جـامعـة أبـو بكـر بلقايد

تلمسان

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق

من إعداد الطالبة: **تحت إشراف الأستاذ :**

بوكايس سمية ***الدكتور تشوار جيلالي***

أعضاء لجنة المناقشة

أ.حميدو زكية	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ. تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مقررا
أ.دايم بلقاسم	أستاذ محاضر قسم (أ)	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية: 2014/2013

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين أحمده وأشكره سبحانه وتعالى أن أنعم علي من فضله فأعانني على انجاز هذا العمل وأمدني بالصبر وشملني برعايته وتوفيقه.

لذا أتوجه بجزيل الشكر وخالص الامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور **تشوار جيلالي**، لما تفضّل به من اشراف على هذا العمل، وكذا اهتمامه وتحمّله عناء التصحيح والتوجيه والارشاد رغم مسؤولياته ومهامه فجزاه الله كل خير.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى أعضاء اللجنة المناقشة، الأستاذة الدكتورة **حميدو زكية**، والأستاذ الدكتور **دايم بلقاسم**، وذلك لتفضلهما بقراءة هذا العمل، وما بذلاه من جهد لتقييمه ومناقشته.

دون نسيان كل من ساعدني ومدّ يد العون لي بالكلمة الطيبة والمعلومة المفيدة.

اهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى روح والدي الغالي –رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه– الذي طالما تمنى لي النجاح

إلى التي سهرت على نجاحي وشجعتني دوما إلى الحبيبة الغالية أمي

إلى قرة عيني سارة، نبيل، وجلال

إلى كل عائلتي...

إلى زملائي...وزميلاتي.

إلى كل طالب علم وباحث عن المعرفة...

سمية

قائمة أهم المختصرات

ب.ب.ن: بدون بلد النشر.

ب.س.ن: بدون سنة النشر.

ب.ط : بدون طبعة.

ب.ع :بدون عدد.

ج:جزء .

ج.ر : جريدة رسمية.

ص :صفحة.

ط : طبعة

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ.ق.خ: غرفة القانون الخاص.

م.ج.ع.ق.إ.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية.

م.ع.ق.إ.س : مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية.

م.ق.خ.أ: مخبر القانون الخاص الأساسي .

Principales Abréviations

P : Page.

O.P.U: Office des Publications Universitaires.

R.S.J.E.P: Revue des Sciences Juridiques Economiques et Politiques

مقدمة عامة

تعتبر المرأة وقضاياها محلّ جدال وبحث جميع الأوساط الاجتماعية، خاصة في العصر الحالي، ومن بين القضايا المتعلقة بها والتي برزت حديثا هي قضية حقوق المرأة والمساواة بينها وبين الرجل، إذ أن مصطلح المساواة[1] من المصطلحات التي تعرضت للدراسة والبحث عند العلماء، وتعني المساواة[2] عموما جعل الناس جميعا متماثلين في الحقوق والواجبات تماثلا مطلقا[3]. ومن هذا المعنى يتبيّن المقصود من مساواة المرأة بالرجل، وهو عدم وجود الفروق الفردية، وتماثلهما من جميع الجوانب وفي جميع المجالات.

وقضية المساواة بين الرجل والمرأة هي قضية فضفاضة لا ملامح لها طرحت في الغرب ولكن ليس منذ قرنين من الزمان فقط، بل لها خلفية تاريخية ترجع إلى الواقع المرير الذي عانت منه المرأة في أوروبا على مدار ثلاث حضارات (اليونانية، الرومانية، والمسيحية).

فعند اليونان كانت المرأة لا تغادر البيت محرومة من الثقافة إذ لم يكن يتسنى لها الدراسة أو التعليم[4].

---

[1] تعرف المساواة لغة بأنها كلمة مأخوذة من سواء وتجمع على أسواء، وسواسية وسواس، وسواسوة والأخيرة نادرة وسواء الشيء مثله، والتساوي هو التكافؤ في المقدار إذ لا يزيد ولا ينقص، أنظر، جمال الدين بن منظور، لسان العرب المحيط، ج.14، دار الجيل، بيروت، 1988، ص.408؛ رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية، ج.1، ط.1، دار الفاروق، للنشر، القاهرة، مصر، 2007، ص.11.

[2] و لكلمة مساواة عدة معاني و استعمالات في اللغة أهمها:

- التكافؤ: فكل شيء ساوى شيئا حتى صار مثله فهو مكافئ له.
- المماثلة: بمعنى المعادلة في القدر والقيمة.
- المشابهة: شابه الشي شيئا حتى صار مثله فهو مكافئ له.
- المثل: بمعنى نفس الشيء وذاته.
- النظير: و هو المثل المساوي، و هذا نظير هذا أي يعادله و يساويه
- العدل: فلان يعدل فلان أي يساويه.
- الموافقة: يقال هذا وافق هذا أي يعادله و يساويه.
- الأسوة: القوم أسوة في هذا أي حالهم فيه واحدة، أنظر رشاد حسن خليل، نظرية المساواة، المرجع نفسه، ص.14 – 18.

[3] أنظر، عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2010، ص. 36.

[4] انظر، ناي بنسادون، حقوق المرأة منذ البداية حتى أيامنا، ط.1، عويدات للنشر، بيروت، لبنان، 2001، ص.51.

فالمرأة اليونانية كانت مسلوبة الحرية منقوصة المكانة في كل ما يرجع للحقوق والفطرة الانسانية، فكان ينظر إليها على أنها كائن أدنى من الرجل فهي كالسلعة تباع وتشترى ويعتبرونها رجسا، فلا يسمح لها إلا بتدبير شؤون البيت وتربية الأطفال[1].

أما في الحضارة الرومانية فقد حكم عليها بالقصور، واتّهمت بالنقص والعجز، وشعار الرومانيين المتداول آنذاك هو "أن قيد المرأة لا ينزع ونيرها لا يخلع"، ومن ثمّ حرموها من الحقوق السياسيّة[2]. وكانت الفتاة تظل خاضعة لرب الأسرة مادام حيّا، حيث كان لهذا الأخير سلطة على زوجته وزوجات أبنائه وأبناء أبنائه وكان يقوم بتزويج الأبناء والبنات دون إرادتهم، أمّا الأهلية المالية لم يكن للبنت حق التملك وإذا اكتسبت مالا أضيف إلى رب الأسرة، وإذا تزوجت الفتاة أبرمت مع زوجها عقدا يسمى "اتفاق السيادة" أي بسيادة الزوج عليها[3].

أمّا عند الهنود فقد عانت المرأة الهندية القديمة الظلم، ولاقت الاضطهاد والعذاب، وذلك على تنوّع أديان الهند وجاء في شرائع الهنود "ليس الصبر والقدر والموت والجحيم والسّم والأفاعي أسوء من المرأة"[4].

وعند المسحيين فقد قرّروا أن تخضع المرأة للرجل لأنها مسخرة له ومخلوقة من أجله، وتقول المسيحية أن رأس المرأة هو الرجل، لأن الرجل ليس من المرأة بل المرأة من الرجل[5].

أمّا بالنسبة للمرأة عند العرب قبل الاسلام، فإنها كانت مهضومة في كثير من حقوقها فليس لها حق الميراث ولا حق التملك وليس لها على زوجها أي حق، وليس لها أن

---

[1] رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية، ج.2، ط.1، دار الفاروق للنشر، القاهرة، مصر، 2007، ص.10.

[2] و ذلك لأن الحقوق السياسية في نظرهم كانت وثيقة الصلة، بضريبة الدم "الخدمة العسكرية"، التي لم تكن مقررة للنساء، ولذلك لم تمنح المرأة الحق في المشاركة في ادارة البلاد، رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص.11 – 12.

[3] مصطفى السباعي، تطور حقوق المرأة عبر التاريخ، من كتاب المرأة بين الفقه والقانون، ط.6، المكتب الاسلامي، بيروت، 1984، ص.05، الموقع الالكتروني www.daawainfo.net.

[4] رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص.12؛ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.05.

[5] رشاد حسن خليل، المرجع نفسه، ص 17.

تختار زوجها [1]، وكانوا يتشاءمون من ولادة الأنثى فيئدونها خشية العار، علاوة على أن العرب في الجاهلية كانوا يعضلوهنّ من الزواج بحبسهنّ دونه والتضييق عليهنّ فيه[2].

وبعد أن جاء الاسلام أعطى المرأة مكانة خاصة وهامة، واعترف لها بشخصيتها ومنع وأدها، ومنحها حق التملك وحق اختيار زوجها وحق الميراث[3].

أما بالنسبة لوضع المرأة في المجتمع العالمي المعاصر، فهو مختلف تماما، إذ ظهرت بوادر الحركة الأنثوية في شكل مجموعات تنادي بحقوق النساء مباشرة بعد الثورة الفرنسية سنة 1789 في ظل شعارات تبنتها الثورة عن الحرية والمساواة، ومثل هذه الشعارات اجتاحت دول أوروبا وأمريكا في القرن 18.

هذا وقد برز خلال العقود الماضية اهتمام متزايد من قبل المنظمات الدولية والعالم كله بقضايا المرأة واعطائها حقوقا متساوية لحقوق الرجل. ففي مرحلة الخمسينات[4]، صدر الاعلان العالمي لحقوق الانسان عام 1948[5] والذي أكد على مبدأ المساواة دون تمييز. أمّا مرحلة السبعينيات فتميزت بصدور اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وذلك سنة

[1] حيث أنه إذا مات الرجل وكان له زوجة وأولاد من غيرها، كان الولد الأكبر أحق بزوجة أبيه من غيره ويعتبرها إرثا كبقية أموال أبيه، وكل ما كانت تعتز به المرأة في ذلك الوقت هو حماية الرجل لها والدفاع عن شرفها، أنظر، مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.06.

[2] رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص.18.

[3] ناي بنسادون، المرجع السابق، ص.17.

[4] و في هذه المرحلة صدر كذلك:

- اعلان منع الاتجار بالأشخاص واستغلال الجنس سنة 1949.
- اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة 1952، صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر الرئاسي 04-126 في 2004/04/19 ج.ر 26 مؤرخة في 2008/04/25.
- اتفاقية خاصة بجنسية المرأة المتزوجة 1957.
- اتفاقية الرضا بالزواج وتحديد السّن الأدنى وتسجيل الزواج 1962.
- العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية الاجتماعية والثقافية 1966، صادقت عليهما الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 89-67 في 1989/05/16، ج.ر20 مؤرخة في 1989/05/17.
- تأسيس لجنة مختصة بوضع المرأة في هيئة الأمم المتحدة 1967.

[5] صادقت عليه الجزائر بموجب دستور 1963 الصادر بتاريخ 08 سبتمبر 1963 حيث جاء في المادة 11 منه ما يلي: " توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتنضم إلى كل منظمة دولية تستجيب لمطامح الشعب الجزائري وذلك اقتناعا منها بضرورة التعاون الدولي".

1979[1]، وبشأن مرحلة الثمانينيات والتسعينيات فإنه زاد الاهتمام بالمرأة ومساواتها بالرجل واتّسمت هذه المرحلة بانعقاد المؤتمرات[2] أهمها مؤتمر كوبنهاجن عام 1980، معلنا تكريس جهوده في انهاء التمييز والتفرقة بين الرجل والمرأة، إضافة إلى المؤتمر الذي انعقد عام 1995، وقد بلور المؤتمر كل القضايا المتعلقة بالمرأة في المؤتمرات السابقة وتنطوي تحت اسم "حقوق المرأة جزء من حقوق الانسان"[3].

ونظرا لسعة موضوع المساواة وتشعّبه وشموله لعدة مجالات، فإنه قد حددنا دراستنا لموضوع المساواة بين الجنسين في اطار قانون الأسرة الجزائري على ضوء ما جاءت به أهم الاتفاقيات التي صدرت بشأن المرأة ومساواتها مع الرجل وهي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "CEDAW"[4]، وتعتبر هذه الاتفاقية بمثابة المتن الذي كتبت على هامشه جميع أعمال الأمم المتحددة من مؤتمرات في مجال المرأة[5].

وتتكون الاتفاقية من 30 مادة قانونية ملزمة للدول الأطراف، تدعو إلى المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع الميادين مع تأكيدها على النظر إلى المرأة كفرد بغض النظر عن حالتها الاجتماعية سواء كانت عزباء، متزوجة، مطلقة أو أرملة، والغاء مفهوم التمييز

[1] هذا بالإضافة إلى تأسيس صندوق الأمم المتحدة الانمائي للمرأة وانعقاد المؤتمر العالمي الأول للمرأة في المكسيك سنة 1975.

[2] و من هذه المؤتمرات كذلك مؤتمر نيروبي عام 1985، مؤتمر حقوق الانسان، أنظر، محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الاسلامي، دراسة مقارنة بين التشريع الاسلامي والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، ط.1، دار الثقافة للنشر، لبنان، بيروت، 2011، ص.84 -85.

[3] منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 82 – 88.

[4] CEDAW : Convention on Elimination of All forms of Discrimination Against Women

[5] أما بشأن مراحل صدور اتفاقية سيداو فإنه في سنة 1973 بدأت مفوضية حركة المرأة بالأمم المتحدة في اعداد معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وأكملت اعدادها عام 1979. وفي يوم 18 ديسمبر 1979 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية باعتبارها احدى الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان. وفي يوم 3 سبتمبر 1981، أصبحت الاتفاقية سارية المفعول بعد توقيع 50 دولة عليها طبقا لأحكام المادة 27 منها التي تنص على مبدأ نفاذ الاتفاقية بعد شهر من تصديق أو انضمام الدولة رقم 20 عليها وكانت تونس هي الدولة العربية الوحيدة التي صادقت على الاتفاقية قبل نفاذها، أنظر، هدى عبد المنعم، دراسة الوثائق الدولية من جوانبها المختلفة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعة الاسلامية والاتفاقيات والاعلانات الدولية"، جامعة طنطا، مصر، 7 – 9 أكتوبر، 2008، الموقع الالكتروني www.iicw.org.

ضدها[1]. وتدعو الاتفاقية أيضا الدول الأطراف إلى إصدار تشريعات داخلية تنطوي علي القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة في كافة المجالات وتنقية تشريعاتها المختلفة بما يتوافق مع أحكام الاتفاقية الدولية.

حيث تؤكد الاتفاقية على اتخاذ تدابير خاصة للتعجيل بالمساواة بين الجنسين وباتخاذ خطوات لتعديل الأنماط والتشريعات التي تجعل من التمييز أمرا مقبولا[2].

وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب الأمر الرئاسي 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996[3] مع ابداء بعض التحفظات[4] والتي شملت المواد 02، 09 فقرة 02، 15 فقرة 04، 29 فقرة 01، والمادة 16[5].

وأبرز وأهم المواد الجوهرية والتي تحفظت عليها الجزائر وهي المادة 02[6] والمادة 16[7]، 16[7]، وذلك لحساسية الأمور التي تنص عليها هذه المواد، فالأولى تفرض ايجاد القوانين التي

---

[1] أنظر، نهى القرطاجي، قراءة اسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعة الاسلامية والاتفاقيات والاعلانات الدولية"، جامعة طنطا، مصر،7–9 أكتوبر، 2008، الموقع الالكتروني، www.iicw.org.

[2] و لضمان العمل باتفاقية سيداو تم انشاء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وتتكون هذه اللجنة من خبراء وخبيرات في مجال حقوق المرأة من 23 دولة (أي 23 عضو) يتم انتخابهم من الدول الأطراف في المنظمة ولمدة 4 سنوات، تختص اللجنة حسب المادة 18 من الاتفاقية بـ:- فحص تقارير الدول الأطراف التي تقدمها للأمين العام، -وضع اللجنة تقرير سنوي يقدم للجمعية العامة للأمم المتحدة، اضافة إلى اختصاصها بتلقي البلاغات بشأن انتهاك حقوق المرأة، أنظر، خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الاسلامية والتشريع الوضعي، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية 2007، ص.182 – 184.

[3] ج.ر رقم 06 المؤرخة في 24-01-1996.

[4] تعرف اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 التحفظ بأنه: "اعلان من جانب واحد أيا كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة ما، حيث توقع معاهدة أو تصدقها أو تقبلها أو تقرها أو تنضم إليها مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة في تطبيقها على تلك الدولة".

[5] وهناك دولتان فقط صادقتا على الاتفاقية كاملة بدون تحفظ وهما جزر القمر وجيبوتي، وقد انضمت إلى الاتفاقية 18 دولة عربية منها: الأردن، السعودية، الكويت، تونس، سوريا، البحرين، لبنان وآخرها قطر سنة 2009، وأغلبية هذه الدول تحفظت على المواد الجوهرية في الاتفاقية. وتعتبر المادة 16 القاسم المشترك في تحفظات الدول العربية والسبب في ذلك هو تعارض المواد المتحفظ عليها مع الشريعة الاسلامية. والدول الاسلامية التي صادقت على الاتفاقية هي إندونيسيا، باكستان، تركيا، ماليزيا ، بنقلادش. أنظر، نيفين مسعد، حقوق المرأة، أعمال الندوة الاقليمية حول سبل تفعيل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بيروت، 2004، ص.32–40.

[6] أنظر ملحق رقم 01.

[7] أنظر ملحق رقم 01.

تعمل على إزالة التمييز ضد المرأة. أما الثانية فتتعلق بفرض المساواة في مجال الأحوال الشخصية، حيث برّرت الجزائر تحفظها على هذه المواد باسم عدم التعارض مع نصوص قانون الأسرة[1].

