الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان -

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة
تحت عنوان:

مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية

من إعداد الطالب:
وحياني جيلالي

تحت إشراف:
أ.د/ دنوني هجيرة

أعضاء لجنة المناقشة:

د/ رايس محمد	رئيسا
أ.د/ دنوني هجيرة	مقررة
أ.د/ بوعزة ديدن	مناقشا

بِسْمِ اللهِ الرَّحمَن الرَّحِيــمِ

(ومن يعمل من الصالحات من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نقيرا)

(سورة النساء – آية 124)

(فاستجاب لهم ربهم أني لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى بعضكم من بعض)

(سورة آل عمران – آية 195)

صدق الله العظيم

كلمـة شكر

نحمد الله تعالى الذي وفقنا لانجاز هذا العمل المتواضع.

أتقدم بالشكر الكبير أولا وأخيرا للمولى عزّ وجل، الذي يقول في محكم تنزيله :"ولئن شكرتم لأزيدنكم".

و أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة المشرفة "دنوني هجيرة" على الرعاية والدعم والمساعدة التي قدمتها لي ، وتشجيعها المتواصل لي طيلة انجاز هذا العمل ومدّيد العون لي بنصائحها وتوجيهاتها القيّمة.

كما أتقدم بالشكر الخالص والاحترام الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة، اللذين تجشموا عناء قراءة وتقويم هذا البحث.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ العميد محمد كحلولة على المساعدة والنصائح القيّمة التي قدمها لي سواء في انجاز هذا البحث أو أثناء تأدية مهامي الإدارية .

وكل من ساهم في انجاز هذا العمل، من قريب أو من بعيد ولم يبخلوا علي بالرأي السديد و النصيحة المخلصة، وأخصّ بالذكر الأستاذة زروال معزوزة ، الأستاذة مالطي نهار، السيدة برزوق سامية ، الأستاذ لاتي محمد، الأستاذ نعوم مراد، الأستاذ بن عودة حسكر مراد، الأستاذ أحمد هديلي.

وأتقدم بالشكر الجزيل إلى صديقي وأخي عبد الصمد حوالف الذي ساعدني كثيرا في إتمام هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر العرفان إلى الصديق الأستاذ فريد بن سعدون صاحب مكتبة كنوز.

إلى كل هؤلاء، شكرا جزيلا.

إنّ الأسرة هي اللبنة الأولى والأساسية في بناء المجتمع، وهي تحظى بحماية الدولة والمجتمع وفقا للمادة 58 من الدستور التي تنص على أنه: " **تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع** " مما يستدعي تنظيمها بقواعد آمرة لضمان استقرارها تحقيقا للمصلحة العامة.

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

إنّ الأسرة الجزائرية شأنها شأن جميع الأسر العربية كانت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها. وكانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة على الأهالي في كل أنحاء الوطن الجزائري وإلى جانبه كان يطبق المذهب الحنفي على السكان الأتراك وكان المذهب الاباضي ينظم علاقات الاباضيين في بعض مناطق الجنوب، فضلا على وجود مجموعة من العادات والأعراف المنتشرة في منطقة القبائل [1].بعد دخول الاحتلال الفرنسي للجزائر عمد إلى محاولة يائسة إلى دمج نظريات الفقه الإسلامي في لنظام القانوني الفرنسي تضييقا لنطاق الشريعة الإسلامية وتفكيكا لوحدة التشريع الجزائري [2]، بدأ بإدخال بعض التعديلات على الأعراف القبائلية لتقريبها من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي بمقتضى المرسوم الصادر في 1902/08/01 المتعلق بالولاية والقانون المؤرخ في 1930/05/02 الخاص بالخطبة والزواج، وكذلك المرسوم الصادر في 1931/05/19 المتعلق بالطلاق والميراث.

[1]- نصر الدين مروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، صادر عن المجلس الإسلامي الأعلى، العدد سنة 2000، ص 283.
[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1991، ص18.

بعد ذلك، شرعت فرنسا في إصدار تشريعات محددة تنظم بعض مسائل الأحوال الشخصية كالأمر الصادر في 30 نوفمبر 1944 المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي وقانون 11 جويلية 1957 المتعلق بتنظيم أحكام الغائب والمفقود والوصية والحجر وكيفية إثبات الزواج والطلاق والنفقة والحضانة والذي أعطى في شطره المتعلق بالزواج أهمية بالغة لرضا الزوجين، إذ اعتبر الزواج باطلا لعدم انعقاده من قبل الزوجين وحضورهما أمام ضابط الحالة المدنية وفي ذات الوقت وضع حدا لولاية الإجبار بعدم الاعتراف بزواج الصغار من خلال تحديد سن الزواج أما فيما يخص الطلاق فقد نصت المادة السادسة منه على عدم انحلال الزواج إلا بقرار من القضاء.[1]

إذ هناك من اعتبر ان الاستعمار هو المصدر التاريخي للدعوة بإلغاء وتعديل قوانين الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية [2].

بعد الاستقلال كان من الحتمي الاستمرار في العمل بالقوانين الموروثة عن الاستعمار ماعدا تلك التي تتعارض مع السيادة الوطنية أو يحمل طابعا عنصريا والذي ثبت من خلال قانون 157/62 الصادر في 1962/12/31 وذلك لاستحالة البقاء في حالة فراغ تشريعي واستمر تطبيق هذه القوانين الفرنسية الخاصة بالأسرة.

بعد الاستقلال ورغم صدور قانون خاص بتنظيم مجال الأحوال الشخصية إلاّ أنّ هناك مبادرات تدخل بها المشرع الجزائري في هذا المجال محاولة منه لتغطية بعض الفراغات فظهرت بعض النصوص القانونية تتجاوز في بعض الأحيان المفهوم التقليدي لمبادئ الشريعة الإسلامية مثل ما ورد ضمن قانون 29 جوان 1963 الذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وحد الحد الأدنى لسن الزواج حيث أصبحت المرأة لا تتزوج إلاّ ببلوغها 16 والرجل ببلوغه 18 سنة كاملة.[3]

---

[1]- نصر الدين مروك، المرجع السابق،ص 284.
[2]- الشيخ سيف الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط1، شركة دار، الآمر 2003، ص 22.
[3]- NADIA AIT ZAI, Les amendements du code de la famille, l'égalité un principe mal compris, 24-25 juin 2000.

وفي نفس السنة أي سنة 1963 شكلت لجنة من العلماء اقترحت توسيع التعدد في الزوجات على أساس أن هناك عدد كبير من أرامل الشهداء. [1]

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك جمعيات تكونت خلال العشرية الأولى الموالية لاستقلال كانت تطالب بتقنين الأحوال الشخصية كجمعية القيم التي تظاهرت بتاريخ 1964/01/05 مطالبة بقانون إسلامي من أجل المرأة وفي 08 مارس 1965 طالبت جمعية نسوية بقانون خاص بالمرأة والرجل ثم ظهرت مبادرة أخرى في 08 أكتوبر 1970 أين وضعت لجنة لتحرير قانون الأسرة لكن عملها لم يظهر للوجود. [2]

بتاريخ 1973/07/05 تمّ إلغاء التبعية القانونية بموجب الأمر رقم 29/73، فكان هذا الأمر إيذانا بميلاد حركة تشريعية واسعة النطاق، إذ توالت النصوص التشريعية في الصدور في كافة فروع القانون بما فيها القانون المدني والقانون التجاري وقانون الإجراءات المدنية وغيرها.

الملفت للانتباه هو عدم صدور قانون الأسرة إلا بعد أكثر من 20 سنة من الاستقلال ولعل أهم المشاكل التي أخرت إصدار قانون الأسرة هو ذلك الصراع الفكري والإيديولوجي بين تيار يتمسك بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وبين التيار الداعي إلى تغيير هذه الأحكام لمسايرة التطور والحداثة وتكريس مبدأ الدستور القاضي بعدم التمييز بين الجنسين. حسم هذا الجدال في 90جوان 1984 بإصدار قانون الأسرة تحت رقم 11/84 وقد اعتمد هذا القانون الشريعة الإسلامية مغلبا المذهب المالكي على بقية المذاهب التي اعتمدت كمرجعية في الوثيقة التحضيرية لهذا القانون، ومن الناحية الدستورية فقد استند المشرع في قانون الأسرة إلى المادة 02 والمادة 154 من دستور 1976 إذ تنص المادة الأولى على اعتبار الإسلام دين الدولة وتنص الثانية إي المادة 154 على أنّ الأسرة

[1]- SAADINOUREDINE, la femme et la --------Algérie, Colloque dirigé par FATIMA MERMICI, Edition Bonchere, 1992, p 45.

[2]- لوكيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، 2006،ص 24.

هي الخلية الأساسية للمجتمع [1]. وأهم ما يسجل على هذا القانون اعتماده الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي ويتضح هذا المبدأ جليا من خلال نص المادة 222 التي تنص أنّه في حالة ما إذا لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهي المادة التي جاءت أيضا لمبدأ تعميم تطبيق الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق.[2]

ولقد تعرض هذا القانون إلى عدة انتقادات خاصة فيما يخص مركز المرأة حيث كانت المرأة في ظل قانون الأسرة 11/84 من أشكال غير معقولة من التمييز تتجلى على مستوى عدة مواضيع، فكان هذا القانون يجعل من الرجل السلطة الأعلى في الأسرة وما المرأة إلا تابعة له [3]، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من قانون 11/84 والتي نصت على واجب احترام الزوج ومراعاته باعتباره رئيس الأسرة وهذا استنادا إلى مبدأ القوامة وفي الواقع فقد أثار هذا المبدأ نقاشات عدة خاصة فيما يتعلق بالتناقض بين مفهومه الشرعي الحقيقي والمدلول الاجتماعي الذي فهم به وموروس على أساسه حيث أن هذا المبدأ في معناه الاجتماعي يهدم مبدأ المساواة من أساسه.

أمام هذا الوضع اعتبر الكثيرون قانون الأسرة مكرسا للتمييز واللامساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة وأنّه قانون متسم بالطابع الرجولي مما يعد انتهاكا صارخا لحقوق المرأة.

وعلى اعتبار أنّ موضوع المرأة من المواضيع التي تحظى باهتمام كبير ومتزايد من طرف المجتمع الدولي، ويرجع هذا الاهتمام إلى الدور الذي تلعبه المرأة داخل الأسرة والمجتمع حيث لا يمكن فصل قضية المرأة عن قضية الأسرة وكل حماية للمرأة هي حماية لخلية الأسرة، وبذلك لقد حظيت بعناية بالغة في النصف الثاني من القرن العشرين، وكان نتيجة ذلك أن تمّ إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وقد كان للمرأة نصيب كبير من الاتفاقيات والإعلانات

[1]- NOUREDDINE SAADI , op cit , p 47

[2]- لوكيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 29.

[3]- أ/ د هجيرة دنوني، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى،سنة 2000، ص 476.

الدولية الخاصة بحماية حقوقها وحرياتها الأساسية علاوة على ما تضمنه لها المواثيق والاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان بصفة عامة من حقوق وحماية. ولقد أصبح خطاب حقوق المرأة خاصة في السنوات الأخيرة له موقع مؤثر وأولوية خاصة في مجال العلاقات الدولية بشكل لم يسبق له مثيل، وفي هذا السياق صادقت الجزائر على جميع الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان بصفة عامة كما صادقت على الاتفاقية الخاصة بمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 حيث أنّ موضوع هذه الاتفاقية هو المساواة بين الجنسين وشجب كل تمييز ضد المرأة حيث تنص المادة 01/02 و07 من هذه الاتفاقية : " **تشجو الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة** ... " ولتحقيق ذلك تتعهد دول الأطراف بما يلي : " **تسجيد كفالة التطبيق العملي لهذا المبدأ من خلال القانون باتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لتعديل أو إلغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة** ...".

إنّ مركز المرأة في ظل قانون الأسرة 84-11 جعل منه أكثر القوانين إثارة للجدل وانقسم حوله المجتمع إلى فريقين يمثلون مرجعيتين فكريتين مختلفتين ولهما صورتين مختلفتين لمشروع المجتمع، الأول يرى أنّه يجب الإبقاء على قانون الأسرة بأحكامه كما هو باعتبار هذه الأحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية، والآخر يرى إلغاؤه واستبداله بالكامل حيث أصبح لا يتماشى مع التطورات الاجتماعية والسياسية والثقافية والاقتصادية التي عرفها المجتمع الجزائري، بالإضافة إلى المكانة التي وصلت إليها المرأة الجزائرية في مجال التعليم والعمل، مما يجعل هذا القانون غير متكيّف مع القيم العالمية للمساواة وحماية حقوق المرأة التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية.

إنّ الانتقادات التي تعرض لها قانون 84-11 وضرورة تكييفه مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية كانت الدافع إلى تعديله حيث شُكّلَت لجنة وظنية استشارية لدراسة التعديلات، وصدر تعديل

بمقتضى الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 حيث تمت الموافقة عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 2005/05/04 والذي ألغى المواد 12، 20، 38، 39، 63 من القانون 84-11 وأعاد صياغة العديد من النصوص، ولعل النقطة البارزة في هذا القانون موقفه من الولاية وإلغائه للمادة 39 التي تنص على واجب طاعة الزوجة لزوجها باعتباره رئيس الأسرة.

إنّ صدور التعديل في شكل أمر رئاسي وعدم عرضه كمشروع قانون أمام البرلمان اعتبره البعض أنّه جاء تحت ضغوطات دولية في إطار انعكاسات النظام العالمي الجديد ونظرته إلى الشريعة الإسلامية[1].

ولقد شكّل تكييف التعديل مع الاتفاقيات الدولية هاجسا حقيقيا وهذا لصعوبة التوفيق بين المرجعية الإسلامية والمرجعية الدولية.

سنحاول في هذا البحث معاجة مدى أخذ المشرع الجزائري في تعديل قانون الأسرة و مدى تكييفه مع الالتزامات الدولية للجزائر .

هذه الإشكالية الأساسية تتفرع عنها عدة إشكاليات :

-ما هو مضمون مبدأ المساواة ؟

-هل لا زال قانون الأسرة الجزائري يتضمن مواد تمييزية ؟

-ما هي مظاهر المساواة في قانون الأسرة الجزائري ؟

- إلى مدى تمكن المشرع التوقف بين المرجعية الدولية من خلال المواثيق الدولية؟

[1]- انظر، الملحق رقم 2.

سأحاول الاجابة على هذه التساؤلات من خلال معالجة المسائل التي مسها التعديل و مدى مطالعتها لما جاءت به الاتفاقيات الدولية و سيتم التركيز على التعديلات الجديدة مستعملا مستعملا المنهج التحليلي المقارن متبعا الخطة التالية :

الفصل الأول : مضمون مبدأ المساواة في المواثيق الدولية و الشريعة الإسلامية .

الفصل الثاني : تطبيقات مبدأ المساواة في قانون الأسرة الجزائري

إنّ مبدأ المساواة بين الجنسين وحقوق المرأة هي من المبادئ الأساسية التي أقرتها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والتي سبقتها في ذلك الشريعة الإسلامية.

ويعتبر مبدأ المساواة حجر الزاوية ونقطة الارتكاز في كل تنظيم قانوني للحريات العامة والحقوق.[1]

ويقصد بالمساواة في اللغة المماثلة والتكافؤ في القيمة والقدر والمشابهة، وتعني المساواة في القانون أنّ جميع الأفراد متماثلين في المراكز القانونية في اكتساب الحقوق والحريات العامة والتزامهم بالواجبات على قدم المساواة وبدون تمييز أو تفريق يكون أساسه الجنس، من منطلق أن الأفراد يولدون ويعيشون أحرارا متساوين أمام القانون.

وعليه سيتم التطرق في هذا الفصل إلى مضمون مبدأ المساواة من خال الكونية أو العالمية والتي يقصد بها ما جبت به قريحة القانون الدولي والمتضمنة أحكامه في الاتفاقيات والمواثيق الدولية (المبحث الأول)، وكيف تم معالجة مضمون مبدأ المساواة من خلال خصوصية الشريعة الإسلامية باعتبارها من مقدسات ورموز الجزائر طبقا للمادة الثانية من الدستور التي تنص على أن الإسلام هو دين الدولة الجزائرية (المبحث الثاني).

[1]-

المبحث الأول : مضمون مبدأ المساواة في المواثيق الدولية.

المطلب الأول : الأسس الفكرية والتاريخية لمبدأ المساواة في المواثيق الدولية

إنّ المواثيق الدولية تستلهم فكرة المساواة بين الجنسين من التطورات التي عرفتها المرأة عبر التاريخ حيث كانت النظرة النمطية السائدة هي أنّ دونية (l'infériorité) المرأة طبيعية كما أن تفوق الرجل طبيعي تفسره الفوارق البيولوجية و النفسية التي تميز الرجل عن المرأة، وهذا ما يفسر إعطاء المرأة لمدة قرون من الزمن مركزا قانونيا خاصا يكرس دونيتها و خضوعها للرجل كما أن هذه التبعية الطبيعية نتج عنها تبعية اجتماعية و اقتصادية للرجل .

إلى أن ظهرت مجموعة من الأفكار الفلسفية تنادي بتحرير المرأة و مساواتها مع الرجل تنظر إلى المرأة على أنها إنسان كامل الأهلية ، ومع ذلك بقيت عبارة على أفكار مجردة إلى أن تلتها أحداث تاريخية و اقتصادية بدأت تفرض فكرة المساواة في الواقع و تتمثل هذه الأحداث خاصة في الثورات الصناعية و الحربين العالميتين و التي دفعت المرأة إلى ولوج عالم العمل و التعلم مما كان السبب في نسف نظام الأسرة القديمة ، هذا بالإضافة إلى ظهور التيار النسوي في الغرب و الذي بدأ يناضل لترقية المرأة و محاربة النظرة النمطية السائدة المكرسة لدونية المرأة و بهذا نجد أن ظهور المساواة في الغرب يرجع إلى الأحداث أكثر منه إلى الأفكار .

بعد نهاية الحرب العالمية الثانية و ظهور هيئة الأمم المتحدة بـدأت فكرة تحرير المرأة و مساواتها مع الرجل تأخذ طابعا دوليا و هذا عبر أجهزة الأمم المتحدة و من خلال المواثيق و الاتفاقيات الدولية و المتمثلة خاصة في ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945 و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في سنة 1948 و العهدين الدوليين لحقوق الإنسان سنة 1966 و الاتفاقية الشاملة لحقوق المرأة و هي اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة .

المطلب الثاني : المساواة في الاتفاقيات الدولية العامة.

المواثيق الدولية العامة التي تطرقت إلى موضوع المساواة بين الجنسين هي ميثاق الأمم المتحدة و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ثم العهدين المتعلقين بحقوق الإنسان، وهما العهد الدولي للحقوق السياسية و المدنية . و العهد الدولي الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية

الفرع الأول :مبدأ المساواة في ميثاق الأمم المتحدة .

يعتبر ميثاق الأمم المتحدة الذي تم اعتماده في "سان فرانسيسكو" سنة **1945** أول معاهدة دولية أشارت في عبارات محددة وبوضوح إلى تساوي النساء و الرجال في الحقوق ، حيث نص الميثاق أن المساواة هدف أساسي [1]

هذه المنظمة التي بدأت أنشطتها في وقت مبكر من أجل القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة فقد أنشأت "**لجنة مركز المرأة**" عام **1946** باعتبارها لجنة فنية تابعة للمجلس الاقتصادي و الاجتماعي ، وبدأت هذه اللجنة نشاطها المتعلق بالرقابة على أوضاع المرأة و نشر حقوقها .

و بهذا يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أهم إنجازات المنظمة الأمم المتحدة في ميدان ترسيخ حقوق الإنسان[2] .

الفرع الثاني : المساواة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. 3

يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان شاملا لكافة حقوق الإنسان المدنية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية التي يتمتع بها كل إنسان رجلا أو امرأة .

---

[1]- انظر المواد 02 ،55،56 من ميثلق الامم المتحدة

[2]- دعد موسى ، حقوق الإنسان للمرأة ، بحث منشور على الانترنيت على الموقع www.annohjacroiti.org

[3]- اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) في 10 ديسمبر 1948 ، الموقع الالكتروني لهيئة الأمم المتحدة www.un.org

وهو بهذا المعنى قد أحدث تأثيرا قويا في مجال حقوق الإنسان في جميع أنحاء العالم [1] و أصبح من أشهر وثائق الأمم المتحدة في هذا الشأن ، حيث كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الأثر الأكبر في التوجه نحو حماية المرأة و مساواتها مع الرجل .

– المساواة بين المرأة و الرجل في مجال العلاقات الأسرية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

إن المساواة بين الرجل و المرأة منصوص عليها في ديباجة هذا الإعلان التي تؤكد على تساوي الرجال و النساء في الحقوق ، وقد تم تأكيدها أيضا في المادة الثانية التي نصت على مبدأ المساواة بين الجنسين في الزواج و الطلاق و تكوين الأسرة ، هذا بالإضافة إلى ما أكدّه نفس الإعلان في الفقرة الثالثة من نفس المادة على حق الأسرة في التمتع بحماية المجتمع و الدولة .

الملاحظ على المادة **16** [2]من هذا الإعلان أنه رغم عدم تعريفها للأسرة ، إلا أنه حصر حق تكوينها على الرجل و المرأة ، أي ما يعرف بالأسرة الطبيعية ، بسبب التطور الذي عرفته المجموعة الدولية في السنوات الأخيرة و الذي عرفته حركة حقوق الإنسان بدورها ، و هو ما أصبح يصطلح عليه بعولمة حقوق الإنسان ، علاوة إلى سيادة فكرة حماية الحياة الخاصة على حساب الحياة الأسرية و التفسير الذي أصبحت تعطيه البلدان العربية لحرية الزواج و التي سبق أن تحدثت عنها حقوق الإنسان . كل ذلك أدى إلى بروز أنماط جديدة للأسرة [3] .

و الجدير بالذكر أن الفقرة الأولى من المادة **16** كانت محل تحفظ من طرف بعض الدول الإسلامية على اعتبار أن هذه الفقرة تمنح لكل من الرجل و المرأة حق التزوج و تأسيس أسرة بصرف النظر عن ديانة كل من الزوجين، في حين أن الإسلام لا يسمح بزواج المرأة المسلمة بغير رجل مسلم ،و قد بررت هذه الدول تحفظها من حرص الإسلام على صيانة الأسرة من الانحلال بسبب الاختلاف في الدين مؤكدة أن

---

[1]- اعتبر صدور الإعلان العالمي لحقوق الانسان حدث عام في تاريخ البشرية ، ودعت هيئة الأمم المتحدة في سنة 1950 باعتبار يوم 10 ديسمبر من كل سنة اليوم العالمي لحقوق الإنسان و ذلك ليؤكد على أهمية حقوق الإنسان.

[2]- تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " للرجل و المرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزوج و تكوين أسرة دون أي قيد بسبب العرف ، الجنس أو الدين وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج و خلال قيام الزواج ولدى انحلاله..."

[3]- fransoise dekenever defossez, L’égalité des sexes, Dalloz, paris 1998, p 20

الإسلام لم ينطلق في تحريمه من منظور الحد من حرية الزواج بسبب الدين ، و إنما حماية للمرأة بصفتها الطرف الأضعف داخل الأسرة و حتى لا تضطهد بسبب معتقدها [1].

الفرع الثاني : العهدين الدوليين لحقوق الإنسان سنة 1966.

بعدما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يعتبر بمثابة خطوة أولى نحو صياغة قانون دولي لحقوق الإنسان، اتجهت الأمم المتحدة إلى تحويل مبادئ الإعلان إلى مواد معاهدة تحدد بتفصيل و بصورة ملزمو قانون اللحقوق التي يجب على الدولة المصادقة عليه أن تتقيد بما هو وارد بخصوص حقوق الإنسان .

وافقت الجمعية العامة في **16** ديسمبر سنة **1966** على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و على العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و البروتوكوليين الاختياريين الملحقينبهما خصوصا ذلك المتعلق بالعهد الدولي للحقوق المدنية و الساسية.

أولا : العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية لعام 1966.

صدر هذا العهد في ديسمبر **1966** ودخل حيز التنفيذ في **30** يناير **1976** وتنص المادة الثانية منه على عدم التمييز بين البشر بحيث تلزم الدول بضمان ممارسة الحقوق المدونة فيه دون تمييز لأي سبب كان ، حيث تنص المادة الثالثة من نفس العهد على أن تتعهد الدول الأطراف في العهد الحالي بتأمين الحقوق المتساوية للرجال و النساء في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية المدونة في هذا العهد .

ثانيا: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لعام 1966.

صدر هذا العهد كذلك في عام **1966** و دخل حيز التنفيذ في **22** مارس **1976** ،ذلك أن واقع الحقوق السياسية للمرأة يرتبط إلى حد كبير بواقع حقوقها المدنية المنتهكة التي تحول دون قدرتها على تحقيق

[1]- صادقت الجزائر في المادة 10 من دستور 1963.

و جودها الاجتماعي و مشاركتها الفعالة ، هذا و قد جاء العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية ليؤكد على ضرورة احترام و تأمين الحقوق المقررة فيه لكافة الأفراد دون تمييز .

كما أكّد هذا العهد في المادة **23** منه على مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في إطار الأسرة والزواج من حيث الحقوق و الواجبات، كما أكّدت المادة **26** منه على أن المواطنين متساوون أما القانون ومن حقهم التمتع دون أي تمييز.

– المساواة بين الرجل و المرأة في مجال الأسرة في العهدين الدوليين لسنة 1966

فيما يخص حماية الأسرة و الأمومة و الطفولة فقد قرّر العهدان [1]نفس الحقوق التي نصت عليها المادتين **16** و **25** من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، وهي أن الدول الأطراف في الاتفاقية عليها منح الأسرة أوسع حماية و مساعدة ممكنة ، لأنها الوحدة الاجتماعية الطبيعية و الأساسية في المجتمع خاصة عند تأسيسها و قيامها بممارسة مسؤولية رعاية الأطفال .

كما قرّر العهدان أن يتم الزواج بالرضا الحرّ و الكامل للأطراف المقبلة عليه ، الأمر الذي يستشفّ منه أن هذه العبارة تختلف عن تلك التي وردت في المادة **16** من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي أعطت الحق في الزواج حتى عند اختلاف الدين .

إضافة لذلك فقد منح العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية الأمهات حماية خاصة قبل الولادة وبعدها ، كما نص على وجوب منح الأمّهات إجازة مدفوعة الأجر و منافع مناسبة .

---

[1]- تنص المادة 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافيةعلى ما يلي "تقرر الدول الاطراف في هذا العهد ما يلي "

1- وجوب منح الاسرة التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية و الاساسية في المجتمع أكبر قدر ممكن من الحماية و المساعدة و خصوصا لتكوين هذه الاسرة و طوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الاولاد الذين تعيلهم و يجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراها فيه ..."

وتنص المادة 23 من العهد الخاص بالحقوق المدنية و السياسية على ما يلي "1- الاسرة هي الوحدة الجماعية و الطبيعية و الاساسية في المجتمع و لها حق التمتع بحماية المجتمع و الدولة

2- يكون للرجل و المرأة ابتداءا من بلوغ سن الزواج حق معترف به في التزوج و تأسيس أسرة .

3- لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءا كاملا لا إكراه فيه

4- تتعهد الدول الاطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج و خلال الزواج و لدى انحلاله و في حالة الانحلال يتوجب اتخاد التدابير لكفالة الحماية الضرورية للاولاد في حالة وجودهم "

تجدر الإشارة إلى أن الجزائر صادقت على العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية في **16** ماي **1989** بموجب مرسوم رئاسي رقم **67/89** ووقعت على الاتفاقية في **1968/12/10**.

المطلب الثاني :مبدأ المساواة في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمرأة.

مع تصاعد الاهتمام العالمي بحقوق المرأة بدا واضحا أن النصوص العامة الواردة بشأن المرأة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و العهدين الدوليين لم تعد تكفي لمواجهة متطلبات حماية المرأة ، و أنه من الضروري بلورة حقوق المرأة بشكل أكثر وضوحا و تفصيلا من خلال إعداد اتفاقيات خاصة بالمرأة.

ومما لا شك فيه أن لجوء المجتمع الدولي إلى إصدار مواثيق دولية خاصة بالمرأة يزيد من الحماية الدولية لها مثل إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة [1]، واتفاقية الرضا بالزواج و الحد الأدنى لسن الزواج و تسجيل الزيجات [2]و الوصية المتعلقة بها .

هذا بالإضافة إلى اتفاقية أخرى هي الاتفاقية الخاصة بالتمييز في مجال الاستخدام و المهنة و التي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في **25** ماي **1958** و الاتفاقية الخاصة بجنسية بالمرأة المتزوجة و الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة، ثم أخيرا تتويج هذه الاتفاقيات باتفاقية جامعة شاملة لكل المبادئ الواردة في الاتفاقيات السابقة و التي تعتبر ذروة الجهود التي توصل إليها المجتمع الدولي في حماية حقوق المرأة حيث شملت الحقوق المدنية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية ، وهي المتمثلة باتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

[1]- أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بالاجماع في 07 نوفمبر 1967 و قد وصفه تقرير الأمم المتحدة أنه " ذروة الجهود التي قامت بها الأمم المتحدة و الأجهزة الأخرى ، بما فيها المنظمات الغير الحكومية لصياغة الحقوق المساوية للنساء ." أنظر في هذا الشأن عبد الغني محمود ، حقوق المرأة في القانون الدولي العام و الشريعة الإسلامية ، طبعة 1 ،1991 ، دار النهضة العربية ، مصر .ص.....

