخلع مظهر من مظاهر المساواة بين الزوجين 270

الفرع الأول: تغييب إرادة الزوج في الخلع 271

الفرع الثاني: مقاربة بين الخلع والطلاق بإرادة الزوج 275

الفصل الثاني: عدم التمييز ضد المرأة في آثار فك ميثاق الزوجية 277

المبحث الأول: آثار اتفاقية سيداو في المسائل غير المالية الناجمة عن فك الرابطة الزوجية.....278

المطلب الأول: مدى مساواة الزوجين في ضوء الأحكام المقررة للحضانة 279

الفرع الأول: شروط الحضانة وأصحاب الحق فيها.....282

الفرع الثاني: عمل المرأة غير مسقط للحضانة 288

المطلب الثاني: عدم التمييز ضد المرأة في مجال النيابة الشرعية 291

الفرع الأول: حق المرأة في الولاية في قانون الأسرة.....293

أولا: ولاية الأم على أبنائها القصر في حالة غياب الأب أو حصول مانع له.....295

ثانيا: ولاية الأم على أبنائها القصر في حالة الطلاق 295

الفرع الثاني: دور القاضي في إسناد الولاية 297

المبحث الثاني: آثار اتفاقية سيداو في المسائل المالية الناجمة عن فك الرابطة الزوجية.....298

المطلب الأول: التعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق.....299

الفرع الأول: التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي 300

أولا: المذهب القائل بالتعويض عن الطلاق التعسفي 306

ثانيا: المذهب القائل بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي 307

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر في حالة التطليق 312

المطلب الثاني: صندوق النفقة ومسكن ممارسة الحضانة 316

الفرع الأول: صندوق النفقة إجراء جديد بين وجود النص وغياب التطبيق 317

الفرع الثاني: السكن حق للمرأة لممارسة الحضانة 324

الخاتمة.....339

الملاحق 348

قائمة المراجع 367

الفهرس 404

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

وانعكاساتها على بعض أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

ملخص

إن المنظومة التشريعية الجزائرية ليست بمعزل عن تداعيات العولمة القانونية، خاصة بعد مصادقة الجزائر على مجموعة من الاتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وذلك كتعبير عن إيمانها بالحريات الأساسية للفرد. ومن هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة (سيداو)، التي ألقت بظلالها على كل جزئيات الأنظمة القانونية الداخلية، التي تدعو إلى اتخاذ إجراءات والتدابير التشريعية الرامية إلى تعديل أو إلغاء النصوص القانونية التي من شأنها خلق أو استمرار التمييز ضد المرأة. ذلك أدى إلى المطالب على مختلف الاتجاهات والاقتراحات إلى تعديل قانون 84-11، ضمانا لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل بشكل واضح في التمتع بجميع الحقوق الأسرية أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها.

الكلمات المفتاحية: سيداو، مساواة، جنسين، زواج، طلاق، مصلحة.

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son impact sur certaines dispositions du droit algérien de la famille en matière de mariage et de divorce.

Résumé:

Le système législatif algérien n'est pas isolé des répercussions de la mondialisation juridique, en particulier après la ratification par l'Algérie d'une série de conventions internationales relatives aux droits de l'homme, expression de sa foi dans les libertés fondamentales de l'individu. L'un de ces accords est la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), laquelle s'est reflétée sur toutes les parties des règlements juridiques internes, et pour cause de prendre des mesures légales visant à modifier ou à abroger les dispositions juridiques qui créeraient ou continueraient la discrimination à l'égard des femmes. Cela a conduit à solliciter, compte tenu de plusieurs tendances et suggestions l'amendement de la loi 84-11, afin de garantir clairement le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes dans la jouissance de tous les droits familiaux pendant ou après la dissolution du lien matrimonial.

Mots clés: CEDAW, égalité, genre, mariage, divorce, intérêt.

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women its impact on certain provisions Algerian family law on marriage and divorce.

Abstract :

The Algerian legal system is not isolated from the repercussions of legal globalization, particularly after ratification by the Algeria A series of international conventions on human rights, an expression of its belief in the fundamental freedoms of the individual. L" One such agreement is the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), which has been reflected in all parts of domestic legal regulations, and for taking legal measures to amend or repeal legal provisions that would create or perpetuate discrimination against women. This led to a request, in the light of several trends and suggestions for the amendment of Law 84 -11, in order to clearly guarantee the principle of equality between women and men in the enjoyment of all family rights during or after the dissolution of the marriage bond .

Keywords: CEDAW, equality, gender, marriage, divorce, interest.