إلّا أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أثارت قلقها بشأن تمسك الجزائر بتحفظاتها[2]، وفي نظرها فإن التحفظ على المادتين 2 و16 يتعارض مع هدف الاتفاقية لذا لابد من الاسراع في الاصلاحات التشريعية بتعديل قانون الأسرة حتى تتمكن من الشروع في سحب تحفظاتها على الاتفاقية، في غضون مدة زمنية محددة وقد أعربت اللجنة كذلك عن قلقها لعدم اتمام مراجعة قانون الأسرة فيما يتعلق بالتمييز في المسائل المتصلة بالزواج والطلاق وحضانة الأطفال وعدم إلغاء الحكم المتعلق بالتعدد.

[1] وقد ثار تساؤل حول مدى أحقية الدول في ابداء التحفظات خاصة على المواد التي تعتبر جوهر الاتفاقية وهي المواد 02 و16؟ ولمعالجة هذا الأمر وجد اتجاهين: اتجاه يرى بأنه من حق الدول ابداء التحفظ وحجته في ذلك الفقرة 1 و3 من المادة 28 من اتفاقية سيداو والتي تنص: "يتلقى الأمين العام للأمم المتحدة نص التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو الانضمام، ويقوم بتعميمها على جميع الدول ويجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه اشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام...". واتجاه آخر يذهب إلى أنه لا يحق للدول ابداء تحفظات عند المصادقة على هذه الاتفاقية، وذلك لمخالفة التحفظات للمادة 19 من اتفاقية فيينا حول المعاهدات لعام 1969 والتي أجازت التحفظ بشرط عدم تنافيه مع جوهر وموضوع الاتفاقية، اضافة إلى تأكيد المادة 28 من اتفاقية سيداو لذلك بقولها: "لا يجوز ابداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها" وهو ما ذهبت اليه لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة من خلال توصياتها العامة، وبعض الباحثين كالأستاذة نيفين مسعد اضافة الى المنظمات والجمعيات النسوية. وعليه فإن الحكم على شرعية التحفظ من عدمه هو من اختصاص محكمة العدل الدولية. أنظر، نيفين مسعد، المرجع السابق، ص.43 ؛ فوزي أو صديق، تطور المركز القانوني للمرأة في الجزائر على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة الدراسات القانونية، دورية فصيلة تصدر عن مركز البصيرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، عدد 04، ص.13. كاترين مخائيل، المساواة الدستورية والقانونية للرجل مع المرأة، الحوار المتمدن، عدد 2924، 2010/02/10، الموقع الالكتروني www.ahewar.org

[2] هذا وتجدر الاشارة الى أن الجزائر قدمت أول تقرير لها أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة سنة 1998 وذلك وفقا للمادة 18 التي تلزم الدول الأطراف تقديم تقريرها الابتدائي في غضون سنة من الانضمام لها. ومن أهم ما يتضمن هذا التقرير الفقرة التالية: " ...المساواة بين الجنسين المنصوص عليها في الدستور مضمونة وبشكل دقيق في مجال الحقوق المدنية والسياسية، أما فيما يخص وضعية النساء في ميدان الحالة الشخصية فهي منظمة بموجب قانون الأسرة المستوحى من الشريعة الاسلامية..."، أنظر، التقرير الأولي للجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 01 سبتمبر 1998، ص.12.

وعلى أساس ذلك فقد أوصت الجزائر على تعجيل ادخال تعديلات على قانون الأسرة بشكل يتلاءم مع أحكام المادة 16 والمادة 02 من اتفاقية سيداو وتحديد آجال للقيام بذلك[1].

وفعلا تم تعديل قانون الأسرة[2] بموجب الأمر الرئاسي 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005[3].

وتكمن أهمية موضوع المساواة في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية سيداو في الطابع القانوني الالزامي لهذه الاتفاقية وما قد يترتّب عليه من تبعات قانونية على الجزائر، خاصة وأنّها –الاتفاقية– تفرض المساواة من خلال العملية التشريعية وهو ما يعتبر من نقاط القوة فيها.

هذا فضلا على حداثة الموضوع وقيمته ومساسه بقضية من بين أبرز القضايا والتي تعتبر حديث الساعة وهي المساواة بين الجنسين.

وتكاد تكون أهمية الموضوع هي الدافع إلى دراسته، زيادة عن الميول الشخصي لمقياس الأحوال الشخصية، عامة ولمركز المرأة فيه بصفة خاصة.

إضافة إلى محاولة معرفة مدى أخذ المشرع الأسري بمبدأ المساواة ضمن مواد قانون الأسرة، خاصة مع تطور المركز الاجتماعي للمرأة في الجزائر من خلال الانفتاح على العالم

[1] زيدان لوناس، الضمانات القضائية لحقوق الانسان في وقت السلم، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الانسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص.161 – 162.

[2] والذي صدر بتاريخ 1984/06/09 بموجب القانون 11/84، ج.ر 24 صادرة بتاريخ 1984/06/12، هذا وتجدر الاشارة الى أن أول قانون مكتوب عرفته الجزائر يتعلق بالزواج والطلاق هو الأمر 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 ، ثم بعدها جاء القانون 224/63 الصادر في 1963/06/29 ، المتضمن تحديد سن الزواج وتسجيله ، تعاقب بعد هذا القانون الأوامر الصادرة في 1966/06/23 ،وفي 1969/09/16 وكذلك في 1971/09/22 والمتعلقة بكيفية الزواج ، وعلى الرغم من ذلك بقي التشريع الجزائري يفتقر إلى تقنين أسري كامل ، إلى أن تم صدور القانون رقم 11/84 سالف الذكر ، والذي تضمن قانون الأسرة .

[3] ج.ر رقم 15صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

الخارجي، والتي تعتبر من افرازات العولمة الأمر الذي استدعى البحث عن موضوع مذكرة يشمل قانون الأسرة وأهم اتفاقية صادقت عليها الجزائر.

علما أن سبب اختيار اتفاقية سيداو عن غيرها من الاتفاقيات هو تركيزها على المساواة المطلقة بين الجنسين في جميع المجالات بصفة عامة وفي مجال الأسرة بصفة خاصة. إضافة إلى أنها جاءت بأمور جديدة لم تأت بها غيرها من الاتفاقيات المتعلقة بالمرأة، والتي تتمثل خاصة في توسيع مفهوم حقوق المرأة وتوسيع أمر المعالجة اضافة إلى اتخاذها للتدابير الهادفة إلى تحقيق المساواة الفعلية بين الجنسين. اذ تذهب الى أبعد من ذلك فتعترف بأهمية الثقافة والتقاليد في تشكيل تفكير الرجل والمرأة وسلوكهما ودورهما الهام في تقييد ممارسة المرأة للحقوق الأساسية.

أمّا سبب اختيار مجال الأحوال الشخصية فلأنه يشمل الأسرة وتنظيمها وتنظيم العلاقات بين أفرادها وهي من الأمور الحساسة، واعتبارا كذلك أن الأسرة هي نواة المجتمع وللمرأة دور فعال داخلها. هذا فضلا على أن نصوص قانون الأسرة الجزائري مستوحاة من مبادئ الشريعة الاسلامية والتي لها موقفها فيما يتعلق بالمساواة بين الرجل والمرأة في هذا المجال.

وأمام ذلك فإن الإشكال الذي يمكن طرحه في اطار هذا الموضوع هو ما مدى تطابق التشريع الأسري الجزائري مع اتفاقية سيداو وما مدى تأثيرها على نصوصه سواء فيما يتعلق بالزواج أو الطلاق؟

وللإجابة على هذه الاشكالية اتبعنا المنهج التحليلي من أجل معرفة مضمون وعمق ما ذهب إليه قانون الأسرة واتفاقية سيداو، ومن أجل الوصول كذلك إلى الهدف من النصوص. إضافة إلى المنهج المقارن أحيانا من أجل معرفة مدى تأثر نصوص التشريع بالاتفاقية، مع اللجوء إلى المقارنة بالشريعة الاسلامية في المواضع التي تستدعي ذلك باعتبار أن قانون الأسرة مستنبط من مبادئها.

وكذلك الاعتماد على الجانب التطبيقي رغم صعوبة الحصول على القرارات القضائية غير المنشورة، سواء بالمحكمة العليا أو المحاكم والمجالس القضائية الأمر الذي أدى الى العمل بالقرارات المنشورة في المجلات القضائية.

وللإجابة على الاشكالية المطروحة أعلاه والوصول إلى تحقيق أهداف البحث سنتبع الخطة التالية:

الفصل الأول: مدى مطابقة قانون الأسرة لاتفاقية سيداو في مسائل الزواج وآثاره.

الفصل الثاني: مدى مطابقة قانون الأسرة لاتفاقية سيداو في مسائل انحلال الزواج وآثاره.

الفصل الأول

مدى مطابقة قانون الأسرة لاتفاقية سيداو

في مسائل الزواج و آثاره

إنّ الزّواج[1] في التشريع الإسلامي عقد يفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة، إذ أنّ الزّوجية سنّة من سنن الله في الخلق، وهي الأسلوب الذي اختاره الله للتكاثر. ونظرا لأهمية الزواج وحفاظا على تميّزه وخصوصيّته فقد حاول المشرع الأسري الجزائري تنظيمه تنظيما سليما وتحديد أحكامه، سواء من خلال القانون القديم لسنة 1984، أو بعد التعديل الأخير، الذي مسّ عدة مواد وذلك رغبة منه في تكييف نصوص قانون الأسرة بما يتجاوب مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي تنص في المادة 16 على أنه : " تتخذ الدّول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية ....".

وعليه، بمقتضى هذه المادة فإنّ الدّول الأطراف ملزمة باتخاذ التدابير اللازمة من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة والمساواة بينها وبين الرجل في كل مسائل الزواج.

ومن ثمّ يجدر بنا التساؤل عن مدى موافقة قانون الأسرة لنصوص اتفاقية سيداو في مسائل الزواج وكذا آثاره؟ الأمر الذي يدفعنا الى البحث من جهة عن أثر اتفاقية سيداو على أحكام الزواج (المبحث الأول)، ومن جهة أخرى، أثرها على الأحكام المتعلقة بآثار الزواج (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أثر اتفاقية سيداو على أحكام الزواج

إنّ عقد الزواج رباط وميثاق غليظ بين الرجل والمرأة، يهدف إلى إقامة حياة زوجية مشتركة، ولما كان أساس العلاقة التي تربط بين الزوجين هي المودة والرّحمة، كان لزاما أن يقوم عقد الزواج على مبدأ التراضي هذا فضلا عن وجوب توافر شروط الانعقاد الموضوعية

[1] عرّف قانون الأسرة الزواج في المادة 04 بأنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

والشكلية. إضافة إلى أنّ عقد الزواج قد يتضمن شروطا يمليها الزوجين حسب رغبتهما، منها شرط عدم تعدد الزوجات.

وللحديث عن هذه الأمور في ضوء المادة 16 من اتفاقية سيداو وتأثيرها على نصوص قانون الأسرة، يأتي هذا المبحث في مطلبين، حيث سنتعرض في الأول منهما إلى المساواة بين الجنسين في ركن الزواج وشروطه، وسنخصّص الثاني لدراسة المساواة بين الجنسين في الاشتراط والتعدد.

المطلب الأول

المساواة بين الجنسين في ركن الزواج وشروطه.

يعتبر عقد الزواج كغيره من العقود التي لا تقوم دون توافر أركان وشروط، وبالرجوع الى قانون الأسرة تمّ تعديل المادة 09 منه بموجب الأمر 05-02، والتي جعلت من الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج، بينما أضاف المشرع المادة 09 مكرر والتي اعتبرت الأركان الأخرى شروطا[1].

وعلى ذلك سوف نحاول من خلال هذا المطلب معرفة مدى أخد المشرع بمبدأ المساواة في كل من الرضا والأهلية (الفرع الأول) وكذا الولي (الفرع الثاني)، إضافة إلى الفحص الطبي باعتباره شرطا شكليا في عقد الزواج (الفرع الثالث).

[1] حيث جاء نص المادة 09مكرر كما يلي: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية – :أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج."

الفرع الأول

الرضا والأهلية

سنتعرض في هذا الفرع إلى مركز المرأة أمام الرجل في كل من الرضا أوّلا ثم الأهلية ثانيا:

أولا: الرضا:

يعتبر الرضا من الركن[1] الأساسي لإبرام أيّ عقد كان، خاصة إذا كان هذا العقد ذا أهمية بالغة كعقد الزواج، حيث يُعرف الرّضا على أنه تطابق الإيجاب مع القبول، أي توافق إرادة الخطبين من أجل إبرام عقد الزواج وفقا للشّرع والقانون، أو هو الايجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر، فيفيدان تحقق المراد من صدورهما.[2]

ونظرا لأهمية ركن الرضا في انعقاد الزواج خاصة بالنسبة للمرأة، فقد حدّدت اتفاقية سيداو واجبات الدول الأطراف فيما يخص القضاء على التمييز ضد المرأة في كافة المسائل المتصلة بالزواج، وذلك بالمطالبة بأن تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة الحق نفسه في اختيارها للزوج، وذلك برضاها وموافقتها الحرة[3]،حيث تنص المادة 16 فقرة "01"حرف "ب" منها على أنه:" تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة...لتضمن على أساس

[1] الركن في اللغة هو الجانب الأقوى للشيء، أمّا إصطلاحا ما كان جزءا من حقيقة الشيء إذ لا يوجد الشيء إلّا بوجوده، أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.54.

[2] أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط.2 ، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص.56.

[3] حيث تكون الدول الأطراف منتهكة ومخالفة لبنودها في حالة تقييدها لحرية المرأة في اختيار الزوج أو اجازتها لزواجها بغير رضاها الحر والكامل، وإذا لم تتخذ التدابير اللازمة للقضاء على التمييز ضد المرأة، أو اتخاذها تدبيرا فيه تقييد لحريتها في اختيارها وكان من شأن ذلك المساس بمبدأ تساويها مع الرجل، أنظر، وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص.59.

تساوي الرجل والمرأة ... نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلاّ برضاها الحر والكامل..."[1].

ويستشف من هذه المادة أنّها إضافة لاشتراطها التساوي بين الخطيبين في الاختيار، فقد أكّدت على أن يكون الرّضا كاملا وحرّا.

كاملا: بمعنى أن تكون الزوجة راضية بكل تفاصيل هذا العقد بدءا من اختيار الزوج إلى غاية يوم الزواج.

حرّا[2]: هو ألّا تخضع المرأة لأية ضغوط أو تأثيرات مهما كان نوعها أو مصدرها، وذلك عند افصاحها بنية قبول الزواج أو رفضه [3].

وعلى ذلك، فإنّ عقد الزواج بهذا المعنى لا ينعقد بمجرد الطلب أو إعلان الرغبة فيه من جانب واحد دون اعتبار لإرادة المرأة التي لا تمييز بينها وبين إرادة الرجل.[4]

وأمام هذا يجدر بنا التساؤل عن مدى أخذ المشرع الجزائري بهذا المعنى لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بركن الرضا؟

---

[1] وهو ما نصت عليه كذلك اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج بقولها في مادتها الأولى أنه :" لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعرابهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون". عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 7 نوفمبر 1964، تاريخ بدء النفاذ 9 ديسمبر 1964.

[2] فيما يتعلق بالموافقة الحرة فقد شدّدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على حق المرأة في اختيار زوجها وفي أن تعقد بحرية زواجا أساسيّا بالنسبة لحياتها وكرامتها والمساواة بينها وبين الرجل بوصفها إنسانا، أنظر، أمير فرج يوسف، العنف الأسري ضد النساء والأطفال ومكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، عمان،2011 ، ص. 78.

إضافة إلى ما سبق فإن اللجنة أكدت كذلك على أن حق المرأة في اختيارها الحرّ ممن ستتزوج معه يجب أن يكون محل حماية من قبل القانون، أنظر، أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة، تيزي وزّو، 2010، ص.21.

[3] أنظر، طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان، مذكرة ماجيستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000، ص.59.

[4] أنظر، لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001، ص.32.

بالرّجوع لنصوص قانون الأسرة المعدّل نجد أن المادة 04 منه قد عرّفت الزواج على أنه:" عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي... "، بعدما كانت تنص سابقا على أنّه:" عقد يتم بين رجل وامرأة...".إضافة إلى تعديل المادة 09[1] والتي جعلت من الرضا الركن الوحيد للزواج، واعتبار الأركان الأخرى شروطا، هذا وقد نصّ في المادة 10 على أنّ: " التعبير عن الإرادة يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح"[2].

وقد أكدت القرارات القضائية على ما جاء في هذه النصوص ومن ذلك قرار المحكمة العليا الذي قضى بما يلي: "إنّ عقد الزواج مبني أساسا على الرضا وهو ركن من أركانه. وأنّ المادة 04 تعرف الزواج بأنه عقد رضائي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون. وأنّه بناء على ذلك فانه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار الزوجة ما الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به"[3].

الأمر الذي يؤكد أن رضا المرأة يجب أن يؤخذ به وأن يكون كاملا وحرّا-وهو ما جاء في المادة 16 سالفة الذكر-، كما أنه لا يمكن ابرام عقد الزواج عن طريق الوكالة وهي الوسيلة التي كان بإمكان الزوج استعمالها قبل الغاء المادة 20[4]. ورغم أن آراء الفقهاء والقانونيين قد تضاربت بين رأي يقول أن الالغاء هو المنع النهائي للتعاقد بالوكالة[5]، وبين رأي يقضي بأن الالغاء هو احالة الى المادة 222[6] أي الأخذ بالشريعة الاسلامية، إلا أنّه يمكن

[1] والتي نصت على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

[2] هذا بالنسبة لغير العاجز أمّا العاجز فإنّ الإيجاب والقبول يكون بكل ما يفيد معنى النّكاح لغة أو عرفا كالكتابة والاشارة إلى ذلك حسب المادة 10 من قانون الأسرة.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2008/03/12، ملف رقم 321514، المجلة القضائية، 2008، عدد 01، ص.275.