[2]- صدرت هذه الاتفاقية في 1964/11/17 و التي لم صادقت عليها الجزائر

و نظرا للقيمة الدولية لهذه الاتفاقية سنحاول دراستها بالتفصيل و التحليل الدقيق إلاّ أنّه قبل ذلك و نظرا لارتباط الجنسية ارتباطا وثيقا بالأسرة فيجب التطرق باقتضاب إلى الاتفاقية الخاصة بجنسية بالمرأة المتزوجة .

الفرع الأول : الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة.

تعتبر جنسية المرأة المتزوجة من الموضوعات الهامة التي حاول القانون الدولي أن يجد لها حلا نظرا لاختلاف النظم السائدة في القانون الداخلي ما بين وحدة الجنسية في الأسرة مع ترجيحها لجنسية الزوج ، باعتباره الرئيس الأوحد للأسرة ، و النظرية الحديثة القائلة بضمان استقلال الجنسية في الأسرة وتكريس مبدأ الإرادة الفردية في اختيار جنسية الزوج الآخر[1] .

و لأجل ذلك بذلت مجهودات دولية للاهتمام بالمسائل الخاصة بالجنسية بصفة عامة و بصفة خاصة جنسية المرأة المتزوجة ، لأن التشريعات الوطنية كانت تسمح بالتمييز ضد المرأة في مجال الجنسية ، بل كانت تحرم المرأة من جنسيتها إذا تزوجت من أجنبي ، مما دفع باللجنة الخاصة بمركز المرأة للدفاع عن حق مساواة المرأة مع الرجل في ممارسة حق الجنسية عند الزواج وعند الطلاق .

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة في **29** جانفي **1957** و كان الدافع الأساسي وراء إبرام هذه الاتفاقية هو التخلص من التأثير التلقائي على جنسية الزوجة بسبب الزواج أو انحلاله أو تغيير الزوج جنسيته خلال الحياة الزوجية و أن تشمل على حل مرض تنازع القوانين المتعلق بأثر الزواج على جنسية الزوجة مع رفض ونبذ النظرية القائلة بأن الأسرة وحدة واحدة يتم توجيهها من طرف الزوج دون الأخذ بعين الاعتبار رغبات الزوجة.

[1]- انظر؛ الموقع التالي على الانترنيت www.gamlarafa@yahoo.fr

هذه الاتفاقية إذن شدّدت على الالتزامات التالية بالنسبة لكل دولة طرف في هذه الاتفاقية : – نصت في المادة الأولى على مراعاة كل دولة عدم تأثير إبرام الزواج أو انحلاله بين وطني و أجنبي أو تغيير جنسية الزوج خلال الزواج على جنسية الزوجين بصورة آلية .

– نصت المادة الثانية على أن موافقة الدول الأطراف على اكتساب أحد مواطنيها جنسية دولة أخرى أو التنازل على جنسيته لا يؤثر على احتفاظ الزوجة بجنسيتها نتيجة للزواج[1].

ما يمكن استخلاصه من خلال نصوص هذه الاتفاقية هو أن هذه الأخيرة تكرّس ما جاء في المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أنه " **لكل فرد حق التمتع بجنسية ما**" و أنه لا يجوز تعسّفا حرمان أي شخص من جنسيته و إدخال " **مبدأ استقلال الجنسية في الأسرة** "

و بهذا أصبحت قوانين الجنسية المعاصرة تأخذ و تأكد بمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة فيما يخص اكتساب الجنسية ، بحيث تخلّت أغلب القوانين عن مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة .

الفرع الثاني : المساواة في الاتفاقية الخاصة بمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة1979.

إذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد مكّن الإنسانية من التحسّن على مستوى الأفكار و المبادئ حيث أنه لأول مرّة على المستوى العالمي على حقوق الإنسان المقدّسة و غير القابلة للتصرف .

و إذا كان العهدان الدوليان قد غيّرا النظام القائم بضبطها للحقوق المدنية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية للإنسان ، فإن الممارسات التمييزية اتجاه النساء لم يقع مواجهتها وردعها باعتبارها انتهاكا لمبادئ المساواة في الحقوق ، و إن كانت الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أصدرت في هذا الشأن اتفاقيات خاصة بالمرأة من قبيل الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة و الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة . ...

[1]- انظر؛ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، جنسية المرأة المتزوجة و آثارها في محيط الاسرة ، طبعة 91 ، مكتبة النصر ، مصر ،ص11 و 13

لذلك تحتّم في عشرية الأمم المتحدة الخاصة بالمرأة إصدار نص خصوصي لما تتميز به النساء من معاناة خصوصية واضطهاد مضاعف ، ونص ذو بعد شمولي يجمع في وثيقة واحدة كل حقوق النساء في كل المجالات السياسية و الاقتصادية و الثقافية و الأسرية.

و نظرا لأهمية هذه الاتفاقية فسنتعرّض لها بالدراسة و التحليل الدّقيق و هذا بتعريفها و تحليل مضمونها .

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في شهر ديسمبر سنة **1967** إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة. و في عام **1972** بدأت لجنة مركز المرأة في الأمم المتحدة استطلاع رأي الدول الأعضاء حول شكل و مضمون حقوق الإنسان للمرأة ، وفي العام التالي أي سنة **1973** بدأ الفريق الذي عينه المجلس الاقتصادي و الاجتماعي في الإعداد لهذه الاتفاقية ، وعام **1974** بدأت اللجنة المعنية بمركز المرأة بصياغة اتفاقية بشأن القضاء على التمييز ضد المرأة ، وظلّت تعم لسنوات إلى أن أنهت إعداد الاتفاقية التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام **1979** و دخلت حيّز التنفيذ في عام **1981** .

و تعتبر اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضدّ المرأة ثمرة ثلاثين عاما من الجهود و الأعمال التي قام بها مركز المرأة في الأمم المتحدة لتحسين أوضاع المرأة و لنشر حقوقها .

و تأتي أهمية الاتفاقية من كونها وضعت قضايا المرأة ضمن أهداف الأمم المتحدة و في قائمة أولوياتها فأصبحت جزءا من القانون الدولي لحقوق الإنسان ومن كونها أكدت على العنصر الإنساني في حقوق المرأة و تناولت بصفة خاصة التمييز و عالجته بعمق و بشمولية بهدف إحداث تغيير حقيقي في أوضاع المرأة ،ووضعت الحلول و الإجراءات الواجب اتخاذها من قبل الدول الأطراف للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الميادين ، وهو ما لم تنص عليه الاتفاقيات التي سبقتها و التي كانت كل واحدة منها تعالج جانبا محدّدا من قضايا المرأة.

1-نـصـوص ا لاتـفـا قـيـة .

تتألف اتفاقية **CEDAW** من ديباجة و ثلاثين مادة تنبثق من الإيمان بأن القانون الدولي و الوطني هو أداة فعّالة لتحقيق العدالة الاجتماعية و الاقتصادية ، كما أن المساواة بين الجنسين تتصل إلى حدّ كبير بالمساواة أمام القانون و تعتبر المواد من **1** إلى **16** قواعد أساسية للاتفاقية لأنها وضعت منهاجا كاملا لكيفية القضاء على التمييز ضدّ المرأة على كافة الأصعدة ، بحيث يمكن اعتبارها جوهر الاتفاقية حيث تضع الشروط و التدابير الواجب الالتزام بها من قبل الدول الأطراف بغرض تطبيق المساواة بين النساء و الرجال.

أ–تعريف التمييز في اتفاقية

جاءت المادة الأولى من الاتفاقية لتعطي تعريفا شاملا للتمييز ينطبق على نصوص الاتفاقية جميعا، حيث يشمل التمييز ضدّ امرأة كل تفرقة أو اختلاف في المعاملة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ، ويكون من آثاره و أغراضه النيل من من الاعتراف بالمرأة ، وذلك على قدم المساواة مع الرجل في التمتع بالحقوق الإنسانية ، أو التأثير على تمتعها بالحقوق السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية و المدنية و أية حقوق أخرى ، أو يكون من شأنه أن يمنع النساء من ممارسة الحقوق والحريات الأساسية بغضّ النظر عن الحالة الزوجية .

تعتبر هذه المادة حجر الأساس لكل القضايا المتعلّقة بالتمييز القانوني أو الواقعي الذي يمكن القياس عليه للقضاء على كافة أشكال التمييز و لو كانت هناك تحفظات من قبل الدولة الموقعة على الاتفاقية على مواد أخرى ، فإن هذه المادة تكفي للعمل في سبيل تحقيق المساواة باعتبارها تمثل جوهر الاتفاقية و أساسها القانوني و تلزم الاتفاقية الدول باتخاذ خطوات ملموسة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة. كما أن الاتفاقية من خلال المادة الثانية تلزم الدول الأطراف ليس فقط بإدانة جميع أشكال التمييز ضد المرأة بل اتخاذ الإجراءات المختلفة للقضاء عليه و هذا من خلال القيام بما يلي :

- تجسيد مبدأ المساواة في الدساتير الوطنية و التشريعات كافة.
- اتخاذ التدابير التشريعية و غير التشريعية لحظر كل تمييز ضدّ المرأة .

كما حثّت الاتفاقية الدول الأطراف من خلال المادة الخامسة على اتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على الأدوار النمطية للجنسين و تعديل الأنماط الاجتماعية و الثقافية لسلوك الرجل و المرأة التي تكرّس دونية أحد الجنسين أو تفوّقه و أن تكفل تضمن التربية الأسرية تفهما صحيحا للأمومة، والاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من النساء و الرجال في تنشئة الأطفال و العناية بالشؤون الأسرية.

ب- المساواة بين الرجل و المرأة في إطار العلاقات الأسرية

إن قوانين الأسرة و ما يسمى بالأحوال الشخصية نقطة محورية في قضية المرأة ، فهي إما تعتبر المرأة إنسانا كامل الأهلية مستقلا و قادرا على تحمل مسؤوليات اتجاه نفسه و اتجاه مجتمعه بشكل متساو مع الرجل أو تلحق حقوق المرأة المدنية بوصاية الرجل ، وبالتالي تهميش دورها في المجتمع و هذا ما هو السائد عند النظر للوضعية المرأة في كثير من بلدان العالم .

و المفهوم العميق الذي حدّدته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في تناولها لهذه القضية يتجلى في رسمها الإطار القانوني الذي تستند إليه كل علاقة إنسانية بين الرجل و المرأة من خلال تقسيم المسؤوليات بينهما في الزواج و الطلاق ، و لأجل تحقيق هذا الغرض وسّعت الاتفاقية من مفهوم حقوق المرأة الإنسان ، حيث اعترفت بما للثقافات الشعبية و العادات و التقاليد من تأثير سلبي يحول دون تمتع المرأة تمتعا كاملا بحقوقها الأساسية [1]، ولذلك جعلت على عاتق الدول الأطراف كفالة تضمين التربية الأسرية فهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية و الاعتراف بأن تربية الأطفال وتنشئتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين على أن يكون واضحا أن مصلحة الأطفال فوق أي اعتبار [2].

و ألزمت الاتفاقية الدول الأطراف باتخاذ كل التدابير بما في ذلك التشريعية لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة و استغلالها للدعارة .

---

[1]- تنص المادة 05 الفقرة على ما يلي " تتخذ الدول الاطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق مايلي :
أ- تغيير الانماط الاجتماعية و الثقافية لسلوك الرجل و المرأة بهدف تحقيق القضاء على التحيزات و العادات العرفية و كل الممارسات الاخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر أو على أدوار نمطية للرجل و المراة "

[2]- تنص المادة 05 الفقرة –ب- على ما يلي " كفالة تضمين التربية العائلية فهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة إجتماعية ، بكون تنشئة الاطفال و تربيتهم مسؤولية مشتركة بين الابوين على أن يكون مفهوما أن مصلحة الاطفال هي الاعتبار الاساسي في جميع الحالات "

كما أوجبت على الدول الأطراف أن تعطي للمرأة نفس الحقوق التي يتمتع بها الرجل فيما يتعلّق باكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ بها ، و أن تضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج ، وأن تفرض عليها جنسية الزوج ، كما ألزمت الدول الأطراف بمنح المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلّق بجنسية أطفالها[1]، بذلك فقد عالجت هذا الفراغ الذي تركته الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة فيما يخص حق المرأة في نقل جنسيتها لأطفالها و حاولت التخفيف من المعاناة التي كانت تعانيها المرأة و أطفالها في حالة الزواج من أجنبي .

و هذا كله ينم عن محاولة توفير حماية قانونية كافية للمرأة داخل الأسرة ، ومن أجل تعزيز هذه الحماية حظرت الاتفاقية[2] التمييز ضد المرأة بسب الزواج أو الأمومة ضمانا لحقها الطبيعي في العمل ، و لهذا أوجبت على الدول الأطراف اتخاذ التدابير المناسبة لحظر فصل المرأة العاملة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة أو بسبب الزواج مع فرض جزاءات على المخالفين .

كما طالبت بإدخال إجازة الأمومة المدفوعة الأجر أو المشفوعة بمزايا اجتماعية مماثلة للأجرة ، ونصت على تشجيع توفير الخدمات الاجتماعية السانحة لتمكين الوالدين من الجمع بين القيام بالتزاماتهما الأسرية و بين مسؤوليات العمل و المشاركة في الحياة العامة ، لا سيما عن طريق تشجيع إنشاء و تنمية دور حضانة الأطفال.

و الجدير بالذكر أنه في جميع الدول المتقدمة يستمر دفع الأجر كاملا أو جزئيا خلال فترة إجازة الوضع ، وقد أكّدت لجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة على أن الإجازة من أجل العناية بالطفل يجب أن تمنح بالتساوي [3].

سيرا مع هذا الاتجاه فإن بعض الدول الأوروبية تسمح للأب بالحصول على الإجازة في وقت وضع زوجته قد تصل إلى **12** يوما في فلندا و **14** يوم، في النرويج والدنمارك و السويد ، كما تسمح هذه

[1]- المادة 09 الفقرة الأولى تحفظت عليها الجزائر في مصادقتها سنة 1995 و سحبت هذا التحفظ بعد تعديل قانون الجنسية في 2005 بموجب المرسوم الصادر في 2008/12/30

[2]- انظر؛ المادة 11 الفقرة 02

[3]- تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها الحادية عشر في سنة 1992

الدول للآباء أن يستخدموا جزءا من الإجازة لرعاية الطفل إذا رغبت الأم في العودة للعمل [1]. الأمر الذي يستشف منه إن هذه الدول قد ذهبت بعيدا في مجال تكريس حماية فعلية للأسرة كلها بما في ذلك المرأة و الرجل و الطفل .

ومن أجل القضاء على التمييز ضد المرأة في مجال الرعاية الصحية ألزمت الاتفاقية الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على هذا التمييز، بحيث تضمن لها على قدم المساواة مع الرجل الحصول على كافة خدمات الرعاية الصحية ، بما في ذلك الخدمات المناسبة فيما يتعلّق بتنظيم الأسرة والخدمات المناسبة فيما يتعلق بالحمل و الولادة و فترة ما بعد الولادة و أن توفر لها الخدمات المجانية عند الاقتضاء ، وكذلك التغذية الكافية أثناء الحمل و الرضاعة[2].

أما المادة **16** فقد ضمنت حقوقا متساوية للرجل و المرأة عند الزواج و أثناء قيامه و عند انحلاله وهذا ما سنتعرّض له في الفصل الثاني من خلال مقارنة ما جاء في قانون الأسرة الجزائري بما تم النص عليه في المادة **16** من اتفاقية **CDEAW**

د– تحفظات الدول العربيةو الاسلامية على اتفاقية كوبنهاجن

إن منح الدول الحق في إبداء التحفظات يعدّ وسيلة للتخلص من الصعوبات التي تعيق التعاون الدولي ، فالسّماح بالتحفظ الذي لا يتعارض مع موضوع المعاهدة و غرضها يساعد على عالمية المعاهدات خصوصا تلك التي تضع أحكاما تهم المجتمع الدولي ، و إن إشراك الدول التي لا يمكنها قبول نصوص معينة في الاتفاقية و لو بطريقة محدودة أفضل من استبعادها كلية من الاشتراك في الاتفاقية ، هذا بالإضافة

[1]-انظر على موقع الانترنيت www.ara.ammesty.org

[2]-المادة 12من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة على ما يلي " تتخذ الدول الاطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل ان تضمن لها على أساس المساواة بين الرجل و المرأة الحصول على الخدمات الرعاية الصحية بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتنظيم الاسرة ..."

إلى أن الحق في إبداء التحفظ يعدّ تعبيرا عن سيادة الدولة و حرّيتها فلها الحق في عدم الالتزام بالاتفاقية أو الالتزام بها تحت شروط معينة شريطة أن لا يتنافى في ذلك مع هدف و غرض الاتفاقية .

فما هي التحفظات التي أبدتها الدول العربية و ما مدى شرعيتها ؟

يقصد بالتحفظ " إعلان من جانب ، أيا كانت صفته أو تسميته ، تصدره الدولة لدى قيامها بالتوقيع على معاهدة أو التصديق عليها ، مستهدفة استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة لدى تطبيقها على تلك الدولة" [1].

منذ دخول الاتفاقية المناهضة لكافة أشكال التمييز ضد المرأة حيز التنفيذ انضمت إليها ستة عشر دولة عربية ، أغلبها أرفقت مصادقتها بالتحفظات على المواد الجوهرية في هذه الاتفاقية [2]، وما يثير الانتباه هو أن عدد هذه التحفظات تجاوز ما أبدي من تحفظات على الاتفاقيات الأخرى لحقوق الإنسان [3]

فقد وقع التحفظ على المادة الثانية التي تتعلق بحظر التمييز في الدساتير و التشريعات الوطنية والتي تلزم الدول ليس فقط بسحب جميع أشكال التمييز ضد المرأة بل باتخاذ التدابير المناسبة للقضاء على هذا التمييز [4].

و تعتبر هذه المادة القلب النابض للاتفاقية كما تشكل محورها الرئيسي ، وهو القضاء على جميع أشكال التمييز و مظاهره المختلفة و عليه فإن أي تحفظ على هذه المادّة يفرغ الاتفاقية من محتواها .

و قد اعتبرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التحفظ على هذه لمادة من قبل الدول العربية و الاسلامية بأنه ينزع إمكانية تطوير مبادئ القانون في الدول الإسلامية[1] .

---

[1]- المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969

[2]- دولتان فقط صادقتا على الاتفاقية كاملة بدون تحفظات و هي جزر القمر ، وجيبوتي ، ولم تصادق عليها عمان ، قطر ، الإمارات العربية المتحدة

[3]- انظر؛ موقع الانترنت www.meuberes.lycos.fr

[4]- الجزائر سحبت تحفظها على المادة 02 و المادة 09 من الاتفاقية بموجب مرسوم صدر في 2008/12/30 بعد تعديل الدستور والذي نص على إعطاء الحق للمرأة في المشاركة السياسية

إضافة إلى ذلك نجد عددا من الدول قد تحفظت على الفقرة الرابعة من المادة 15 منها الجزائر ، المغرب و تونس و الأردن رغم أن هذه المادة تتعلّق بالمساواة بين لرجل و المرأة أمام القانون ، الأهلية القانونية ، إبرام العقود ، إدارة الممتلكات و حق اختيار مكان السكن و الإقامة .

و أهم تحفظ وارد على هذه الاتفاقية هو التحفظ على المادة **16** نظرا لأهمية المواضيع التي تتطرّق إليها من جهة [2] ، و بالنظر للتدابير التي يجب اتخاذها من للقضاء على التمييز ضد المرأة من جهة أخرى.

و الجدير بالذكر أن المادّة 16 هي القاسم المشترك في تحفظات معظم الدول العربية و إن كانت قد تباينت بشكل كبير، بحيث تحفظ البعض على هذه المادّة كلّها مثل الجزائر و المغرب و مصر و العراق و البعض الآخر تحفظ على بعض بنودها فقط مثل تونس و ليبيا و الأردن و الكويت .

وبسبب كون هذه المادّة تمثل القاسم المشترك في تحفظات معظم الدول العربية هو أنها تهتم بالعلاقات بين الجنسين في المجال الأسري، و كما هو معروف فإن هذا المجال يمثل أكثر المجالات مقاومة للتغيير في الدول الإسلامية .

إن التحفظات في حد ذاتها تشكل إقرارا من هذه الدول بوجود التمييز و اللامساواة بين الجنسين في قوانينها الداخلية ، كما تشكل إقرارا بعدم احترام و تطبيق ما سبق لها أن وافقت و صادقت عليه من المواثيق الدولية .

هذا بالإضافة إلى أن اتفاقية منع التمييز ضد المرأة لا تجيز إبداء التحفظات المنافية لموضوعها و غرضها وهذا طبقا للفقرة 02 من المادة 28 من الاتفاقية[3].

---

[1]- انظر تقرير صادر عن منظمة العفو الدولية في 2004/11/03 على موقع الانترنت .www.ora.annesty.org

[2]- باستثناء اليمن فإنها لم تتحفظ على هذه المادة أنظر موقع الانترنتwww.annesty .arabic.org
و المغرب كذلك سحب التحفظ على المادة 16 مؤخرا

[3]- تنص المادة 28 الفقرة 02 على ما يلي " لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية و غرضها ..."

و إن كان موضوع و غرض الاتفاقية كما سبق و أن ذكرنا هو القضاء على التمييز ضد المرأة بجميع أشكاله و مظاهره بين الجنسين ، فإن التحفظ على موادها الأساسية و المحورية يعتبر هنا نفيا لموضوعها ، و بالتالي فهو تحفظ غير جائز .

كما أن تبرير بعض التحفظات من طرف الدول العربية على أساس مخالفتها لما ينص عليه القانون الداخلي كقانون الأسرة ، قانون الجنسية و قانون الانتخابات تبرير غير مقبول طبقا لمقتضيات المادة **27** من اتفاقية فيينا [1] التي لا تجيز لطرف في من المعاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ أحكام الاتفاقية .

و نظرا لكون هذه الاتفاقية متعددة الأطراف ينبغي على كل دولة تريد أن تبدي تحفظات أن تأخذ في حسبانها رد فعل الدول الأخرى الأطراف إزاء التحفظ .

وقد كان هناك عدد من ردود الأفعال إزاء التحفظات التي أبدتها الدول العربية [2] من ذلك مثلا اعتراض كل من السويد و فلندا و إيرلندا على تحفظ موريتانيا على الاتفاقية [3]، حيث اعتبرت هذه الدول أن هذا التحفظ عام ولم يحدد أي بنود المعاهدة لا تود موريتانيا في الانضمام إلى هذه المعاهدة ، كما اعتبرت كل من النمسا و البرتغال و ألمانيا و النرويج أن هذا التحفظ يتنافى مع هدف المعاهدة الذي هو إرساء المساواة بين الرجل و المرأة [4].

ولذلك فقد أكد إعلان و برنامج بكين لسنة **1995** على أنه من الضروري تجنب اللجوء إلى التحفظات إلى أقصى مدى ممكن من أجل حماية الحقوق الإنسانية للمرأة ، وفي حالة اللجوء إلى التحفظات فإنه ينبغي على الدول صياغتها على نحو دقيق و ضيق قدر الإمكان وضمان ألا تكون هذه

---

[1]-

[2]-انظر موقع الانترنت hupuntreaty.un.org

[3]-أعربت موريتانيا عند انضمامها لهذه الاتفاقية عن تحفظها بما يلي " إنها تنظم لهذه المعاهدة شريطة عدم التزامها بمقتضيات هذه المعاهدة و التي قد تكون مناقضة للشريعة الإسلامية وقوانين الجمهورية الموريتانية "

[4]- عبد الرحمان بدوي ،المرأة المغربية بين الكونية و الخصوصية ، رسالة ماجستير ، جامعة الدار البيضاء ،ص 57

التحفظات غير ملائمة مع موضوع الاتفاقية و غرضها . وهذا ما أعربت عنه لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها الثالثة عشر لسنة **1993** بعد دراستها كتقارير مقدمة من الدول الأطراف [1].

أما السؤال الذي يفرض نفسه هو هل فكرة التحفظات تتعلق بالفعل بمخالفة مقتضيات المواد المتحفظ عليها للشريعة الإسلامية ، كما جاء في معظم تبريرات هذه الدول؟

– ما مدى شرعية تبريرات الدول العربية؟

إن تحفظ الدول العربية على معاهدة إزالة جميع أنواع التمييز يظهر رغبة هذه الدول في التوفيق بين المرجعية الإسلامية و المرجعية الدولية لحقوق الإنسان في منظومتها القانونية، و هي المحاولة التي بدت صعبة التحقيق ،كما بينت ذلك اعتراضات الدول على هذا التحفظ و تذهب تبريرات هذه الدول بالرغم من اختلاف المواد و البنود المتحفظ عليها إلى أنها تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية أو مع قانون الأسرة .

نظرا للاختلافات الموجودات بين الفقهاء و المجتهدين و تضارب الآراء ، وبما أن قوانين الأسرة في الدول الاسلامية مأخوذة من هذه الاجتهادات الفقهية، فإن كل دولة إسلامية تعاملت مع مضامين بما يبيحه ولا يبيحه المذهب المعتمد لديها أو قانون الأسرة .

هذا ومن بين الأسباب الرئيسية التي جعلت دولا عربية لا تبدي تحفظا على مادة أو على بعض بنودها بينما دول أخرى تحفظّت على مادة برمتها أو على بعض بنودها ، بل نجد بعض الدول كاليمن مثلا لم تدخل أي تحفظات جوهرية على الاتفاقية [2] و بناءا على هذا التحفظ على المواد أو بنود الاتفاقية ، يعني أن مضامينها مخالفة لما توصل إليه المذهب المعتمد لدى كل دولة عربية و إسلامية .

و لا يعني أن مضامينها مخالفة لديننا الحنيف ، و القول بأن جميع المواد المتحفظ عليها من الاتفاقية مخالفة للشريعة الإسلامية إنما هو قول أريد به أولا إعطاء تبريرات الدول العربية الإسلامية غطاءا قدسيا ، و

[1] انظر تقرير صادر عن منظمة العفو الدولية في 03 نوفمبر 2004 رقم الوثيقة iqr51/009/2004

[2] - انظر تقرير صادر عن منظمة العفو الدولية في 03 نوفبر 2004 رقم الوثيقة tqr51/009/2004على موقع الانترنت www.ara.annesty.org

الأصح أنها لا تنسجم مع مضامين قوانين الأسرة و قوانين الجنسية و قانون الانتخابات ، و خير دليل على ذلك التعديلات المهمة التي عرفها قانون الأسرة الجزائري و كذلك المدونة المغربية و مجلة الاحوال الشخصية التونسية قبل ذلك .

تجدر الإشارة إلى أن الجزائر سحبت تحفظها من المادة **02** و **09** من الاتفاقية في حين أن المغرب سحبت مؤخرا تحفظاته على جميع مواد الاتفاقية [1].

وهنا كذلك قول و نسب سيئ للإسلام لأنه إذا كان مصطلح الإسلامية الذي برّرت به الأغلبية الدول العربية و الإسلامية تحفظها يقصد به النصوص الشرعية الأصلية المتمثلة في القرآن الكريم و السنة النبوية ... فهذا يعني أن اللامساواة بين المرأة و الرجل و دونية المرأة مكرّسة في هذه النصوص ، ومن تم يصبح الإسلام هو المسؤول عن هذه اللامساواة ، و مسؤولا عن الوضع القانوني الذي توجد فيه المرأة العربية و المسلمة في حين أن الإسلام هو السباق في إعطاء المرأة كامل حقوقها بل إن الحماية التي تصنفها الشريعة الإسلامية على المرأة أقوى و أشمل من تلك التي قرّرتها الاتفاقية [2].

ثالثا : المؤتمرات الخاصة بالمرأة.

إن المرأة تمثل نصف الثروة البشرية العالمية لدى حظيت في العقود الأخيرة من الزمن باهتمام عالمي ، وتحقيقا لهذه الأهداف قامت الأمم المتحدة بعقد عدّة مؤتمرات خاصّة بالمرأة كان أولها مؤتمر **مكسيكو " عشرية الأمم المتحدة للمرأة : المساواة و التنمية و السلم "** سنة **1975** [3] .

و في سنة **1980** تم عقد المؤتمر الدولي الثاني الخاص بالمرأة و ذلك لاستعراض و تقييم التقدم المحرز في تنفيذ توصيات المؤتمر مكسيكو ، وسمي هذا المؤتمر بمؤتمر "**كوبنهاجن**" .

---

[1]- انظر موقع الانترنت www.ikhomonline.com

[2]- رشدي شحاتة أبو زيد ، اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الاسلامي ، دار الوفاء لدينا الطباعة و النشر ، الاسكندري ، طبعة 1، 2007

[3]- عقد هذا المؤتمر بمدينة مكسيكو بالمكسيك ، وقد اعتبرت هذه السنة سنة دولية لمرأة وتم تخصيص العشر سنوات التالية كعقد خاص للمرأة 1975ألى 1985 و قد شارك في هذا المؤتمر 133 دولة و اعتمدت فيه أول خطوة عالمية خاصة بالمرأة في كل المجالات الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية

وفي سنة **1985** عقد المؤتمر الدولي الثالث لاستعراض و تقييم المنجزات وهو**" عقد الأمم المتحدة للمرأة المساواة و التنمية و اسلم "** وعرف باستراتيجيات" **نيروبي**" المرتقبة للنهوض بالمرأة وذلك من سنة **1986** إل سنة **2000**، و في سنة **2005** عقدت الأمم المتحدة المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة و يعرف بالمؤتمر " **بكين** " و قد دعت فيه إلى مضاعفة الجهود و الإجراءات الرّامية إلى تحقيق أهداف استراتيجيات و منهاج عمل مؤتمر بكين ، و هو المساواة في النوع الانساني على اعتبار أن الفوارق الوحيدة بين الجنسين هي بيولوجية في حين أن الفوارق الاجتماعية ما هي إلا نتيجة عادات و نظرة نمطية تكرس دونية المرأة و تفوق الرجل .

إذن من خلال استقراء النصوص و الاتفاقيات الدولية التي تناولت مبدأ المساواة بين الجنسين فإن مفهوم المساواة في هذه النصوص هو التماثل و التطابق بدون أي اختلاف وظيفي.

إن مفهوم المساواة في القانون الدولي يعتبر مقاربة غربية مصدرها القانون الطبيعي و لقد سبقته في ذلك الشريعة الاسلامية و التي لها مقاربة مختلفة تماما .

إن مؤتمر بكين جاء شاملا لمختلف المبادئ التي أقرّتها باقي المؤتمرات . ولا شك أن أهم ما أسفر هذا المؤتمر هو تبنيه لمفهوم واسع للمساواة بين الرجل و المرأة .

المبحث الثاني : مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية.

إن المقاربة الإسلامية لمبدأ المساواة بين الجنسين تقوم على أسس تختلف عن أساس المبدأ في المواثيق الدولية (المطلب الأول) و من ثمة لها رؤية مختلفة للمساواة بين الزوجين و مفهوم الأسرة (المطلب الثاني) كما سنحاول القيام بدراسة مقارنة بين المساواة في المواثيق الدولية و الشريعة الإسلامية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : مضمون مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول : المساواة بين المرأة و الرجل في الشريعة الإسلامية.

تؤكد الشريعة الإسلامية على المساواة بين الرجل و المرأة في جميع التكاليف و الأعباء الدينية من العبادات و القواعد الأساسية للدين التي بني عليها الإسلام كالشهادة و إقامة الصلاة و إيتاء الزكاة و صيام رمضان و حج البيت لمن استطاع إليه سبيلا ، هذا بالإضافة إلى كافة مظاهر العبودية لله تعالى ، و الامتثال لأوامره فالأساس هو عدم المفاضلة بين أحد " **إن أكرمكم عند الله أتقاكم** "[1] .

كما وضعت الشريعة الإسلامية للمسلم و المسلمة نظام للخطاب الواحد هو خطاب الدين لم تفرق بينهما أو تمنح أحدهما حقا مغايرا للآخر[2]فقال تعالى " **إن المسلمين و المسلمات و المؤمنين و المؤمنات و الصادقين و الصادقات و الصابرين و الصابرات و الخاشعين و الخاشعات و المتصدقين و المتصدقات و الصابرين و الصابرات و الصائمين و الصائمات و الحافظين فروجهن و الحافظات و الذاكرين الله كثيرا و الذاكرات أعد الله لهم مغفرة و أجرا عظيما** "[3]

إن الشريعة الإسلامية تقوم على مبادئ أساسية حول الرجل و المرأة متمثلة فيما يلي :

1- وحدة النفس الإنسانية :

إن المتأمل في الآيات القرآنية الكريمة و أحاديث الرسول عليه الصلاة و السلام لموضوع خلق الإنسان و طبيعة التكوين الجسماني له ، يجد التركيز الدائم و الإقرار بوحدة الخلق الإلهي للإنسان في خلق الرجل و المرأة من مادة واحدة و تماثلها التام في الهيئة التكوينية ، هو ما تقرره الآيات الكريمة التالية :

و قال تعالى " **يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها و بث منها رجلا كثيرا و تساءا ، واتقوا الله الذي تساءلون به و الأرحام ، إن الله كان عليكم رقيبا**"[4]

---

[1]- سورة الحجرات الآية 13

[2]- خالد مصطفى فهمي ، حقوق المرأة بين الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية ، دار الجامعة الإسكندرية ، طبعة 1 ، ص 37

[3]- سورة الأحزاب ، الآية 35

[4]- سورة النساء الآية 06

وقال تعالى " **و الليل إذا غشى و النهار إذا تجلى و ما خلق الذكر و الأنثى إن سعيكم لشتى** "

لقد خلق الله الزوجين الذكر و الأنثى و جعل كلا منهما نصف الآخر في الحياة الإنسانية منذ بدأ الخليقة حتى المرجع و المآب إليه و لم يجعل أيا منهما مكانة أعلى دون الآخر ثم شرع لهما جملة العقائد و العبادات و الأخلاق و الأحكام يستوي في التكاليف بها و الجزاء عليها الرجل و المرأة ، قد يسبق الرجل و قد تسبق المرأة و لا دخل لصفات الذكورة و الأنوثة في تقديم و تأخير و لا في مثوبة أو عقاب فالنساء شقائق الرجال في كل شيء .

و كل ما صنع الدين أنه وزع الاختصاصات العملية توزيعا يوافق طبائع الذكورة و الأنوثة ، وهذه الفروق مع التطبيق العادل الدقيق لا يخدش المكانة الإنسانية لأي منهما فطرة الله التي فطر الناس عليها[1] .

2- تكريم الله للإنسان دون تمييز

اختص الله تبارك و تعالى الإنسان من بين جميع مخلوقاته بالتكريم الرباني ، فقال عز و جل **في** سورة الإسراء " **و لقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البر و البحر ورزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا** " ، وقال تبارك و تعالى " **و قلنا يا آدم اسكن أنت و زوجك الجنة و كلا منها رغدا حيث شئتما و لا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين**" [2] ، فهذه على إكرام بني آدم رجالا و تساءا كما أن الله تعالى أحسن صور بني آدم نساء و رجالا فقال تعالى " **لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم** " [3] و قال أيضا " **صوركم فأحسن صوركم** " [4] و وسخر له ما في الأرض جميعا وزوده بالعقل المفكر فقال تعالى " **ولقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البر و البحر ورزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا** "[5].

---

[1]- الدكتور محمد عمارة ، في التحرير الإسلامي للمرأة ، ط1 ، نهضة مصر للطباعة ، ص 75

[2]- سورة البقرة الآية 35

[3]- سورة السين ، الآية 05

[4]- سورة غافر ، الآية 64

[5]- سورة الإسراء ، الآية 70

لم تفرق الآيات الكريمة بين الرجل و المرأة في ماهية التكريم و لم تختص أو تميز الرجل بالتكريم دون المرأة فالجميع عباد الله و لكليهما بعث الرسل و الأنبياء ، لم تفرق أي رسالة من رسالات الأنبياء بين الذكر و الأنثى بل إن القرآن الكريم خص بالذكر الكثير من النساء العظيمات فعددت فيهن قصص قرآنية تحمل الكثير من العبر و العظات فذكر امرأة فرعون و أم موسى و مريم و البتول و غيرهن[1].

3- المساواة في الحقوق و الواجبات (التكاليف الشرعية)

إن نصوص القرآن و السنة تؤكدان على التكامل الفطري بين الرجل و المرأة من أجل القيام بوظيفتهما في الاستخلاف فقال تعالى " **و المومنون و المومنات بعضهن أولياء بعض يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و يقيمون الصلاة و يوتون الزكاة و يطيعون الله و رسوله أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم** "[2].

هذا التكامل الذي يستوجب في الوقت نفسه وجود بعض نقاط التغير و الاختلاف كما سيأتي تبعا من حيث أنهما يشتركان و يتكاملان في القيام بالمسؤوليات و الواجبات التي فرضها الله عليهما في هذه الدنيا [3].

من هنا يتضح أن الشريعة الإسلامية قد سبقت كل الاتفاقيات الدولية و المبادئ و المعاهدات في منح المنزلة الكريمة للمرأة و مساواتها بالرجل و جعل بينهما مودة ورحمة .

يتضح مما سبق كذلك أن الإسلام قد ساوى بين الرجل و المرأة في كافة التكاليف الدينية فجاءت آيات العبادات لتضع الرجل و المرأة على قدم المساواة دون تمييز التزاما و انصياعا لأمر الله [4].

---

[1]- د. وهبة الزحيلي ،" وحدة النفس الانسانية" ، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى ، العدد رقم3، سنة 2000 ،ص146.

[2]- سورة التوبة آية 71

[3]- محمد عبد الجواد محمد ، حماية الامومة و الطفولة في المواثيق الدولية و الشريعة الاسلامية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، طبعة 1991 ، ص91 .

[4]- خالد مصطفى فهمي ، المرجع لسابق ، ص39

و إذا كانت الشريعة الإسلامية قد ساوت في التكاليف الدينية فإنها قد أقرت للمرأة كافة الحقوق و الحريات التي منحت لرجل دون تمييز على ألا تتناقض مع الشريعة الإسلامية السمحاء فلها حق اختيار الزوج دون إكراه و أن تحصل على لمهر الخاص بها دون تفريط و منحها حقها في المواريث دون التزام بأن تقدم منه شيئا للزوج.

الفرع الثاني : العلاقات الأسرية في الإسلام

لقد حضيت الأسرة في الشريعة الإسلامية بعناية وافرة تتناسب ودورها في المجتمع ومن مظاهر تلك العناية ما يلي :

- بيان قدسية العلاقة الزوجية باعتبارها آية من آيات اله حيث قال الله تعالى " **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون** "[1]

- بيان قوامة الرجل الشورية لا الاستبدادية

- تعزيز التوازن بين الواجبات و الحقوق المشتركة و التأكيد على حقوق الأولاد فقال تعالى " ... **و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف** "[2]

و قال تعالى "**و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها و لا تضار والدة بولدها و لا مولود له له بولده** "

[1]- سورة النساء ، الآية 03
[2]- سورة البقرة ، الآية 228

– تنظيم أمر الطلاق و التأكيد على حقوق المطلقة عند حصوله و من النصوص الدالة على ذلك "**و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء و لا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله و اليوم الآخر و بعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا** "

ومن خلال هذه النصوص الشرعية يتبين مدى حرص الإسلام على حماية الأسرة و حفظ كيانها من أجل القيام برسالتها و تحقيق أهدافها .كما أن للمرأة الحق في طلب الخلع إذا رأت أنها لا تطيق الحياة مع الزوج و بهذا فإن القرآن الكريم ساوى بين الرجل و المرأة في قضايا كثيرة و ميز بينهما في قضايا أخرى قليلة ، إذا ما قارناها بقضايا المساواة بينهما فالشريعة الإسلامية تساوي بين الجنسين في الحقوق و الواجبات و المزايا و العقوبات و أشياء أخرى كثيرة لكن عظمتها تكمن في كونها لا تلغي الفروق الذهنية و النفسية و الجسمية و التركيبة بين الجنسين .

و المساواة المطلقة مفسدة للبشرية و في هذا قال ابن تيمية رحمه الله لا يساوي الإسلام بين الرجال و النساء في المسائل التي تسبب هذه المساواة إضرارا بأحدهما ، لأن المساواة في غير موضعها ضرب من الظلم الشديد [1]

المطلب الثاني : القوامة كأساس للعلاقة بين الزوجين

إن العلاقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية تقوم على أساس رئاسة الزوج للأسرة و هو ما يعرف شرعا بالقوامة ، هذه القوامة التي لها جانب تكليفي و جانب حقوقي..

الفرع الأول : التعريف بالقوامة.

أولا : تعريفها.

[1]- تفسير القرآن الكريم لابن كثير ،ص50.

إن القوامة لغة هي القيام على الأمر ، يقال قام بالأمر ، يقوم به قياما فهو قائم و القوام و القيام على الأمر حفظه و رعايته و جاء في القاموس قام الرجل على المرأة ، قام بشأنها و قام أهله : أي قام بشأنهم [1].

أما المعنى الاصطلاحي فلا يخرج عن معناها اللغوي ، فإن الفقهاء لم يضبطوا مصطلح القوامة بتعريف محدد إلا أن هناك من أعطى بعض المفاهيم مثل أن القوامة هي قيام الرجل على أمر المرأة بالإنفاق عليها و حمايتها و تقويم ما قد يطرأ من اعوجاج على سلوكها بالطريق الشرعي .

أما ابن عربي رحمه الله أعطى معنى القوامة ، "هو أمين عليها يتولى أمرها و يصلحها في حالها و عليها الطاعة ..."

و قال القرطبي " القوام فقال للمبالغة من القيام بالشيء و الاستبداد بالنظر فيه و حفظه بالاجتهاد فقيام الرجال على النساء هو على هذا الحد و هو أن يقوم و إمساكها في بيتها و منعها من البروز و أن عليها طاعته و قبول أمره ما لم تكن معصية ..."[2].

من خلال هذه التعاريف فإن القوامة تدور حول الحفظ و الصيانة و التدبير و التأديب في حدود الشرع .

ثانيا : أدلة مشروعية القوامة.

إن الأصل في مشروعية القوامة هي قول الله عز و جل " **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله و**

[1]- حسن صلاح الصغير عبد الله ، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية ،دراسة مقارنة، طبعة 2007، ، دار الجـــــامعة الجديدة ، الازارطية ، مصر ، ص05

[2]- الجامع لأحـكام القرطبي ،ج3 ،ص 1783 مأخوذ من كتـــــاب حقوق المرأة بين الاعتدال و التطرف ، حسين المحمدي ،بوادي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص286.

اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجروهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا "[1].

فالآية دلت بصريح العبارة على ثبوت القوامة للرجال على النساء متضمنة النفقة و الطاعة و الحق في التقويم عند تبادر النشوز من المرأة .

ومن الأدلة علة ذي مشروعية القوامة قوله تعالى في سورة البقرة **"و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة "**[2]

فالله تعالى أخبر بأمر النساء من الحقوق مثل الذي عليهن للرجال بالمعروف و أخبر سبحانه تعالى بأن للرجال عليهن درجة و هذه الدرجة هي القوامة الواردة في سورة النساء في قوله تعالى " **الرجال قوامون على النساء** "[3]، و الدرجة التي أشارت إليها الآية الكريمة ليست درجة تشريف و إنما درجة تكليف .

ثالثا : حكمة مشروعية القوامة.

إن الأسرة تجمع يجمع بين نوعي الإنسان الذكر و الأنثى و من مقتضى أمور الحياة أن كل تجمع لا بد من قائد أو رئيس من بين أفراده يتولى مهام الجماعة و يدير شؤونها و يتحدث باسمها و يشرف عليها و إلا شاعت الفوضى و قد راعى الشرع ذلك حتى في التجمعات العارضة في السفر و نحوه[4]فقال رسول اله عليه وسلم " **إذا خرج ثلاثة في سفر فليؤمروا عليهم أحد** "[5]

و بهذا فإن الأسرة كتجمع لا بد أنها محتاجة لقيادة و قد أناطها الشرع بالرجال و ليس هذا تحكما محضا أو رفعة من لشأن الرجال و حطا من قدر المرأة و إنما علله الشرع في قوله تعالى " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم "

---

[1]- سورة النساء آية 34
[2]- سورة البقرة آية227
[3]- سورة النساء 34
[4]- محمد بتاحي ،مكانة المرأة في القرآن و السنة ، ط1، دار السلام ،مصر ، ص95
[5]- روى ابو داوود في السنة عن أبي سعيد الخذري .

رابعا : **لماذا القوامة للرجال.**

علّل الله سبحانه و تعالى جعل القوامة للرجال بأمرين : يتمثل الأول فهو فطري في قوله " **بما فضل الله بعضهم على بعض** : أما الثاني فهو مكتسب و هو النفقة **في قوله تعالى** " **و بما أنفقوا من أموالهم** "

أما الأمر الأول و هو قضية التفضيل

فيكمن في أن المولى عز و جل ميز الرجال بصفات خلقية جليلة بعضها نفسي و بعضها جسدي، هذه الصفات تجعل الرجل مهيئا لأن يتولى القيادة أو بمعنى أدق ليكلف بهذه القيادة ، فالواقع و التجربة كلها تدل على أن جنس الرجال أقرب على تحكيم النظر العقلي في الأمور منه إلى لاستجابة العاطفية ، أما المرأة فهي أقرب إلى الاستجابة العاطفية و متطلباتها بما أفاضه اله عليها من العطف و الحنان اللازمين لاضطلاعها بالأمومة و الحضانة و من ثمة رعاية شؤون الأسرة .

أيضا فإن المرأة تعتريها حالات خاصة من الحمل و الحيض و الولادة و سن اليأس و هذه تسبب لها متاعب نفسية و صحية تخلع عليها نوعا من حالات الضعف لبدني و النفسي تكون فيها بعيدة شيئا ما عن النظر في الأمور بعين الهدوء و الموازنة ، وخصوصا أمور المعيشة و النفقة و العلاقات مع الآخرين .

و ليس هذا ما يشين المرأة أو يحط من شانها لأن الصبغة العاطفية و الحاسة الرقيقة المرهفة التي تغلب عليها لا غنى عنها في خصوص قيامها على رعاية الأولاد و تدبير شؤون الأسرة داخل البيت ، بل إن لهذا الطبع يمثل جانبا تفضل فيه المرأة على الرجل ، وتتقدم عليه فيه ، و سبحان الذي أحسن كل شيء خلقه و جعل لكل ما يناسبه[1] .

إن تهيئ الرجل بالفطرة الإلهية ليست قاصرة على التكوين النفسي و العقلي بل تتعدى ذلك إلى التكوين الجسدي و خصائصه ووظائف الأعضاء التي تميز بين الجنسين . وهذا التكوين الجسدي الذي

[1]- د. زينب عبد السلام أبو الفضل ، النساء المشكلة و الحل الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الازارلطة ، مصر ،ص133

يتمتع به الرجل كان ضروريا لأن يضطلع و يكلف بالنفقة و السعي و الكد في سبيل تحصيلها و القيام بأعباء الأسرة من هذه الناحية .

و خلاصة القول هو أن الله تعالى فضل الرجال على النساء في أصل الخلقة و أعطاهم من الحول والقوة ما لم يعطيه للنساء ،فكان لهذا التفاوت في التكاليف و الأحكام الشرعية وفي الحقوق والواجبات.

أما الأمر الثاني : و هو الأمر الكسبي فهو النفقة

إن النفقة واجبة على الرجل المتضمنة في قوله تعالى " و بما أنفقوا من أموالهم " فالله تعالى جعل الرجل هو المختص بوجوب المهر و نفقات الزوجة و الأولاد و الأسرة و لم يوجب شيئا من ذلك على الزوجة و هو كما سبق أمر مرتب على أنه وهب من الاستعداد النفسي و المدني بحكم الخلقة لأن يضطلع بهذا الالتزام [1].

ومن ثم كان من عدل الله المطلق في المرأة أنه جعل الرجل قواما عليها لأنه هيأ له من الصفات الطبيعية و النفسية ما لم يهيئه لها – و لو جعل القوامة لها لكان فيه من المشقة و الحرج ما فيه و هو ما نفاه الشرع عن الشريعة الغراء **"و ما جعل عليكم في الدين من حرج "**[2]

وكما سبق فإن قوامة الرجل فيها مصلحة للمرأة .إن جعل القوامة للرجال فيه رفعة لمكانة المرأة و تكريم لها ورفع الحرج عنها و تجنيبها مواطن التعب و الشقاء إذا ما جمعت بين متطلبات القوامة و بين دورها الفطري في الحمل و الوضع و الإرضاع و رعاية الأطفال خصوصا و أن القوامة في حقيقتها الشرعية هي تكليف و إلتزام [3].

رابعا : التكييف الفقهي للقوامة الزوجية.

[1]- محمد بلتاجي ، المرجع السابق ،ص 105
[2]- سورة الحج آية 78
[3]- د.حسن الصغير عبد الله ، المرجع السابق ،ص 13

لقد فهم الفقهاء حقيقة القوامة في ضوء الكتاب و السنة ، وهي حسبهم ليست حقا محضا و لا التزاما محضا بل تجمع في طياتها بين الحق و الالتزام .

فالله تعالى أخبر بأن القوامة للرجال و ذكر كسبب لثبوت القوامة النفقة و هي التزام يقع على عاتق الرجل بمقتضاه يسعى في تحصيل ما ينفق به على زوجته و ذكر مقابل هذا الالتزام التزاما على المرأة بالطاعة و عدم النشوز ، وجعل ن حق الرجل عند إخلالها بهذا الالتزام أن يتوسل إلى إصلاحها بالوسائل التي ذكرها في الآية الكريمة " **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم** " و هذا هو الالتزام بالنفقة ثم قال الله تعالى " **فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله** " وهذا هو التزام المرأة بالطاعة ثم قال الله تعالى " **و اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجروهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن اله كان عليا كبيرا** "[1]

إن الله تعالى أخبر في سورة البقرة بأن للمرأة من الحقوق ما عليها من الواجبات نحو زوجها قال الله تعالى " **ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة** "

و عليه لما كانت القوامة تعطى للرجل حق الطاعة في المعروف و حق التأديب عند وجود ما يقتضيه في سلوك المرأة فإنه في مقابل ذلك ملزم بالنفقة و ملزم بان يعاشرها بالمعروف .

والسنة النبوية الشريفة أكدت هذه الحقيقة فذكرت في مقابل ما في القوامة من حقوق ذكرت التزامات تقع على عاتق الرجل و هذا ما جاء في قول الرسول صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع "**ألا إن على نسائكم حقا و لنسائكم عليكم حقا .فحكم عليهن ألا يوطئن فراشكم من تكرهون و لا يؤذن في بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن و طعامهن** "[2].

[1]- سورة النساء آية 34
[2]- رواه مسلم في صحيحة

و بالتالي هناك حقوقا و التزامات في ظل القوامة الزوجية على نحو لا يجعلها مجرد رئاسة استبداد و تسلط و إنما هي درجة تكليف لا تشريف و قد أنيطت بالرجل بحكم تكوينه الجسدي و النفسي على نحو ما سبق بيانه و الغرض منها سلامة العلاقة بين الرجل و المرأة و الأطفال .

وقد جاء في تفسير المنار أن المراد بالقوامة هي الرئاسة التي يتصرف فيها المرؤوس بإرادته و اختياره و ليس معناها أن يكون المرؤوس مقهورا مسلوب الإرادة لا يعمل عملا إلا فيما يوجهه إليه رئيسه ، فإن كون الشخص قيما على آخر هو عبارة على إرشاده و الرقابة عليه في تنفيذ ما يرشده إليه أي ملاحظته في أعماله و تربيته و فيها حفظ المنزل و عدم مفارقته و لو كان ذلك لزيارة ذوي القربى إلا في الأوقات و الأحوال الذي يأذن فيها لرجل و يرضى..."[1].

إذن كما ذكرنا آنفا فإن القوامة لها جانب تكليفي و الذي يتمثل في الالتزام بالنفقة و الالتزام بالعشرة الطيبة و بالمعروف ، أما الجوانب الحقوقية فتتمثل في حق الطاعة بالمعروف و حق التأديب و التقويم عند الانحراف و النشوز و هذا ما سنفصله في الفرعين التاليين :

الفرع الثاني : الجوانب التكليفية و الجوانب الحقوقية في لقوامة الزوجية .

أولا :الجانب التكليفي في القوامة الزوجية.

1. النفقة :

إن إنفاق الزوج على الزوجة هو أحد ركيزتي القوامة الزوجية مصداقا لقوله تعالى " و بما أنفقوا من أموالهم " و من ثم فإن النفقة هي أهم ركائز الجانب التكليفي للقوامة الزوجية

أ : أدلة وجوب النفقة على الزوج

توجد أدلة شرعية من الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول على إلزام الزوج بالنفقة على زوجته

[1]- تفسير المنار ،ج5،ص68 ماخوذ من كتاب الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية ، دراسة مقارنة ، تأليف حسن صلاح الصغير عبد الله ، ص17

-الكتاب : قوله تعالى "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف اله نفسا إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا "[1]

و قوله تعالى " و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها "[2] فالمولود له هو الأب لأن الأولاد ينسبون إليه لا إلى الأم و قوله تعالى "رزقهن و كسوتهن " أي الأمهات و الرزق هنا هو الطعام الكافي ، الكسوة و اللباس ، وقوله " بالمعروف أي بالتعارف عليه في عرف الشرع من غير إفراط و لا تفريط .

-السنة

أما أدلة وجوب النفقة في السنة الشريفة ما جاء عن النبي صلى الله عليه و سلم في خطبة الوداع " فاتقوا الله في نساء فإنكم أخذتموهن بكلمة الله و استحللتم فروجهن بأمانة الله ، ولكم عليهم ألا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف "[3].

و مما استدل عليه العلماء على وجوب النفقة على الزوج ما جاء في حديث هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان لما شكت إلى النبي صلى اله عليه وسلم بخله و شحه فقال صلى الله عليه وسلم " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[4].

ووجه الدلالة هنا أن النفقة لو لم تكن واجبة لما أذن لها الرسول في الأخذ من مال زوجها من غير إذنه .

-المعقول

[1]- سورة النساء ،آية 34
[2]- سورة الطلاق آية السابقة
[3]- رواه مسلم في صحيحه
[4]- رواه الشيخان ، صحيح البخاري ،ج2 ،ص918 مأخوذ من كتاب أحكام الاسرة ،دار رمضان على السيد الشربناصي و الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،ص373

أما المعقول فهو أن الزوجة ما دامت فرغت نفسها للحياة الزوجية فعلى زوجها أن يقوم بنفقتها لأن من خصص نفسه لمنفعة غيره كانت نفقته واجبة على ذلك الغير [1].

ب: سبب وجوب النفقة

لقد أجمع الفقهاء على وجوب النفقة إلا أنهم اختلفوا في سبب هذا الوجوب ، فذهب جمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أن سبب وجوب النفقة هو تسليم المرأة نفسها للزوج و تمكينه من الاستمتاع بها و ذلك في الزواج الصحيح أي الزوجة التي يمكن الاستمتاع بها ووجه هذا الرأي هو أن النفقة حق للزوجة يقابله واجب و هو طاعة الزوج بالدخول في مسكن الزوجية و تمكينه من الاستمتاع بها .[2]و ذهب الحنفية إلى أن سبب وجوب النفقة هو حبس الزوجة نفسها لمصلحة زوجها و دخولها في طاعته و مبنى كلام الحنفية على أن مقتضى احتباس الزوجة هو عدم خروجها و منعها من الاكتساب فلو لم تجب النفقة لها لهلكت .

ج: شروط وجوب النفقة

تتمثل شروط النفقة في :

- صحة النكاح : أن تكون زوجته بعقد صحيح شرعا ، فإذا كان العقد فاسدا أو باطلا فلا نفقة لها .
- أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية

د: مشتملات النفقة

[1]- حسن صلاح الصغير عبد الله ، المرجع السابق ، ص22

[2]- د. الشرنباصي و د. جابر عبد الهادي الشافعي ، المرجع السابق، ص375 .

اتفق الفقهاء على أن نفقة الطعام و الكسوة واجبة على الزوج و يأتي اتفاقهم على هذه الأمور لكونها منصوص عليها .

أما الأمور المختلف عليها نفقة الزينة و نفقة العلاج و نفقة الخادم .

هـ: الإخلال بالالتزام بالنفقة و أثره على القوامة

قال الله تعالى " **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم** "[1]

هذه الآية من أدلة وجوب النفقة و هي من ركائز قوامة الرجال على النساء ومن ثم فإن إخلال الزوج بهذا الالتزام يمثل تهديما لركيزة من ركائز القوامة بل وسبب من أسباب فسخ العلاقة الزوجية من أصلها حينما أعطت الشريعة الإسلامية المرأة الحق في طلب التطليق عند إعسار الزوج بالنفقة أو امتناعه عن النفقة و هو موسر .

- إذا امتنع الزوج عن النفقة بسبب الإعسار فقد اتفق الفقهاء على أن الزوجة إذا رضيت بالمقام معه فلا تطليق و لا فسخ مادامت راضية بذلك بل لها الأجر و الثواب إذ هي صبرت على ما ألمّ به من إعسار و عسى الله أن يجعل من بعد عسره يسرا .

و لقد اختلف الفقهاء في هذا الأمر فيرى الأئمة الثلاثة المالكية و الشافعي و أحمد رحمه الله أنه يجوز للمرأة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق حتى و لو كانت موسرة ذات مال .

أما الحنفية و الظاهرية فرأيهم هو أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب لتطليق للإعسار و إنما لها أن تطلب من القاضي أن يأذن لها بالاستدانة عليه ممن يجب عليهم نفقتها إذا لم يكن لها زوج [2].