[4] أنظر، تشوار جيلالي، مدى فعالية أحكام حماية المرأة في قانون الاسرة الجزائري في ضوء مواثيق حقوق الانسان، مداخلة بمناسبة ملتقى دولي بعنوان" فعالية آليات حماية حقوق الانسان" ،المكتبة المركزية، جامعة تلمسان، يومي 08 و09 ديسمبر 2009، ص.05.

[5] أنظر، منادي مليكة بريكة، أحكام الأسرة بين الثابت والمتغير في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2006، ص.210.

[6] أنظر، بوعبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، ط.2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.51.

القول أن هذا الالغاء هو سياسة تشريعية غرضها تتويج عقد الزواج بالرضائية بين الزوجين دون تدخل أي وسيط. مما يعني أن حضور الزوجين يكون اجباري أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، هذا ويجب أن يعرب كلاهما عن موافقتهما بحرية أي أن تكون الارادة خالية من العيوب سواء غلط أو تدليس أو اكراه.[1]

والأكثر من ذلك، فإنّ المشرع قد نصّ على أنّ عقد الزواج يكون باطلا سواء قبل الدخول أو بعده إذا اختل ركن الرضا، وذلك حسب المادة 33 المعدلة وكذلك قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "ولما أعلنت الطاعنة من البداية عدم رضاها عن الزواج فإن القبول يكون منعدما، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد مما يجعله قابلا للإبطال، ولما قضى قضاة الاستئناف على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج يكونون قد أجبروها على تنفيذ عقد باطل وخالفوا بقضائهم القانون "[2]. وبذلك فانه لا يوجد زواج بدون رضا سليم، واختيار ملؤه الحزم والحرية[3].

هذا وقد منح القضاء في احدى قراراته للفتاة فسخ الزواج بعد البلوغ في حالة انعدام الرضا وذلك كما يلي: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون"[4].

---

[1] Djilali TCHOUAR, droit de la famille quels principe d'égalité, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz édition, Tlemcen, 2013, p.205.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/07/18، ملف رقم821942، المجلة القضائية، 2003، عدد 02، ص.267.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ، الجزء01،الطبعة 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004، ص.65.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،2001/02/21، ملف رقم 255711، المجلة القضائية، 2002، عدد 02، ص.275.

و أمام هذا، فإنّ ما يلفت الانتباه من جلّ هذه النصوص هو تركيز المشرّع الجزائري على الرضا، ممّا يؤكد كلّ التأكيد أنّه لابد من رضا المرأة الصريح من أجل إتمام عقد الزواج [1].

وعلى ذلك، فإنّ هذا الإصرار على الرّضا في الزواج دليل على أخذ المشرع بمبدأ المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بهذا الرّكن تأثّرا منه باتفاقية سيداو وهو الأمر الذي أكده التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه: "أصبح الزواج يُعتبر في قانونا الأسرة **عقدا توافقيا** يتطلب موافقة زوجي المستقبل وقد ترتّب على ذلك **الإلغاء التام** لممارسة **الزواج بالإنابة**. وبالفعل، فإن المادة09 تنص على أن عقد الزواج يُبرم بموافقة الزوجين معا[2]. وتُعتبر **الموافقة** بحكم القانون **عنصرا مؤسسا** للزواج، وفي حالة عدم الحصول على موافقة أحد الطرفين أو الطرفين معا يكون الزواج عرضة **للإلغاء** وبإمكان أي شخص معني، بمن في ذلك الطرفين، أن يطلب إبطاله عن طريق العدالة"[3].

هذا من جهة، ولكن من جهة أخرى، نجد أن نصوص قانون الأسرة مستوحاة من الشريعة الإسلامية والتي بدورها أكدت على حقوق المرأة وعلى حقها أساسا في اختيار الزّوج والرضا به مثلها مثل الرجل، ويتجلى ذلك من خلال قوله صلّى الله عليه وسلّم:" **لا تنكح الأيّم حتى تسأمر، ولا البكر حتى تستأذن** "فقالوا: "**يا رسول الله و كيف اذنها**"؟ قال:" **أن تسكت**[4] "[5].

---

[1] أنظر، تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التّراجع والتّمسك، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2011، عدد 12، ص.12.

[2] اذ تنص المادة 09 على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

[3] أنظر، التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 18 ماي 2009، ص.18.

[4] والحكمة في اعتبار السكوت اذنا من جانب البكر، هو أنها تكون ذات حياء في الغالب فالسكوت هنا دليل على رضاها.

[5]أنظر، أبوعبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر، من أمور رسول الله صلى الله عليه وسننه وأيامه المشهور بصحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب و غيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم 4843، ط.1، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، 1979، ص.1462.

وروى الإمام البخاري عن خنساء بنت خذام الأنصارية أن أباها زوّجها وهي ثيّب، فكرهت ذلك فأتت رسول الله فردّ نكاحها أي " أبطله "[1]. إضافة إلى أنه روى أبو داود عن ابن عبّاس أنّ جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوّجها وهي كارهة " فخيّرها رسول الله صلّى الله عليه وسلم "[2]. هذه الأحاديث وغيرها تدل على أن الإسلام أعطى للمرأة البالغة كامل الحرية في رفض من لا ترضاه لها زوجا، ولا حق لأبيها أو ليّها أن يجبرها على ما لا تريده [3].

زيادة على ذلك فإن الشريعة الإسلامية تمنع زواج المسلمة بغير المسلم[4]، وذلك لصراحة الآية القرآنية اذ قال تعالى: "**وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ** "[5]، ونجد أن قانون الأسرة قد أخذ بهذا المنع من خلال المادة 30 المعدلة[6] واعتمادا كذلك على المادة 02 من الدستور[7]، وعلى ذلك هل يمكن القول بأن حرمان المرأة من زواجها بغير مسلم اختارته هو نوع من التقييد لحريتها ورضاها الكامل والحر؟

[1] أبوعبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحهم مردود، حديث رقم 4845، المرجع السابق، ص.1462.

[2] أنظر، أبو داوود الساجستاني، سنن أبي داوود، كتاب النكاح، باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، حديث رقم 2096،ج.2، ط.1، دار الحزم، بيروت، 1994 ، ص.398.

[3] أنظر، محمد بن عبد الله بن سليمان بن عرفة، حقوق المرأة في الإسلام، ط.2، المكتب الإسلامي للطباعة ، ب.ب.ن، 1983، ص.49.

[4] أنظر، أبو محمد بن حزم ، المحلى بالآثار ،ج.9، ادارة الطباعة المنيرية، مصر، د.س.ن، ص.449.

[5] سورة البقرة، الآية 221.

[6] حيث تنص على أنه: "يحرم... زواج المسلمة مع غير المسلم".

[7] اذ تنص على أن: " الاسلام دين الدولة ".

للإجابة على ذلك، يمكن القول أن قانون الأسرة مستوحى من مبادئ الشريعة الإسلامية والتي تخشى من تأثير غير المسلم على المسلمة، كأن يدفعها للتّخلي عن دينها [1]، وكذلك الحفاظ على النّسب للاسلام لأن الولد سينسب لأبيه غير المتدين بدين الاسلام.

بذلك فإن هذا التقييد يجد ما يبرره من خلال أن المجتمع الجزائري متشبّع بمبادئ الدين الإسلامي، ما جعل المشرع رغم أخذه بمبدأ المساواة في الرضا إلا أنّه تمسك بهذا المنع وهو ما يفسّر عدم رفعه للتّحفظ على المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة [2].

وأخيرا فإنه للحديث عن الرضا لا بد أن تكون الإرادة معتبرة ولكي تكون كذلك يجب أن تصدر عن ذي أهلية، أي عن شخص بالغ راشد وعليه نتساءل إلى أي مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة في سن الزواج مقارنة باتفاقية سيداو؟

ثانيا: الأهلية

الأهلية هي من الخصائص المميّزة للإنسان، حيث يتوقف على توافرها فيه معرفة ما يمكن أن يتمتع به من الحقوق، وما يمكن أن يلتزم به من واجبات، والأهلية نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء. فالأولى هي أهلية التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات حتى ولو لم يمارس الشخص بنفسه حقه أو التزامه، أمّا الثانية فهي أهلية مباشرة الشّخص للحق أو الواجب أي استعماله بنفسه[3].

[1] طالبي سرور، المرجع السابق، ص. 62.

[2] فنجد أن المشرع قد تراجع نوعا ما عن التحفظ على المادة 16 من خلال التأكيد على الرضا والمساواة بين الجنسين فيه، إلا أنه بقي متمسكا بالتحفظ في الجزء المتعلق بزواج المسلمة بغير المسلم.

[3] أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق الميراث، الوصية، ج.1، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1991، ص.35.

وأهلية الزواج هي صلاحية الشخص لإبرام هذا العقد، حيث يكون كل من الرجل والمرأة على درجة من النمو، سواء الجسدي أو العقلي، وذلك من أجل تحقيق أهداف الزواج إضافة إلى وعيهما بدورهما وبمسؤوليتهما سواء داخل الأسرة أو في المجتمع.

وبناء على ذلك، فقد نصت المادة 16 فقرة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه:" لا تترتب آثار قانونية على خطبة وزواج الأطفال وتتخذ كل التدابير الضروريّة بما في ذلك الأحكام التّشريعية من أجل تحديد سنّ أدنى للزواج، وفرض تسجيل الزواج في سجل رسمي"[1].

وعليه فإنه من الأهمية حسب الاتفاقية اعتماد السن الأدنى للزواج وذلك من أجل ضمان حرية التعبير عن الرضا في انعقاد الزواج، وبذلك يكون المجتمع الدولي واعيا بمخاطر

[1] و قد أقرّت لجنة إلغاء التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21 بمناسبة دورتها 13 عام 1994، أن السّن الأدنى للزواج يجب أن يكون 18 سنة لكل من الرجل و المرأة، و أن الدول التي تسمح بسن زواج مختلف بين الرجال و النساء تخالف الاتفاقية، إضافة إلى أن الدول الأطراف يجب أن تفرض تسجيل كل عقود الزواج سواء المبرمة على الشكل المدني أو وفقا للدين أو العرف و إلغاء القوانين التي تنص على سن مختلفة للزواج، أنظر، أمير فرج يوسف، موسوعة حقوق الإنسان الدولي، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 2008 ، ص. 56. اذ تنص اللجنة على أن: "المادة 16(2) والأحكام الواردة في اتفاقية حقوق الطفل تمنع الدول الأطراف من السماح بالزواج للأشخاص الذين لم يبلغوا سن الرشد ومن المصادقة على صحة هذا الزواج. وفي سياق اتفاقية حقوق الطفل "يعني الطفل كل انسان لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره، ما لم يكن سن الرشد محددا بأقل من ذلك في القانون المنطبق عليه". وبصرف النظر عن هذا التعريف، ومع أخذ اللجنة بأحكام إعلان فيينا في الاعتبار، فهي ترى وجوب أن يكون الحد الأدنى لسن الزواج هو 18 سنة لكل من الرجل والمرأة. ذلك أن زواج الرجل والمرأة يرتب عليهما مسؤوليات هامة. وبالتالي ينبغي ألا يسمح بالزواج قبل بلوغهما سن النضج الكامل والأهلية الكاملة للتصرف. وتفيد منظمة الصحة العالمية بأنه عندما يتزوج القصر، ولا سيما الفتيات وينجبن أطفالا، فإن صحتهن يمكن أن تتضرر ويمكن أن يتعطل تعليمهن. ونتيجة لذلك، يصبح استقلالهن الاقتصادي مقيدا. وهذا لا يؤثر على المرأة شخصيا فحسب بل يحد أيضا من تنمية مهاراتها واستقلالها ويقلل من فرص حصولها على العمل، ومن ثم يؤثر تأثيرا ضارا على أسرتها ومجتمعها المحلي، وتحدد بعض البلدان سن زواج الرجل تختلف عن سن زواج المرأة. وبما أن مثل تلك الأحكام تنطوي على افتراض خاطئ مؤداه أن معدل النمو الفكري لدى المرأة يختلف عنه لدى الرجل، أو أن طور النمو البدني والفكري عند الزواج لا أهمية له، فلا بد من الغائها. وفي بلدان أخرى يسمح بقيام أفراد الأسرة بإجراء خطوبة الفتيات أو بالمواعدة بالزواج نيابة عن الفتاة. ومثل تلك التدابير لا تخالف الاتفاقية فحسب بل وتتعارض أيضا مع حق المرأة في أن تختار شريكها بحرية "، أنظر، التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة الثالثة عشرة، 1992، الموقع الالكتروني.www.ohchr.org.

الزواج المبكر التي تعيق استقرار العائلة والذي لا يكون الا عندما يكون الزوجين واعيين بمسؤوليتهما في الأسرة[1].

يتضح من خلال ما سبق أن اتفاقية سيداو قد أكدت على عدم ترتيب أي أثر قانوني على زواج الصغير وعلى وجوب تحديد سن أدنى للزواج على قدم المساواة بين الرجل والمرأة، إضافة على اتخاذ جميع التدابير التشريعية من أجل جعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا وذلك لحماية المرأة.[2]

ومن ثمّ سنحاول معرفة أثر هذه المادة على تعديل قانون الأسرة سواء فيما يتعلق بسن الزواج (I)أو بالنسبة لتسجيل الزواج في سجل رسمي (II) .

I/موقف قانون الأسرة من المساواة بين الجنسين في سنّ الزواج:

جاء في قانون الأسرة لسنة 1984، أنّ أهلية الرجل للزواج تكتمل بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة. غير أنّه وتأثّرا باتفاقية سيداو، فإن المشرع الجزائري قد عدّل المادة 07[3] وساوى بين الرجل والمرأة في سنّ الزواج فأصبحت موحدة بتمام سنّ الرشد المدني أي 19 سنة كاملة مع إبقائه على مسألة ترخيص الزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة[4].

[1] أعمر يحياوي ، المرجع السابق، ص.24.

[2] اضافة الى ذلك فقد نصت اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج في المادة 02 منها على أنه :" تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج. ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن، ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما".

[3] والتي تنص على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة .وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج . يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

[4] ما يلاحظ هو أن المشرع في التعديل الجديد قد اشترط إضافة إلى وجود مصلحة أو ضرورة، قدرة الطرفين على الزواج سواء كان ذلك فيسيولوجيا، أو اجتماعيا، أو اقتصاديا، أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبة الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة ، الجزائر، 2007، ص.25.

وهذا الحكم عام بالنسبة لجميع الأشخاص بما فيهم من فتيان وفتيات وذلك بدون تمييز بسبب الجنس أو الدين[1].

ومن ثمّ فإن المساواة بين الجنسين في الأهلية هي محقّقة سواء في المبدأ العام أو في الاستثناء المتعلق بمنح الإذن وذلك عملا بنصوص الاتفاقية التي تسعى لحماية المرأة وهو ما أكدت عليه الجزائر من خلال تقريرها الذي جاءت فيه: "وقد حُدّدت السّن القانونية لتوّفر القدرة على عقد الزواج **بتسعة عشرة(19) سنة كاملة**، وفي هذا شكل من أشكال الضمان لصون حقوق الشخص المعني، **ولاسيما المرأة الذي يمكنه هكذا أن يبدي موافقته عن دراية...**"[2].

وما يُعاتب على المشرّع أنّه لم يسع إلى تحديد السّن الأدنى لمنح الاذن، وقد أعطى حسب المادة 07 للقاضي سلطة تقديرية مطلقة فيما يتعلق بالإذن[3].وهو ما يخالف نص المادة 16 فقرة 2 من الاتفاقية سالفة الذكر، والتي ألزمت الأطراف بتحديد السّن الأدنى للزواج، الأمر الذي يجعل من حكمه المطلق هذا عاملا في خلق حالة زواج الصغار، خاصة وأننا نعلم أن أحكام الشريعة الإسلامية والتي تحيل إليها المادة 222 من قانون الأسرة تجيز زواج الصغار، وذلك حسب جمهور الفقهاء[4] من الشافعية والحنفية والمالكية والحنابلة وذلك مع ثبوت الولاية عليهم[5] مستدلين بقوله تعالى: "**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** "[6].وأن النبي صلّى الله عليه وسلّم تزوّج عائشة وهي صغيرة ولا دليل على خصوصية ذلك بالنبي صلّى الله عليه وسلّم بل ورد ما يدل على عدم الخصوصية، فقدنُقل عن عدد من الصحابة ما يدل على أن زواج الصغار كان

[1] أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الاذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة ج.ع.ق.إ.س، الجزائر 1999، عدد 04، ص.76.

[2] التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المرجع السابق، ص18.

[3] تشوار جيلالي، سن الزّواج بين الاذن و الجزاء...، المقال السابق، ص.77.

[4] أنظر، أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج.4، ط.2 ،دار الكتب العلمية، لبنان ، 2002، ص.285.

[5] أنظر، محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط.2، دار المعرفة ، لبنان، 1982، ص.06.

[6] سورة الطلاق، الآية 04.

جائزا عندهم، فإن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قد زوّج ابنته كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب رضي الله عنه[1].

وبخلاف الجمهور فإنه ذهب البعض ومنهم ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي أنه لا يجوز تزويج الصغير والصغيرة حتى يبلغا[2] وذلك لقوله تعالى: "**وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ**"[3].

إلا أن مبادئ الشريعة الإسلامية رغم اقرارها بزواج الصغيرة فإنّه قد اشترطت أن يكون هذا الزواج عن طريق وليّ الأمر[4]، والذي يندرج لزومه ضمن ولاية الإجبار[5]. إلّا أن الفقهاء اختلفوا حول من له الحق في تولي زواج الصغير والصغيرة.