2. المعاشرة بالمعروف.

[1]- سورة النساء ، آية رقم 34.
[2]- حسين المحمدي بوادي ، المرجع السابق ، ص 227

من متطلبات القوامة الزوجية معاشرة الزوج لزوجته بالمعروف و هي و إن كانت من الواجبات و الحقوق المشتركة بين الزوجين إلا أن تناولها هنا يكون باعتبارها واجبا على الزوج تقتضيه قوامته على زوجته .

أ- *معنى المعاشرة بالمعروف*

المعاشرة في اللغة هي المخالطة و العشرة اسم من المعاشرة و التعاشر فهي معاملة بمعنى مخالطة العشيرين و العشير هو الزوج ويطلق على المرأة أيضا و سمي ما يكون بينهما من مخالطة في الحياة معاشرة[1].

إن المعاشرة بالمعروف تعني أمورا ثلاثة :

- أن يوفيها حقها في المهر و النفقة
- أن يعدل بينها و بين غيرها من نسائه في حالة التعدد
- عدم الإضرار بها بالقول أو الفعل

جاء في تفسير قوه تعالى " **وعاشروهن بالمعروف** "[2]، أي يجب عليكم أيها المؤمنون أن تحسنوا عشرة نسائكم بأن تكون مصاحبتكم و مخالطتكم لهن بالمعروف الذي تعرفه و تألفه طباعهن و لا يستنكر شرعا و لا عرفا و لا مروءة ، فالتضييق في النفقة و الإيذاء بالقول و الفعل و كثرة عبوس الوجه و تقطيبه عند اللقاء ، كل ذلك ينافي العشرة بالمعروف و الغرض أن يكون كل منهما مدعاة سرور الآخر و سبب هنائه في معيشته [3].

ب- *دليله و حكمته.*

[1]- القاموس المحيط ،ص397 ،دار الفكر ، بيروت ، مأخوذ من كتاب الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية لحسن صلاح الصغير عبد الله .
[2]- سورة النساء ،آية 19
[3]- تفسير المنار ،ج4، ص456 مأخوذ من المرجع السابق

المعاشرة بالمعروف واجب شرعي بدلالة قوله تعالى " **وعاشروهن بالمعروف** " فالله تعالى قد أمر بها ، كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بها ففي حديث عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " **أعمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا و خياركم خياركم لنسائكم** "[1]

أما حكمته فيعود بالاستقرار على الزوجين ، فالتفاهم بين الزوجين و الاحترام المتبادل يولد أسرة مستقرة نفسيا و صالحة في المجتمع .

- *مقتضيات المعاشرة بالمعروف*

إن المعاشرة بالمعروف واجب يتضمن أمورا ثلاثة :

-إيفاء الزوجة حقها من المهر و النفقة

- عدم الاضرار بالمرأة بالقول أو الفعل

- العدل بين الزوجات في حالة التعدد

1- *المهر*

أما المهر فلا نزاع في وجوبه على الزوج حيث قال الله تعالى " **و آتوا النساء صدقاتهن نحلة** "[2] وقال أيضا "**فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة** "[3] و قد ثبت أن النبي صلى الله عليه و سلم أعتق صفية و جعل عتقها صداقها[4].

و قد أجمع الفقهاء على مشروعية المهر و على وجوبه على الزوج في النكاح

[1]- رواه الترميدي

[2]- سورة النساء آية 04
[3]- سورة النساء آية 24
[4]- رواه أحمد و الترميدي

2- عدم الإضرار بالمرأة

إن من مقتضيات حسن العشرة و المعاشرة بالمعروف عدم الإضرار بالمرأة بأي صورة من الصور و الإضرار بالزوجة نوع من الضرر العام المنهي عنه بل هو أشد حرمة .

و هناك نصوص كثيرة في القرآن حرمت الإضرار بالزوجة ومن ذلك قوله تعالى " لا تضاروهن لتصيقوا عليهن" و هذا في المطلقة و هي في العدة فالتي في العصمة أولى بعدم الإضرار بها.

و الضرر المحضور هنا يشمل سائر الضرر سواء أكان بالقول أو الفعل و سواء كان ضررا ماديا أو معنويا .

ومن الضرر المعنوي العبوس في وجه الزوجة ورفع الصوت عليها و النظر إليها نظرة إزدراء و عدم الإصغاء إلى كلامها و عدم الاكتراث و الاهتمام بها .

ومن الضرر المادي و المعنوي أيضا إساءة الرجل و تعسفه في استعمال حقه في الطاعة و القرار في البيت فيمنع المرأة من الخروج لزيارة والديها أو زيارة أقاربها أو يمنعها من الخروج إلى العمل إذا تزوجها بشرط أن تعمل ما دام العمل لا يتنافى مع مراعاتها لشؤون بيتها أو منعها من الخروج إلى الحج إذا كانت مستطيعة و توفي المحرم . ومن صور الإضرار كذلك إيفائها حقها من الجماع [1].

أثر الإخلال بواجب العشرة بالمعروف

إن الإخلال بواجب العشرة بالمعروف هو الإضرار بالزوجة و عدم معاملتها بالحسنى و قد اختلف العلماء حول الجزاء فذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية إلى أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لسوء العشرة و ذهب المالكية إلى القول بجواز التفريق لسوء العشرة إذا طلبت الزوجة ذلك .

[1]- حسين محمدي بوادي ، المرجع السابق ، ص 260.

و قد استدل الفريق الأول بأمرين :

الأمر الأول : الحياة الزوجية لا تخلو من منغصات و لو فتح الباب للتفريق بسبب سوء العشرة لفرق بين كثير من الأزواج .

الأمر الثاني : أن التفريق في هذه الحالة لم يتعين طريقا لخلاص الزوجة مما حل بها من أذى فعلى القاضي أن يأمره بحسن العشرة و إلا أدبه بما يراه كفيلا بحمايتها منه .[1]

و قد استدل المالكية على رأيهم بان إساءة عشرة المرأة على نحو لا تتحمل معه البقاء مع زوجها ضرر و الضرر مرفوع بنص الشريعة في قول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر و لا ضرار "

ثانيا : الجوانب الحقوقية للقوامة الزوجية.

كما سبقت الإشارة فإن القوامة الزوجية ليست تكليفا محضا و إنما في مقابل ما كلف الشرع به الزوج من التزامات تعتبر حقوقا المرأة جعل على الزوجة التزامات هي حقوق للرجل مصداقا لقوله تعالى " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف " [2].

و تتمثل الجوانب الحقوقية للقوامة الزوجية و التي هي التزامات الزوجة اتجاه زوجها في :

أولا : حق الطاعة بالمعروف

ثانيا : حق الزوج في التأديب

إن مصدر هذه الحقوق هو قوله تعالى " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله و التي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا "[1].

[1]- حسن صلاح الصغير عبد الله ، المرجع السابق ، ص109
[2]- سورة البقرة آية 228

ففي هذه الحالة أثبت الله تعالى على المرأة واجبين : حق الطاعة و حق التأديب

أولا : حق الطاعة

دلت الآية الكريمة السابقة على أن الله سبحانه وتعالى جعل للرجل حق القوامة على المرأة و القيم على الغير لا يصلح أن يكون قيما إلا إذا كان له حق الطاعة على من هو قيم عليه ، فلما جعل الله حق القوامة للجل على المرأة فيكون بذلك قد أوجب عليها طاعة زوجها و يؤيد ذلك ما جاء في نهاية الآية من أن المرأة إذا كانت مطيعة لزوجها فليس له من سبيل عليها .

ومن الأحاديث الدالة على وجوب طاعة المرأة لزوجها ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : **سألت رسول الله صلى الله عليه و سلم : أي الناس أعظم حقا على المرأة ؟قال زوجها قلت فأي الناس أعظم حقا على الرجل؟ قال أمه .**[2]

و عن حصين ابن محض رضي الله عنه أن عمة له أتت النبي صلى الله عليه وسلم في حاجة فقال لها **" أذات زوج أنت ؟ قلت نعم فقال كيف أنت له ؟ فقالت ما آلاه إلا ما عجزت عنه ،قال "فانظري أين أنت منه ؟ فإنما هو جنتك ونارك"**[3]

و عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " **إذا صلت المرأة خمسا و صامت شهرها و حصنت فرجها و أطاعت زوجها دخلت من أي أبواب الجنة شاءت "**[4].

---

[1]- سورة النساء آية 34

[2]أ- خرجه الحاكم في المستدرك ، وقال صحيح الاسناد ،مستدرك الحاكم ،ج4 ،ص193

[3]- رواه أحمد في سنده ،ج4،ص 341

[4]- رواه الامام أحمد في سنده ج1، ص191

و هذا الحديث يدل على عظم حق الزوج على زوجته حيث قرن حق الزوج و طاعته بإقامة الفرائض الدينية .

فهذه الأحاديث تدل على وجوب طاعة الزوجة لزوجها و المتأمل في مقاصد التشريع يجد أن الشارع يهدف من وراء هذه الطاعة إلى تكوين أسرة قائمة على المودة و الحب لأن الزوجة إذا أطاعت زوجها علمت أولادها كيف يطيعونها و كيف يطيعون أباهم و إذا تعلم الأولاد منها ذلك كانت الأسرة مثالية فتستطيع أن تحقق أهدافها التي أرادها لها الله و التي شرع الزواج من أجلها .[1]

حدود الطاعة .

ليست طاعة الزوجة للزوج مطلقة بحيث يلزمها طاعته في كل أمر سواء تعلق الأمر بشؤون الزوجة أو بشؤون المرأة الخاصة فالطاعة واجبة على الزوجة إذا كانت الأمر متعلقا بشأن من شؤون الحياة الزوجية التي أمر الإسلام الزوجة فيها أن تطيع الزوج و أما عدا ذلك فالأمر عائد إليها في أن تطيع أم لا .

يمكن رسم حدود طاعة الزوجة لزوجها فيما يلي :

1- الاستقرار في بيت الزوجية و عدم الخروج منه دون إذن الزوج

2- ألا تسمح لأحد بدخول منزل الزوجية إلا بإذن الزوج إلا إذا كان محرما لها

3- أن تصون المرأة نفسها من كل ما يدنسها .

4- أن تسلم نفسها إلى زوجها و أن تبادر إلى فراشه متى أراد ذلك إذا لم يكن يمنعها من ذلك مانع شرعي .

5- المحافظة على مال الزوج كما تحافظ على مال نفسها و ألا تعطي منه أحدا إلا بإذنه إلا إذا كانت العادة جارية بإعطاء مثله ،

[1]- محمد إبراهيم الحفناوي ، الموسوعة الميسرة (الزواج ،ص285 ،مكتبة الايمان بالمنصورة د ت ط

أما إذا كان الأمر الذي يطلبه الزوج ليس متعلقا بشأن من شؤون الزواج و لا يوجبه عقده فلا يجب على المرأة طاعة الزوج كأن يكون الأمر الذي يطلبه الزوج متعلقا بأمر من أمور المرأة الخاصة كأمورها المالية لأنه ليس للزوج ولاية على مال الزوجة فلها أن تتصرف فيه كيف شاءت لا فرق بين أن يكون المال من مهرها أو من غيره [1] .

ثانيا :حق ولاية التأديب

إن من حقوق الزوج على زوجته حق التأديب و هذا من مقتضيات حق القوامة للرجل على المرأة و الأسرة و هي مسؤولية لا يمكن أن تنضبط إلا لمن كان له حق القوامة سلطة التأديب .

و المرأة فيما يجب عليها قد تكون غير ملتزمة بتأديته و قد تكون من النوع الذي لا ينفع معه التوجيه و النصح و الإرشاد ، ولذا جعل الإسلام للزوج صفة القيم على أمور الأسرة حق تأديب الزوجة ، ولكي لا يتجاوز الرجل في ذلك فقد وضع الإسلام طريق التأديب ووسائله حتى لا يظن الزوج أنه يمكنه أن يفعل ما بدا له ، فقد حدد الله سبحانه و تعالى الصنف الذي يجوز أن يؤدب فقسم النساء إلى قسمين ، قسم ملتزم جيد لا يحتاج إلى تأديب ، ثم ذكر تعالى الصنف الثاني من النساء و هو الذي يحتاج إلى تأديب فذكر المرأة التي لا تعطي الزوج حقه إذ لو تركت لها الحرية المطلقة لتعرضت الحياة الزوجية للخطر .و جاء هذا التقسيم للنساء في قوله تعالى :

فالصالحات حافظات للغيب بما حفظ الله و التي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجروهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا "[2]

فالآية هنا حددت المرأة التي تحتاج إلى تأديب و حددت أيضا طريقة التأديب فأول درجات التأديب هو الوعظ و النصح و الإرشاد من طرف الزوج وذلك بطريق الأمر و النهي برفق ، فإن لم يفد ذلك الوعظ انتقل التأديب إلى عقوبة الهجر في المضجع فلا ينام معها في الفراش الواحد و لا يباشروها لعلها ترجع ، فإن

[1]- محـــمد سمارة ، أحكام و آثار الزوجيـــة ، شرح مقـــارن لقانون الأحوال الشخصية ، ط1 ،2008 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ص262.
[2]- سورة النساء آية 34

لم يفد لا الحل الأول و ل الثاني يمكن عقابها بالضرب غير المبرح و لا يجوز له أن يتجاوز الحد في الضرب فإن وقع التجاوز فهو جان و لها التطليق و القصاص معا [1].

إلا أن التأديب بالضرب تعرض لكثير من الانتقادات خاصة من الفكر الغربي حيث قيل أنه علاج جاف و فض لا يتماشى مع ما وصلت إليه المرأة من الرقي و تحضر و الحقيقة أن الإسلام أباح الضرب و لم يأمر به و لم يجعله واجبا لا بد من فعله ،كما أنه موجه لنوع خاص من النساء التي قد يعرضن بتصرفاتهن الغير متزنة الأسرة و المجتمع لأخطار كبيرة .

إن إباحة ضرب المرأة المشاكسة بطبعها ضربا خفيفا أهون بكثير من الإخلال بنظام الأسرة و استقلالها .

إن من النفوس الإنسانية ما يعالج بالنظرة أو الكلمة و ينفع معه النصح و التوجيه و منها ما لا يجدي معه إلا العقاب .

إن الضرب المباح للزوجة هو الضرب الخفيف غير المبرح و إذا تعدى الرجل هذه الحدود أصبح متعديا جانيا يستحق العقوبة كما يمكن للزجة أن تطلب التطليق بسبب هذا التعدي .

كما أته تشريع إلهي جاء من عند خالق البشر الذي هو أعلم و أدرى بشؤون البشر و ما علينا سوى الامتثال .

إذن من خلال ما سبق من بيان الجوانب التكليفية و الجوانب الحقوقية للقوامة الزوجية فنجد أن القوامة الزوجية ليست تحكما محضا و لا سيطرة ظالمة و لا تكريسا لاستبداد الرجال كما يظن البعض . و إنما هي تكليف للجل قبل أن تكون تشريفا له و هي حقوق و التزامات متبادلة بين الزوجين لحماية الأسرة من الشقاق و الانحلال ومن ثم حماية المجتمع ، كما أن الجوانب الحقوقية للزوج مثل حق الطاعة هو حق ليس مطلقا و إنما هو معتد أن يكون بالمعروف و في المعروف لا طاعة للزوج في معصية .

[1]- محمد سمارة ، المرجع السابق ،ص 263.

كما يقتضي حق الطاعة دخول الزوجة في بيت الزوجية و قرارها فيه و عدم خروجها إلا بإذن الزوج و هذا ليس معناه انحباسها داخل جدران لمنزل بصفة أبدية بل لها أن تخرج لقضاء ما يلزمها من حاجات ، ولها أن تخرج للصلاة و طلب العلم و العمل إذا كانت ممن تعمل و رضي الزوج بذلك إذا كان من ضمن الشروط التي تضمنها عقد الزواج ، و بإمكانها أن تخرج لزيارة والديها و تخرج لأداء الحج المفروض مع محرم أو رفقة مأمونة إذا لم يخرج معها الزوج ، وفي كل هذه الأحوال يكون الخروج بإذن الزوج فإن تعسف فلها أن تخرج بدون إذنه . كما أن القوامة الزوجية للرجال حق شخصي و ليس مالي و بالتالي لا تؤثر على استقلال الذمة المالية للمرأة و حقها الكامل في أن تتصرف في مالها في نطاق ما هو مشروع[1].

إذن من خلال ما سبق نجد أن الشريعة الإسلامية جعلت حقوقا و التزامات بين الزوجين و المشكلة إذن ليست في الشريعة الإسلامية و إنما في الفهم الخاطئ لمقاصدها و التأول الغير الصحيح لنصوصها .

الفرع الثالث : فك الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية

من الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية إباحة الطلاق و اعتباره أبغض الحلال عند الله فالإسلام قد أحاط عقد الزواج بكل الشروط و الضمانات التي هي من شأنها أن تجعله عقدا يربط على سبيل التأبيد بين رجل و امرأة .

غير أن الإسلام و هو يحتم أم يكون عقد الزواج مؤبدا يعلم أنه قد يحدث بين الزوجين من الأسباب و الدواعي ما يجعل الطلاق ضرورة لازمة ووسيلة لتحقيق الاستقرار العائلي و الاجتماعي لكل منهما .

من الأحكام الثابتة المتعلقة بالطلاق أن الطلاق بيد الرجل لا بيد المرأة لأن فك الرابطة الزوجية أمر خطير و يترتب عليه آثار بعيدة المدى في حياة الأسرة و الفرد و المجتمع .

و الرجل أكثر إدراكا و تقديرا لعواقب هذا الأمر نظرا لتبعاته المالية ، وهذه التكاليف المالية تحمل الأزواج على التروي و ضبط النفس .أما الزوجة فإنه لا يصيبها من مغارم الطلاق المالية شيء حتى يحملها على التروي و التدبر قبل إيقاعه .

و الشريعة الإسلامية لم تهمل جانب المرأة في إيقاع الطلاق فقد منحها الحق في الطلاق إذا كانت اشترطت في عقد الزواج شرطا صحيحا لم يف الزوج به كما أباحت لها الشريعة الإسلامية الطلاق بالاتفاق

[1]- صلاح الصغير عبد الله ، المرجع السابق ،ص195.

بينها و بين زوجها و يتم ذلك بأن تتنازل للزوج أو تعطيه مال وهذا ما يعرف بالخلع و يسمى الطلاق على مال .

و لها كذلك طلب التفريق بينها و بين الزوج إذا أعسر و لم يقدر على الإنفاق عليها أو وجدت بالزوج عيبا يصعب معه تحقيق أهداف الزواج و مقتضياته حماية للمرأة من التعسف و الظلم.

المطلب الثالث : مقارنة بين مبدأ المساواة في المواثيق الدولية و الشريعة الإسلامية.

من خلال ما سبق فإن المواثيق الدولية نصت على المساواة بين الرجل و المرأة بمفهوم التماثل و التطابق و هذا انطلاقا من النظرة الغربية للأسرة بعد فصلها عن الدين و عملا بالحرية الفردية و حقوق الإنسان و هذا ما كرسه مؤتمر بكين حيث تمادى في المطالبة بالمساواة و احترام الحرية الشخصية لدرجة أنه تم رفع شعار المساواة في النوع بدل ا من المساواة بين الجنسين .

في حين أن الشريعة الإسلامية لا تعني التماثل و التطابق بل إنه في الشريعة الإسلامية من الظلم و التعسف و خرق المساواة أن يعتبر الجنسين متماثلين و متطابقة فأين لتماثل و التطابق إذا كانت المرأة تحمل و الرجل لا يحمل إذا كانت المرأة ترضع و هو لا يفعل ذلك ؟

فمن المسلمات أن الإسلام لم يعطي للمرأة في جميع المجالات حقوقا متشابهة كما انه لم يضع عليها في جميع المجالات تكاليف و عقوبات متشابهة ، فالشريعة الإسلامية أقرت المساواة كمبدأ لكنها ميزت في كثير من الأحيان بين الحقوق و الواجبات الخاصة بالجنسين تبعا للطبيعة البيولوجية لكل منهما فكان التمييز مبني على أسس منطقية لذلك ليس فيه أبدا ما يمس بمبدأ المساواة ، فالإسلام يبني فكرة المجتمع ثنائي الجنس بما تتضمنه هذه الفكرة من تعاون و تراحم و تكافل .

ورغم الاختلافات الموجودة في المقاربتين أي ما جاءت به المواثيق الدولية بخصوص المساواة و ما جاءت به الشريعة الإسلامية قبلها حول المبدأ ، يمكننا إجراء مقارنة بين ما جاءت به الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة باعتبارها اتفاقية شاملة و جامعة لحقوق المرأة و ما جاءت به الشريعة الإسلامية بخصوص العلاقة بين الزوجين .

فبخصوص حق المرأة في عقد الزواج و حريتها في اختيار الزوج فنجد أن الاتفاقية المذكورة تكفل للمرأة على أساس تساويها مع الرجل الحق نفسه في عقد الزواج بما يقتضيه ذلك من عدم ترتيب أي أثر

قانوني على خطبة الطفل مع تحديد سن أدنى للزواج كما تضمن الاتفاقية حرية المرأة على أساس تساويه مع الرجل في اختيار الزوج و عدم إتمام الزواج إلا برضاها الحر و الكامل و هي في ذلك موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية ،فالإسلام لا يجيز زواج الصغيرة إلا للحاجة و الضرورة .

و للمرأة البالغة في الإسلام الحق في أن تزوج نفسها سواء أكانت أصيلة أو وكيلة و للمرأة البالغة في الإسلام حرية اختيار الزوج و لا يجوز عقد زواجها إلا برضاها الحر و الكامل .

أما بخصوص العلاقات المالية بين الزوجين فإن الاتفاقية الخاصة بمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة تكفل للمرأة على أساس تساويها مع الرجل الحقوق و المسؤوليات نفسها في الأمور المالية المتعلقة بالزواج لما يقتضيه ذلك من تساويها معه في الحقوق بشأن جهاز و مسكن الزوجية و الإعالة المتبادلة أثناء الزواج.

و في ذلك وافقت هذه الاتفاقية الشريعة الإسلامية في وجه و خالفتها في وجه آخر ،أما عن وجه الاتفاق فإن الإسلام لم يقر أية تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس و يكون من آثاره النيل من الاعتراف بالمرأة في حقها في الأمور المالية المتعلقة بالزواج بل كفل لها الحق في المهر و جهاز الزوجية و النفقة في أثناء الزواج .

أما عن وجه الاختلاف : فالإسلام خص الزوجة بحقوق مالية معينة فأوجب لها المهر و جعل لها حقا في جهاز الزوجية و فرض على الزوج الإيفاء بالحقوق المالية للمرأة فهو مسؤول عن دفع المهر و الإنفاق على الزوجة و بذلك لم يتحقق التماثل و التطابق الذي تشده الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، وكان من عدل الله المطلق في النساء أن أعفت الشريعة الإسلامية المرأة من الواجبات المالية أثناء الزواج و ألقت هذه المسؤولية على كاهل الرجل .

فالإسلام ميز المرأة عن الرجل في الأمور المتعلقة بالزواج و لم يكتف بحظر التمييز ضدها و إقرار مساواتها مع الرجل في تلك الأمور كما فعلت اتفاقية التمييز ضد المرأة و تفسير ذلك أن المنهج الشرعي الإسلامي يقر بحقيقة وجود تمايز بين المرأة الرجل في الخصائص و الوظائف و هو ما تنكره الاتفاقية المذكورة فالإسلام يقر بالتفاوت بينهما في مسألة الوقت و توزيع العمل بين كل منهما فليس لدى المرأة وقت يتسع لما يتسع له وقت الرجل من المطالب العامة مع اشتغالها بمطالب الحمل و الرضاعة و الحضانة و تدبير الحياة المنزلية .

و على ذلك فإن تحفظ بعض الدول العربية و الإسلامية الأعضاء في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في المادة رقم 16 /1(ح) لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية في محله

ليس لأن الاتفاقية تكفل للمرأة الحقوق و المسؤوليات نفسها المقررة للرجل في الأمور المالية المتعلقة بالزواج و الإسلام يخالف ذلك بعدم إقرار الحقوق المتساوية في هذا الخصوص بل لأن الإسلام يكفل للزوجة حقوقا مالية في أثناء الزواج بما يعد تمييزا لصالح المرأة .

و هذا لا يتعارض مع مبدأ المساواة في الحقوق و الواجبات في المفهوم الإسلامي فالنساء شقائق الرجال و هما نوعان من جنس واحد خلقا من نفس واحدة لهما مسؤوليات مشتركة من هذه الزاوية و مهمات مختلفة من حيث هما نوعان "ذكر و أنثى "و هي تفرقة في الأدوار أو الوظيفة الموكلة لكل منهما ، مع التساوي في الحقوق و المسؤوليات و المساواة هنا لا تعني التماثل فالرجال و النساء يجب أن يكمل كل منهما الآخر داخل منظومة متنوعة الوظائف [1] .

أما بالنسبة للحقوق غير المالية للزواج فإن أوجه الاتفاق و وجه الاختلاف بين الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة و الشريعة الإسلامية ، فالاتفاقية المذكورة تكفل للمرأة نفس الحقوق و المسؤوليات في الأمور غير المالية في أثناء الزواج على أساس تساويها مع الرجل كما تكفل لها بوجه خاص نفس الحقوق في أن تقرر بحرية و شعور بالمسؤولية عدد أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل و آخر .

و تكفل لها أيضا الحق في عدم الإضرار بها و كذلك الحق في التنقل و الحرية في اختيار محل إقامتها على أساس تساويها مع الرجل و هي بذلك توافق الشريعة الإسلامية في جانب و تختلف معها في جانب آخر .

أما عن جوانب الاتفاق فهو في عدة أمور و منها أن الإسلام كفل للمرأة حقها في عدم الإضرار بها و في تنظيم الإنجاب .

أما عن أوجه الاختلاف فإن الإسلام خص الزوجة بحقها في المعاشرة بالمعروف و بحق العدل و خص الزوج بمسؤولية ذلك و من ثم لم يتحقق التماثل و التطابق في الحقوق و المسؤوليات الذي تنشده الاتفاقية الدولية لمكافحة كل أشكال التمييز ضد المرأة ،و ذلك إذا نظرنا إلى مفردات الأمور غير المالية المتعلقة بالزواج كل على حدى و هو ما تقتضيه أحكام الاتفاقية حسب ما يبدو من إطارها العام .

و الأمر الثاني من أوجه الاختلاف أن الإسلام اشترط في تنقل الزوجة و سفرها إذن الزوج و أن يكون السفر مع محرم و الأمر على خلاف ذلك في الاتفاقية سالفة الذكر .

[1]- رشدي شحاتة أبو زيد ، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الاسلامي ، ط1 ،2007 ، الوفاء لدنيا الطباعة و النشر ، الاسكندرية

الأمر الثالث المختلف فيه بين الاتفاقية السالفة الذكر و الشريعة الإسلامية هو أن حرية المرأة في اختيار مسكنها في الإسلام مقيدة بضرورة الإقامة مع الزوج حيث يقيم طالما لم تشترط المرأة في عقد الزواج سكنا معينا و لا مكانا محددا ، إن ما يفسر هذا الاختلاف هو أن المنهج الشرعي الاسلامي يقر بحقيقة وجود تمايز بين الرجل و المرأة في الخصائص و الوظائف في حين تنكر الاتفاقية المذكورة ذلك .

فيما يخص فك الرابطة الزوجية فإن الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تكفل للمرأة نفس الحقوق المقررة للجل عند إنهاء الزواج بما يقتضيه ذلك من تماثل و تطابق في مفردات تلك الحقوق كافة وما يقابلها من واجبات و هذا تأسيسا على وجود رفض لحقيقة وجود تمايز في الخصائص و الوظائف بين الرجل و المرأة و هي في ذلك تخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي تكفل للمرأة حقوقا متكافئة مع الرجل عند إنهاء الزواج لما يقتضيه ذلك من عدم التماثل و التطابق في كافة مفردات تلك الحقوق و الواجبات تأسيسا على حقيقة وجود تمايز في الخصائص و الوظائف بين الرجل و المرأة .

و بناءا على ذلك فإن تحفظ بعض الدول الإسلامية على الفقرة (ج) من البند الأول من المادة السادسة عشر من الاتفاقية سالفة الذكر في محلّه لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية .

بعد التعرض لمفهوم المساواة في المواثيق الدولية و الشريعة الإسلامية المختلفة في مقاربتها لمبدأ المساواة بين الجنسين بصفة عامة و بين الزوجين بصفة خاصة سيتم التطرق في الفصل الموالي إلى مدى أخد المشرع الجزائري بمبدأ المساواة في قانون الأسرة و مدى توفيقه في تكييف قانون الأسرة مع المواثيق الدولية .

المبحث الأول: مظاهر المساواة بين الزوجين أثناء الزواج

المطلب الأول:مظاهر المساواة في انعقاد عقد الزواج

الفرع الأول:الرضا في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية

لا يكتب البقاء لأي عقد إلا بتوافر عنصر الرضا الذي يعد الركن الأساسي في جميع العقود سواء منها المالية أو عقد الزواج أو أي عقد آخر، مهما كان الطرف المتعاقد ، حيث أن كل واحد من أطراف العقد يعبر عن إرادته في التعاقد مع الطرف الآخر على عمل من الأعمال الشرعية و القانونية ومتى صدر التعبير من الثاني مطابقا لتعبير الطرف الأول فإن ركن الرضا يكون قد تحقق[1].

فالرضا إذن هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني وكذلك الشأن بالنسبة لعقد الزواج، حيث تتوافق و تتطابق إرادة الخطيبين على إبرام عقد الزواج وتنفيذه فيما بينهما وفقا للشرع و القانون.

ولقد عرّفت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري عقد الزواج بأنه "**عقد رضائي بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي**" بحيث أصبح هذا العقد بعد التعديل الذي لحق هذا القانون بموجب الأمر 02/05 الصادر في 2005/02/27 عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة [2].

و الملفت للانتباه أن المشرّع ركّز كثيرا في التعديل الجديد على عنصر الرضا حيث أورده في العديد من المواد بل وجعله في مقدمة المواد التي ذكرها [3]

إنّه من الضروري البحث عن موقف المشرع الجزائري بخصوص الرضا في الزواج من خلال استعراض نصوص قانون الأسرة الجزائري، سيما ما تعلّق بحق المرأة في التعبير عن موافقتها الحرّة و الكاملة و بدون ضغط في

---

[1]- انظر جداد حسن ، عقد الزواج ، دراسة مقارنة ، ط1 ،2007 ،منشورات باجي مختار ،ص28.

[2]- انظر سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2007 ،ص36.

[3]- انظر المواد رقم 33،10،09،06،04 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 و المتعلق بقانون الاسرة

إبرام هذا العقد بغرض التعرّف على مدى توافر المساواة ما بين الجنسين و حريتهما الخالصة في الإقدام على هذه الخطوة في بناء النواة الأساسية للمجتمع.

إلاّ أنّه من الأهمية بمكان التطرق بداية إلى ما وصلت إليه الجهود الدولية في سبيل ضمان حق المرأة في التعبير عن رضاها الحرّ و الكامل للزواج.

أوّلا :الرضا في الزواج في المواثيق الدولية

تعدّ الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة ذروة الجهود التي قامت بها الأمم المتحدة و الأجهزة الأخرى بما فيها المنظمات الغير الحكومية لصياغة الحقوق المساوية للمرأة ، ومن بينها ما يهمنا في هذا الموضوع وهو حق المرأة في الزواج وحريتها في اختيار الزوج ومن النصوص الدولية في هذا المجال نجد :

1 – الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 و الذي تضمن كافة حقوق الإنسان المدنية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية التي يتمتع بها كل فرد سواء كلن رجل أو امرأة .

حيث ذكر هذا الإعلان في المادة الثانية منه [1]أن الجنس من أسس التمييز المحظورة ، وأكّد في مادّته السابعة[2]على جملة من الحقوق المساوية للمرأة و الرجل ، ونص في المادة السادسة عشرة على تساوي الجنسين في حق الزواج و في وجوب قيامه على الرضا الخالي من الإكراه و في اختيار الزوج[3]

و في السابع من نوفمبر 1962 أقرّت الجمعية العامة للأمم المتحدة وجوب الرضا بالزواج و بيّنت الحد الأدنى لسن الزواج و ضرورة التسجيل الرسمي لعقوده وذلك بالقرار رقم 1763 المتضمن الاتفاقية الخاصة بالرضا في الزواج ،وهذا ما جاءت به المادة الفقرة الأولى من المادة الأولى لهذه الاتفاقية و القاضية بأن

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

[2]- تنص المادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن " كل الناس سوسة أمام القانون ولهم الحق جميعا في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان "

[3]- تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على " للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج الحق في تأسيس أسرة بدون أي تمييز بين الجنس أو الدين و لهما حقوق مساوية عند الزواج ... ولا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه فيه"

الزواج لا ينعقد قانونا إلا برضا الطرفين التام و الحر وبتعبيرهما عنه بصفة شخصية وعلانية وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج و بحضور الشهود .

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

– لا ينعقد الزواج قانونا إلا بتوافر رضا الطرفين التام و الحرّ و تعبيرهما عنه بصفة شخصية و علانية وبحضور السلطة المختصة بالزواج و الشهود .

– لا يجوز الزواج بالوكالة إلا عند اقتناع السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه التام و الحرّ أمام السلطة المختصة و بحضور الشهود .

نفس التوصيات أعلنت عنها الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية لسنة 1966، و كذا الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية و السياسية و البروتوكول الاختياري الملحق بها لنفس السنة .

بحيث تقرّر في المادة الثالثة من الاتفاقية الأولى على حظر كل تمييز يكون أساسه الجنس ، وفي المادة العاشرة أوجبت أن يتم الزواج بالرضا الحرّ للطرفين المقبلين على إبرامه مع إعطاء الأسرة أوسع حماية ومساعدة ممكنة. [1]

كما نصت الاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية و السياسية لعام 1966 على تمتّع الأسرة بحماية المجتمع و الدولة و الاعتراف بحق الرجال و النساء الذين هم في سن الزواج في تكوين أسرة مع ضرورة أن يتم الزواج بالرضا الكامل و الحرّ للطرفين.

[1]- تنص المادة الثالثة من الاتفاقية الخاصة بالحقوق الاجتماعية و الاقتصادية على أن " تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بتأمين الحقوق المساوية للرجال و النساء في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية المدونة في الاتفاقية الحالية"

ومن بين المجهودات الدولية لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين نجد إعلان القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة و الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1967.

أقرّت الجمعية العامة بالإجماع هذا الإعلان و الذي نص في مادته الأولى على القاعدة الأساسية لعدم التمييز كما نص هذا الإعلان في الفقرة الثانية من المادة السادسة على أنه " يراعى وجوب اتخاذ التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي مركز الزوجين و بصفة خاصة ، يجب أن تعطى للمرأة مثل الرجل حق اختيار الزوج بكامل حريتها و التزوج بمحض رضاها الحر و التام .

توجت هذه الجهود بالاتفاقية الخاصة بمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 و التي صادقت عليها الجزائر سنة 1996[1] بإدراج مجموعة من التحفظات و تعتبر هذه الاتفاقية أهم ما توصل إليه المجتمع الدولي في حماية المرأة و ضمان مساواتها مع الرجل ومن بين ما تناولته هذه الاتفاقية و التي نصت على حرية المرأة في اختيار الزوج و عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر و الكامل و هذا تطبيقا للمادة 16 الفقرة الأولى التي تنص على أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية و تضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل و المرأة الحق في حرية اختيار الزوج و في عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر و الكامل .

و بهذا يتضح إن حق المرأة في اختيار الزوج وعدم إبرام عقد الزواج إلا برضاها الحرّ و الكامل مسألة أساسية طبقا لما هو منصوص عليه في هذه الاتفاقية الدولية ، بحيث يكون للمرأة مثل الرجل و بالتساوي اختيار الزوج أو توكيل و تفويض غيرها لهذا الغرض.

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

- إذا قيدت حرية المرأة في اختيار الزوج أو أجازت زواجها بغير رضاها الحر و الكامل

[1]- انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 51/963 المؤرخ في 2 رمضان عام 1416 الموافق ل22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية مع التحفظ على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979

– إذا لم تتخذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز القائم ضد المرأة أو اتخذت تدابير تنطوي على التفريق أو التقييد من حريتها في اختيار الزوج و عقد زواجها بالنظر إلى أنوثتها وكان من شأن ذلك المساس بمبدأ تساويها مع الرجل[1].

ثانيا:الرضا في قانون الأسرة الجزائري

إن الملفت للانتباه في التعديل الجديد هو تركيز المشرع الجزائري على عنصر الرضا، حيث ذكره في المواد 4،6،9،10،33، من قانون الأسرة

فعرفته المادة 4 الزواج على أنه عقد رضائي بين رجل و امرأة أما في المادة 06 فذكره كشرط في مجلس العقد للانعقاد الزواج بالفاتحة و في المادة 09 من القانون ذاته جعله الركن الأساسي في عقد الزواج في حين عرفت المادة 10 الرضا بكونه إيجاب أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح لغة وعرفا كالكتابة أو الإشارة .

من خلال تحليل المادة 9 من قانون الأسرة نجد عقد الزواج يتميز عن باقي العقود الأخرى بكثير من الخصائص لا سيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل الرضا بين رجل و امرأة من أجل تكوين أسرة على وجه الدوام ،فليست المصالح المادية و المنافع هي التي تجمع بينهما [2].

الجديد في هذه المادة أنها جعلت للزواج ثلاثة أركان وهي الزوج و الزوجة و التراضي ، عند من يرى التقسيم الشرعي للأركان و عند من يرى الوقوف عند القراءة القانونية للنص دون المنظور الشرعي ، فإن المادة 09 المعدلة حصرت ركن الزواج في ركن وحيد وهو التراضي .[3]

إلا أن مبدأ رضا المرأة كركن للزواج و حريتها في الزواج مقيد بالمادة 31 من قانون الأسرة التي لا تسمح بزواج المسلمة بغير مسلم ، فهذه المادة تحول دون تحقق المساواة بين المرأة و الرجل وفقا لما جاءت

[1]- خالد مصطفى فهمي ، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية و الشريعة الإسلامية ،دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،ص70

[2]- عرض الأسباب المرفقة بالأمر الرئاسي الذي عرض على مجلس الحكومة

[3]- بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، ص83

به الاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، وهذا نظرا لقطعية الحكم الذي يمنع زواج المرأة المسلمة بغير المسلم في الشريعة الإسلامية وبالتالي فلا اجتهاد مع النص وهي مسألة متعلقة بالنظام العام في الشريعة الإسلامية لا يجوز مخالفته .

إن ارتباط رضا الزوجة بوجود الولي وعدم زواج المرأة بغير مسلم يؤثران على ممارسة المرأة لحريتها في الزواج برضاها الحر و الكامل كما هو منصوص عليه في الاتفاقيات الدولية.

فهل وجود الولي كشرط من شروط عقد الزواج يؤثر على رضا المرأة و حريتها في عقد الزواج ؟

لقد كان قانون الأسرة 11/84 يعتبر الولي ركن من أركان الزواج ليتحول حضور الولي كشرط من شروط عقد الزواج ، وقد سبق هذا التعديل نقاش و اختلاف في الرأي بين من يرى أن إلغاء الولاية كلية لأنه لا يعقل أن تكون المرأة قاضية وتعتبر بحكم القانون ولي من لا ولي له بموجب المادة 11 من قانون الأسرة 11/84 بينما تحتاج هي من أجل زواجها وليا ، فهذا ما لا يستقيم مع العقل و المنطق و يعتبر مساسا بمبدأ المساواة بين المواطنين وفقا لأحكام الدستور و الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ولمبادئ حقوق الإنسان .

و حسب رأي البعض الآخر أن إسقاط الولاية كلية لا يتعارض مع الشرع و إن كان يتعارض مع طبيعة المجتمع و ما تعارف عليه الناس من قيم و تقاليد و بالتالي ليس من الحق و العدل إرضاء قلة على حساب كثرة من أبناء المجتمع سيما و أن المشرع عليه الإبقاء على الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة ومن تم فإن مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون هو مبدأ دستوري لكن ليس على إطلاقه بل هو مقيد بالمادة الثانية من الدستور التي تنص علة أن الإسلام دين الدولة [1].

ومن تم فقد ورد في المشروع الأمر الرئاسي رقم 02/05 الذي صادق عليه مجلس الوزراء يوم 2005/02/27 النص في المادة 11 على أن عقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من ا القانون

[1]- عبد القادر بن داود ، المرجع السابق ،ص85

فالتعديل لم يلغى الولي بل استقر الرأي على الإبقاء على الولي و هو حل وسطي جعل الولاية حقا للمرأة يجوز لها تفويضه واختيار من يستخلفها في زواجها عند الاقتضاء من عامة المسلمين و هذا ما ذهب إليه المشرع المغربي الذي جعل الولاية حقا اختياري للمرأة في المواد 24 و 25 من مدونة الأسرة المغربية[1] ، إذ أن للمرأة البالغة العاقلة في الإسلام حرية في اختيار الزوج وعدم عقد الزواج إلا برضاها الحر و الكامل وهذا وفق ما ذهب إليه الحنفية و الحنابلة في إحدى الروايتين و الظاهرية و الزيدية و الاباضية و الامامية في أظهر الروايات و الاوزاعي و أبو ثو رو الثوري و أبو عبيد ووافقهم في ذلك الإمام مالك واستدلوا على في ذلك على السنة و المعقول [2].

أ–السنة:

توجد الكثير من الأحاديث الصحيحة في وجوب استئذان البكر مع مراعاة ما يغلب عليها من حياء فلم تنص على ضرورة تصريحها بذلك وطلبت ذلك بالنسبة للثيب أي التي سبق لها الزواج .

ومن هذه الأحاديث قول الرسول صلى الله عليه وسلم **" الثيب أحق بنفسها من أبيها و البكر يستأذنها أبوها في نفسها و إذنها صمتها "** رواه الإمام مسلم وأبو داود و النسائي .

وروى البخاري و مسلم أن خنساء بنت خزام زوجها أبوها وهي كارهة وكانت ثيبا فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي كارهة فرد نكاحها أي أبطل هذا العقد .

كما روي عن ابن عباس رضي الله عنه " أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم جعل الحق لها فقالت قد أجزت ما وضع أبي و لكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء شيء"

[1]- تنص المادة 24 من مدونة الأسرة المغربية على " الولاية حق للمرأة تمارسه الرشيدة حسب اختيارها و مصلحتها " وتنص المادة 25 " للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها "

[2]- محمد أحمد سراج ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية :ص15

وقد أخذ أصحاب المذهب الحنفي بهذا و أجازوا للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة أن تتولى عقد الزواج لنفسها ولغيرها .

ب– المعقول :

أما المعقول فمن وجوه عدة ومنها أن البكر البالغة العاقلة حرة كالثيب و الغلام البالغين ومن تم لا يجوز لأبيها أو غيره تزويجها إلا برضاها .

و من المعقول كذلك أنه تزول ولاية المال عن البكر أذا بلغت عاقلة ومن تم لا يجوز لأبيها أو غيره التصرف في أقل شيء من مالها إلا بإذنها و رضاها فإذا ثبتت لها ولاية المال و التصرف فيه ثبتت لها كذلك ولاية النفس من باب أولى ، كما أن الإجماع قائم على أنه لا يجوز زواج اليتيمة بغير إذنها و رضاها ، ولا فرق للبكر بين أن تكون ذات أب أو يتيمة لأن العلة هي البلوغ و العقل .

وتجدر الإشارة هنا أن المالكية و الشافعية و الحنابلة خالفوا القول بحرية المرأة البالغة العاقلة البكر في اختيار الزوج [1].

وخلاصة القول إن موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة 02/05 الصادر في 2005/02/27 فيما يخص الرضا بالزواج فإن المشرع الجزائري أخذ من الفقه الراجح في الشريعة الإسلامية حيث أن للمرأة البالغة حرية اختيار الزوج في الإسلام و لا يجوز زواجها إلا برضاها الحر و الكامل و إذا أكرهت على الزواج فإن زواجها باطل .

كما جاء موافقا مع الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى حد ما .إذ أن هذه الحرية مقيدة بالمادة 31 من قانون الأسرة الجزائري التي تمنع زواج المسلمة بغير مسلم وهذا حكم قطعي ثابت لا يجوز مخالفته.

[1]- محمد سمارة ، أحكام وآثار الزوجين ، شرح مقارنلقانون الاحوال الشخصية ، دار الثقافة للطبع -2008 ،ص89

و عليه فإن التحفظ على البند "أ"من الفقرة الاولى للمادة 16 من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لم يعد ذو موضوع على اعتبار أن إعطاء نفس الحق في عقد الزواج مضمون في الجزائر طبقا لنص المادتين 09 و 10 من قانون الاسرة الجزائري المعدل .

كذلك التحفظ على البند "ب" لم يعد ذو موضوع إذ أن قانون الاسرة الجزائري في المواد 04 و 09 و 10 و13 يعطي نفس الحق للمرأة في حرية اختيار الزوج و عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر و الكامل .

الفرع الثاني: المساواة في أهلية الزواج

إنه من الضروري أن يكون الزوجين على درجة معينة من النمو الجسدي و العقلي لتحقيق غايات الزواج ، لذا تعمل مختلف التشريعات على تحديد أهلية الزواج بإناطتها سنا معينة ، فيمنع الزواج قبل اكتمال الأهلية نظرا لعدم قدرة الشخص في هذه السن على تحمل أعباء الزواج.[1]

فطبقا للأحكام العامة لا يجب إبرام العقد إلا من ذي أهلية و هذا ينطبق على عقد الزواج باعتباره عقدا رضائيا ، و الذي لا ينعقد إلا بتوافر أهلية الرجل و المرأة و على أساسها يتحدّد وجود الرضا من عدمه.

وقبل الحديث عن مدى أخد المشرع بالمساواة في الأهلية في عقد الزواج يجب أن نستعرض أولا ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية.

أولا: تحديد سن الزواج في الاتفاقيات الدولية

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1962 الاتفاقية الخاصة بالرضا بالزواج و الحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقوده بالقرار رقم 1763 . و ينص الفقرة الأولى و الثانية من المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أنه لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين التام و الحر ، كما تنص المادة الثانية من هذه الاتفاقية على أن تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتحديد الحد الأدنى

[1]- انظر منادي مليكة بركية ، الثابت و المتغير في قانون الأسرة الجزائري.،رسالة دكتوراه في قانون الأسرة ، جامعة سيدي بلعباس،ص266.

لسن الزواج ولا يجوز قانونا لمن لم يبلغها ، ما لم تعفه السلطة المختصة من شرط السن لأسباب جدية وتحقيقا لمصلحة طالبي الزواج .

و في توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1965 نصت على أن تقوم الدول الأعضاء باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين الحد الأدنى لسن الزواج .

كما نص إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 1967 و الذي أقرته الجمعية العامة بالإجماع و ضمانا لمبدأ المساواة بين المرأة و الرجل نص في الفقرة الثالثة من المادة السادسة على تحريم زواج الصغار و خطبة الصغيرات غير البالغات و يطالب الدول بأن تحدد حدا أدنى لسن الزواج و أن يجعل تسجيل عقود الزواج في سجلات رسمية إجباريا [1].

توجت هذه الاتفاقيات التي تنص على تحديد سن الزواج بالاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979 و التي نهت عن ترتيب أي أثر قانوني على خطبة الطفل أو زواجه ، وأوجبت اتخاذ الإجراءات الضرورية بما فيها التشريع لتحديد سن أدنى وتسجيل الزواج في سجل رسمي. وبالتالي هذه الاتفاقية قيدت زواج المرأة بتجاوزها مرحلة الطفولة وبلوغها الحد الأدنى لسن الزواج .

إن المرجع في وضع الحد الأدنى لسن الزواج يبقى للدول الأطراف و الذي تحدده وفق التزاماتها الدولية [2].

ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري

حدد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري 11/84 ب18 سنة بالنسبة للفتاة و21 سنة بالنسبة للفتى ليتم تحديدها ب19 سنة بالنسبة للفتى و الفتاة على حد سواء في التعديل حيث تنص المادة السابعة من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 على أنه " **تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة**

[1]- رغم نص جل الاتفاقيات على تسجيل عقد الزواج إلا أن المشرع الجزائري أبقى على الزواج العرفي و لم يمنعه في تعديل 2005

[2]- تحدد الاتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 سن الطفولة ب18 سنة.

و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ، ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

ووفقا لعرض الأسباب التي أرفقت بالمشروع التمهيدي للتعديل الذي عرض على مجلس الحكومة قبل عرضه على مجلس الوزراء ورد في عرض الأسباب أن هذا التعديل الذي يتضمن تحديد سن الزواج ب19 سنة بالنسبة للرجل و المرأة هو من باب المساواة بينهما غير أنه أعطيت صلاحية للقاضي للترخيص بالزواج قبل ذلك لضرورة أو مصلحة [1].

إن من مظاهر المساواة في قانون الأسرة الجزائري هو تحديد سن الزواج ب19 سنة بالنسبة للرجل و المرأة على السواء مع إمكانية تخفيض هذا السن بقرار قضائي ، وبهذا فالمساواة محققة سواء في المبدأ أو الاستثناء .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعديل جاء كذلك نتيجة مصادقة الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل [2].

أن تحديد سن الزواج ب19 سنة بالنسبة للمرأة يعترف لها من خلالها بحق الولاية على أموالها ونفسها من خلال رفع أهلية الزواج إلى سن الرشد القانونية ، وهذا بخلاف قانون الأسرة 11/84 الذي كان يقر بحق التصرف في النفس للقاصر دون التصرف في المال [3] . ولعل هذا ما يفسر إبقاء المشرع للولي إلا على دور شكلي و الذي يتمثل في مجرد الحضور في مجلس العقد متى رغبت الفتاة [4].

هل خالف المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في تحديد سن الزواج ؟

لم يحدد الفقهاء بصفة قطعية سن البلوغ الذي يتم به أهلية الفتى و الفتاة للزواج ، وقالوا أن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلة الطفولة و التمييز وهي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في

[1]- عبد القادر بن داود ، المرجع السابق ، ص 68
[2]- صادقت الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل سنة 1992
[3]- عبد القادر بن داود ، المرجع السابق ،ص 68
[4]- منادي مليكة بركية ليلى الجمعي ، المرجع السابق ، ص.....

الفتى كالاحتلام و في الفتاة كالحيض ،وقدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشرة بالنسبة للأنثى و الذكور حسب ما ذهب إليه الفقه المالكي إلى نهايته هي ثمانية عشر سنة عاما في الفتى و الفتاة[1].

فالزواج في الإسلام عقد بين رجل وامرأة من مقاصده إنشاء أسرة مرتبطة بحياة مشتركة لإيجاد النسل ، وصغر السن يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وهو ما حدا بفريق من الفقهاء ابن شرمه و أبو بكر الأصم إلى القول بأنه لا يجوز زواج الصغيرة في الإسلام و استدلوا على ذلك بالكتاب و المعقول .

فمن الكتاب قول الله تعالى "**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم بهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**" الآية 6 من سورة النساء

ووجه الاستدلال في الآية الكريمة أن الله تعالى علق الأمر بدفع الأموال إلى اليتامى على بلوغ النكاح هو زمن البلوغ الشرعي الذي يتحقق عنده التكليف ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن بلوغ سن الزواج وفقا للآية الكريمة علامة لانتهاء الصغر وإنه لو كان يصح الزواج للمعاشرة و السكن و التناسل و الصغر يتنافى مع على ذلك [2] .

إن المشرع الجزائري بتحديده لسن الزوج بتسعة عشرة سنة لم يخالف الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى أن هذا التحديد كرّس مبدأ المساواة وفقا لما نصت عليه اتفاقية مكافحة التمييز ضد المرأة و اتفاقية حقوق الطفل ، ذلك ان قانون الاسرة الجزائري الجديد في مادته السابعة حددت فعلا حدا أدنى لسن الزواج و هو 19 سنة بالنسبة للزوجين و هذا التعديل يراعي التزامات الجزائر الدولية اتجاه اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي تحدد سن الطفولة لغاية 18 سنة و التي وقعت عليها الجزائر و صادقت عليها ، فكان بالنتيجة تحيين التشريع الجزائري في قانون الاسرة مع الاتفاقيات الدولية .

[1]- رمضان علي السنباطي ،جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ،ص137.
[2]- جابر عبد الحميد الجندي ، نطاق المرأة في نطاق الاحوال الشخصية ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، جامعة الاسكندرية ،ص 66

ومن تم لم يعد أي معنى للتحفظ على المادة 16 بالكامل بعد تحيين التشريعات الجزائرية ، ذلك أن التعديل الذي عرفة قانون الآسرة الجزائر يجعل هذه التحفظات بدون موضوع و في حكم المعدومة أو الملغاة .

الفرع الثالث :المساواة بين الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج

لقد نصت المادة 19 من قانون الأسرة على أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية ، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و اشتراط الزوج عدم عمل الزوجة ، وغيرها من الشروط التي تتسم بالضرورة لاستمرار الحياة الزوجية بدليل أن المشرع استعمل مصطلح الضرورة ، وتطلب عدم تعارض هذه الشروط مع أحكام هذا القانون أ قانون الأسرة .

ومن ثمة فإن للزوجين أن يشترطا في عقد زواجهما أو في عقد لاحق ما يريانه ضرورية من شروط، و الهدف من هذا التعديل تمكين الزوجين من حل المشاكل التي قد يتوقع أن تطرأ من مشاكل بعد الزواج، لا سيما فيما يتعلق بعمل الزوجة و تعدد الزوجات

هذه المادة ليست وليدة تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بل إنها وجودها مرتبط بصدور قانون الأسرة لأول مرّة سنة 1984 ، إلا أن المشرّع قد أضاف عبارة أو في عقد لاحق، كما أنّه أعطى مثالين على الاشتراط الصحيح و هما شرطي تعدد الزوجين و عدم عمل المرأة .

وحتى نتمكن من تقييم موقف المشرع الجزائري لابد من أن نعرّج في البداية على ما جادت به الشريعة الإسلامية بخصوص الاشتراط في عقد الزواج.

أولا:الاشتراط في عقد الزواج في المذاهب السنية

يبني الإسلام العلاقة الزوجية على أسس من الود و التراحم و المحبة اعتدادا بقول المولى عزّ وجل **" خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة "** .

ومع ذلك قد يشترط أحد الزوجين بعض الشروط عند إبرام عقد الزواج ليحقق لنفسه مصلحة خاصة خوفا من أن يحرمه الطرف الثاني من هذه الميزة أو المصلحة الزائدة .

غير أن المعلوم أن الإرادة في العقود العامة بما فيها عقد الزواج ليست مطلقة و إنما مقيدة بضوابط عندما يتعلق الأمر بالاشتراط، لأن الإرادة في العقود بحسب الشريعة الإسلامية بدورها مقيدة بالشرع تحليلا و تحريما، ومقيدة بنوع العقد و الشروط التي هي من ضمنه و طبيعته .

و الإسلام قد أباح الاشتراط في عقد الزواج عملا بقول الرسول صلى الله عليه و السلام **"إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتهم به الفروج"**[1].

على أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها ، حيث كان لفقهاء الشريعة الإسلامية مجال واسع في بحث تلك الشروط وقسموها إلى قسمين رئيسيين :قسم يضيق الشروط إلى حد كبير مع اختلاف فيما بينهم وهم المالكية و الشافعية و الحنفية ، وقسم يوسع من مجال الاشتراط و هم الحنبلية ، وسيتم التعرُّض إلى ذلك بالتفصيل .

أ-: الاشتراط عند الشافعية

قسَّم الشافعية الشروط إلى ثلاثة أقسام و هي:

- شروط توافق مقتضى عقد النكاح كأن تشترط المرأة الإنفاق عليها أو معاملتها بالمعروف أو غير ذلك مما يقتضيه عقد الزواج .
- شروط تخالف مقتضى عقد النكاح و لا تخل بمقصوده الأصلي و هو الوطء كشرط ألا يتزوج عليها أو لا نفقة لها أو لا يخرجها من بلدها أو بيتها .

[1]- رواه البخاري في الصحيح ، تحقيق مصطفى ديب البغا ، ج2 ، ط3، 1987 ، دار اليمامة ، بيروت ، لبنان ، ص970.

- شروط تخالف بمقتضى العقد و تخل بمقصود عقد النكاح الأصلي ،كأن تشترط المرأة أن لا يطأها ، وأن يطلقها ولو بعد الوطأ ، أو أن لا يطأها إلا مرة واحدة مثلا في السنة ، أو ليلا أو نهارا

وحكم هذه الشروط أن النوع الأول الذي يوافق مقتضى العقد جائز وهو تحصيل حاصل لأن مثل هذه الأمور مفروضة دون حاجة إلى اشتراط بمجرد إبرام عقد الزواج فالزوج ملزم بها حتى ولو لم تشترطها الزوجة ذلك وصح العقد و المهر[1].

أما المالكية فقد قسموها إلى شروط جائزة شروط مكروهة و شروط منافية لعقد الزواج

* فالشروط الجائزة هي الشروط التي يقتضيها العقد حتى لو لم تذكر في العقد من ذلك حسن المعاشرة و النفقة والمبيت وغير ذلك مما هو من مقتضيات النكاح .

* أما الشروط المكروهة و هي التي مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كأن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها أو بيتها فمثل هذه الشروط لا تؤدي إلى فسخ عقد الزواج لا قبل الدخول ولا بعده ولا يلزم الوفاء بها و إنما يستحب الوفاء بها ، وهذه الاشتراطات مكروهة لما فيها من غبن زائد على الزوج وحد من حريته .