وكذلك في إطار حماية القُصّر من الزواج المبكر أدرج ضمن القوانين ما يسمى بتسجيل عقد الزواج في سجل رسمي وهذا ما نتعرض إليه من خلال ما يلي:

II/ مدى موافقة قانون الأسرة لاتفاقية سيداو فيما يتعلق بتسجيل الزواج :

وفقا للمادة 16 فقرة 02 من اتفاقية سيداو فانه يقع على عاتق الدول الأطراف واجب قانوني بأن تتخذ جميع الإجراءات الضرورية لجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا الزاميا، إضافة إلى تأكيد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أنه على الدول الأطراف اشتراط تسجيل جميع الزيجات، سواء تمت وفقا للإجراءات المدنية، أو العرف، أو الشريعة، وبذلك يمكن للدولة الامتثال للاتفاقية واقرار المساواة بين الشريكين[6].

---

[1] أنظر،أبو محمد بن قدامة ، المغنى ،ج.9، ط.3 ، دار عالم الكتب ، السعودية، ، 1997، ص.398.

[2] أبو محمد بن حزم ،المرجع السابق، ص.460-463.

[3] سورة النساء، الآية 06.

[4] أنظر، أبو النّصر مبشّر الطرازي الحسيني، المرأة و حقوقها في الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، ب.س.ن، ص.141.

[5] ولاية الإجبار هي حق ولي المرأة إجبار من في ولايته على الزواج و هي تثبت على القاصر و فاقد الأهلية، والمجنون والمعتوه، أنظر، أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير فرع عقود و مسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1998 ، ص .89.

[6] أمير فرج يوسف، موسوعة حقوق الانسان الدولي، المرجع السابق، ص.573.

وبالرّجوع لقانون الأسرة الجزائري، نجد أنّه ينص في المادة 18منه بأنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين9 و9 مكرر من هذا القانون". إضافة إلى النص في المادة 21 بأنه : " تطبق أحكام قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقد الزواج ".

بقراءة هاتين المادتين يتبادر إلى الذهن أن المشرع جعل من تسجيل عقد الزواج شرطا شكليا لانعقاد الزّواج، إلا أنّه بالرجوع إلى المادة 22 يستنتج أن الكتابة في عقد الزواج هي للإثبات وليس للانعقاد، حيث تنص على أنه: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ...".

وعلى ذلك فان النّص على تسجيل الزواج له أهمية بالغة في ضمان حقوق الزوجين خاصة المرأة، وبذلك يكون قانون الأسرة مطابقا لاتفاقية سيداو والتي تؤكد على تسجيل الزواج حماية لحقوق المرأة على حدّ سواء مع الرجل.

إلّا أن المشرع نصّ في الشّطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة 22 على أنه: "...وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي". مما يجعلنا نقول أنه قد سمح بتثبيت الزواج غير الرسمي وهو الزواج العرفي[1]، الأمر الذي أكدته قرارات المحكمة العليا والتي جاء في احداها: "متى ثبت أن أركان الزواج متوافرة بما فيها الاستماع إلى الشهود والامام الذي قرأ الفاتحة وتحديد المهر وحضور الولي فإن القضاء بإثبات الزواج العرفي جاء تطبيقا سليما للقانون"[2].

والأكثر من ذلك فان انعقاد الزواج عرفيا وعدم تسجيله رسميا لا يؤثر في صحة العقد وهو الأمر الذي أقرته المحكمة العليا من خلال قرار لها بتاريخ 2007/06/13 جاء فيه:

[1] الزواج العرفي في الجزائر هو الزواج عن طريق الفاتحة دون وجود أيّ رسمية، والذي جاء النص عليه في المادة 06 المعدلة بقولها: " ان اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعد زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون" .

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/09/24، ملف رقم 221329، الاجتهاد القضائي، ص.60، أنظر، باديس ديابي، قانون الاسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2012، ص.27.

"ان عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفتر الحالة المدنية بالبلدية، لا يؤثر على صحة الزواج"[1].

إذ أن هذا النوع من الزواج—أي العرفي–أحيانا يكون وسيلة من أجل التحايل على القانون، والهروب من الإجراءات القانونية المرهقة. ومن بين هذه التّحايلات الزواج دون السّن القانوني والذي يشترط فيه الحصول على الاذن القضائي، إضافة إلى ظاهرة تعدد الزوجات [2] والتي يتوجّب فيها استصدار الرخصة القضائية.

والأخطر من هذا وذاك هو إذا كان الزواج غير المسجل متنازع فيه، بأن تعرّض للإنكار من قبل أحد الطرفين مع وجوب إثبات ذلك، وكثيرا ما يكون الطرف الضعيف هو المرأة، فليس هناك أسهل من التخلي عن امرأة لا تجمعها بزوجها "الافتراضي" أي وثيقة، كما أن أكثر ما تواجهه المتزوجات بالفاتحة إثبات نسب الأبناء في حال تخلي الأزواج عنهن، فهم مصنفون في خانة الأطفال غير الشرعيين رغم أنهم نتيجة لعلاقة شرعية، كما يطرح مشكل المطالبة بالميراث في حال وفاة الزوج ورفض عائلته لهذا الزواج[3]، لأن القاضي لا يصدر حكمه إلّا بعد تقدير الأدلة والتحقق منها، وكذلك التأكد من مدى صحّة الادعاءات والإثباتات من عدمه، فإمّا يصدر حكما برفض الدعوى لعدم التأسيس أو لعدم كفاية الأدلة، وإمّا يصدر حكما بإثبات الزوجية ويأمر بتسجيل الزواج[4]، وغالبا ما يكون إقرار الزّوج بالزّواج العرفي دليلا قويا أمام القضاء من أجل تسجيل الزواج.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2007/06/13، ملف رقم 396339، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2008، ص.253.

[2] أنظر، دنوني هجيرة، إجحاف قانون الأسرة بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، الجزائر 2000، عدد 03، ص.481.

[3] أنظر، سلمى حراز، مريم شرايطية، جزائريون يقبلون على الزواج العرفي لمراوغة القانون، جريدة الخبر، الاثنين 03 سبتمبر 2012.

[4] أنظر، سارة بن شويخ، نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مجلة كلية الحقوق، سعد دحلب البليدة الصادرة في 23 فيفري 2009، ب.ع ، ص. 235.

وفي هذا الاطار ينادي الأستاذ بلحاج العربي الى ضرورة مواصلة حركة التوعية لأهمية وأهداف عقد الزواج الرسمي المسجل في سجلات الحالة المدنية. اذ أن حماية الأسرة واستقرارها يقضي مواصلة مجهود التوعية خاصة في الأوساط الشعبية الواسعة وسكان القرى والأرياف، واشعارهم بضرورة ابرام عقود الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا وبصفة رسمية.[1]

وعلى ذلك فإنّ المشرع رغم إقراره من جهة بنظام تسجيل الزواج إلّا أنه قد اعترف من جهة أخرى بالزواج المنعقد عرفيا ومن ثمّ يكون قد فتح مجالا لعدة تجاوزات قد تنعكس سلبا على مصلحة الزوجين، والتي تكون فيها حتما المرأة هي الطرف الأكثر تعرضا، الأمر الذي يخالف ما تقضي به اتفاقية القضاء على جميع أشكل التمييز ضد المرأة.

وأخيرا وبعد تعرضنا في الفرع الأول إلى مركز المرأة مقارنة بالرجل في كل من الرضا وسنّ الزواج فإنه لا بد من معرفة مدى أخد المشرع بمبدأ المساواة فيما يتعلق بالولي وذلك في الفرع الموالي.

الفـــــرع الثـــــاني

الـــولـــــي

قبل التطرق إلى الولاية في قانون الأسرة وتبيان مركز المرأة فيها فإنه لا بدّ أوّلا من تعريفها:

أولا: تعريف الولاية

تعرف الولاية لغة أنها اسم من ولّيْتُ الشيء ولاية، إذا تولّيته وقُمت عليه ودبّرت شؤونه ونصرته، والوليّ في لغة العرب القُرب والدُّنو، ووليّ اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته[2]

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة... ، ص. 144.

[2] أنظر، عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، 2011، ص.155.

ويسمى متولي العقد الولي ومنه قوله تعالى:" **فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ**"[1]. وولي المرأة من يلي عقد نكاحها.

أمّا اصطلاحا فهي سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات[2]وتنفيذها فإن كانت متعلقة بشؤونه كتزويجه لنفسه أو التّصرف في ماله فهي بذلك ولاية قاصرة، أمّا إذا كانت متعلّقة بشؤون غيره كأن يُزوّج ابنته، أو يتصرف في ماله وأولاده فهي ولاية متعدية[3].

والولاية في الزواج تدخل ضمن الولاية المتعدية والولاية على النفس، وهي الإشراف على الشؤون الشخصية للمرأة، وعليه فإنّ الولاية في الزواج تعني أن يقوم شخص كبير راشد على تدبير شؤون عقد الزواج للمرأة المحتاجة لذلك. وتنقسم الولاية إلى قسمين :ولاية إجبار وولاية اختيار.

فولاية الاجبار هي تنفيذ القول على الغير[4] وسمّيت كذلك لأن لمن يملك هذه الولاية حق الاستبداد بتزويج من في ولايته وجبره على ذلك، ويكون العقد نافذا[5]. فبالنسبة للمالكية فتثبت ولاية الإجبار على الابن الصغير والبكر الصغيرة والبالغة سواء العاقل أو السفيه منهم[6]، وتثبت ولاية الإجبار عند الحنفية على البنت ولو كانت ثيبا والذكر في حال صغرهما ومن كان في حكمهما من جنون أو سفه[7].وتثبت عند الشافعية[8] والحنابلة[9] ولاية الإجبار

[1] سورة البقرة، الآية 282.

[2] حسين مهداوي، المرجع السابق، ص. 21.

[3] أي صلاحية المتعاقد لإنشاء العقد نيابة عن غيره.

[4] أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء 07، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1984، ص.187.

[5] أنظر، محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص فقه و أصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص.401.

[6] أنظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.100.

[7] أنظر، زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.3، ط.1، دار التراث العربي ، دمشق، 2002، ص.340.

[8] أنظر، محمد الشربيني، مغني المحتاج، ج.3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958، ص.378.

[9] أنظر، أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى،ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان ، 1987، ص.82.

على البكر البالغة ولا تثبت على الثيب. وبذلك فإن البكر البالغة تثبت عليها ولاية الاجبار عند كل من الشافعية والمالكية والحنابلة دون الحنفية.

أما ولاية الاختيار فهي حق الولي في تزويج من في ولايته بناء على اختياره ورضاه[1]، أي دون أن يستبد الولي في ذلك.

وعلى العموم فإنه لابد من الولاية شرعا وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**"[2].

ثانيا: الولاية ما بين الإلغاء والإبقاء:

لقد سبق وأن أشرنا [3] أنّ المادة 16 من اتفاقية سيداو تنص على أنّ للمرأة الحق في اختيار زوجها برضاها وأن يكون هذا الرضا حرّا وكاملا، بمعنى أنه لا يجوز لأيّ كان التدخل في اختيار المرأة وبالأخص تدخل الولي أبا كان أو غيره. فالرّضا بهذا المعنى يجعل من المرأة هي صاحبة القرار في زواجها والأكثر من ذلك فإنه يمنح لها سلطة تزويجها لنفسها، أي تولّي عقد قرانها بدون موافقة وليّها أو حتى حضوره.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة بعد التعديل نجد أنه نص في المادة 11 أنه:" **تعقد** المرأة الراشدة زواجها **بحضور** وليّها و هو أبوها **أو** أحد أقاربها **أو أيّ شخص آخر تختاره**.

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص.189.
[2] محمد الألباني، إرواء الغليل،ج.6، المرجع السابق، حديث رقم 1840، ص.243.
[3] ارجع في ذلك إلى ص.13 من هذا البحث.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون **يتولى** زواج القصّر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأوّلين والقاضي ولي من لا وليّ له ".[1]

وذلك بعدما كان ينص بأنه " **يتولى** زواج المرأة وليّها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

من خلال مراجعة وقراءة المادتين نجد أن المشرع حاول التوفيق بين رأيين متناقضين، فالأول يطالب بإلغاء الولاية تماما وتخليص المرأة من الولي استجابة لاتفاقيات حقوق الإنسان، وبالأخص اتفاقية سيداو، أما الثاني فيطالب بإبقاء شرط الولي كأمر واقع وكشرط من الشروط التأسيسية لعقد الزواج[2]، ولذلك جاء المشرع بنصّ جديد جمع فيه بين المتناقضين[3]، حيث أنّه غيّر عبارة " **يتولى** زواج المرأة وليها... " بعبارة " **تعقد** المرأة الراشد زواجها ..." وبذلك جعل المرأة الرّاشدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة، من خلال الإدلاء بمواقفها بالزواج بنفسها أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق [4].

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي لقانون الأسرة كان ينص في المادة 11 على أن:" الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسه بنفسها أو تفوضه لأبيها، أو أحد أقاربها "، أي أنها كانت تجيز للمرأة الولاية على نفسها، إلا أنها تعرضت لانتقاد لاذع باسم الشريعة الإسلامية ،وهذا ما أثار حفيظة التيار الإسلامي، واعتبرت أن التعديلات المقترحة تستجيب لدعاوي التيار التغريبي الذي يريد تجريد المجتمع من هويته العربية الإسلامية، أنظر، معروف عرايبي محمد، قانون الأسرة ماله و ما عليه، مجلة الفكر البرلماني، تصدر عن مجلس الأمة، 2005، عدد 10، ص.135؛ نورالدين زمام، بن قفة سعاد، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، 2012، عدد07، ص.17.

[2]Dalila ZENNAKI , Egalité homme femme en Algérie aux normes internationales: le cas de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz édition, Tlemcen,2013, P.221.

[3] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص. 41.

[4] أنظر، تشوار حمّيدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة ع.ق.إ.س، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، عدد 12، ص. 59.

وبذلك قد كرّس المشرع حق المرأة مباشرة عقد الزواج بنفسها مع اشتراط حضور الوليّ سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره[1]، ويتجلّى ذلك من خلال استعماله لحرف "**أو**"، والذي يؤكد على التخيير وليس التقييد والترتيب، إذ سمح لها بأن تعقد زواجها بحضور من تختاره هي كولي حتى ولو لم يكن هذا الولي من أقربائها. ومن ثم يكون دور الوليّ شكليّا حيث يقتصر الأمر على حضوره فقط دون أن يكون له أي سلطة في الزواج. وبالتّمعن في كلمة حضور فمعنى الحضور بالنسبة للولي هنا يمكن أن يكون حضوره على سبيل الإلزام لمباشرته العقد، أو أنه على سبيل الاختيار لمجرد سماع العقد، مما يؤكد على الشكلية في حضور الولي.

كما يفهم من إلغاء المشرع لنص المادة 12 في فقرتها الأولى: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون"، أنه لم يبق للولي أي دور أو تأثير في الإذن أو المنع.

والأكثر من هذا فإن الزواج التام بدون ولي وأتبعه دخول يعدّ صحيحا ويرتّب كل الآثار حتى ولو كان الأمر يتعلق بالقاصرة[2].

إضافة لما سبق، فإنّ المشرع قد نصّ في المادة 13 على أنه " لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها".

ممّا يؤكد أن الشّارع قد تخلى تماما عن ولاية الاجبار سواء بالنسبة للبالغة أو القاصرة وذلك بأن نصّ أنه لا يجوز للولي اجبار القاصرة التي في ولايته على الزواج. كما لا يجوز له

[1] أنظر، أحمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة، الجزائر، 2011، عدد 10،ص.66 .

[2] و ذلك حسب المادة 33 فقرة 02 من قانون الأسرة، أنظر، تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الاسرية، المجلة .ج.ع.ق.إ.س ، الجزائر، 2007، عدد 02، ص. 219.

تزويجها دون موافقتها، ولا يجوز له منعها عنه إذا أرادته[1]، اذ أن البالغة عليها ولاية الاختيار أما القاصرة فلا يجوز له اجبارها. وبذلك يأتي دور القاضي ليقدّر صلاحيّة هذا الزّوج بالنسبة لها فإن تحقق له ذلك أذن بزواجها[2].

ويمكن تبرير موقف المشرّع من الولاية بأخذه بالمذهب الحنفي[3]، حيث أنّ الحنفية يجيزون للمرأة البالغة العاقلة الراشدة بكرا كانت أو ثيبا، أن تتولى عقد الزواج لنفسها، وإن كان يستحب لها تقديم وليها لتولي مباشرة العقد عليها بعد تحقق رضاها بإذنها. غير أن المذهب الحنفي رغم إجازته لذلك فإنه جعل لعصبة[4] المرأة حق الاعتراض إذا زوّجت نفسها بغير كفئ لها ودون مهر المثل، باعتبار أن الزواج مصاهرة بين أسرتين، ذلك أنه إذا كانت العلاقة الزوجية تقوم أساسا على الروابط الفردية بين الزوجين إلا أنه هناك علاقة أخرى أوسع، هي الروابط الأسرية التي يتوجب فيها توافر الكفاءة حتى لا يلحقها العار[5].

وبذلك يكون للأولياء حق اللجوء للقضاء من أجل الفصل في هذه المسألة[6]، والمطالبة بفسخ عقد الزواج على أساس عدم كفاءة الزوج.

---

[1] وهو أيضا ما نص عليه تقرير الجزائر والذي جاء فيه:" وتنص المادة 13من المرسوم ذاته على أنه: " ممنوع على الولي، سواء كان الأب أو شخصا آخر، أن يُرغم على الزواج الشخص القاصر الموجود في كفالته، كما أنه لا يمكنه تزويجه بدون رضاه "، أنظر، التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المرجع السابق، ص.18.

[2] أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ، القاهرة، 2009، ص.53.

[3] هذا بالنسبة للحنفية أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، فقالوا بعدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها لصحة شرط الولي في حقها إلا أن الولي يشاركها في اختيار الزوج، وينفرد بتولي الصيغة بعد اتفاقهما على الزواج، ولهم حجتهم في ذلك من القرآن والسنة، أنظر، بن رشد القرطبي، المرجع السابق،ج.2، ص.8.

[4] أي أبوها أو أخوها ممن يحق لهمم تولّي زواجها .

[5] أنظر، محمود بن أحمد العيني، البداية في شرح الهداية، ج.4، ط2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.620.

[6] أنظر، رشدي شحاته أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع التمييز ضد المرأة من النظور الاسلامي، ط.1، دار الوفاء لدنيا الطباعة، الاسكندرية، 2007، ص.274.

وأمام هذا يمكن القول أن المشرع ابتعد عن ما ذهب اليه المذهب الحنفي في هذه المسألة ذلك أنه اشترط حضور الولي، مع عدم النص على حق الولي في الاعتراض اذا كان الزوج غير كفئ. هذا فضلا على أن الفقه الحنفي لا يتضمن مسألة اختيار أي ولي.

هذا من جهة، الّا أنه من جهة أخرى، جاء في تعليق الأستاذ بن داود عبد القادر –وهو عضو ضمن لجنة تعديل قانون الأسرة– على مسألة الولاية بأن : " ...هذا من صميم الفقه المالكي إذ عند المالكية يصح الزواج بالولي الأبعد مع وجود الأقرب على ما فصله عبد الرحمن الجزيري في الفقه على المذاهب الأربعة...وفي رواية عن ابن القاسم عن الامام مالك بن أنس أن اشتراط الولاية سنة لا فرض....، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف من الناس على انكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها...".

ورغم هذا فسواء أخذ المشرع بالمذهب الحنفي أو المالكي فانه لا مفر من القول أن التعديل الأسري بخصوص الولاية جاء استجابة لمبدأ المساواة بين الجنسين الذي تكرسه الاتفاقية، الأمر الذي كان واضحا بجلاء من خلال تحليل المواد المتعلقة بهذا الموضوع.

و أمام هذا فان الولاية واشتراطها له ما يبرّره في الشريعة الاسلامية، وذلك لحكمة تنبع من الأهمية البالغة لعقد النكاح، فالمرأة أقرب أن يغرّر بها وتخدع والوليّ لا يغرّر عادة، حيث تقل خبرتها في الحياة مقارنة بالرّجل، فالولاية هي حماية للمرأة وحفظ لها من الاختيار الخطأ[1].

توصلنا في الأخير إلى أن الولاية في عقد الزواج سواء في القانون الجزائري أو حتى في الشريعة الاسلامية ليست بقيد على الرضا الكامل والحر للمرأة إذ أن الكلمة الأولى والأخيرة

[1] أنظر، عبد الرحمان طالب، حقوق وواجبات المرأة في الاسلام، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد 03، ص.183.

ترجع لها دائما، وما الولاية إلا ضمان قرُّر لصالحها وتكريما لها، باستثناء التعسّف أو سوء استعمال الولي لحقه في الولاية.

وعليه فرغم أنّ المشرّع حاول تكييف وجعل الولاية حسب مبدأ المساواة بين الجنسين تأثرا منه باتفاقية سيداو، إلا أنه أبقى على الوليّ ولو رمزيا.

إلى جانب الوليّ وشروط الزواج الأخرى فقد أضاف المشرع شرطا شكليا للانعقاد وهو شرط الخضوع للفحوصات الطبية، وعلى ذلك سوف نحاول معرفة مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بهذا الشرط من خلال الفرع التالي:

الفرع الثالث

الشهادة الطبية في الزواج

استحدث المشرع شرط الخضوع للفحص الطبي[1] ضمن قانون الأسرة بعد التعديل الأخير فنصّ في المادة 7 مكرر على أنّه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوّهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعيّن على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكّل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك فيه...".

من محاولة تحليل هذه المادة نجد أن المشرع جعل تقديم الشهادة الطبية كشرط شكلي لانعقاد الزواج والهدف من ذلك هو اخضاع الرجل والمرأة للكشف الطبي العام والشامل

[1] الفحص الطبي قبل الزواج هو تقديم استشارات طبية اجبارية للخطيبين المقبلين على الزواج تستند إلى فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لهما قبل عقد القران، وذلك لاكتشاف أي موانع صحية قد تحول دون تحقيق أهداف الزواج، أنظر، صفوان محمد غضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، ط.1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص.56.

"سريري ومخبري" وذلك للتأكد من سلامة البنية التناسلية لديهما وكذا التحقّق من خلوهما من الأمراض المعدية، ومن الأمراض العقلية والوراثية، والتي في حال وجودها قد تضر بصحة الشريكين وتهدد حياتهما وحياة أطفالهما بالخطر، وهو ما نصّ عليه المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11 والمتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر[1].

حيث أكد هذا المرسوم في مادته الثانية على وجوب تقديم الشهادة الطبية من طرف المترشحين للزواج لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر تثبت خضوعهما لفحوصات طبية، وتسلم هذه الشهادة من قبل الطبيب حسب النموذج المرفق.

والملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع أغفل تحديد الطبيب المختص بتسليم الشهادة الطبية إن كان طبيبا عامّا أو متخصّصا. كما أنه من خلال المادة 3 و4من نفس المرسوم يتضح أن الطبيب لا يمكنه تسليم الشهادة الطبية إلا بعد اجراء فحص عيادي شامل وتحديد فصيلة الدم، مع امكانية توسيع الفحص الطبي إلى السوابق الوراثية والعائلية للكشف عن بعض العيوب أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض، إذ يمكن للطبيب تقديم اقتراحات للمعني بإجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال الى الزوج أو الذرية وذلك بعد اعلامه بخطورة عدواها.

وبعد الانتهاء من الفحوصات المطلوبة، على الطبيب تبليغ الشخص الخاضع لها واعلامه بالنتائج المتوصّل إليها، على إثر تلك النتائج يحرر الطبيب شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني، وهو ما نصت عليه المادة 05 من المرسوم.

كما نص المرسوم التنفيذي في مادته السابعة في فقرته الأولى على أنه: "يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من

[1] ج.ر عدد 31، الصادرة بتاريخ 2006/05/14.

علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج".

فمن خلال نص هذه الفقرة يتعين على الموثق أو ضابط الحالة أن يتأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات حتى لا يقع أحد طرفي العقد في غش أو تدليس، ويكون لهما كامل الحرية في إتمام عقد الزواج أو الرجوع عنه طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من المرسوم التنفيذي : " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين." بمعنى أن الشهادة الطبية هي مجرد شرط وقائي[1].

وفي حال تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط وقام بتحرير عقد الزواج فإنه يتحمل مسؤوليته عن مخالفته القانون، ويمكن أن يتعرض للعقاب الإداري والعقاب الجزائي طبقا للمادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-154: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

وما تجدر الاشارة إليه هو أن هذا الفحص الطبي يشمل فحص عيادي شامل إضافة إلى تحليل فصيلة الدم كما سبق وأن أشرنا، وأن هذه الفحوصات لا تتعلق كما يظن البعض بشهادة أن الزوجة بكرا إذ أن شهادة عذرية المرأة لا تعد شرطا لإبرام عقد الزواج سواء في القانون أو في الشّرع.

وبهذا نقول أن قانون الأسرة أخذ بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بالفحص الطبي، حيث أنه لم يميّز بينهما في ذلك، وأخضع كلاهما لنفس الفحوصات.

[1] أنظر، بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج علي ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر،2007، عدد01، ص.118.

وأمام مبدأ المساواة وحقوق الانسان، فهناك من عارض بشدة فكرة الشهادة الطبية، وحجّتهم في ذلك هو أن فيها مساس لمبدأ حرية الفرد في الزواج. كما أنه لا يجب النظر إلى عقد الزواج من المنظور الاجتماعي والاقتصار على الاعتبارات الصحية بل أن هناك عنصرا آخر بالغ الأهمية والمتمثل في الجانب الأخلاقي وعدم انتشار الرذيلة[1].

وعليه فإن حق المرأة والرجل في الزواج وتكوين أسرة دون أي قيد، والمساواة بينهما في الانعقاد هو حق مكفول دوليا وتكرسه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 16 فقرة(1) حرف(أ)، ومن ثم فإن الخضوع للفحوصات الطبية اجراء يتعارض مع جوهر الحق في الزواج[2] المضمون في الاتفاقية.

لقد رأينا من خلال هذا المطلب أن المشرع الجزائري قد تأثر باتفاقية سيداو وكرّس مبدأ المساواة بين الجنسين ولكن بطريقة انفرد بها فيما يتعلق بالرضا وشروط الزواج، فهل أنه يواصل ذلك في كل من الاشتراط وكذا التعدد؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني

المساواة في الاشتراط والتعدد

اعتبر كل من الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الزواج ميثاقا غليظا ولما كان كذلك اهتمّا به اهتماما بالغا بحيث سمحا للزوجين أن يتفقا على بعض الشروط (الفرع الأول)، وهي لا تُعلّق عقد الزواج على وجود مسألة محتملة الوقوع ولا على أجل بل هي شروط متعلقة بالحياة اليومية حتى لا يتفاجأ أحد الزوجين بما يفعله الآخر.

[1] أنظر، مسعودي رشيد، الشهادة الطبية قبل الزواج، دراسة مقارنة، الراشدية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، معسكر، 2008، عدد 01، ص.67.

[2] أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص. 241.

وفي إطار كذلك حماية الزوجين وبصفة خاصة الزوجة فإنهما قد نظّما كذلك مسألة تعدد الزوجات (الفرع الثاني) وجعلا لها أحكاما وضوابطا ذلك لكي لا تكون حقا يمارس بعشوائية وتعسف.

الفرع الأول

الاشتراط في عقد الزواج

حيث سنتناول مسألة الاشتراط في كل من الفقه الاسلامي (أولا) وكذا قانون الأسرة الجزائري (ثانيا) مع تبيان مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة بين الجنسين دون اغفال اتفاقية سيداو.

أولا: الاشتراط في الفقه الاسلامي:

لقد اختلفت الآراء الفقهية والمذاهب في نظرتهم للشروط وذلك بين مضيّق وموسّع، ويمكن تقسيم الشروط حسب موقف الفقهاء إلى شروط متفق على صحتها، وشروط متفق على بطلانها، وشروط مختلف فيها.

فالشروط الصحيحة والمتفق على صحتها هي الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد كاشتراط المرأة العشرة بالمعروف والإنفاق والكسوة والسكنى؛ وألّا يقصّر الزوج في شيء من حقها في القسمة، أو كاشتراطها صداقا قيمته كذا، أما بالنسبة للزوج، كاشتراطه ألا تخرج إلاَّ بإذنه ولا تمنعه نفسها وألا تتصرف في ملكه إلاَّ برضاه[1].

أما الشروط المتفق على بطلانها وهي الشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة كأن تشترط الزوجة الثانية طلاق الزوجة الأولى لما فيه من اضرار بها[2] لقول رسول الله

[1] أبو محمد بن حزم ، المرجع السابق، ص.516.

[2] أبو محمد بن قدامة ، المرجع السابق، ص.486.

صلى الله عليه وسلم:" لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها "[1].

أو كأن يزوج شخص ابنته أو أخته لشخص آخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته أو أي امرأة في ولايته ويجعلا صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يسمى بنكاح الشغار، ولكن اختلف الفقهاء إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا، فقال مالك لا يصح يفسخ أبدا قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي، إلا أنه قال :إن سمي لإحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سميناه فاسد، وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال أحمد وإسحاق وأبو ثور والطبري[2].

هذا بالإضافة الى شرط التّأقيت في زواج المتعة، لما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة إلاأنه تم الاختلاف في الوقت الذي وقع فيه التحريم[3]. وكذلك شرط المحلل والذي يتم فيه الزواج بالمطلقة ثلاثا شرط احلالها لمطلقها[4].

أما الشروط المختلف في صحتها فهي تلك التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد دليل خاص للأخذ بها من عدمه، ويكون فيها منفعة للمشترط كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها إلى بلد آخر، أو أن تشترط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج، وكأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة ونحوه[5].

---

[1] أبو عبد الله البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، رقم الحديث 5152، المرجع السابق، ص. 640.

[2] محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.57.

[3] ففي بعض الروايات أنها حرمت يوم خيبر، وفي بعضها يوم الفتح، وفي بعضها في غزوة تبوك، وفي بعضها في حجة الوداع، وفي بعضها في عمرة القضاء، محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.58.

[4] أبو محمد بن قدامة ، المرجع السابق، ص.486

[5] السيد سابق، فقه السنة،ج.2،ب.ط، دار مصر للطباعة، القاهرة، د.س.ن، ص.35

وقد ذهب الحنابلة الى أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها[1]، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[2]، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به[3].

أما المالكية فذهبوا الى أن هذه الشروط غير ملزمة ولا يتوجب الوفاء بها الا اذا اقترنت بيمين ويكون الوفاء بها من أجل اليمين وليس لأجل الشرط[4].

أما الشافعية والحنفية فذهبوا الى أن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح[5]إلا أنه- بالنسبة للحنفية- لو كانت تلك الشروط مقابل الحطّ من مهر مثلها، فإن وفّى لها بالشرط فلها المسمى أما لو خرق الشرط فلها ما نقص عن مهر مثلها [6].

أما الظاهرية فذهبوا الى أن اشتراط المرأة ألا يخرجها من بلدها أو ألا يتزوج عليها، إذا كان في نفس العقد فالعقد مفسوخ، أما إن اشترطت ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشرط باطل[7].

ثانيا: حرية الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري:

خصّص المشرّع لباب الاشتراط في عقد الزواج المادة 19 المعدلة من الأمر رقم 05-02، حيث ورد فيها ما يلي: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق

[1] أبو العباس بن تيمية، المرجع السابق، ص.78.

[2]أبوعبد الله بن اسماعيل البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم5151، المرجع السابق،ص.375.

[3]محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 160.

[4]أنظر، أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص .69؛ محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.59.

[5]أنظر، محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج.5، ط.1، دار السلام للطباعة، ب.ب.ن،1997.ص.229.

[6]محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص.690.

[7] أبو محمد بن حزم، المرجع السابق، ص.517.

كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

نرى أن المشرع أخذ بحرية الاشتراط وذلك بشرط ألّا تتصادم تلك الشروط مع نصوص القانون ومقتضيات عقد الزواج، كاشتراط مثلا عدم الوطأ بها.

إضافة إلى أن حق الاشتراط ليس مقصورا على أحد طرفي العقد، بل أنه حق يتمتع به كل من الرّجل و المرأة على حدّ سواء[1]، وبذلك يكون المشرع قد كرّس مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بحرية الاشتراط إذ جاءت الصياغة في المادة على صيغة المثنى.

ورغم أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لم تنص صراحة على حق الزوجين في الاشتراط، إلا أنّها لم تمنع النّص على مثل هذا الحق، وأكدت على المساواة بينهما في كل ما يتعلق بعقد الزواج.

وحسب المادة 19 من قانون الأسرة فإنّ الاشتراط يكون إمّا من خلال عقد الزواج نفسه أو من خلال عقد رسمي لاحق، وهو تأكيد من المشرع على ضرورة الالتزام بالشروط من كلا الزوجين.

هذا إذا كانت الشروط لا تتنافى مع عقد الزواج، أما في حالة أن الشرط كان منافيا لمقتضيات العقد فقد جاء المشرع بنصين أولهما المادة 32 التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وبذلك اعتبر المشرع اشتمال العقد على الشرط المنافي له يكون سببا لبطلانه (أي العقد).

[1] أنظر، رباحي أحمد، ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر ق.خ.أ ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2010 ، عدد 07، ص. 34.

أما ثانيها وهو نص المادة 35 وجاء فيها ما يلي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا، والعقد صحيحا"، فجعل بذلك العقد المقترن بشرط ينافيه صحيحا مع ابطال الشرط.

ومن ثم فإن الجمع بين هذين النصين يكون متعذرا، فمرة جعل الشرط باطلا و مرة أخرى العقد باطلا، و لذلك كان من الأنسب حذف عبارة "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" وعدم ادراجها ضمن المادة 32 و الاكتفاء بما ورد بالمادة 35[1]. أو اعتبار المادة 32 متعلقة بالمانع فقط، والاكتفاء بالمادة 35 كجزاء خاص بالشرط المنافي لعقد الزواج.

وما تجدر الاشارة إليه هو أن المشرع في تعديله للمادة 19 جاء بمثالين للاشتراط وهو شرط عدم تعدد الزوجات و شرط عمل المرأة، وما يلفت الانتباه هو أنّ كلاّ من الشرطين يعد حماية للزوجة وحقوقها وكذا ضمانا لها من تعسفات الزوج أو قيامه بأعمال تنعكس على حياتهما خلال مرحلة قيام علاقتهما الزوجية[2] ولذلك سنفصل في هذين الشرطين كل على حدى:

1/شرط عمل المرأة:

لقد نص قانون الأسرة على حق المرأة في اشتراط عملها وذلك من أجل ضمان حقوقها والتأكيد على عدة أمور أهمها، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحق في العمل والذي كرسه الدستور من خلال المادة 55[3] التي تنص على أنه "لكل مواطن الحق في العمل" وكذا نص المادة 29 بقولها: " كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرّع بأيّ تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرّأي أو أيّ شرط أو أيّ ظرف آخر شخصي أو

[1] أنظر، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة ، دار البصائر للنشر، الجزائر،2010، ص. 153.