* أما الشروط المنافية لعقد الزواج فهي قسمان :

- شروط يفسخ النكاح بها قبل الدخول وجوبا ومثال ذلك أن تشترط المرأة ألا يأتيها الرجل إلا ليلا أو نهارا أو يشترط عليها ألا من المبيت بينها وبين زوجاته الأخريات أو ألاّ ترثه أو لا يرثها وفي مثل هذه الشروط فإن العقد يلغى قبل الدخول فإذا حصل الدخول لزم العقد الشرط و للمرأة مهر المثل في هذه الحالة[2].

ب- :أما الشروط عند الحنفية فهي مقسمة إلى قسمين :

[1]- محمد سمارة ، المرجع السابق ، ص131.
[2]- محمد سمارة ،ص 132 .

أ- **شروط صحيحة** : وهي ما كانت من مقتضيات العقد أو ورد في الشرع الإسلامي ما يجيزها وهي من طبيعة عقد الزواج فلو لم تشترط لكان العقد بطبيعته ملزما للزوج وعلية القيام بها كالنفقة و حسن العشرة و المبيت وسواها

ب – **الشروط الفاسدة** و الفاسد الباطل في عقد الزواج واحد عند الحنفية وهذه الشروط هي التي لا يقتضيها العقد ولم يرد النص بجوازها و لا تلائم عقد الزواج غير أنها تتضمن مصلحة لأحد العاقدين[1].

مما تقدم من مذاهب و آرائهم و ما قدموه من حجج وأدلة في جواز الاشتراط في عقد الزواج نخلص إلى ما يلي :

– أن الشروط التي هي من مقتضيات العقد و تدخل في طبيعته يجوز اشتراطها لأنها لو لم تشترط لكان لزاما على الطرف الآخر تنفيذها لأنها تدخل في فحوى موضوع العقد.

– إن الشروط التي ليست من مقتضيات العقد ولكنها تحقق مصلحة لأحد الطرفين فالجمهور أجمع على عدم اشتراطها سواء كان لعدم جوازها أو بعدم التزام المشترط عليه الوفاء بها ، ودون أن يخل ذلك بالعقد سوى اشتراط المرأة أن تطلق نفسها متى شاءت فقد أجازه الحنفية .

أما الحنبلية فأجازوا للطرف المشترط طلب الفسخ عند عدم الوفاء بها ، وذلك لأن هذه الشروط لا تمس جوهر العقد و لذلك يجوز اشتراطها و يجب الوفاء بها.

وإن الشروط التي تمس موضوع العقد غير جائزة فيكون الشرط باطل و العقد باطل .

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من حرية الاشتراط في عقد الزواج

نص المشرع الجزائري على مسألة الاشتراط في عقد الزواج بنص المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 من قانون الأسرة التي ورد بها مايلي " **للزوجين أن**

[1]- رمضان على السيد السريناصي ، و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الاسرة الخاصة بالزواج و الفرقة ، ط1 ،2007 منشورات الحلبي القانونية ص190.

يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق كل الشروط التي يرونها ضرورية و لا سيما شرط عدم التعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون "

وقضى المشرع الجزائري ببطلان كل الشروط التي تتنافى و مقتضيات عقد الزواج وذلك بموجب المادة 32 المعدلة بدورها بموجب القانون السالف الذكر و التي نصت على ما يلي " **يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد"**

ونص المشرّع في المادة 35 من قانون الأسرة على أنّه " **إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيحا "**

ومن خلال هذه النصوص نستخلص النتائج التالية :

- تبنى المشرع الجزائري بموجب المادة 19 من قانون الأسرة الرأي القائل بحرية الاشتراط عموما ما لم تتصادم تلك الشروط مع نصوص القانون أو مقتضيات عقد الزواج ، وقد رأينا أن هذا الرأي هو ما ذهب إليه الحنابلة و المالكية بدرجة اقل .

- إن حق الاشتراط ليس مقصورا على أحد الطرفي العلاقة الزوجية بل هو حق يتمتع بها كل من الزوج و الزوجة على حد سواء في إطار مبدأ المساواة بين الزوجين

- أعطى المشرع إمكانية الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه الذي جمع بينهما أو من خلال عقد رسمي لاحق و في ذلك تأكيد لضرورة الالتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين و واجب الوفاء بها شريطة إتباعها ، على أن مسألة إتباع هذه الشروط ليس عسيرا باعتبار أن وضعها إما أن يكون أثناء عقد الزواج و و بحضور الشاهدين الذين يتطلبهما هذا العقد حسب المادة 09 مكرر من المادة المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 من قانون الأسرة ، وإما بعقد رسمي لاحق[1] .

[1]- أحمد رباحي ، ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج على ضوء نص المادة 19 من قانون الأسرة و الفقه الإسلامي ، مداخلة في الملتقى الوطني حول حماية العلاقات الأسرية على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة المنظم من طرف مخبر القانون الخاص الأساسي يومي 28 و 29 من 29 أفريل 2008

- أعطى المشرع لكل من الزوجين حرية الاشتراط بشكل مطلق ما لم تتعارض تلك الشروط مع أحكام قانون الأسرة أو مقتضيات عقد الزواج كاشتراط مثلا عدم الصداق.

المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين في الحقوق الزوجية

الفرع الأول: المساواة في الحقوق غير المالية للزواج

لقد كانت المواد 36 وما بعدها من قانون الأسرة لسنة 1984 تحت رقم 11/84 تميز بين حقوق و واجبات الزوج وبين حقوق وواجبات الزوجة ، أما المادة 39 من نفس القانون السالف الذكر فكانت تنص على واجب الزوجة طاعة الزوج باعتباره رئيس الأسرة ، ليتم إلغاء هذه المادة في تعديل 02/05 وتعديل المادة 36 من نفس التعديل لتصبح الحقوق و الواجبات مشتركة بين الزوجين و المتمثلة فيما يلي :

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة .
- المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة
- التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد وحسن تربيتهم
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و في تباعد الولادات
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه و احترامهم وزيارتهم
- المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى

قبل تقييم ما جاءت به المادة 36 من حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين و إلغاء المشرع رئاسة الزوج للأسرة من خلال المادة 39 من قانون الأسرة 11/84 ، يجب التطرق أولا إلى الحقوق غير المالية في القانون الدولي من خلال اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة و مقارنتها بما جاءت به الشريعة الإسلامية.

أولا: حقوق المرأة غير المالية المترتبة على عقد الزواج في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة

تناولت الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة حقوق المرأة ومسؤولياتها في أثناء الزواج ، بما تشمله من حقوق غير مالية مترتبة على عقد الزواج ، ضمن الإطار العام لأحكامها كافة المتمثلة في مكافحة التمييز ضد المرأة وتسويتها بالرجل في الحقوق و المسؤوليات ، فنصت المادة 16 الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية ، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل و المرأة :

- نفس الحقوق و المسؤوليات أثناء الزواج
- نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور بالمسؤولية عدد أطفالها و فترة سن إنجاب طفل وآخر و في الحصول على المعلومات و التثقيف .

كما نصت المادة 12 الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية دائما على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها بالتساوي مع الرجل الحصول على خدمات الرعاية الصحية بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتخطيط الأسرة .

ومن خلال ما سبق يتضح أن الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة قد حددت حقوق الزوجة غير المالية في إطار المبدأ العام و هو مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع مساواتها بالرجل في الحقوق و الواجبات [1].

إلى جانب هذا التحديد العام ذكرت ثلاثة حقوق غير المالية للمرأة وهي حقها في تنظيم الإنجاب و حقها في التنقل و اختيار مسكنها و محل إقامتها .

[1]- جابر عوض عبد الحميد الجندي ، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية لمكافحة التمييز ضد المرأة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية .

ففيما يخص تنظيم النسل فإن الاتفاقية تحث الدول الأطراف عن عدم التقاعس في تسهيل الحصول على المعلومات و التثقيف و توفير الوسائل الكفيلة في تنظيم الإنجاب ، كما لا يجوز لها حظر الإنجاب .

كما منعت الدول الأطراف في الاتفاقية أن تقيد الزوجة أو تمنعها من أن تقرر بحرية عدد أطفالها ولا أن تحول بينها وبين الحصول عن المعلومات و التثقيف .

كما نصت الاتفاقية الناهضة لجميع أشكال التمييزضد المرأة على منع الإضرار بالمرأة بمعناه العام

ثانيا: الحقوق الغير المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بحقوق للزوجة على زوجها و حقوق للزوج على زوجته و في هذا السياق سنتطرق إلى حقوق الزوجة على زوجها و المتمثلة في :

1-المعاشرة بالمعروف:

إن هذا الحق و إن كان حقا مشتركا بين الطرفين إلا أنه في جانب الرجل أظهر باعتبار أن له حق القوامة في الأسرة ، وبيده عقدة النكاح ، ومعنى المعروف هو ما يقتضيه الدين ويوجبه الشرع [1] حيث أمر الله تعالى بحسن المعاشرة بين الزوجين في كتابه العزيز **"وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا "** [2]

[1]- محمد سمارة ، المرجع السبق ،ص258
[2]- الآية 19 من سورة النساء

و الأمر بمعاملة الزوجة بالمعروف يدعمه قول الله تعالى " **ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف**"[1]، فهذه الآية تعني أن كل ما يحق للزوج طلبه من زوجته من أمور مشروعة ،كالعفة و الإخلاص وحسن المعاشرة يحق للزوجة في نفس الوقت طلبه و انتظاره من زوجها .

أما في السنة فنجد أحاديث كثيرة للرسول صلى الله عليه وسلم تحث على المعاشرة بالمعروف ، ومن ذلك حديث عمر بن الاحوص الجشمي أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في حجة الوداع **"ألا استوصوا بالنساء خيرا ... ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فراشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم أن تحتنوا إليهن في كسوتهن و طعامهن "**

و تتمثل في المعاشرة بالمعروف في أن يتحبب الزوج لزوجته وينابيها بأحب الأسماء إليها و أن يكرمها بما يرضيها و يحلم عليها إذا غضبت و يصبر عليها إذا مقتت و جماع الزوج لزوجته و حقها في العدل و عدم الإضرار بها .

5/ حق المرأة في الإنجاب :

عبر الفقهاء القدامى و المحدثين عن رؤية الإسلام لمسألة تنظيم الإنجاب .

فصرح الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه بأن منع الحمل مباح بشرط أن تأذن فيه الزوجة لاشتراكها في حق الولد و يكره للزوج بأن يعزل عن امرأته الحرة بغير رضاها .

كما يرى المالكية أن العزل يكون بإذن الزوجة . ويرى الغزالي و هو شافعي المذهب أن منع الولد مباح و لا كراهة فيه لأن النهي إنما يكون بنص ، وذكر الغزالي بأن من البواعث على منع الحمل استفاء

[1]- الآية 228 من سورة البقرة

جمال المرأة ونضرتها و الخوف من كثرة الحرج بسبب كثرة الأولاد [1] ،أما من الفقه الحديث فقد أيد فضيلة الشيخ شلتوت تنظيم النسل [2].

بعد أن استعرضنا موقف الشريعة الإسلامية من الحقوق الغير المالية للزوجين في الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنحاول تقييم موقف المشرع الجزائري بخصوص الحقوق الغير المالية على ضوء الاتفاقية السالفة الذكر.

تقييم موقف المشرع الجزائري من مظاهر المساواة في الحقوق الغير المالية

لقد نصت المادة 36 من قانون الأسرة 11/84 على الحقوق المشتركة للزوجين ، أما المادة 37 فقد نصت على واجب الزوج على زوجته ، أما المادة 39 فقد أعطت رئاسة الأسرة للزوج وواجب الزوجة طاعته واحترامه .

فكان القانون 11/84 المتعلق بقانون الأسرة يجعل من الرجل السلطة الأعلى في الأسرة و ما المرأة إلا تابعة و ذلك استنادا إلى مبدأ القوامة ، ولقد أثار هذا المبدأ نقاشات حادة خاصة فيما يتعلق بالتناقض بين مفهومه الشرعي الحقيقي و المدلول الاجتماعي ، حيث أن هذا المبدأ في معناه الاجتماعي يهدم يهدم مبدأ المساواة في أساسه و يبرز أفضلية الرجل مقابل دونية المرأة ، حيث أن للزوج السيادة و الرئاسة و للمرأة الخضوع و الانقياد والطاعة و اعتبر هذا مخالفا للمبادئ التي أرستها الاتفاقيات الدولية ، مما دفع بالمشرع الجزائري إلى تعديل هذا الوضع بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 حيث نصت المادة 36 من هذا الأمر على الحقوق و الواجبات المشتركة للزوجين ، كما ألغى المادة 39 التي كانت تنص على طاعة الزوجة لزوجها و رعايته باعتباره رئيسا للأسرة و بهذا أصبح للزوجين مركز قانوني متساوي من أجل ضمان نوع من المساواة و التوازن في تسيير شؤون الأسرة ، رغم أن رئاسة الزوج للأسرة وطاعة الزوجة لزوجها هي حقوق ثابتة في الشريعة الإسلامية ، إلا أنه لا يجب أن نعطيه مفهوما سلطويا أو مدلولا استغلاليا ، وبإلغاء المادة 39 من قانون 11/84 يكون المشرع الجزائري حدا حذو المشرع الفرنسي الذي ألغى رئاسة الأسرة للزوج

[1]- أبو حامد الغزالي، إحياء علم الدين الجزء الرابع،دار الفكر ص737.
[2]- محمد شلتوت ، الفتاوى ، دراسة لمشكلات المسلم في حياته اليومية ، الجزء الأول ، الشروق، 1982، ص394.

في سنة 1970[1] ، وكذلك المشرع المغربي في مدونة قانون الأسرة لسنة 2004 و بهذا كرست مبدأ المساواة بين الزوجين متماشيا في ذلك مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة و اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة بصفة خاصة .

إن النص على الحقوق و الواجبات المشتركة للزوجين و إلغاء المادة 39 الواردة بقانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 يؤكد أن الفلسفة العامة مبنية على أساس مبدأ المساواة بين الزوجين

إن الأسرة المراد بناءها هي الأسرة القائمة على المسؤولية المشتركة بين الزوجين

الفرع الثاني : مظاهر المساواة في العلاقات المالية بين الزوجين

لكل عقد من العقود آثار تترتب عليه و عقد الزواج متى انعقد صحيحا ، تنشأ عنه حقوق مالية و حقوق غير مالية بين الزوجين وهذا ما نصت عليه المادة 37 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 على ما يلي " **لكل واحد من الزوجين أن يتفقا بعقد رسمي حين إبرام عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما** "

تؤكد هذه المادة على استقلالية الذمة المالية للزوجين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وتنص على أن للزوجين أن يتفقا على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك ويتم ذلك في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج سواء عند إبرام هذا الأخير أو بعده .

و من تم جاء في عرض الأسباب المرفقة بالأمر الرئاسي أنه ورد النص على أن للزوجين أن يتفقا على نصيب كل منهما من الأموال المكتسبة معا بعد الزواج ، مع التأكيد على استقلالية الذمة المالية لكليهما [2] ، وقبل أن نتطرق إلى تقييم موقف المشرع الجزائر من هده المادة فيجب أولا تحديد مفهوم الذمة المالية ثم التطرق إلى الاتفاق على الأموال المشتركة للزوجين .

[1]- L'égalité …sexes

[2]- بن داود عبد القادر ، المرجع السابق ، ص107.

أولا : التعريف بالذمة المالية

إذا كانت جميع الشرائع السماوية و القوانين الوضعية قد اتفقت على تنظيم أموال الزوجين تفاديا لأي خلاف يحصل بينهما ، فأن اختلاف الفلسفة التي يقوم عليها عقد الزواج ، أدى إلى اختلاف مفهوم الذمة المالية للزوجين في الشرعة الإسلامية عنه في القوانين الغربية الحديثة .

* الذمة المالية في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلا للالتزام صالحا لأن يكون له حقوق و تترتب عليه واجبات مالية ، وهي بهذا المفهوم وثيقة الصلة بأهلية الوجوب التي تعطي صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، فهي مترتبة على وجود الذمة و كلاهما تلازم الإنسان منذ ميلاده ، مع العلم أن الجنين تكون له ذمة مالية قاصرة إلا أنها تختلف عن الذمة المالية في كونها تتعلق بالالتزامات عامة [1] .

ومن صميم تنظيمها لأموال الأسرة بصفة عامة فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بأموال الزوجين و أولتها أهمية بالغة بل أحاطتها بالترتيبات اللازمة منذ مرحلة ما قبل الزواج .

ومن المعلوم أنه من المبادئ الأساسية المعمول بها استقلال الذمة المالية للزوجين وذلك بقوله تعالى **"للرجال نصيب مما اكتسبوا و للنساء نصيب مما اكتسبن "**[2].

فالزواج في الإسلام لا أثر له على أموال الزوجين سواء كانت منقولا أو عقارا اكتسب قبل الزواج أو بعده [3] ، فالمهر المفروض للزوجة مثلا هو حق خالص لها يثبت بمجرد إبرام عقد الزواج و ليس لأحد في

[1]- عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج1،المجمه العلمي العربي الاسلامي حمد الحلبية ، بيروت ، لبنان ، ص 512

[2]- سورة النساء الآية 6

[3]- محمد الشافعي ، الزواج في مدونة الاسرة ،ط 1 ، المطبعة و الوراقة الوطنية ، مراكش 2005 ص250

شيء منه سواء الزوج أو غيره ، حيث يقول الله تعالى في كتابه العزيز " **ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أو تيتموهن شيئا** "[1]

وبهذا فإن المرأة لها ذمة مالية مستقلة مثلها مثل الرجل ولها الحق في جميع المعاملات لأجل إثراء هذه الذمة.

وبهذا فإن الشريعة الإسلامية كانت السباقة في الاعتراف للمرأة باستقلال الذمة المالية .

و تتكون الذمة المالية للزوجة من :

-1- الأموال المنقولة و العقارات التي اكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج

-2- الديون المستحقة لها اتجاه الغير و الديون التي في ذمتها لفائدة الغير

-3- ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي

-4- الصداق و الهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعند إبرام عقد الزواج

-5- ما تحضره لبيت الزوجية من أثاث و أمتعة ومجوهرات ومواد أخرى

أما بالنسبة للزوجين فتتكون من "

- الأموال المنقولة و العقارات التي اكتسبها فبل عقد الزواج

- الديون المستحقة على الغير

- ما قد يؤول إليه عن طريق الهبة أو الإرث

[1]- الآية 277 من سورة البقرة

و بالتالي فإن تمتع الزوجة بذمة مالية مستقلة هو سبيل لإقرار العدل و المساواة بين الزوجين وتحمل أعباء الحياة الزوجية و الاستفادة المشتركة من الحقوق التي ترتبط بها

ثانيا :الاتفاق على الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية

تنص الفقرة الثانية من المادة 37 على أنه" **يجوز للزوجين أن يتفقا بعقد رسمي حين إبرام عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، حول الأموال المشتركة بينها التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية ، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"**

وبهذا فإن المشرع الجزائري بإقراره لمبدأ التعاقد حول تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية السبيل الوحيد لإيجاد قانون عادل يحكم حياة الزوجين وينظم علاقتهما المالية ، ويكون شاهدا على حقوقهما و وواجباتهما وقبولها و الالتزام بها .

وبهذا واستثناءا من قاعدة استقلال الذمة المالية للزوجين أقر قانون الأسرة قاعدة اختيارية تخضع لإرادة الزوجين ، وهذا النص جاء نتيجة إدخال مبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات الأسرية .

ثالثا : تقييم موقف المشرع الجزائري.

إن حكم المادة 37 ليس فيه مساس باستقلال الذمة المالية للزوجين ومن تم كان الرأي على الإبقاء على القاعدة الشرعية و التي هي استقلال الذمة المالية للزوجين ، ونظرا للتطور الذي عرفته المجتمع الجزائري و الأسرة الجزائرية فتح المشرع الجزائري المجال لتنظيم العلاقات المالية عن طريق اتفاق بينهما في عقد رسمي لاحق لتنظيم ملكيتهما أموالهما و إيراداتهما و الانتفاع بها و إدارتها وتحمل الديون الخاصة بهما و تسوية حقوقها وواجباتها .

وبهذا تدرأ المشاكل التي تفسد العلاقات الزوجية ولا يقع ما هو واقع عمليا من شكوى نساء يستولي أزواجهن على أموالهن ثم يرموهن إلى الشارع و القضاء يطالبهن بالإثبات وجوبا بالكتابة فإن عدمت تكون

قد ضاعت حقوق فوجب تقنين حماية هذه الحقوق دون اصطدام مع الشريعة الإسلامية وتندرج ضمن باب الشروط بين الزوجين [1].

وبهذا يكون قانون الأسرة قد كرس حماية للمرأة وكرس مبدأ المساواة بين الزوجين في حق الملكية وحق التصرف في أموالهما الخاصة. كما أن التعديل الذي عرفه قانون الأسرة من خلال إلغاء المشرع للمادة 39 و كذا ما نصت عليه المادة 36 من قانون الأسرة الجزائر الأخير و التي نصت على حقوق و وواجبات مشتركة بين الزوجين ألغت التبعية الشخصية للزوجة حيث كانت في قانون 11/84 تبعية شخصية و استقلالية مالية تعيق المرأة في حرية التصرف في أموالها .

المبحث الثاني: مبدأ المساواة في فك الرابطة الزوجية

المطلب الاول: المساواة في إنهاء الزواج في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة

الفرع الاول : حقوق المرأة في إنهاء الزواج

تناولت الاتفاقية الدولية للقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة حقوق المرأة عند إنهاء عقد الزواج في إطار المبدأ العام الذي يحكم كافة أحكامها، و هو عدم التمييز ضد المرأة مع مساواتها مع الرجل ، فنصت المادة 16 الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية على" **أن تتخذ الدول الأطراف فيها التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية و أن تضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل مع المرأة ... نفس الحقوق و المسؤوليات عند فسخ الزواج.**"

و على ضوء ما تقدم يتضح أن الاتفاقية السالفة الذكر حظرت أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، و يكون من آثاره و أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة بتلك الحقوق على أساس

[1]- بن داود عبد القادر، المرجع السابق ، ص108.

تساويها مع الرجل في الحقوق عند إنهاء الزواج ، سواء تعلقت المسألة بأسباب إنهاء الزواج أو في إجراءاته و آثاره ، كما يعني أيضا و من باب أولى حظر إبطال الاعتراف للمرأة بممارسة بتلك الحقوق.

يقوم حظر التمييز ضد المرأة في إنهاء الزواج و آثاره على رفض حقيقة وجود تمايز ضد المرأة في الخصائص و الوظائف بين الرجل و المرأة، و هو 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 و حقوق الإنسان بصفة عامة بعد مخاض طويل[1].

فبالنسبة لهذه الاتفاقية فإن المساواة في إنهاء الزواج يعني تساويهما في طرق و إجراءات حل الرابطة الزوجية ، فلا يختص الرجل أو المرأة بإنهاء الزواج بإرادة أي منهما المنفردة و لا يخول أحد منهما صلاحيات تفوق الطرف الآخر في وضع حد لهذه العلاقة ، كما لا تختلف أسباب إنهاء هـ و إجراءاته بالنسبة للزوج عنها بالنسبة للزوجة .

ومتى انتهى الزواج يجوز استمرار الإعانة المتبادلة للزوجة التي التزم بها الزوجان بمقتضى عقد الزواج، و لكل من المرأة و الرجل حق المطالبة بالإعالة من الطرف الآخر إذا لم يكن الطالب قادرا على إعالة نفسه ، ومع ذلك لا يختص أحدهما بأي التزام أو واجب لا يلتزم به الآخر عند إنهاء الزواج.

الفرع الثاني : النتائج المترتبة على التحديد السابق لحقوق المرأة في إنهاء الزواج في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة

1- إن تحديد حقوق المرأة عند إنهاء الزواج في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة يوجب تساوي طرفي العقد في الحقوق كافة المقررة عند إنهاء الزواج في النظم و القوانين الداخلية في الدولة الطرف في الاتفاقية ، و تفرعا عن ذلك لا يجوز أن يختص الرجل بإحدى طرق حل الزواج كجعل حق الطلاق أصلا في يده لأن الأثر المترتب على ذلك ينال بدون شك من الاعتراف للمرأة على أساس تساويها مع الرجل بحقها في إنهاء الزواج[2] .

[1]- رؤية نقدية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، المجلس الإسلامي العالمي للدعوة و الإغاثة ص17.
[2]- رؤية نقدية لاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المرجع السابق ،ص17

2- أسباب إنهاء الزواج و إجراءاته بالنسبة للزوج لا تختلف عنها بالنسبة للزوجة، و من تم لا يجوز على سبيل المثال جعل زنا الزوجة سببا للطلاق أما زنا الزوج ليس من شأنه إحداث نفس الأثر.

كما لا يجوز فرض قيود إجرائية على إنهاء الزواج من قبل الزوجة دون فرض قيود مماثلة إذا كان إنهاء الزواج من قبل الزوج، لأن ذلك من شأنه المساس بمبدأ المساواة بين المرأة و الرجل.

3- لا يترتب على إنهاء الزواج إقرار حقوق للمطلقة على المطلق كنفقة أو غيرها و لا يتحمل أي منهما عبء التزامات وواجبات اتجاه الآخر لا يتحملها الطرف الأخر لتعارض ذلك مع الحقوق المساوية للرجل و المرأة عند إنهاء الزواج التي تكفلها الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة .

المطلب الثاني:مظاهر المساواة في فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 صنف فك الرابطة الزوجية إلى ثلاثة صور، وقد سار على نفس المنوال في التعديل الحاصل بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 إذ خص الباب الثاني بعنوان انحلال الزواج، و عدّد فيه صور فك الرابطة الزوجية و هي: الطلاق الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج ، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 منه و المتمثلة في التطليق و الخلع.

وقبل التطرق إلى الإمكانيات المتاحة للمرأة في فك الرابطة الزوجية يجب التطرق أولا للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي سيكون موضوع الفرع الأول من هذا المطلب ثم إلى التطليق و الخلع في الفرع الثاني منه.

الفرع الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

تنص المادة 48 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 على أنه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون .

و بهذا أكدت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أن الطلاق يعتبر إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية ، دون تقديم تعريف له محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام يقع عليه إذا ما تبنى إحدى التعاريف التي جاء بها الفقه و ترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة 222 عندما نص " **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"[1].

وبهذا فحكم الطلاق في الشريعة الإسلامية هو الإباحة و قد ثبتت إباحيته بالقرآن و السنة و عليها إجماع الصحابة و عمل الأئمة إلى اليوم[2] .

فأما مشروعيته في القرآن الكريم فنجده بعدة سور . من ذلك قوله عز وجل "**يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم و لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة و تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسة** "[3]

و قال الله تعالى "**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** "[4] و قوله تعالى "**لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**"

أما أدلة إباحة الطلاق من السنة فيما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أن ابن عمر طلق امرأته و هي حائض،فسأل عمر الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له " **امره فليراجعها ثم ليتركها حتى**

[1]- باديس ذيابي ،صور فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري ،ص8.
[2]- محمد سمارة ، المرجع السابق ، ص272.
[3]- سورة الطلاق
[4]- سورة البقرة ، الآية 229

تطهر ثم تحيض تم تطهر ثم إذا شاء أمسك بعد و إن شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء "[1]، كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة أم المؤمنين ثم أمره الله تعالى بإرجاعها لأنها صوامة قوامة .

أما الإجماع يقضي بأن الطلاق وقع من الصحابة رضوان الله عليهم دون أن يخالف أحد في ذلك.

إلا أن إعطاء الحق للرجل في الطلاق بالإرادة المنفردة ليس تفضيلا عن المرأة، بل لأن الرجل يكون أكثر ترددا و تأملا و تأنيا في الحفاظ على عش الزوجية من المرأة و هذا لعدة عوامل منها :

- إن الرجل أقرب من المرأة في الغالب الأعم إلى ضبط انفعالاته و كضم غيضه و إلى تحكيم العقل، بينما المرأة في المقابل أقرب منه في تحكيم العاطفة وتغليب انفعالاتها مما يجعلها إن أعطيت حق الطلاق أصلا أسرع إلى النطق به عند احتدام النزاع ولو في مشادة وقتية يمكن أن تنتهي، و لأن الطلاق تترتب عليه تبعات مالية و اجتماعية يلتزم بها الأزواج كمؤجل المهر و نفقة العدّة و المتعة، كما يضيع على الزوج ما دفعة من مال في سبيل إتمام الزواج وتحمله تكلفة جديدة للزواج مرة ثانية .

ومما لا شك فيه أن هذا العائق المالي يمثل عاملا قويا يدفع الرجل عند نشوب النزاع إلى مزيد من التروي و عدم التسرع في النطق بالطلاق و عدم الإقدام عليه إلا في الضرورة القاهرة، و الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمرأة فلا يصيبها من تبعات الطلاق المالية شيء يحملها على التروي و للتفكير فيه قبل إيقاعه[2].

لقد وضع المشرع الجزائري الطلاق بالإرادة المنفردة تحت مراقبة القضاء حيث تنص المادة 49 " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي ...**"

---

[1]- متفق عليه.
[2]- محمد سمارة ، المرجع السابق ،ص274.