[2] أنظر، يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي، بشار، 2007، ص. 311.

[3] من دستور 1996 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 2008/11/15 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر رقم 63 المؤرخة في 2008/11/16 .

اجتماعي"، إضافة إلى المادة 32 بنصّها: "الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن مضمونه"[1].

فمن جهة فإن حق المرأة في العمل مكفول دستوريا، ومن جهة أخرى فإن تأكيد المشرع على حق المرأة في اشتراط العمل جاء استنادا إلى المادة 10 من اتفاقية سيداو والتي ألزمت الدول الأطراف باتخاذ جميع الاجراءات والتدابير من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل، لكي تكفل لها على حدّ سواء نفس الحقوق التي تعطى للرجل خاصة من ناحية أحقيتها في العمل [2].

والأكثر من ذلك فإن المشرع قد أورد في المادة 67 من قانون الأسرة بعد التعديل أنه: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"[3].

وأمام هذا يمكن القول أن كل هذه النصوص تؤكد كل التأكيد على تأثّر المشرع الجزائري باتفاقية سيداو المصادق عليها.

2/شرط عدم تعدد الزوجات:

نصّ قانون الأسرة صراحة في تعديله للمادة 19 على أنه يجوز للزوجة الاشتراط على زوجها ألّا يتزوج عليها ما دامت هي تحت عصمته، بعدما كان هذا الشرط محلّ خلاف ونقاش الفقهاء، حيث أثار جدلا كبيرا نظرا لارتباطه بمبدأ هام أقرته الشريعة الاسلامية وهو مبدأ تعدد الزوجات.

[1] هذا إضافة إلى المادة 31 والمادة 31 مكرر التي تنادي بضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات وكذا مشاركة المرأة في الحياة السياسية.

[2] أنظر، تشوار حميدو زكية، عمل المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية المغاربية والاجتهادات الفقهية والقضائية، المجلة ج.ع.ق.إ.س، الجزائر، 2002، عدد 02، ص. 10.

[3] حيث سنفصّل في هذه المسألة في الأجزاء اللّاحقة، أنظر ص. 42 وما يليها من هذا البحث.

ذهب الحنفية إلى أن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها هي من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، وحكم هذا النوع من الشروط أن العقد لا يتأثر بمثل هذه الشروط، فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحا، ومن ثم لا يلزم وفاء الزوج بهذا الشرط[1].

وأما الشافعية فاعتبروا أن هذا الشرط مما يخالف مقتضى العقد، إلا أن فيه منفعة مقصودة لمن يشترطه، فيصح النكاح ويفسد الشرط[2].

أما المالكية فيرون أن هذا الشرط مما لا يقتضيه العقد وإن كان لا ينافيه، وبالتالي يكون مكروها، ولا يلزم الوفاء به ابتداءً، ولكن إن وقع صحّ العقد وبطل الشرط، إلا أنه يستحب الوفاء به[3].

ويرى الحنابلة أن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه، وحكمه أنه صحيح يلزم الوفاء به، وإذا فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه[4].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، فإنّ اشتراط عدم التعدد هو شرط لا يتنافى مع أحكام القانون إذ أن المشرع قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة[5] وهو أمر جوازي، ولما كان كذلك واعتبارا بأنه حق يتصرف به الرجل كما يشاء فإنه يستطيع التنازل عنه وقبول شرط المرأة التي ترفضه[6]، وذلك باتفاقهما سواء في العقد أو بعده. ومن ثمّ فإن قانون الأسرة قد أخذ بالرأي

[1] محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.59.

[2] محمد بن محمد الغزالي، المرجع السابق، ص.229.

[3] أبو الوليد الباجي ، المرجع السابق، ص.68.

[4] أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص.483.

[5] وذلك رغم أن قانون الأسرة قد قيّد هذا التعدد، وهو ما سنشرحه من خلال الفرع الموالي.

[6] طالبي سرور، المرجع السابق، ص. 65؛ لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص. 61.

الذي يبيح اشتراط عدم تعدد الزوجات، وهو ما ذهب إليه بعض الحنابلة والذين اعتبروا هذا الشرط جوازيا، ويلزم الزوج به وإذا لم يف به كان للزوجة فسخ عقد الزواج[1].

وعليه نلاحظ أن المشرع قد خالف جمهور الفقهاء وأخذ برأي الحنابلة، الأمر الذي يؤكد على اتجاهه إلى تضييق مساحة التعدد وذلك من باب تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين وحماية لحقوق المرأة حسب اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

و بالقول بجواز اشتراط عدم التعدد يجعلنا نجزم بأن التعدد في الأصل هو حق للزوج وهو ما نصّ عليه قانون الأسرة إلا أنّ هذا الأخير قد جعل لهذا الحق قيودا ممّا يؤدّي إلى صعوبة تحقيقه إن لم نقل استحالة، وذلك لغرض معين، ما يجعلنا نتساءل عن هذا التقييد وسببه؟ وهو ما سنحاول الاجابة عليه من خلال ما يلي:

الفرع الثاني

تعدد الزوجات

من المبادئ الاسلامية التي كانت هدفا للنّقد مسألة تعدد الزوجات، والتي اختلفت الآراء من حولها فذهب البعض ومنهم أنصار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[2] إلى أن مقتضى المساواة بين الرجل والمرأة في حق الزواج يحتّم بداهة ألا يباح لأحدهما ما يحرم على الآخر، أي أنه إذا كان يحرم على المرأة الزواج بأكثر من رجل فإنه يجب ألا يباح للرجل الزواج بغير امرأة واحدة.

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2011، ص. 240.

[2] و ذلك حسب المادة 16 فقرة 01 حرف أ بقولها :" نفس الحق في عقد الزواج ... "، اضافة الى أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة نصت في توصيتها 21 على أنه :"وتعدد الزوجات يخالف حق المرأة في المساواة بالرجل، وقد تكون له نتائج عاطفية ومالية خطيرة عليها وعلى من تعولهم إلى حد يستوجب عدم تشجيع هذه الزيجات وحظرها. وتلاحظ اللجنة بقلق أن بعض الدول الأطراف التي تضمن دساتيرها تساوي الحقوق، تسمح بتعدد الزوجات وفقا لقانون الأحوال الشخصية أو للقانون العرفي. وهذا ينتهك الحقوق الدستورية للمرأة ويخالف أحكام المادة (5أ) من الاتفاقية."، أنظر، التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق.

وإذا أبيح للرجل الزواج بأكثر من واحدة فمن المنطق السماح للمرأة الاقتران بأكثر من رجل، إذ أن العمل بخلاف ذلك يعد إخلالا بمبدأ المساواة بين حقوق المرأة وحقوق الرجل[1].

ومن ثم سنحاول معرفة مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة فيما يتعلق بنظام تعدد الزوجات (ثانيا)، إلّا أنه كان لزاما قبل التّطرق لذلك معرفة موقف الشريعة الاسلامية من التعدد (أولا).

أولا: موقف الفقه الاسلامي من تعدد الزوجات:

ما تجدر الاشارة إليه هو أن التعدد نظام عرف قبل الاسلام، وكان من قبيل اظهار الرجولة والتفاخر حيث كان للرّجل أن يتزوج ما طاب له من النساء دون أي حدّ للتعدد[2]. علاوة على أنه كان للمرأة أن تعاشر عدة رجال معتبرين ذلك نكاحا كنكاح الرهط[3]، ونكاح الاستبضاع[4]، وغيرها من الأنكحة. إلّا أنّ الاسلام جاء وحرّم كل هذه الأنواع وأباح التعدد للرّجل إلى حدّ أربع زوجات مع وضع قيود لذلك إذ اشترط العدالة كأحد الشروط الأصلية لإجازة التعدد وهو ما يتجلى في قوله تعالى: {**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا** }[5] ، إضافة إلى قوله تعالى: { **وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ**

[1] أنظر، رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية، ج.1، ط.1، دار الفاروق للطبع والنشر، مصر، 2007، ص. 219.

[2] أنظر، أبو القاسم الديباجي، حقوق المرأة في الاسلام، الطبعة الالكترونية الأولى، ب.ب.ن، 2003، ص.123، الموقع الالكتروني www.4shared.com.

[3] نكاح الرهط هو أن يعقد عدد من الرجال علاقة مع امرأة ويتكفلون بنفقتها وعندما تحمل تدعوهم و تعيّن أحدهم ليكون أبا لولدها، أنظر، أبو القاسم الديباجي، المرجع السابق، ص. 122.

[4] وفي نكاح الاستبضاع يترك الرجل امرأته لغيره وهو من المشهود له بالكرم أو الشجاعة لتحمل منه و يعتبره زوجها ابنا له، أنظر، خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الاسلامية والتشريع الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص. 72.

[5] سورة النساء، الآية 3.

اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمً} [1]، هذا وقد اشترطت الشريعة الاسلامية على الرّاغب في التعدد أن تكون له القدرة على الانفاق على أكثر من زوجة حيث أن القدرة هي شرط في إباحة أصل الزواج، وبذلك فإذا توفّر الشرطان، جاز للرجل التعدد[2].

والمقصود بالعدل في تعدد الزوجات هي حسن العشرة المطلوبة في كل زواج، والمساواة بين الزوجات في المظاهر المالية دون النفسية، فليس المقصود بالعدل [3] هنا التسوية في العاطفة والمحبة والميل القلبي، وذلك لأن هذا غير مستطاع وليس بيد الزوج ولا مقدور عليه[4].

ومن ذلك ما يروى عن النبي صلّى الله عليه وسلّم وهو يقسم بين نسائه أنه قال: **{اللّهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تلمني فيما لا أملك}**[5]. وعلى هذا الأساس نقول أن أن الشريعة الاسلامية أباحت التعدد للرجل بأربع نساء مع تقييده بالعدل والقدرة المعيشية، فماذا بشأن قانون الأسرة الجزائري؟

ثانيا: نظام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري:

نصّ المشرع بعد التعديل في المادة 08 من قانون الأسرة على أنه "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرّر الشرعي وتوافرت شروط و نية العدل.

---

[1] سورة النساء، الآية 129.

[2] أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، ب.س.ن، ص. 184.

[3] و فيما يتعلق بالعدل فعن الامام محمد عبدو يقول أنه "قد غلب سوء معاملة الرجال لزوجاتهم عند التعدد وحرمانهم من حقوقهم في النفقة و الراحة، ولهذا يجوز للحاكم على الشرع أن يمنع التعدد رفعا للفساد الغالب، صيانة للبيوت من الفساد"، مقتبس عن، بدرية عبد الله العوضي وضعية المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية، المجلة ج.ع.ق.إ.س، الجزائر، 1987 عدد 02، ص. 477.

[4] أنظر، شمس الدين الشيخ، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط1، دار الأمة للنشر، الجزائر، 2003، ص. 103.

[5] أنظر، محمد ناصر الدين الألباني، ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب النكاح، باب عشرة النساء، حديث رقم 2018، ج.7، ط.1، مطبعة الحلبي، المكتب الاسلامي ،بيروت، 1979، ص.81.

ويجب على الزوج اخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها ويقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا ما تأكد من موافقتهما وأثبت الّزوج المبرّر الشّرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

من خلال قراءة المادة نجد أن المشرع قد أخذ في جزء من هذا النص بموقف الشريعة الاسلامية وذلك باشتراطه أن يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الاسلامية والذي يقصد به العدد، وبذلك يجوز للرجل التزوّج من اثنين أو ثلاثة أو أربعة كحد أقصى شرعا وقانونا[1]

هذا اضافة الى توفر شروط ونية العدل في الأمور المادية، إلّا أنّه ما يعاب على المشرع هو صياغته لهذا الشرط بقوله نية العدل والنّية هي من الأمور الداخلية التي تدور في نفس الانسان ولا يمكن لأحد الاطلاع عليها[2].ثم إنّ العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن والنفقة، ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية وليس قبلها، ولا قبل إبرام عقد الزواج، مما يؤدي إلى القول بأن شرط توفر نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير محله، ولا يسلّم به كقيد على الزواج الثاني، لأن ما يشك في إثباته وتحققه لا يمكن جعله شرطا أو قيدا لما هو جائز شرعا، وواقع فعلا[3]. إضافة إلى القدرة المالية الكافية من أجل توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، وعليه يجب أن تكون للمقبل على التعدد القدرة على تحمل تكاليفه مادّيا وجسديّا.[4]

[1] حسين مهداوي، المرجع السابق، ص.59.

[2] حسين مهداوي، المرجع نفسه، ص. 60.

[3] أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.87.

[4] أنظر، تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية، مجلة ع.ق.إ.س. جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010 ، عدد 10 ، ص. 114.

هذا من جهة، إلا أنّه من جهة أخرى نجد أنّ المشرع قد نصّ على شروط أخرى تقيّد التّعدد وتجعله محصورا في نطاق ضيّق خاصة ذلك القيد المستحدث بعد التعديل، وهو الحصول على الرخصة من رئيس المحكمة ، وبمعنى أصح فان المشرع ذهب الى امكانية الجمع بين الزوجتين وليس التعدد وهو الواضح من قوله الزوجة اللاحقة وليس الزوجات اللاحقات[1]، وعلى ذلك سنفصّل في هذه القيود على النحو التالي:

1-شرط إخبار الزوجة السابقة واللّاحقة بالرغبة في الزواج:

وهو ما نصّ عليه المشرع في الفقرة 02 من المادة 08، وبذلك فإنه قد قيّد التّعدد بوجوب قيام الزّوج بإعلام الزوجة السّابقة بأنه سيعقد قرانا ثانيا مع امرأة أخرى، وكذلك اخبار الزوجة الثانية بأنّه متزوج قبلها، وعليه فإنّه جعل اتمام عقد الزواج الثاني غير ممكن إلا بتوافر هذا الشّرط.

ويكون إخبار الزوجتين عن طريق الوسيلة المعمول بها حاليا في القضاء الجزائري وهو أن يقوم بإبلاغهما عن طريق المحضر القضائي[2]، وهذا ما يتأكد منه القاضي قبل منحه للرخصة. علاوة على ذلك فإن المشرع قد أجاز لكل من الزوجتين في حالة التدليس رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وذلك حسب المادة 8 مكرر، والمادة 53 فقرة 06 وهو ما أيّده الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1995/09/26، والذي جاء فيه: "إن المادة الثامنة من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها، لأن هذا يعتبر ضررا أصابها"[3].

والجدير بالذكر هو أن اخبار الزوجتين بالتعدد لا يكفي بل لا بد من رضائهما، فيمكن أن تكون الزوجة عالمة بالتعدد ولكنها غير راضية به، الأمر الذي يخول لها حق طلب

[1] Djilali TCHOUAR , Droit de la famille… , op.cit, p.207.

[2] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج...، المقال السابق، ص. 116.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1995/09/26، ملف رقم 122443، نشرة القضاة، عدد 55، ص.171.

التطليق. وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "إن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بزواجه الثاني لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر، والمادة 08 من قانون الأسرة منحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حال عدم الرضا بزواجه الثاني"[1].

2-شرط اثبات وجود المبرر الشرعي:

لقد اشترط المشرع لإمكانية التعدد أن يكون للمقبل على التعدد المبرّر الشرعي، ولم يحدد ما هو هذا المبرر أو المعيار المعتمد عليه من أجل تحديده، وترك ذلك لرئيس المحكمة من أجل تقدير مدى وجود المبرّر الشرعي من عدمه[2].

وكتقييد للزوج فقد أوجب عليه إثبات وجود المبّرر الشرعي وليس فقط وجوده وهو ما يتعذّر في بعض الحالات وذلك لعدم رغبة الزّوج في الإفصاح عن أموره الشخصية والعائلية كمشكلة الضعف الجنسي للمرأة أو عقمها باعتبارهما مبرّرا للتعدد. إضافة إلى أن مبررات التعدد كثيرة منها المرض المزمن للزوجة والذي يحول دون قدرتها على القيام بواجباتها الزوجية.

والأكثر من ذلك فان منشور وزارة العدل الصادر بتاريخ 1984/12/23 تحت رقم 84-102 كتفسير للمادة الثامنة من قانون الأسرة نص على أنه يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي ولا يكتفي فيه بالمشافهة أو الاقرار بل لابد من شهادة طبيب مختص يثبت ذلك. فإن لم يثبت ذلك رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية ابرام العقد[3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2005/01/19، ملف رقم 334060، المجلة القضائية، 2005، عدد 01، ص.325.

[2] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج... ، المقال السابق، ص. 114.

[3] تشوار جيلالي، مدى فعالية أحكام... ، المقال السابق، ص. 11-12.

وما تجدر الاشارة اليه هو أن المبرر الشرعي قد تم تحديده بموجب هذا المنشور الوزاري، والذي حصره في العقم والمرض المزمن. مما يجعل من عبارة المبرر الشرعي يقصد بها القانوني وليس الشرعي[1]، وهو ما قد يزيد من تضييق الأمر على الزوج وتقييده فليس لهذا الأخير الحق في التعدد إلا لعقم بزوجته أو مرض مزمن.

ومن ثمّ فإن الشّارع قد سمح للرّجل بالتعدد لكن وفق قيود يصعب تحقيقها، إذ حتى ولو تمكن الزوج من توفير نفس الظروف المعيشية لزوجاته بالعدل، وحتى إذا أعلمهن بمشروعه ورضين به؛ فإنه يقع على عاتقه مسؤولية اثبات وجود المبرر الذي دفعه إلى القيام بذلك، وحتى وإن وجد المبرّر الشرعي وأثبته؛ فإنه يصطدم بوجود الرخصة القضائية.

3 – شرط الحصول على رخصة من رئيس المحكمة:

وهو الشرط الجديد الذي استحدث بموجب المادة 08 والتي تشترط على الراغب في التعدد تقديم طلب رخصة بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

وبذلك فإن المشرع قد جمع الشروط السابقة ووضعها بيد رئيس المحكمة إذ منحه السلطة التقديرية المطلقة من أجل التأكد من وجودها مع جعله للرخصة التي يصدرها بمثابة قيد آخر أمام القيود السابقة. هذا فضلا على أن هذه الرخصة تمكن القاضي من الوصول الى ارادة الزوجة في القبول بالتعدد من عدمه، اذ في كثير من الأحيان ما تكون موافقة الزوجة الأولى رهبة من الزوج وليس رغبة في التعدد.

الا أنه في الواقع العملي وحتى قبل جعل الرخصة القضائية بيد القاضي (رئيس المحكمة) لم توجد لجنة تنتقل من أجل معرفة هل أن طالب التعدد لديه الشروط والامكانيات اللازمة من أجل توفير العدل وذلك لكي يسمح له بالتعدد، وعليه فإنه إضافة للنصوص

[1] بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص. 76.

القانونية المقيدة، فإن المحاكم تستمر في فرض اجراءات محرجة قانونيّا ونفسيّا للمقبل على التعدد[1].

وأخيرا نقول أن المشرع لم يكن جريئا بما يكفي كغيره [2] لكي يمنع التعدد، إلا أنه قد جعل له قيودا وحصره في مجال ضيّق بحيث أعطى للقاضي صلاحيات واسعة، وذلك كله بنيّة تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين وهي إحدى مظاهر التأثر باتفاقية سيداو.

وأمام هذا يبقى لنا التساؤل عن مدى أخذ المشرّع بمبدأ المساواة فيما يتعلق بآثار الزواج؟ وهو ما سنعالجه من خلال المبحث التالي.

المبحث الثاني

أثر اتفاقية سيداو على قانون الأسرة فيما يتعلق بآثار الزواج

إنه من المنطقي بعد انعقاد عقد الزواج صحيحا أن يرتب جملة من الآثار، وهي تلك النتائج التي تترتب على العقد عموما بمجرد انعقاده صحيحا.

وقد واصلت اتفاقية سيداو تكريسها لمبدأ المساواة بين الجنسين حتى فيما يتعلق بآثار الزواج، وذلك بالزام الدول أن تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة، نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج. وعليه سنحاول معرفة مدى تأثير الاتفاقية على نصوص قانون

[1] « Dans le pratique juridique nous n'avons encore vue de commissions rogatoires se déplacer pour constater si les conditions et l'intention d'équité étaient réunies pour permettre la polygamie, sans nul doute que les tribunaux vont continuer à se voir assaillis des procédures encombrantes et embarrassantes tant du point de vue juridique que psychologique » Farida DEKHLI, Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif algérien ,R.S.J.E.P, Alger, 1988, n° 04, p. 717.

[2] كالمشرع التونسي والذي نصّ صراحة على منع التعدد مع فرض عقوبة على مرتكبه، فنص في المادة 18 من مجلة الأحوال الشخصية فقرة 01: "تعدد الزوجات ممنوع..." ،بل الأكثر من ذلك إذ اعتبره جريمة يعاقب عليها حسب الفقرة 2 من المادة 18 بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها 240 ألف فرنك حتى ولو كان الزواج باطل أو فاسد، أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الأولى ماجستير دفعة 2011-2012، غير منشورة .

الأسرة فيما يتعلق بآثار الزوجية، وذلك وفقا لما هو مقرر في قانون الأسرة، حيث رتّب المشرّع عدة آثار تتمثل خاصة في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، وكذا نفقة الزوجة والأولاد، اضافة الى الذمة المالية، وحق التوارث. ولدراسة ذلك في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة رأينا تقسيم هذه الآثار الى آثار مالية (المطلب الثاني)، وآثار غير مالية (المطلب الأول).

المطلب الأول

المساواة بين الجنسين في آثار الزواج غير المالية

يقصد بالآثار غير المالية في هذا الاطار تلك الحقوق والواجبات المعنوية التي يفرضها كل من القانون والشّرع على الزوجين، وقد خوّل عقد الزواج في الشريعة الاسلامية حقوقا متبادلة لكلا الزوجين، فبعضها يشتركان معا فيها، والبعض تستقل بها المرأة، والبعض يستقل بها الرجل، وهو التقسيم الذي أخذ به المشرع في ظل قانون الأسرة لسنة 1984، إلّا أنه بعد التعديل أصبح المشرّع لا يميّز بين حقوق وواجبات الزوجين بل تمّ التركيز فقط على الحقوق والمسؤوليات المشتركة.

و عليه فهل أنّ سرد المشرع الأسري للحقوق والواجبات الزوجية المشتركة ضمن المادة 36 الجديدة كفيل بتقرير المساواة بين الرجل والمرأة؟ وإلى أيّ مدى أخذ المشرع باتفاقية سيداو عند سرده لهذه الحقوق والواجبات؟.

للإجابة على ذلك سوف نتطرق الى الحقوق والواجبات المشتركة كفرع أول، وبعدها الى الحقوق والواجبات الملغاة بموجب التعديل الأخير كفرع ثاني.

الفرع الأول

الحقوق و الواجبات المشتركة للزوجين

لقد أكدت المادة 16 من اتفاقية سيداو على مبدأ المساواة بين الجنسين في الحقوق والواجبات ، وذلك من خلال نصها على وجوب ضمان الدول الأطراف على أساس تساوي الرجل والمرأة نفس الحقوق والواجبات أثناء الزواج[1].

وأبرز مقوّمات المساواة في الحقوق والمسؤوليات هي التساوي في الحق في اتّخاذ القرارات وهو ما أوضحته لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في فهمها للمادة 16 فقرة1 حرف "ج"، اذ بيّنت أن العديد من الدول تعتمد في نصّها على الحقوق والواجبات الزوجية تطبيق العرف والدّين، بدلا من الامتثال لنصوص الاتفاقية. وفي نظرها فإن هذا الاختلاف في القانون قد يؤدي الى عواقب قد تؤثر على المرأة، حيث تقيّد حقوقها في التّساوي في المركز والمسؤولية مما يجعل من الرجل **هو رئيس الأسرة والمسؤول الأوّل** عن اتخاذ القرارات مما يخالف الاتفاقية[2].

وعلى ذلك وحسب الاتفاقية، فإن المساواة هي القضاء على أي سلطة أو حق للرجل في قوامته على أسرته، مع الاستغناء عن واجب طاعة الزوجة له في كل ما يتعلق بشؤون وقرارات الأسرة اذ تكون هذه الأخيرة بالمشورة بينهما.

وأمام هذا نصت المادة 36 من قانون الأسرة على أنه: "يجب على الزوجين:

-المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة.

-المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة.

وذلك حسب الفقرة الأولى حرف "ج" من المادة 16 من اتفاقية سيداو والتي تنص: ...تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة....نفس [1] الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه."

[2] أمير فرج يوسف، موسوعة حقوق الانسان...، المرجع السابق، ص.584.

-التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم.

-التشاور في تسيير شؤون الاسرة و تباعد الولادات.

-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه و احترامهم وزيارتهم.

-المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف.

-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

بقراءة المادة نجد أن كل واجب من هذه الواجبات الملقى على الزوجين هو حق له في نفس الوقت، حيث تظهر فلسفة المشرع واضحة في محاولة التسوية في المسؤوليات بين الزوجين .

وبمقارنة نص المادة 36 الجديد مع النص القديم[1] نجد أن المشرع قد أضاف أربع واجبات وهي:

- المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة.
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه و احترامهم و زيارتهم.
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات.

وعلى ذلك يجب دراسة كل واجب على حدى لتبيان أهميته ، وغرض المشرع من جعله مشترك بين الزوجين ، خاصة واجب المعاشرة بالمعروف وكذا واجب التشاور في تسيير

[1] حيث أن المادة 36 من القانون 84-11 كانت تنص على أنه : "يجب على الزوجين : -المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
-التعاون على مصلحة الاسرة و رعاية الاولاد و حسن تربيتهم.
-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف."

شؤون الأسرة وتباعد الولادات، هذا فضلا عن الحقوق والواجبات المشتركة الأخرى التي تقرها الشريعة الاسلامية، ويرجع قانون الأسرة اليها بموجب المادة 222 والتي تحيل الى مبادى الشريعة الاسلامية في حالة عدم وجود نص.

أولا: حق المعاشرة بالمعروف.

إذ أنّ المشرع قد تنبه الى النقص الذي كان ضمن المادة 36 وما بعدها بعدم وجود أهم حق من الحقوق الزوجية وهو المعاشرة بالمعروف، ولذلك جاء وضمنه في التعديل الأخير.

والمقصود بالمعاشرة هو المخالطة والمصاحبة ويسمى ما يكون بين الزوجين من مخالطة بالمعاشرة، ولقد اختلفت عبارات المفسرين في معنى المعاشرة-كما سنرى- ولكنها تصبّ كلها في معنى واحد وهو المخالطة والمعاملة. أما المقصود بالمعروف فهو ذلك الأمر المألوف المتعارف عليه غير المستنكر لا شرعا ولا عادة.

وبذلك فإن المعاشرة بالمعروف تعني تلك المعاملة الحسنة التي لا ينكرها لا الشّرع ولا العرف[1]ولا المروءة، وأساس هذا الحق هو الشريعة الاسلامية، وذلك لقوله تعالى:" **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**"[2]. أي توفية حقها من المهر والنفقة، وألا يعبس في وجهها لغير ذنب وأن يكون منطلقا في القول لا فظّا ولا غليظا ولا مظهرا ميلا إلى غيرها[3].

أما في تفسير ابن كثير فتعني "عاشروهن بالمعروف" طيبوا أقوالكم لهنّ وأحسنوا أفعالكم وهيئاتكم بحسب قدرتكم، وأما قوله:"**فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا**

[1] أنظر، بن عيشوش فاطمة، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون ، الجزائر، 2011، ص. 151

[2] سورة النساء، الآية 19.

[3] أنظر، أبوعبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ،ج.5، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006، ص.97.

وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا" فعسى أن يكون صبركم مع امساككم لهن رغم كراهتهن فيه خير كثير لكم في الدنيا والآخرة.[1]

وفي تفسير ابن عباس: "فعاشروهن" أي صاحبوهن، "بالمعروف" أي بالإحسان والجميل، "فان كرهتموهن" يعني كرهتم الصحبة معهن، "فعسى أن تكرهوا شيئا" أي الصحبة معهنّ، "ويجعل الله فيه خيرا كثيرا" أي يرزقكم الله منهن ولدا صالحا.[2]

وعلى المرأة كذلك معاشرة زوجها بالمعروف من كفّ الأذى وغيره، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: " **لا تؤذي امرأة زوجها في الدنيا، إلا قالت زوجته من الحور العين لا تؤذيه قاتلك الله، فإنما هو عندك دخيل ، يوشك أن يفارقك إلينا**"[3].

ويدخل ضمن المعاشرة بالمعروف حسن المعاملة، ويكون ذلك بالتعاون على جلب الخير والاخلاص في القيام بالواجبات الزوجية، مع الاحترام والتسامح، والمودة والرحمة، وما إلى ذلك[4] لقوله تعالى: "**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**[5]"[6].

حيث أنّ المعنى عند احسان العشرة أنّه على المرأة التجاوز عن بعض أخطاء زوجها حتى تدوم العلاقة الزوجية وهو ما يكون كذلك على الزوج[7]، اذ يجب ألّا يكون فظّا غليظا

---

[1] ابن كثير الدمشقي، المرجع السابق، ص.401.

[2] أنظر، تنوير المقياس من تفسير بن عباس، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1992، ص.88 .

[3] أنظر، محمد ناصر الدين الالباني، سلسلة الاحاديث الصحيحة، ج.1، ط.2، مكتبة المعارف، الرياض، 1975، رقم الحديث 173، ص.334 .

[4] أنظر، جميل فخري محمد غانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط.1 ، دار الحامد للنشر، الأردن، 2009، ص.64.

[5] أنظر أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج.18، ط.1، هجر للطباعة، القاهرة 2001، ص.478

و في تفسير الطبري لهذه الآية: خلقها لكم من ضلع من اضلاعه" و ذلك أن الله خلق حواء من ضلع من أضلاع آدم"، وجعل. بينكم بالمصاهرة والختونة مودة تتوادون بها، و رحمة رحمكم بها، فعطف بذلك بعضكم على بعض، أنظر، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير

[6] سورة الروم،الآية.21

[7] أنظر، أحمد محمّد مصطفى نصير، حقوق المرأة وواجباتها ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص.315.

في مخاطبتها و ا يضيّق عليها في المعيشة، ولا يضرّها سواء بالفعل أو القول، ولا يؤذيها في بدنها أو مالها بما تكره.

بعد معرفتنا للمعنى الاجمالي للمعاشرة بالمعروف الذي جاءت به المادة 36 من قانون الأسرة نجد أنّ المشرّع رغم جعله لهذا الحق حقا مشتركا بين الزوجين على أساس مبدأ المساواة، إلا أنّ هدفه كان حماية المرأة من سوء المعاملة التي قد تصدر من الزوج، فكثيرا ما يستعمل الزوج العنف مع المرأة والضرب، والطرد من المسكن العائلي، وعدم توفير سكن منفرد مستقل وغيرها من المنغصات التي يجب الكف عنها بالمعاشرة بالمعروف[1].

ثانيا: حلّ العشرة و حق الاستمتاع بين الزوجين:

إنّ الحق الأصلي المشترك بين الزوجين هو حلّ العشرة الزوجية بينهما وكذا حلّ المقاربة وما يقتضيه الطّبع الانساني مما هو محرّم إلّا بالزواج[2]، وذلك لقوله تعالى:**{وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ}**[3].

ومن ذلك يأتي حق كل من الزوجين في الاستمتاع بالآخر بكلّ أنواع الاستمتاع التي أباحتها الشريعة الاسلامية وذلك لتحقيق المقاصد الشرعية من الزّواج وأهمّها ايجاد النّسل والحفاظ على النّوع الانساني وتجنب الفاحشة وإحصان الزوجين[4].

ولا يجوز شرعا ان يمتنع أحدهما عن الآخر حال رغبة زوجه فيه إلّا لعذر شرعي كمرض أو غيره وذلك لقوله تعالى: **{هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ}**[1]، وفي تفسير ابن عباس: "هن لباس لكم" أي سكن لكم "و أنتم لباس لهن" أي سكن لهن.[2]

---

[1] أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ،.ط.1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2012،ص.401.

[2] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.182.

[3] سورة المعارج، الآية 30.

[4] جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص.54.

أما تفسير الطبري فإنه سُمّي امتزاج كل واحد من الزوجين بصاحبه لباسا، لانضمام الجسد الى الجسد وامتزاجهما وتلازمهما، تشبيها بالثوب[3]. فهو استمتاع مغلّف بالسّتر واللّباس، إذ أنّ كلاهما غطاء لبعض [4].

ثالثا: احترام كل من الزوجين لأهل الزوج الآخر.

وهو واجب مشترك على الزوجين القيام به وذلك باحترام كلّ منهما لأهل الزوج، واكرامه سواءً كان ذلك بالفعل كالمعاملة وحسن الاستقبال أو بالقول كالتودّد إليهم بالكلام الطيّب، وهو ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة 36 من قانون الأسرة بقوله: "...يجب على الزوجين ...حسن معاملة كلّ منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم...". وبذلك فإن تقدير وتكريم كل من الزوجين لأهل الآخر نوع من حسن العشرة والمعاملة الحسنة.

هذا بالإضافة إلى واجب كل من الزوجين في زيارة أهله وأقاربه واستضافتهم بالمعروف، وهو في نفس الوقت حقّ لهما.

رابعا : التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد.

ونعني بذلك التّشارك في العناية بالأبناء ومصلحة الأسرة وكذا تربيتهم التربية الصالحة وهو حق الأبناء وواجب مشترك على الزوجين.

والمقصود بالتربية الحسنة في الاسلام هي التربية المتّفقة مع المنهج الاسلامي ومقاصده وإعداد الأولاد جسميّا، عقليّا ،وروحيّا وكذا اجتماعيّا لكي يكونوا عضوا نافعا لأنفسهم والأمة الاسلامية .

---

[1] سورة البقرة، الآية 187.

[2] تنوير المقياس من تفسير بن عباس، المرجع السابق، ص.32.

[3] أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق، ص.190.

[4] أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص.309-311.

فلذلك على الوالدين العناية بأبنائهم، وحرصهما على غرس حب الله ورسوله في قلوبهم، وكذا تأديبهم بآداب الشريعة وأخلاقها بأن يكونا قدوة لهم وخير مثال، لقوله صلى الله عليه وسلم "**أكرموا أولادكم و أحسنوا آدابهم**"[1]. لذلك تقتضي الرعاية بالطفل أن نلقي العناية على دينه لما له من أهمية قصوى وأثر كبير في تكوين الفرد، فما شبّ عليه سار عليه وتطبع به واتخذه منهجا سلوكيا في حياته ومن اتبع هواه غير مراع طريق الهدى وشب على ذلك تعود على أسوء وسوء معاملة الآخرين[2].