و لقد لقيت هذه المادة معارضة من طرف كثير من الناس لسوء فهمهم لها فقالوا كيف يكون الطلاق بحكم القاضي في حين أن الطلاق يثبت بمجرد تلفظ الزوج به دون حاجة لحكم القاضي و اعتبروا نص المادة 49 من قانون الأسرة مخالف للشريعة الإسلامية .

و في الحقيقة ليس في هذا مخالفة للشريعة الإسلامية لأن فقه القانون يفرق في الأحكام القضائية المنشئة للطلاق و حكم الطلاق هنا هو حكم كاشف [1]، وهذا بالإضافة إلى أن إخضاع الطلاق لإجراءات قضائية سيوفر للزوجة حماية من كل تعسف من قبل الزوج في ممارسة الطلاق .

و بهذا فإن المشرع الجزائري زيادة على جعله للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تحت مراقبة القضاء ، من أجل حماية المرأة من الطلاق التعسفي فقد عزز هذه الحماية من خلال توسيع حالات التطليق بالإضافة إلى الطلاق الاتفاقي و الخلع.

الفرع الثاني : إمكانيات حل الرابطة الزوجية

إن المساواة في فك الرابطة الزوجية تتمثل في منح المرأة إمكانيات فك هذه الرابطة بمقابل ما للرجل من إمكانية الطلاق بالإرادة المنفردة .

*** التطليق** : لقد أجازت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري للزوجية طلب التطليق بتوفر جملة من الأسباب، و قد نص المشرع على هذه المادة لعدة اعتبارات ومن أهمها أن الطلاق بحكم الشرع و القانون حق للزوج و يملك إيقاعه لنفسه لأن العصمة بيد الزوج، و الشارع الحكيم راعى جانب الزوجة ورفع الحرج عنها إذا كانت لا تملك مالا تفتدي به نفسها و لذا فتحت لها الشريعة الإسلامية بابا للخلاص حتى و إن

[1]- بن داود عبد القادر ، المرجع السابق ،، ص110.

لم يرض به الزوج، و القاضي ملزم بالتالي الاستجابة لطلب الزوجة في التطليق متى وجد السبب الذي يقتضي حالة الفرقة بين الزوجين .

و في هذا مصلحة إذا استحالت الحياة الزوجية أو وقع الضرر من قبل الزوج على الزوجة و تعسف في حقها ، ومراعاة لهذه المصلحة منح الشارع الحكيم للزوجة هذا الحق الذي يكرس منتهى العدالة [1].

وهذا إن كان القاضي لا يلعب أي دور في طلاق الرجل لزوجته بالإرادة المنفردة للزوج بحيث انه يشهد فقط على واقعة الطلاق و هو حكم كاشف، كما ذكرنا سالفا وليس منشئا و دون أن يقيد طلبه بشروط أو قيود فإنه بالمقابل جعل حق الزوجة في طلب التطليق مقيد بجملة من الأسباب جاءت على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري .

أ– تعريف التطليق:

يمكن تعريف التطليق بأنه طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة ،ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة على أن يفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة و الإنصاف.

يختلف التطليق عن الطلاق كون الطلاق يقع بإرادة الزوج ، أما التطليق فيكون بطلب من الزوجة و بإرادة القاضي، ويرجع السبب في تدخل القاضي هنا لأن العصمة ليست بيد الزوجة و تبعا لذلك فهي لا تملك أن تطلق نفسها بنفسها من زوجها و لذا أجازت لها الشريعة الإسلامية الالتجاء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج ، هذا وحسب فقهاء القانون لم يرد لفظ التطليق في القرآن و السنة ، حيث أن الشريعة الإسلامية تستعمل لفظ الفرقة أو التفريق[2].

ب–أسباب التطليق:

[1]- محمد سمارة ، المرجع السابق ، ص 320.
[2]- عثمان التكروري ، شرح قانون الاحوال الشخصية ،ط1 2004 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ص216

نص قانون الأسرة لسنة 1984 قبل التعديل بأمر 02/05و بالمادة 53 التي نصت على ما يلي " **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :**

- **عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78،79 ،80 من هذا القانون .**
- **العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .**
- **الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .**
- **الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجة .**
- **الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة .**
- **كل ضرر معتبر شرعا و لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و 37 أعلاه .**
- **ارتكاب فاحشة مبينة ."**

فالمادة 53 من قانون 11/84 جاء مسايرا لما ورد في القانون المقارن لا سيما قانون الأحوال الشخصية المصري لسنة1920 ثم قانون 1929 و الذين تحدثتا عن التطليق و الحالات التي يستوجب فيها طلب التطليق من القاضي .

فالمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل عددت سبع حالات يمكن للقاضي من خلالها النطق بفك الرابطة الزوجية عملا بأحد الأسباب الخاصة بالتطليق و يبقى ذلك مرهونا بما تقدمه الزوجة من بينة و أدلة لإثبات حالة من الحالات المذكورة .

و لئن كانت الحالات مؤسسة في معظمها على ما خلص إليه فقهاء الإسلام في هذا الموضوع ، فإن ما جاء في الأمر المعدل لقانون الأسرة 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 أضاف حالات أخرى للمادة 53 ولم يعد التطليق مبنيا على سبع حالات فقط بل امتد إلى عشرة حالات ، أي بزيادة ثلاث حالات أخرى ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فك الحصار على بعض الحالات الأخرى التي اعتبرتها شروط كثيرة فقام بالتخفيف منها [1]، وسنحاول التطرق إلى الحالات العشرة التي يمكن للزوجة طلب التطليق بسببها و المتمثلة فيما يلي :

1- التطليق لعدم الإنفاق.

الواردة بالفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة و التي نصت على ما يلي " يحق للزوجة طلب التطليق لعدم الإنفاق بعد **صدور الحكم ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 ، 79 ،80 من هذا القانون** ".

يتضح من خلال هذا النص أي الفقرة الأولى من المادة 53 أنها تعطي للزوجة الحق في طلب التطليق بإرادة منفردة و لكن ضمن شروط معينة بحيث أنه مع عدم مراعاة توافر هذه الشروط يسقط حق الزوجة في ممارسة هذا الحق و بالتالي طلب التطليق لعد الإنفاق و يمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي :

✍امتناع الزوج عن الإنفاق عمدا و قصدا [2]:

[1]- باديس ذياني ، المرجع السابق ،ص50.
[2]- عبد العزيز سعد ، الزواج الطلاق في قانون الأسرة الجزائري .....ص 256

و يقتضي هذا الشرط أن الزوج يكون متعسفا بحيث يقصر في الإنفاق على زوجته في إطار النفقة الزوجية الواجبة قانونا بموجب عقد الزواج، وذلك دون أي سبب وجيه إذ يتعمد عدم الإنفاق و يقصد إلحاق الضرر لزوجته .

✍صدور حكم من المحكمة بوجوب نفقة الزوج على زوجته

و هذا يعني أن الزوج قد امتنع عن النفقة مدة معينة من الزمن و أن الزوجة قامت برفع دعوى قضائية ضد زوجها تطالبه بالإنفاق ، مما يترتب على ذلك استصدار حكما يلزمه بالإنفاق سواء كانت دعوى عادية أو استعجاليه .

فإن لم يلتزم بحكم المحكمة القاضي بالإنفاق على الزوجة جاز لهذه الأخيرة رفع دعوى التطليق ، ولهذا فإن الامتناع عن النفقة غير كاف كأساس لطلب التطليق بل لا بد من التأكيد عليه بحكم قضائي[1].

✍ ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب إعساره :

فالزوج قد يكون موسرا كما قد يكون معسرا ، فإن كان معسرا لأي سبب فهنا ينتفي ظلم الزوج لزوجته في عدم الإنفاق و لا يعد ظلما لها لأن العسر لا يحاسب عليه أما إذا كان موسرا و امتنع عن الإنفاق فهنا يكون للزوجة الحق في المطالبة بالنفقة و تطلب التطليق لعدم الإنفاق .

✍ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج :

حتى تتمسك الزوجة بحقها في طلب التطليق بسبب عسر الزوج يشترط ألا تكون على علم بعسر زوجها وقت إبرام عقد الزواج ، فإن كانت على علم بذلك ورضيت به زوجا فإن حقها في طلب التطليق لهذا السبب يسقط بل و ترفض المحكمة طلبها.

[1]- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1،ط1994،1 ،ص276

و بهذا فإن عدم إنفاق الزوج على زوجته يلحق به ضررا و لهذا أعطى القانون للزوجة الحق في طلب التطليق لكن ضمن شروط .

إن الأساس الشرعي لنص هذه المادة هو قوله تعالى " **ولا تمسكوهن ضررا لتعتدوا**"[1] و قوله تعالى " **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** "[2].

إذا فليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع الزوج على الإنفاق على زوجته ، و بالتالي إذا تيقن من عدم الإنفاق عليه أن يسرحها تسريحا جميلا و هو التسريح بإحسان لقوله صلى الله عليه وسلم " **لا ضرر و لا ضرار** " ومنه فإمساك الزوجة بلا نفقة عليها إنما يعطيها الحق في طلب التطليق و القاضي يحكم لها بذلك رغم الاختلاف الفقهي في ذلك .

فالمذهب المالكي و الشافعي يرون انه من حق الزوجة طلب التفريق القضائي و فك الرابطة الزوجية و يفرق بينهما القاضي على التأجيل إلى أجل مسمى كمهلة للزوج ليتدبر أموره و إلا طلقت منه زوجته للإعسار لأنه ضرر لا تجيز الزوجة على قبوله على سبيل التأييد و هذا ما قضى به صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم و منه عمر بن الخطاب و علي بن أبي طالب [3] .

أما المذهب الحنفي لا يفرق بين الزوجين لأن الحياة مترددة بين الهناء و الشقاء و قالوا يلزم للمرأة أن الصبر و تتفرق نفقتها بذمة زوجها و ترفع يده عنها لتكتسب أي تخرج للعمل رغم أنفه و هو ما قضى به علماء التابعين مثل عطاء و ابن شهاب الزهري وابن شبرمة و سفيان الثوري .

2- التطليق للعيوب .

و هو ما نصت عليه المادة 53 الفقرة 2 " **العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج** " و الهدف من الزواج طبقا للمادة الرابعة من قانون الأسرة هي المودة و الرحمة و التعاون ، وإحصان الزوجين و

[1]- سورة البقرة ، الآية 231
[2]- سورة البقرة ، الآية 225
[3]- عبد القادر بن داود ، المرجع السابق ، ص134

المحافظة على الأنساب و انطلاقا من هذه المادة فإن المشرع قد أجاز للزوجة طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج .

إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد أي عيب من العيوب الحائلة دون تحقيق الزواج و اكتفى بفقرة موجزة جدا تحدث فيها عن العيوب بلفظ عام دون أي تدقيق أو شرح تاركا المسألة للاجتهادات الفقهية.

3- التطليق للهجر في المضجع .

تنص المادة 53 الفقرة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري أن الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر يعتبر سببا من أسباب التطليق ، و الهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التي شرعتها الله للزواج من أجل تأديب زوجته الناشز لقوله تعالى " **و اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجروهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا ا عليهن سبيلا** ".

ولما كان الهجر في المضجع كوسيلة للتأديب يجب أن يكون في حدود قوله تعالى "**واهجروهن هجرا جميلا** "[1] ومن هنا يتضح أن الهجر الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري هو الهجر الموقع للضرر و الموجب للتطليق .

وحتى يتسنى للزوجة طلب التطليق للهجر في المضجع لا بد من توافر الشروط التالية :

- هجر الزوج لزوجته من المبيت معها في فراش الزوجية و الاعراض عنها و عدم الاقتراب منها أو ترك فراش الزوجية و النوم الزوج في فراش آخر .
- أن يكون هذا الهجر عمديا دون مبرر شرعي و قانوني .
- أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر و أن لا يقع أي اتصال بين الزوجين .

[1]- سورة النساء الآية 34

و بهذا فإن الخلفية الشرعية لنص المادة 53 في الفقرة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري هي ما جاء في القرآن الكريم حول الايلاء تطبيقا لقوله تعالى " **للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم و إن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم** " [1]، وقوله تعالى " **و للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر** "[2].

نجد المشرع الجزائري يأخذ مرة الهجر لأربعة أشهر من حكم الايلاء و الايلاء لغة هو الحلف بعدم الاقتراب من الزوجة .

و لقد كان الايلاء طلاقا في الجاهلية يستخدمه العرب للإضرار بالزوجة ، ولما جاء الإسلام حرمها وغير من الايلاء فجعله يمينا بعدما كان طلاقا و أزم من يعود عنه أن يرجع فيه بكفارة اليمين .

4- إدانة الزوج جزائيا .

تم تعديل المادة 53 بحذف العقوبة الشائنة في أسباب التطليق و تعويضها بالجريمة الشائنة إشارة إلى جرائم الأخلاق و الأموال التي تتميز بأنها شائنة أكثر من غيرها رغم أن كل الجرائم شائنة، لكن ليست كلها تؤدي إلى استحالة الحياة الزوجية كجريمة انعدام شهادة التأمين أو المشاجرة أو الجروح خطأ ونحوها فهذه الجرائم يعاقب عليها قانون العقوبات و لكنها ليست شائنة و لا مؤثرة على استمرار الحياة الزوجية .

الخلفية الشرعية أن في مذهب الإمام مالك يأخذ السجين حكم الغائب دون تطرق إلى نوع الجريمة فمن المالكية من يطلق من السجين زوجته برغم من أنه معذور ووجه عذره أنه لم يقصد الإضرار بزوجته ..... عما عنه ، إنما يقع التفريق لحصول الضرر لزوجته ، ورسول الله صلى الله عيه وسلم قال " **لا ضرر و لا ضرار** " و بهذا فإن المشرع الجزائري في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 في المادة 53

[1]- سورة النساء الآية .....
[2]- سورة البقرة الآية 266

لم يأخذ بعين الاعتبار مدة الحبس و إنما أخذ بعين الاعتبار الإدانة في حد ذاتها و استحالة مواصلة الحياة الزوجية تاركا ذلك لتقدير قضاة الموضوع [1] .

5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة .

استمد المشرع الجزائري هذه الفقرة الخاصة بالغيبة بعد مضي سنة بدون عذر من مذهب الإمام مالك ، والذي يوافقه فيه الإمام أحمد و ذلك باعتمادهما أنه يجوز للزوجة طلب التطليق دفعا للضرر عنها.

إلاّ أن المشرع الجزائري أضاف لغيبة الزوج بدون عذر النفقة أيضا ، رغم أن الإمام مالك يرى أن للزوجة الحق في التطليق من زوجها إذا غاب عنها حتى لو كان له مال تنفق منه[2] .

يشترط لتحقيق هذا السبب كحالة من حالات التطليق ما يلي :

- أن يكون غياب الزوج عن زوجته بغير عذر مقبول
- أن تضرر بغيابه
- أن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم فيه
- أن تمر سنة تتضرر فيها الزوجة .

فإذا كان غياب الزوج بعذر مقبول لطلب العلم أو ممارسة تجارة أو لكونه يعمل خارج أرض الوطن أو كان مجندا في مكان بعيد ، فإن ذلك لا يعد سببا للتطليق و لا يسوغ للزوجة طلب التفريق بينهما . فمتى

[1]- بن داوود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري الجديد ، ص 140.
[2]- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 278.

تحقق الضرر جاز للزوجة لطلب التطليق ، وكذلك لا بد من مرور سنة لتتحقق فيها الضرر للزوجة و تشعر بالوحشة و تخشى فيها على زوجها من الوقوع في الحرام .

كما أن المشرع الجزائري أضاف شرطا آخر إلى الأربعة المذكورة سابقا و هو أن الغيبة لا بد أن تكون مقترنة بانعدام العذر و كذا انعدام النفقة ، معنى ذلك أنه حتى و لو تغيب الزوج عن زوجته لمدة سنة بدون عذر و له مال تنفق منه ، فلا يجوز لها في هذه الحالة أن تطالب بالتطليق .

6- حالة ارتكاب فاحشة مبينة .

تناولت الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حالة ارتكاب فاحشة مبينة من اجل طلب التطليق ، دون النص على المراد في قانون الأسرة من عبارة فاحشة مبينة .

و في هذه الحالة تبقى الإحالة الواردة بنص المادة 222 من قانون الأسرة هي الحل الأوحد ، بسبب سكوت القانون عن البيان ، رغم أن المعمول به قضائيا هو حصر الفاحشة في الزنا ، فمعنى الفاحشة في الاصطلاح القانوني يختلف عن معناها في الاصطلاح اللغوي و الشرعي ، ويراد بها في لغة القانون بالأخص زنا الأقارب تبعا للمفهوم الجنائي للمصطلح وفقا لقانون العقوبات الجزائري .

و في الحقيقة فإن الفاحشة ف بمدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا ، و إنما تتعداها إلى الجرائم التي أقر لها الشارع الحكيم عقوبات محددة و معينة تسمى (الحدود) و هذه الجرائم هي الزنا ، القذف ، السرقة ، السكر ، و الردة و البغي ، بهذا إذا أتى الزوج بفاحشة جاز للزوجة طلب التطليق بسبب ارتكاب الزوج للفاحشة .

*الحالات التي أضافها المشرع في تعديل قانون الأسرة كأسباب للتطليق :

ركز قانون الأسرة الجزائري على سبع حالات يمكن لزوجة أن تطالب بالتطليق بناءا على أية حالة منها ، وفي ذلك ترجيح للمبدأ القائل بأن صورة التطليق هاته إنما وجدت للتيسير على الزوجة إذا ما أرادت فك زوجيتها .

و لأن المسألة لا تتعلق بالحق الأصيل ، شرع القانون الحالات السبع المذكورة سابقا لطلب التطليق و إن كانت الحالات مؤسسة في معظمها على ما خلص إليه فقهاء الإسلام في هذا المجال ، فإن ما جاء به الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل لقانون الأسرة أضاف حالات أخرى للمادة 53 و لم يعد التطليق مبنيا على سبع حالات فقط ، بل امتد إلى عشرة حالات أي بزيادة ثلاثة حالات أخرى ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فك الحصار عن بعض الحالات التي اعتبرتها شروطا كثيرة فقام بالتخفيف منها ، وسنستعرض الحالات الثلاث التي أوردها التعديل على أسباب طلب التطليق و المتمثلة فيما يلي[1] :

1- الشقاق المستمر بين الزوجين .

تمت إضافة الشقاق المستمر كسبب من أسباب التطليق في تعديل قانون الأسرة رقم 02/05 لأن الشقاق المستمر يؤدي إلى انعدام أسباب الألفة و نفي المودة و الرحمة و السكينة بين الزوجين ، وهذا السبب هو وليد الاجتهاد القضائي لمحكمة العليا فتعين تثبيته بتقنينه ، لأنه إذا كان من مقاصد الزواج المودة و الرحمة و السكينة و كان استمرار الشقاق مخلا بكل هذه المقاصد ، فمنح الزوجة حق طلب التطليق هو حفظ لاستقرار الزوجين و حفظ للأولاد من استمرار الصراع بين أبوهم ، و إلا انتهى الحال إلى الجريمة كقتل الأزواج و الزوجات و ما إلى ذلك .

2- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

هذه الفقرة أيضا استحدث بموجب التعديل الجديد و مصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى و التي تنص على ما يلي " **للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي**

[1]- باديس ذبابي ، المرجع السابق ، ص55.

لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل الزوجة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون " فكان الإخلال بالشرط سببا من أسباب التطليق .

3- التطليق لضرر .

وتختص هذه الفقرة بكل ضرر معتبر شرعا ، وفي الحقيقة هذه الفقرة كانت موجودة في في قانون الأسرة لسنة 1984 ، فقبل تعديل قانون الأسرة في سنة 2005 أقر المشرع الجزائري الضرر المعتبر شرعا بمخالفة أحكام المادة 08 من قانون 11/84 و المتعلقة بحالة قيام الزوج الزواج بامرأة ثانية دون علم الزوجة الأولى ، وكذا المادة 37 من نفس القانون و المتعلقة بعدم النفقة الشرعية و عدم العدل بين الزوجات ، غير أن التعديل أكد أن مخالفة المادة المعدلة هي الأخرى يعد سببا مستقلا و يخرج من دائرة عموم اللفظ للضرر المعتبر شرعا .

و يقصد بالضرر هنا كل أذى يصيب الزوجة و لم يكن بسبب الغيبة و لا العيب و ينحصر عند كثير من الباحثين في نوعين إيجابي و سلبي ، فأما الايجابي فهو ما يصدر من الزوج من قول و فعل يوجب تأذي الزوجة و تضررها ماديا أو معنويا أو الاثنين معا وحدث الشقاق بينهما ، و أما السلبي فهو هجرها و منعها ما تدعوا إليه الناحية الجنسية .

الفرع الثالث : فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع:

تنص المادة 54 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم

فالخلع بفتح الخاء في اللغة يقصد به النزاع و الإزالة ، فيقال خلع المرء ثوبه ، وهو بضم الخاء طلاق المرأة مقابل عرض تلتزم به المرأة و تم أخذ هذا المعنى من قوله تعالى :" هن لباس لكم و أنتم لباس لهن " [1]

و عليه نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد على هذه الآية الكريمة في استعارة لفظ الخلع لحل الرابطة الزوجية التي جعلت من الزوجين كل منهما لباس للآخر [2].

* أدلة مشروعية الخلع:

يستمد الخلع مشروعيته بداية من كتاب الله تعالى و سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، وذلك من خلال الأحاديث النبوية التي وردت في هذا الشأن إضافة إلى ما استدل به .

ففي القرآن الكريم نجد الخلع منصوصا عليه في بعض الآيات منها في قوله تعالى في سورة البقرة في الآية 229 " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تتعدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون "

فالآية الكريمة منعت بشكل صريح الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه للزوجة نظير طلاقها ، إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله ،حيث رفع الجناح و الحرج عليهما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها ، فلا إثم عليها فيما أعطت ، ولا إثم عليه فيما أخذ[3]

الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

[1]- سورة البقرة الآية 187
[2]- أنظر بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 261
[3]- انظر باديس ذبياني ، المرجع السابق ، 61

لقد جاء في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة " **يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها مقابل تعويض** .

و إذا لم يتفق الزوجان على مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل عند صدور الحكم "

لقد جاء في عرض أسباب هذه المادة المرفقة بالمشروع ، بان التعديل الذي أدخل على هذه المادة يهدف إلى توضيح أحكام الخلع عن طريق تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال المستقر عليه منذ 1997 ، وتأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون حاجة إلى موافقة الزوج ، إلا أن الزوج يمكنه منازعة مقابل التعويض ، و يرجع في هذه الحالة إلى القاضي الذي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل [1].

لقد نص قانون الأسرة الجزائري 11/84 على الخلع إلا أنه جاء مقتضبا في مادة وحيدة نصت على جواز مخالعة الزوجة نفسها مقابل مال تدفعه .

غير أن هذا المبدأ كان مبهما لأنه لم يجب عن السؤال المهم فيما إذا كان للزوجة الحق في مخالعة نفسها دون موافقة زوجها .

الحديث في المادة السابقة اقتصر فقط على كيفية تصرف القاضي في حالة عدم الاتفاق على بدل الخلع ، مما أبقى الأوضاع على حالها بتغليب الرأي القائل بضرورة موافقة الزوج على الخلع ، وذلك ما أكدته قرارات المحكمة العليا رغم أن المنطق في تدبر المواد يقضي بأن المادة 48 عرفت الطلاق و المادة 51 و 52 نصت عن الصورة الأولى و هي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ثم جاءت المادة 53 أين عددت الحالات التي يمكن فيها للزوجة طلب التطليق ، وفي حالة ما لم تجد الزوجة مبررا من مبررات المادة 53 خول لها القانون استعمال المادة 54 أين يحق للمرأة المتزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج على مال تدفعه للزوج .

[1]- انظر عبد القادر بن داود ، المرجع السابق ، ص154

إلا أن المشرع الجزائري قد تدارك الأمر بان حسم المسألة في تعديل قانون الأسرة في سنة2005 بالنص صراحة في المادة 54 على انه" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقبل مالي ".

وهذا تتوالى اجتهادات المحكمة العليا منذ سنة 1992 التي جعلت الخلع صورة من صور فك الرابطة الزوجية ، وحقا للزوجة نستعمله وقت ما شاءت و ليس مجرد رخصة حبيسة التزكية و الموافقة من الزوج [1].

حيث كانت المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) قد قضت في بداية الأمر أنه من المقرر فقها و قضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ، و أن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ، إلا أنه مع تطور الأمور تراجعت هذه المحكمة عن موقفها السابق ، وقضت في قرارها الصادر في 21جويلية 1992 بأن المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا .

و في هذا الاتجاه قد سار المشرع الجزائري في تعديله للمادة 54 فاشترط على الزوجين أن يكون الاتفاق على بدل المال و لم يشرطه في الطلاق ذاته .

كما أن المشرع لم يكتف بالخلع على أساس أنه حالة من الحالات التي تسمح للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية قضائيا وذلك بنصه " الطلاق حل عقد الزواج ، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون "[2] .

*مظاهر المساواة بين الزوجين.

من خلال ما تقدم بخصوص صور فك الرابطة الزوجية فنجد أن قانون الأسرة الجزائري أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة انطلاقا من العصمة الزوجية المكفولة شرعا له ، علما أن هذا الحق يجد مصدره في الشريعة الإسلامية القائمة أساسا على إرادة الزوج في إيقاع الطلاق مع اعتبار هذا الأخير في

[1]- باديس ذبياني ، المرجع السابق ، ص25

[2]- تشوار الجيلالي ، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية ، المجلة الجزائرية للعـلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية .

حكم التعسف الذي يستوجب عليه التعويض من قبل الزوج متى وقع الطلاق دون ان يكون له مبرر شرعي ..

لكن مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أعطى قانون الأسرة الجزائري للمرأة المتزوجة إمكانية فك الرابطة الزوجية بوسائل أخذت بالارتقاء إلى درجة و مرتبة الحق الأصيل ، ولم تعد الزوجة تستعمل هذه الصور كرخصة لها تتوقف على إجازة الزوج أو القضاء ، بحيث أصبحت هذه الصور تتطور شيئا فشيئا لتصل في الأخير إلى مرتبة التساوي بين الزوج و الزوجة في سلطة فك الرابطة الزوجية .

لقد أصبح للزوجة إمكانية طلب التطليق ووسع في دائرة المبررات التي يمكن للزوجة بسببها طلب التطليق ، فمن سبع حالات في ظل قانون الأسرة الجزائري 11/84 إلى عشر حالات بعد التعديل ، مع الاحتفاظ بالفقرة الخاصة بالضرر المبرر شرعا كلفظ عام يمكن للقاضي أن يستعمل سلطته التقديرية و يؤسس عليه حكمه حتى و لو كان الأمر يتعلق بالإيذاء الخفيف .ذلك أن صورة التطليق أصبحت ترتقي إلى مرتبة الحق الأصيل .

هذا بالإضافة إلى أن الخلع الذي تنص عليه المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري و التي تعطي للمرأة المتزوجة الحق في مخالعة نفسها حتى دون موافقة الزوج ، و بالتالي نجد أن هناك توجه تدريجي للمشرع الجزائري نحو جعل عقد الزواج مدنيا تتساوى فيه حظوظ المرأة و الرجل في فك الرابطة الزوجية[1].

رغم ذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ المساواة المطلق بين الزوجين بخصوص هذا الرباط الشرعي ألا وهو الزواج وفق ما نصت عليه اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مادتها 16 و التي تحفظت عليها الجزائر أثناء المصادقة عليها في سنة 1995 . و التي تنص على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لقضاء على جميع ما يشكل تمييزا و عنصرية ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات العائلية ، وبوجه خاص قيام هذه العلاقات على أساس المساواة بين الرجل و المرأة .

[1]- باديس ذبياني ، المرجع السابق ، ص82.

ج- نفس الحقوق و المسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه ، ولقد تحفظت الجزائر على مقتضيات هذه المادة ، خاصة ما يتعلق بالتساوي بين الرجل و المرأة في الحقوق و المسؤوليات أثناء الزواج و فسخه و ذلك لكون المساواة من هذا القبيل تعتبر منافية للشريعة الإسلامية التي تضمن لكل من الزوجين حقوقا وواجبات في إطار من التوازن و التكامل و ذلك حفاظا على الرباط المقدس ، ولو أن الجزائر تحفظت على هذه المادة بسبب مخالفتها للقانون الداخلي ، وهذا ما ذكر في إعلان التحفظ ، رغم أن القانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية .

إلا أن هذا التحفظ أصبح دون جدوى بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري و الاتجاه نحو تكريس المساواة التدريجي بين الجنسين اعتمادا على المرجعية الإسلامية و الدولية ، حيث تضمن هذا التعديل مقتضيات من أجل خلق نظام أسري يقوم على احترام حقوق المرأة و صيانة كرامة الرجل .

المطلب الثالث : المساواة بين الزوجين في آثار الطلاق و الحضانة و الولاية :

إن الطلاق حقيقة اجتماعية و شرعية تترتب عنه آثار و التزامات على الزوجين و عليه أقر قانون الأسرة الجزائري مجموعة من الحقوق لصالح المرأة تستفيد منها أثناء وقوع الطلاق و هذه الحقوق منها ما يندرج في إطار الحقوق المالية للمطلقة و منها ما يتعلق بالحضانة .

الفرع الأول : حماية حقوق المرأة المترتبة عن الطلاق :

بالنسبة للحقوق المالية للمرأة فهي تشمل نفقة العدة و السكن وهنا تبنى المشرع الجزائري رأي الحنفية بالقول أن للمطلقة الحق في السكن و النفقة ، وذلك ما تجلى في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على أن لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة ارتكابها فاحشة مبينة ، ولها الحق في النفقة و عدّة الطلاق .

كما أن المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري قضت بالحكم بتعويض المطلقة في حالة الطلاق التعسفي[1] .

وهنا يجدر التنبيه إلى أن التعويض عن الطلاق التعسفي ليس أمرا استحدثه المشرع الجزائري ، أو حكما مدنيا اقتبسه المشرع الجزائري من المادة 124 من القانون المدني الجزائري الصادر تحت الأمر 58/75 المعدل ، بل هو موجود في الشريعة الإسلامية[2].

و على خلاف المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية التي تنص في المادة 84 على نفقة المتعة [3]، بدل التعويض .

و يمكن للمطلقة أيضا الاستفادة من التعويض الذي تقره المحكمة في حال لجوء الزوجة إلى طلب التطليق للضرر طبقا للمادة 53 مكرر التي تنص على أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

الفرع الثاني : الحضانة

1- الحضانة في الاتفاقيات الدولية

قبل التطرق إلى الحضانة في قانون الأسرة الجزائري من أجل التعرف على مدى أخذه بالمساواة بين الجنسين ، سنتناول الحضانة في القانون الدولي من خلال التطرق إلى الحضانة في الاتفاقية حماية حقوق الطفل ثم الحضانة في العهد الدولي للحقوق السياسية و المدنية ، وأخيرا التطرق إلى الحضانة في الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة .

[1]- تنص المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

[2]- عبد القادر بن داود ، المرجع السابق ، ص118

[3]- المادة 84 من مدونة الاسرة المغربية " تشمل مستحقات الزوجة الصداق المؤخر إن وجد ، ونفقة العدة و المتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج و الوضعية المالية للزوج و أسباب الطلاق و تعسف الزوج في توقيعه"

أولا : اتفاقية حقوق الطفل.

لقد حثت اتفاقية حقوق الطفل جميع الدول و المؤسسات و الهيئات التشريعية و القضائية على أن يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل في جميع القوانين و الإجراءات التي تتعلق بالطفل ، وحضانة الطفل هي من أهم الأولويات التي جب على المجتمع مراعاتها ، تحقيقا للتعهد الواقع على عاتق الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل [1] بالمادة الثالثة فأوصت ضرورة ضمان الحماية و الرعاية اللازمين لرفاهية الطفل مع مراعاة حقوق وواجبات الوالدين و الالتزام الواجب على كل دولة بأن تتخذ جميع التدابير التشريعية و الإدارية الملائمة لذلك .

ثانيا : الحضانة في العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية.

وقد جاء في المادة 23 الفقرة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية أن تتخذ الدول الأعضاء في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما عند إبرام عقد الزواج و خلال قيام الزواج و لدى انحلاله ، و في هذه الحالة الأخيرة يتوجب اتخاذ تدابير الكفيلة لحماية الأولاد إن وجدوا .

ثالثا : الحضانة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

نصت المادة 16 من اتفاقية(سيداو) في الفقرة (و) على المساواة بين الزوجين في الحقوق و المسؤوليات فيما يتعلق بالولاية و القوامة و الوصاية على الأطفال ، كما نصت الفقرة (د) على إعطاء الزوجين نفس الحقوق و المسؤوليات بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتهما الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما .

[1] - المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989

إذن الحضانة هي حق للطفل ، ومسؤولية الزوج و الزوجة بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتهما الزوجية ، ويقرر القانون الدولي المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بمسؤوليتهما عن حضانة أطفالهما و رعايتهم و الولاية عليهم أثناء الزواج أو بعد فسخه و إنهاء العلاقة الزوجية.

من خلال استقراء الاتفاقيات السالفة نلاحظ بأن القانون الدولي يساوي بين الزوجين في حقوقهما و مسؤولياتهما نحو أطفالهما أثناء الزواج أو في حالة الانفصال أو الطلاق ، و المعيار الوحيد في تفضيل أحدهما .

فإلى أي مدى أخذ قانون الأسرة الجزائري بالمساواة بين الزوجين في موضوع الحضانة بعد فك الرابطة الزوجية ؟

2- الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

الحضانة هي ضم الصغير للحاضن أو الحاضنة و القيام بحفظه وحمايته و تربيته و هي حق للصغير و مصلحة له ، وهذه المصلحة مقدمة على أي مصلحة أخرى ، وقد أعطت الشريعة الإسلامية حق حضانة الصغير لأمه ولو كانت مطلقة ، وهي مقدمة على غيرها من النساء .

و تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدل برقم 02/05 على أن " **الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الخالة ثم الجدة لأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك .**

وعلى القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "

من خلال هذه المادة نجد المشرع الجزائري قد أعاد النظر في ترتيب الحق فب ممارسة الحضانة عن طريق تقديم الأب على الجدة لأم و الخالة حيث أصبح أولى منهم و أكثر حرصا في اعتقاد القانون على رعاية أبنائه[1] .

ولقد كان نص المادة 64 قبل التعديل أي في ظل قانون 11/84 على أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وبهذا كان قانون الأسرة يجعل الأولوية للأم ثم لجهة النساء و جعل ممارسة الأب لهذه الحضانة في مرتبة أخيرة .

من كل ما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى امتيازا مهما في الحضانة و استند في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي كرمت الأم و أعطتها مكانة متميزة مقارنة مع الأب .

إلا أن الملاحظ في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 الذي مكن الأب من الاستحواذ على حضانة الأولاد مباشرة بعد الأم لم يستصغه العديد من الفقهاء ، بل هناك من اعتبره مخالفا لجميع المذاهب الفقهية السنية ، لأن هذا المنحى لم تأخذ به سوى الشيعة ، كما اعتبروه مخالفا لنصوص صريحة لأنه ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن قضى في ابنة حمزة لخالتها و قال " **الخالة بمنزلة الأم** "[2] .

في حين اعتبر البعض أن هذا التعديل إيجابي و له مزايا قررت لمصلحة المحضون ، و التعديل في نص المادة 64 التي رتبت الحواضن جاء من أجل معالجة الواقع الذي تعيشه العائلة الجزائرية لا سيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة .

فكان الأب في ظل قانون الأسرة الجزائري 11/84 يعتبر حقه مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها .

[1]- عبد القادر بن داود ، المرجع السابق ،ص 166.
[2]- إدريس الفاخوري ، الاتجاهات الفقهية .

فتعديل 2005/02/27 و إن خرج عن المذهب المالكي و بقية المذاهب الأخرى في مسألة ترتيب الحاضنين ، فإنه حاول أن يساوي بين جهة الأم و الأب إلا أنهٌ ر بمبدأ التداول[1] .

الفرع الثاني : الولاية و الوصاية على الاولاد :

أولا : الولاية على الأبناء في القانون الدولي :

ساوت اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة بين الأب و الأم في الولاية و القوامة و الوصاية على أطفالهما و في جميع الأمور المتعلقة بهم[2].

وجاء العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية متوافقا مع ما تضمنته الاتفاقية السابقة حيث نص في المادة 23 الفقرة الرابعة على" أن تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج و خلال قيام الزواج و لدى انحلاله " ، ومن الواضح أن واجبات الزوجين لا تنحصر في واجباتهما الزوجية بل تتعدى ذلك لواجباتهما نحو أولادهما .

ثانيا: الولاية على الأبناء في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بأن الولاية على القصر تكون للأب وبعد 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 يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد و هذا على خلاف ما كان ينص عليه قانون الأسرة 11/84. حيث كانت المادة 87 تنص فقط على أن يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا .

---

[1]- باديس ذبياني ، آثار فك الرابطة الزوجية ، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي ،دار الهدى ،عين مليلة ، الجزائر ،ص79 ص79.

[2]- نصت الفقرة(و) من المادة 16 من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة " على أن يكون للمرأة في عقد الزواج نفس الحقوق و المسؤوليات فيما يتعلق بالقوامة و الولاية و الوصاية على الأطفال و تبنيهم أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسة الاجتماعية حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني و في جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة"

وهنا نجد أن قانون الأسرة الجديد أعطى صلاحيات للام في الولاية على أبنائها ،وهذا حتى يسهل لها تسيير الأمور المستعجلة الخاصة بأطفالها سواء في حالة غياب الأب في حال قيام الزوجية أو إذا كانت تقوم على حضانتهم في حالة وفاة الزوج أو طلاقها منه .

إذن من خلال ما سبق نجد أن قانون الأسرة الجزائري منح إمكانيات واسعة و مساوية للرجل في فك الرابطة الزوجية خاصة في تعديل 2005 و الذي وسع من أسباب طلب التطليق إلى عشرة أسباب بعدما كانت سبعة فقط في ظل قانون 11/84 ،كما أعطاها إمكانية مخالعة زوجها حتى بدون موافقته ، و التميز الايجابي الذي تستفيد منه المرأة هو إمكانية المطالبة بالتعويض في حالة ما إذا هي طلبت التطليق بسبب الضرر .

كما نجد التمييز الايجابي كذلك في أسبقيتها في حق حضانة أطفالها في حالة الطلاق مع مراعاة مصلحة الطفل ، وكذا إعطائها حق الولاية بعد وفاة الأب و في حالة غيابه في الأمور المستعجلة .

لقد حاول المشرع الجزائري في قانون الأسرة التوفيق بين المرجعية الإسلامية و المرجعية الدولية فتأرجح بين المساواة بين الرجل و المرأة و حماية المرأة سواء في انعقاد الزواج أو أثناء الزواج و في انحلال العلاقة الزوجية . فإذا كانت الأسرة هي اللبنة الأساسية في المجتمع ، فإن دعامة الأساسية هي المرأة لأنها عنصر فاعل داخل الأسرة و المجتمع و لأن وظيفتها تتميز بالخطورة و الحساسة لذلك لقيت اهتماما كبيرا في قانون الأسرة على إدخال جملة من المقتضيات الهادفة إلى تحقيق المساواة بين الرجل و المرأة في حدود ما تسمح به المقتضيات الشرعية ووفقا لمبدأ المساواة عما هو مقرر في الشريعة الإسلامية .

أقر قانون الأسرة حرية المرأة في اختيار الزوج وهذا تركيزه على عنصر الرضا و الذي ذكره في أرع مواد (4،9،11،13) وجعل الولاية حقا للمرأة الرشيدة تمارسه حسب اختيارها و مصلحتها اعتمادا على أحد تفاسير الآية الكريمة القاضية بعدم إجبار المرأة على الزواج بغير من ارتضته بالمعروف " و لا تعضوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضو بينهم بالمعروف "

وهنا في الحقيقة كان من الأنسب الإبقاء على الولاية لأن اعتبار الولاية إجبار على المرأة وإنقاص من قيمتها هو قول خاطىء لأن مفهوم الولاية يعني في اللغة النصرة و الولي هو المحب و الصديق و هو الناصر المعين وليس القاهر المهين ، فالولاية لا يجب اعتبارها سلطة بل هي تشريف و تكليف فالولي مكلف بالمرأة و مسؤول عنها و هو الذي يتولى العقد عليها بعد ممارسة اختيارها بكل حرية، وهو لا يملك حق إجبارها في جميع الأحوال، فالعيب هنا ليس في الأحكام الشرعية بل في الفهم الخاطىء لها .

كما نص التعديل على مساواة المرأة والرجل في أهلية سن الزواج بتوحيده في تسعة عشرة سنة بالنسبة للمرأة والرجل و هذا تكييفا مع الاتفاقيات الدولية خاصة الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 مع تخويل القاضي إمكانية تخفيضه في الحالات الضرورية المبررة.

فيما يخص التعدد فإن قانون الأسرة حرص على حماية المرأة وهذا من خلال التشديد بجعل التعدد لا يكون إلا بترخيص من القاضي و موافقة الزوجة الأولى و الثانية مع مراعاة قدرة الزوج على العدل ووجود مبرر شرعي للتعدد.

أعطى التعديل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل حق الاشتراط من خلال نص المادة 19 ، هذه المادة بوضعها الحالي على درجة كبيرة من الأهمية على اعتبار أنها تكرس الاتجاه التعاقدي في تنظيم العلاقة الزوجية بين المرأة والرجل على قدم المساواة.

نص على الواجبات والحقوق المشتركة القائمة على التوازن خاصة بإلغائه لنص المادة 39 من قانون الأسرة 11/84 القاضية بواجب طاعة الزوجة للزوج باعتباره رئيسا للأسرة، وهنا كان الأجدر الإبقاء على هذه المادة مع تبيان حدود الطاعة الزوجية، فالطاعة من الجوانب التكليفية للمرأة في الشريعة الإسلامية والتي تعتبر حقا للزوج وهي من الأحكام الثابتة في الإسلام، فقضية القوامة في الإسلام ليست قضية عرف أو عادة أو تقليد أو قانون وضعه الرجل للسيطرة على المرأة، وإنما هي تشريع إلهي روعيت فيه خصائص كل من الرجل والمرأة وروعيت فيه مصلحة الأسرة وبهذا فإن للمرأة نفس الحقوق وعليها نفس الواجبات التي للرجل لكونهما روحا يكمل أحدهما الآخر مصداقا لقوله تعالى: "**يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة**" سورة النساء، الآية 11، أما قوله تعالى: "**الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا**" سورة النساء، الآية 34، فليس المقصود منه تفضيل معدن الرجال على معدن النساء، فهما ينحدران من نفس واحدة وإنما هو تفضيل يرجع إلى فروق عضوية وبيولوجية وليس في الحقوق والواجبات ولا يعني ذلك القهر والإستبداد وإهضار شخصية المرأة. من هنا فإن المشرع بإلغائه المادة 39 من قانون الأسرة القديم المستوجبة واجب طاعة الزوجة لزوجها قد خالف حكما من الأحكام الفقهية الثابتة وساير منطق المساواة كما جاءت به المواثيق الدولية.

من بين المستجدات في قانون الأسرة المعدل هو إدخال الاستثناء على قاعدة استقلالية الذمة المالية، إذ أجاز من خلال المادة 37 من قانون الأسرة للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي 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.

ومن بين التعديلات كذلك جعل الطلاق حلا لميثاق الزوجية يمارس من قبل الزوج والزوجة كل حسب شروطه الشرعية وتحت مراقبة القضاء وذلك بتقييد الممارسة التعسفية للرجل في الطلاق وتعزيز آلية الصلح مع ضمان حق المرأة المطلقة في الحصول على كافة حقوقها قبل الإذن بالطلاق مع النص على واجب توفير مسكن للمطلقة إذا كانت حاضنة، وهذا مظهر من مظاهر حماية المرأة في قانون الأسرة الجزائري. كما وسع التعديل في حق المرأة في طلب التطليق لإخلال الزوج لشرط من شروط عقد الزواج، أو للإضرار بالزوجة مثل عدم الإنفاق والهجر أو العنف أو الشقاق المستمر وغيرها من مظاهر الضرر، كما أعطاها الحق في الخلع يحكم به القاضي حتى بدون موافقة الزوج وهذا تعزيزا للمساواة والإنصاف بين الزوجين، وبهذا فإن قانون الأسرة قد وسع في مرجعيته من الأخذ بجميع المذاهب الفقهية وحاول تحقيق المساواة وفق المقاربة الإسلامية مع الأخذ بمقتضيات الاتفاقيات الدولية وهذا فيما يخص حرية المرأة ورضاها الكامل في الزواج والمساواة في أهلية الزواج وكذا المساواة في الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين تجلى ذلك في نص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري وإلغاء المادة 39 التي كانت محل احتجاج من قبل العديد من الحركات النسوية ومحل انتقاد من قبل هيئات دولية.

وبهذا فإن الفلسفة العامة للمشرع هو التوجه التدريجي نحو إرساء المساواة وحماية المرأة، وبهذا تحول مفهوم النظام العام في قانون الأسرة الجزائري من النظام العام التوجيهي Ordre Public d'orientation إلى النظام العام للحماية Ordre Public de Protectionونعني بها

حماية المرأة والطفل خاصة وأن حماية المرأة أصبح معيارا للحكم على مدى التزام الدول باحترام القيم العالمية لحقوق الإنسان القائمة على ثلاثية المساواة، الحرية والحق في الحياة.

أولا: الـمـراجـع بـالـلـغـة الـعـربـيـة.

I. المراجع العامّة:

1. أحمد محمد الشافعي، أصول الفقه، دار الهدى للمطبوعات، 1998.
2. أميمة أبو بكر-شرين شكري، المرآة والجندر-إلغاء التمييز الثقافي والإجتماعي بين الجنسين،دار الفكر المعاصر،ط1، ديمشق سوريا،2002.
3. حسن صلاح الصغير عبد الله ،الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية-دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،مصر،2007
4. حسنين محمدي بوادي، حقوق المرآة بين الاعتدال والتطرف- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
5. خالد مصطفى فهمي، حقوق المرآة بين الإتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية وتشريع الوضعي – دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،مصر،2007.
6. دغيوش نعمان، معاهدات الدولية لحقوق الإنسان تعلوا القانون، دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر،ط1،2008.
7. رشدي شحاتة أبو زيد، إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرآة من المنظور الإسلامي- دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر- الإسكندرية، مصر،ط1 ،1428 ه/2007م.
8. شذى سلمان الداركزلي، المرأة المسلمة في مواجهة التحديات المعاصرة- مكتبة روائع مجدلاوي- عمان، الأردن- الطبعة1-1997.
9. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، جنسية المرآة المتزوجة وأثارها في محيط الأسرة في القانون المصري والفرنسي والسوداني- دراسة مقارنة- مكتبة النصر،1991.
10. عبد الغاني محمود،حقوق المرآة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط1، مصر،1411ه/1991.

11. محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، دار الهناء للطبع والنشر والتوزيع،ط1،2001.

12. محمد بن سعيد بن عبد الرحمن آل سعود، قوامة الرجل وخروج المرآة للعمل- العلاقة والتأثير- دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- الطبعة الأولى- 1422هـ/2002م.

13. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،ج 7،ط1، دار الفكر، مصر،1984.

II. المراجع المتخصصة:

1. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط1،2007.

2. باديس ذيابي،أثار فك الرابطة الزوجية-دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي- دار الهدى،عين مليلة، ط1،2008.

3. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة،ج1- الزواج والطلاق- ديوان المطبوعات الجامعية،1999.

4. شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شركة دار الأمة، ط1،2003.

5. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط3، 1983.

6. عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل- دار هومة الطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2007.

7. عبد القادر بن داود، قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

8. عثمان التكروري، قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط1،2004.

9. عيسى حداد، عقد الزواج- دراسة مقارنة- منشورات باجي مختار، عنابة،2006.

10. محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية –شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية- دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،ط1،2008.

11. مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرآة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1997.

III. الأطروحات والرسائل:

1-جابر عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية

2-عبد الرحمن بدوي، المرأة المغربية بين الكونية والخصوصية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الدار البيضاء، المغرب 2006

3-منادي مليكة بريكة، أحكام الأسرة بين الثابت والمتغير في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس 2006.

IV. المقالات:

1- أحمد رباحي، الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة في أشغال الملتقى الوطني أيام 28 و29 أبريل 2008. حول "المستحدث في قانون الأسرة الجزائري"، المنظم من طرف مخبر القانون الخاص الأساسي لكلية الحقوق، جامعة تلمسان.

2-بن الشيخ حسين دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 32، 1994.

3-بوعبد الله لحسن، تغير اتجاهات الفرد نحو مركز ودور المرأة في المجتمع، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 04، 1995.

4-تشوار جيلالي، خواطر حول تعديلات قانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 2005.

5- خالد برجاوي، قانون الأسرة بالمغرب بين المدونة ومقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مداخلة في أشغال الملتقى الدولي المنظم يومي 19 و20 أبريل 2002 حول "النساء ودولة الحق والقانون" بمقر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط- المغرب.

6-الدكتور سالم بن براهيم، من قضايا المرأة والأسرة في الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، 2000.

7-دنوني هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، 2000.

8-عواشرية رقية، حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، دراسات قانونية العدد01، 2004.

9-فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 32، 1994.

10- محمد وهبة الزحيلي، وحدة النفس الإنسانية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، 2000.

11- نصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، 2000.

V. التقارير

1-تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 32 من 10 إلى 28 يناير 2005، المتضمن التعليقات الختامية الخاصة بالجزائر (668 و CEDAW/ C/SR667).

2-تقرير مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة المتضمن تقرير المقررة الخاصة السيدة باكين ايرتروك المعنية بالعنف ضد المرأة، أساسه وعواقبه، يوم 13 فبراير 2008.

VI. الاتفاقيات الدولية

1-اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) لسنة 1979.

2-اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، نوفمبر 1962.

3-الاتفاقية الدولية بشأن جنسية المرأة المتزوجة، 1957.

4-اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

5-العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، 1966

6-العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية، 1966

7-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.

VII. المراجع النصيّة.

1. دستور 1976
2. دستور 1989
3. دستور 1996
4. المرسوم رقم 84-11 الصادر في 1984/06/06 المتضمن قانون الأسرة.
5. القانون 63-224 الصادر في 1963/06/29 المتعلق بتحديد سن الزواج.
6. المرسوم الرئاسي رقم 96-51 الصادر في 1996/01/22 المتضمن انضمام الجزائر، مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.
7. الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن تعديل قانون الأسرة.

ثانيا: المراجع بالغة الفرنسية:

Ouvrages en langue français

A. Ouvrages généraux et spéciaux :

1. Françoise Dekewver- defossez- l'égalité des sexes, Dalloz, 1998.
2. Saadi Nouredine, la femme et la loi en Algérie, collection dirgee par Fatima Mernissi, éd. Bouchene 1991.
3. Catherine LABRUSSE RIOU, l'égalité des époux en droit Allemand, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1965.
4. DENNOUNI Hadjira, l'évolution des rapports entre époux en droit algérien de la famille, édition DAHLEB, 1998.
5. Ghaouti BENMELHA, élément du droit algérien de la famille, tome 1, le mariage- la dissolution, OPU.
6. TCHOUAR Djilali, réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, OPU.

B. Sites Internet :

www.jora-dp.dz
www.amnestry.arabic.org
www.ara.amnestry.org
www.ikhwanonline.com
www.gender.pogar.org

الفهـــــــــــرس

المقدمـة.....01

الفصل الأول: مضمون مبدأ المساواة في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية.....08

المبحث الأول : مضمون مبدأ المساواة في المواثيق الدولية.....10

المطلب الأول : مبدأ المساواة بين الجنسين في الاتفاقيات الدولية العامة لحقوق الإنسان.....10

الفرع الأول : مبدأ المساواة في ميثاق الأمم المتحدة 11

الفرع الثاني : المساواة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.....12

الفرع الثالث : العهدين الدوليين لحقوق الإنسان سنة 1966.....13

أولا : العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.....13

ثانيا : العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.....13

المطلب الثالث : مبدأ المساواة بين الجنسين في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالحقوق الإنسانية للمرأة 15

الفرع الأول : الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة.....16

الفرع الثاني : المساواة في الاتفاقية الخاصة بمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.....17

أولا:نصوص الاتفاقية.....18

أ-تعريف التمييز في اتفاقية 18

ب- المساواة بين الرجل و المرأة في إطار العلاقات الأسرية.....19

ج- تحفظات الدول العربية والإسلامية على اتفاقية كوبنهاجن.....22

ثانيا: المؤتمرات الخاصة بالمرأة 26

المبحث الثاني : مبدأ المساواة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية.....28

المطلب الأول : مضمون مبدأ المساواة بين الجنسين في الشريعة الإسلامية 28

الفرع الأول : المساواة بين المرأة و الرجل في الشريعة الإسلامية 28

1-وحدة النفس الإنسانية.....29

2-تكريم الله للإنسان دون تمييز.....29

3-المساواة في الحقوق والواجبات (التكاليف الشرعية) 30

الفرع الثاني : العلاقة بين المرأة والرجل في إطار الأسرة في الشريعة الإسلامية.....31

المطلب الثاني: القوامة و الطلاق في الشريعة الإسلامية.....32

الفرع الأول: القوامة كأساس للعلاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية.....32

أولا : أدلة مشروعية القوامة.....33

ثانيا : حكمة مشروعية القوامة 34

ثالثا : لماذا القوامة للرجال 34

رابعا : التكييف الفقهي للقوامة الزوجية 36

الفرع الثاني : الجوانب التكليفية و الجوانب الحقوقية في القوامة الزوجية.....37

الفهـــــــــــــرس

أولا : الجانب التكليفي في القوامة الزوجية.....37

1-النفقة.....37

2-المعاشرة بالمعروف 40

ثانيا : الجوانب الحقوقية للقوامة الزوجية 43

الفرع الثالث : فك الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية.....48

المطلب الثالث : مقارنة بين مبدأ المساواة في المواثيق الدولية و الشريعة الإسلامية.....49

الفصل الثاني: تطبيقات مبدّأ المساواة في قانون الأسرة الجزائري.....53

المبحث الأول: مظاهر المساواة بين الزوجين أثناء الزواج.....55

المطلب الأول : مظاهر المساواة في انعقاد عقد الزواج.....55

الفرع الأول : الرضا في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية..55

أوّلا : الرضا في الزواج في المواثيق الدولية.....56

ثانيا : الرضا في قانون الأسرة الجزائري.....59

الفرع الثاني : المساواة في أهلية الزواج 63

أولا : تحديد سن الزواج في الاتفاقيات الدولية 63

ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري 64

الفرع الثالث : المساواة بين الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج.....66

الفهـــــــــــرس

أولا : الاشتراط في عقد الزواج في المذاهب السنية 67

أ- الاشتراط عند الشافعية 68

ب- الشروط عند الحنفية فهي مقسمة إلى قسمين 69

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من حرية الاشتراط في عقد الزواج 70

المطلب الثاني : المساواة بين الزوجين في الحقوق الزوجية.....71

الفرع الأول : المساواة في الحقوق غير المالية للزواج.....71

أولا : حقوق المرأة غير المالية المترتبة على عقد الزواج في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة.....72

ثانيا: الحقوق غير المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية 72

أ-المعاشرة بالمعروف 74

ب-حق المرأة في الإنجاب 75

ثالثا : تقييم موقف القانون الجزائري من مظاهر المساواة في الحقوق غير المالية 75

الفرع الثاني : مظاهر المساواة في العلاقات المالية بين الزوجين.....76

أولا : التعريف بالذمة المالية 77

ثانيا :الاتفاق على الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية 79

ثالثا : تقييم موقف المشرع الجزائري 79

المبحث الثاني:تطبيقات مبدأ المساواة في فك الرابطة الزوجية.....81

الفهـــــــــــــرس

المطلب الأول: المساواة في إنهاء الزواج في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكالا لتمييز ضد المرأة.....81

الفرع الأول : حقوق المرأة في إنهاء الزواج في الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة.....81

الفرع الثاني : النتائج المترتبة على التحديد السابق لحقوق المرأة في إنهاء الزواج في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة.....82

المطلب الثاني :مظاهر المساواة في فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.....83

الفرع الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....83

الفرع الثاني : إمكانيات حل الرابطة الزوجية من طرف الزوجة.....86

أولا : التطليق 86

أ- تعريف التطليق.....87

ب-أسباب التطليق 87

1-التطليق لعدم الإنفاق.....88

2-التطليق للعيوب.....91

3-التطليق للهجر في المضجع 91

4- إدانة الزوج جزائيا.....92

5-الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة 93

6-حالة ارتكاب فاحشة مبينة 94

ج- الحالات التي أضافها المشرع في تعديل قانون الأسرة كأسباب للتطليق.....94

1-الشقاق المستمر بين الزوجين 95

2-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج 95

3-التطليق لضرر 96

ثانيا : فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.....96

أ-أدلة مشروعية الخلع.....97

ب-الخلع في قانون الأسرة الجزائري.....97

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من المساواة في الطلاق.....99

المطلب الثالث : المساواة بين الزوجين في آثار الطلاق و الحضانة و الولاية.....101

الفرع الأول : حماية حقوق المرأة المترتبة عن الطلاق 101

الفرع الثاني : الحضانة..... 102

أولا : الحضانة في الاتفاقيات الدولية 102

أ-اتفاقية حقوق الطفل.....102

ب-الحضانة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.....103

ج-الحضانة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.....103

ثانيا : الحضانة في قانون الأسرة الجزائري.....104

الفرع الثالث : الولاية و الوصاية على الأولاد 105

أولا : الولاية على الأبناء في القانون الدولي.....105

ثانيا : الولاية على الأبناء في قانون الأسرة الجزائري.....106

الخاتمة.....108

الملاحق.....112

قائمة المراجع.....133