هذا اضافة الى تعليمهم وتثقيفهم والتدرج في ذلك حسب سنّهم وقدرتهم[3]، وبذلك فان كل هذا هو مسؤولية مشتركة على الأبوين من أجل بناء أسرة على أسس متينة.

خامسا: التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

وهو من بين أهم الواجبات التي نصّ عليها المشرّع في تعديله الأخير، حيث أنّ هذا الواجب يكرّس مبدأ المساواة المطلق بين الزوجين وذلك أنّه جعل قيادة الأسرة مشتركة بين الزوجين[4]، تقوم على مبدأ التشاور في التسيير، وكذا في حق الزوجة في إعطاء رأيها حول تباعد الولادات، خاصة وأنّ مسألة تقرير المرأة لعدد أولادها قد أكّدت عليه اتفاقية سيداو من خلال المادة 16 فقرة "1" حرف "هـ" بنصّها على أن تكون للمرأة نفس الحقوق في أن تقرّر بحريّة وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين انجاب طفل وآخر وفي الحصول على

[1] أنظر، محمد ناصر الدين الألباني ، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، حديث رقم 1133، المكتب الاسلامي، بيروت، 1988.ص.160.

[2] أنظر،حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،2005، ص.297.

[3] جميل فخري محمد غانم ، المرجع السابق ،ص.66.

[4] أنظر، هجيرة دنوني، التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر ق.خ.أ، نشر ابن خلدون، تلمسان،2010، عدد 07، ص.13.

المعلومات والتثقيف، والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق، هذا فضلا عن نصّها في الحرف "د"على أن يكون للمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة [1].

وهو ما يؤكد على محاولة المشرّع تكييف النصوص بما يتماشى ومبدأ المساواة بين الزوجين، فالمساواة تتجلّى في أنّ الزوجة تشارك زوجها في كل كبيرة وصغيرة تتعلق بالأسرة، وكل القرارات التي يتخذها الزوج، عكس ما كان في القانون القديم والذي ميّز بين مكانة الزوج عن الزوجة فكان الزّوج هو رئيس العائلة ورب الأسرة والقرار الفاصل يرجع له وحده. إلّا أنّ المشرّع سلبه هذا الحق، وجعل له شريكا وهي الزوجة وبذلك لا يستطيع أن يتّخذ أي قرار يخص الأسرة إلّا بعد مشاورة الزوجة والاتّفاق معها. ولكن اذا كان الامر كذلك فما مصير الاسرة هل تكون دون رئيس أو أنّها تسيير برئيسين، أم أنّ رئيس العائلة يتم اختياره بالانتخاب مع مراعاة حق التداول في ذلك[2]؟

وما تجدر الاشارة اليه كذلك أنّ أخذ المشرع بمبدأ التشاور في تسيير أمور الأسرة وكذا تباعد الولادات، جاء نتيجة لإلغائه للمادة 39 فقرة 01 من قانون الأسرة . وبذلك فإنه بإلغائه لهذه الفقرة يكون قد ألغى حق الزوج في القوامة وكذا الطّاعة، وكذا استغنائه عن الزوج كرب أسرة وهو ما تم التأكيد عليه من خلال التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وذلك بالنص على أنه "...و تعرف مجلة الأسرة الجديدة في مادتها 36، الحقوق والواجبات التي يجب أن يلتزم بها القرينان. وهكذا **فإن مفاهيم طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قد حذفت** ولم يحل مكانها سوى حقوق

[1] وجاء في تفسير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لهذه المواد ما يلي :" المسؤوليات التي تقع على النساء بسبب الحمل وتربية الأولاد تؤثر على حقهن في التعليم والعمل والنشاطات الأخرى المرتبطة بتطورهنّ الشخصي، وتفرض عليهن أشغالا غير متكافئة. كما أن عدد الأولاد وتنظيم المواليد لها انعكاس مماثل على حياة النساء و يوثران على صحتهن الجسدية و العقلية وكذلك على صحة أولادهن. لهذه الأسباب ، يحق للنساء تقرير عدد الأولاد وتنظيم المواليد"، التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة ، المرجع السابق.

[2] أنظر، عمر صدّوق، دراسة الجديد في تعديل قانون الأسرة، مجلة المحاماة، تصدر عن منظمة المحامين، تيزي وزو، 2007، عدد 05، ص.13.

وواجبات متبادلة فيما بين الزوجين...."[1]. وعليه فما معنى طاعة الزوجة لزوجها المحذوفة وكذا قوامته عليها واللّذان يعيقان مبدأ المساواة بين الزوجين ؟

الفرع الثاني

الحقوق و الواجبات الملغاة بموجب الأمر 05-02

كما قلنا فقد ألغى المشرع كل من المادة 38 و39 المتعلقة بحقوق المرأة وواجباتها حيث أن المادة 38 تنص على حق الزوجة في زيارة أهلها واستفاضتهم بالمعروف وكذا حريّة التصرف في مالها.

إلا أنه تجدر الإشارة أن هذه الحقوق لم تلغ نهائيا بل تم إدراجها في مواد أخرى. فبالنسبة لحق الزوجة في زيارة أهلها واستضافتهم فقد تم النّص عليها ضمن الواجبات المشتركة للزوجين وجعلها واجب على الزوجة وحق لها في الوقت ذاته. أما بالنسبة لحرية الزوجة في التصرف في مالها فقد تم إدراجه ضمن المادة 37 التي جعلت للزوجة ذمة مالية مستقلة [2].

هذا من جهة، أما من جهة أخرى، فقد ألغى المشرع المادة 39 والتي كانت تنص على أنه "يجب على الزوجة :

- طاعة الزوج و مراعاته باعتباره رئيس العائلة.
- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم.
- احترام والدي الزوج و أقاربه ".

[1] أنظر، التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 ماي 2009، ص18.

[2] و هي من المسائل التي سنتعرض لها بالدراسة في المطلب الثاني و بالتفصيل، ارجع في ذلك إلى ص.79 وما بعدها من هذا البحث.

ففيما يتعلق بواجب احترام والدي الزوج وأقاربه فقد أبقى عليه المشرع من خلال المادة 36، أمّا واجب طاعة الزوج باعتباره رئيس العائلة وكذا إرضاع الأولاد فقد تمّ إلغاؤها تماما، مما يؤكد فلسفة المشرع في المساواة في الحقوق والواجبات الزوجية، لأنه حسب اتفاقية سيداو فإن طاعة الزوجة لزوجها وكذا قوامته لها هو تمييز ضدّها، وأنّ إرضاعها لأولادها ليس بواجب عليها، ونظرا لاعتبار أن كل من القوامة والطاعة يهدم مبدأ المساواة، ويكرس مبدأ دنيوية المرأة على الرجل إذ –حسب الاتفاقية– للمرأة فقط الانقياد والطّاعة أما للزّوج الرئاسة والسيادة، لذلك كان لزاما التفصيل في ذلك حسب ما يلي

أولا: واجب طاعة الزوجة لزوجها.

الطاعة في اللغة هي الانقياد والموافقة إذ يقال أطاعه وأطاع له، إذا إنقاد له، فإذا فضي لأمره فقد طاوعه والطاعة اسم من أطاعه طاعة[1].

أمّا اصطلاحا فيقصد بطاعة الزوج عموما: "موافقة المرأة لزوجها باستجابة رغباته وطلباته، وطلب مرضاته في غير معصية الله تعالى"[2].

حيث أنه بمجرد ابرام عقد الزواج ودعوة الزوج زوجته إلى بيت الزوجية فإنه على المرأة أن تطيع زوجها، ويقتضي حق الطاعة التزام الزوجة بالانقياد والموافقة للزوج فيما يتعلق بالحقوق الزوجية إلّا أنّ هذا الانقياد لا يعني الاستجابة لكل ما هو مطلوب، و إنما هو طاعة لما هو مباح ومشروع، لأن للطّاعة نطاق لا تتجاوزه[3]، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلّم:

[1] أنظر، ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، الجزائر، 2011، ص.187.

[2] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص.196.

[3] بن عيشوش فاطمة، المرجع السابق، ص.131.

"السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى المَرْءِ المُسْلِمِ فِيمَا أحَبَّ وَكَرِهَ، مَالَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلا سَمْعَ وَلا طَاعَةَ"[1].

إضافة إلى ذلك فإن الطاعة يجب أن تكون في شؤون الحياة الزوجية ولا تتجاوزه إلى ما يتعلق إلى أمور المرأة الخاصة، كتصرفها في مالها بما تراه أصلح لها، حيث أنه ليس لزوجها الحق في أن يطلب منها أن تتصرف بمالها على نحو خاص يرغب هو فيه[2]، فله أن ينصحها دون إجبارها ولها أن تأخذ بنصيحته أو تمتنع عنها. وقد ثبت وجوب الطاعة الزوجية بالقرآن والسنة حيث قال تعالى: **{وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ[3]}**[4]. أي ولهنّ على الرجال من الحق مثل ما للرجال عليهنّ، فليؤدّ كل واحد منهما إلى الآخر ما يجب عليه بالمعروف، وقوله: "وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ" أي في الفضيلة وفي الخُلُق والخلق، والمنزلة، و**طاعة الأمر**، والانفاق، والقيام بالمصالح، والفضل في الدنيا والآخرة. وقوله " وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ" أي عزيز في انتقامه ممّن عصاه وخالف أمره، حكيم في أمره وشرعه وقدره[5].

وفي تفسير الجلالين: **"وَلَهُنَّ"** على الأزواج **"مثل الذي"** لهم **"عليهن"** من الحقوق **"بالمعروف"** شرعا من حسن العشرة وترك الاضرار ونحو ذلك **"وللرجال عليهن درجة"**

---

[1] أبوعبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، حديث رقم 6725، المرجع السابق، ص. 1978.

[2] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص.189.

[3] وفي تفسير هذه الآية قال ابن عباس: "ولهن" من الحق والحرمة على أزواجهن، "مثل الذي" : للأزواج "عليهن بالمعروف": في احسان الصحبة والمعاشرة،" وللرجال عليهن درجة": أي في فضيلة العقل و الميراث و الدية و الشهادة و بما عليهم من النفقة و الخدمة "و الله عزيز" بالنقمة لمن ترك بين الرجل و المرأة و الزوج من الحق و الحرمة، "حكيم" أي فيما حكم بينهما، أنظر، تنوير المقياس من تفسير ابن عباس، المرجع السابق، ص. 40.

[4] سورة البقرة، الآية 228.

[5] ابن كثير الدمشقي، المرجع السابق، ص.501.

فضيلة في الحق من وجوب طاعتهن لهم لما ساقوه من المهر والانفاق "**والله عزيز**" في ملكه "**حكيم**" فيما دبره لخلقه.[1]

وكذلك قوله تعالى: {**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**[2]}[3].

إضافة إلى أن الله تعالى أمر بتأديب الزوجات عند عدم الطاعة، ونهى عن ذلك بقوله: "**وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**"[4]، وهو ما يدل على لزوم طاعة الزوجة لزوجها. ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه و سلم: "**لَوْ كُنْتُ آمِرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لأَحَدٍ لأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لزوجها** "[5]. وعليه فلو صحّ السّجود لغير الله لكانت لكانت المرأة مأمورة به، ممّا يوحي بأنها مأمورة على طاعة زوجها فيما يطلب منها [6].

من خلال ما سبق نرى أن حق الزوج في الطّاعة هو واجب على الزوجة بالقرآن والسّنة وأن هذا الواجب لم يجعله الله مطلقا بل نظمه بضوابط وقيود، فللطاعة حدود أهمها أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق فتكون بذلك في دائرة الحلال، هذا فضلا على أن الطاعة لا تلغي شخصية المرأة وإرادتها.

---

[1] جلال الين بن محمد، جلال الدين عبد الرحمان، القرآن الكريم و بهامشه تفسير الامامين الجليلين، ج.2، ب.ط، دار بن كثير، ب.ب.ن، ب.س.ن، ص. 36.

[2] "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء" أي مسلطون على أدب النساء، "بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ" فالرجال بالعقل و القسمة في الغنائم و الميراث، " عَلَىٰ بَعْضٍ" يعني النساء، "وَبِمَا أَنْفَقُوا من أموالهم" يعني بالمهر والنفقة التي عليهم دونهنّ، أنظر، تنوير المقياس من تفسير ابن عباس، المرجع السابق، ص. 91.

[3] سورة النساء، الآية 34.

[4] سورة النساء، الآية 34.

[5] أنظر، محمد بن عيسى الترمذي،الجامع الكبير سنن الترمذي، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق الزوج على المرأة، حديث رقم 1159، ج.2،ط.1، دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1996، ص.453.

[6] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص.198-199.

وفي إطار واجب الطاعة كذلك نجد أن الجزائر تحفظت على المادة 15[1] فقرة 4 من اتفاقية سيداو بقولها: "تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنه لا يجب تفسير أحكام الفقرة 4 من المادة 15 لاسيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مقر إقامتها ومسكنها بمفهوم يتعارض مع أحكام الفصل الرابع من قانون الأسرة الجزائري"[2]. أي أن حق المرأة في التنقل مرتبط بواجبها في طاعة زوجها، إلا أنه ألغى واجب الطاعة، مما يؤكد أن المشرع قد تراجع بصفة غير مباشرة على تحفظه على المادة 15 فقرة 4.

و أخيرا نقول أن واجب الطاعة جاء نتيجة لقوامة الزوج ورئاسته للأسرة وعليه فما معنى القوامة وهل أن ثبوتها للزوج هو تمييز ضد المرأة وانتهاك لحقوقها؟

ثانيا: حق قوامة الزوج.

القوامة في اللغة من قام على الشيء يقوم قياماً: أي حافظ عليه وراعى مصالحه، ومن ذلك القيِّم وهو الذي يقوم على شأن شيء ويليه، ويصلحه، والقيّم هو السيد، وسائس الأمر، وقيم المرأة هو زوجها أو وليّها لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج.والقوّام على وزن فعّال للمبالغة من القيام على الشيء، والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد[3].

أما في الاصطلاح الشرعي فالقوامة هي قيام الزوج على زوجته بالحماية والرعاية والحفظ[4].

وما تجدر الإشارة إليه هو أن قوامة الزوج هو أمر قليل من يستوعب ويفهم معناه الحقيقي ومدلوله في الشريعة الإسلامية، وعليه لابد من توضيح ذلك من خلال تفسير معنى الآيات

---

[1] واعتبرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في شرح هذه المادة ضرورة منح المرأة الحق في أن تقيم في أي بلد شاءت بغض النظر عن حالتها الزوجية، وإن إلزام المرأة بالسكن في مسكن الزوجية يعتبر تمييزاً ضدها.

[2] أنظر، نص التحفظات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 22 ماي 1996، /CEDAW/SP/2002.

[3] جمال الدين بن منظور، ج.12، المرجع السابق، ص.502.

[4] محمد الرازي فخر الدين، تفسير الرازي،ج.17، ط.1، دار الفكر، بيروت ، 1981،ص.90.

القرآنية التي تمنح للزوج حق القوامة. وفي هذا يقول الله تعالى:"**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**[1]"[2].

يقال قوّام وقيّم، وهو فعّال وفَيْعل من قام بمعنى هو أمين عليها يتولى أمرها ويصلحها في حالها، وعليها له الطاعة بفضل القواميّة، أمّا قوله تعالى: "بما فضل الله بعضهم على بعض" بمعنى أني جعلت القوامية على المرأة للرجل لأجل تفضيلي له عليها وذلك لثلاثة أشياء:كمال العقل والتمييز، كمال الدين والطاعة في الجهاد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وبدله لها المال من الصداق والنفقة[3].

أمّا في تفسير الجلالين: "**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ**" مسلطون" **عَلَى النِّسَاءِ** "يؤدبوهنّ ويأخذون على أيديهن "**بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ**" أي بتفضيله لهم عليهن بالعلم والعقل والولاية وغير ذلك "**وَبِمَا أَنْفَقُوا**" عليهن "**مِنْ أَمْوَالِهِمْ**".[4]

فالقوامة هنا هي تكليف للزوج وليس تشريف، فكلمة قوّام هي كثير القيام وهو تعبير على تكليف بالخدمة، أي أن الرجال قائمون على خدمة أمور النساء وبذلك فإن المرأة مسؤولة من الرجل سواء كانت هذه المرأة زوجة، أخت، ابنة، أو أم.

والقوامة حسب تفسير ابن كثير هي أن الرجل قيّم على المرأة، أي هو رئيسها وكبيرها والحاكم عليها ومؤدّبها إذا اعوجت.[5]

---

[1] و الآية نزلت في سعد بن الربيع نشزت عليه امرأته حبيبة بنت زيد بن أبي زهير، فلطمها، فقال أبوها يا رسول الله أفرشته كريمتي فلطمها، فقال عليه الصلاة والسلام لتقتص من زوجها، فانصرفت مع أبيها لتقتص من زوجها، فقال عليه الصلاة و السلام: ارجعوا هذا جبريل أتاني، فأنزل الله هذه الآية، فقال عيه الصلاة والسلام: "أردنا أمرا وأراد الله غيره" وفي رواية أخرى "أردت شيئا وما أراد الله خير"، ونقض الحكم الأول،أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ج.6، المرجع السابق، ص.278.

[2] سورة النساء، الآية 34.

[3] أنظر، أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي،أحكام القرآن، القسم الأول، دار الجيل، بيروت، لبنان، ب.س.ن.

[4] جلال الين بن محمد، جلال الدين عبد الرحمان، المرجع السابق،ص.84.

[5] ابن كثير الدّمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2006، ص.376.

وعليه فإن القوامة هي تكليف من الله للرجال وكأنه يأمرهم "الرجال مسؤولون عن النساء"، ممّا يعني أن القوامة هي واجب على الرجل اتجاه المرأة سواء من ناحية توفير الإيواء، الكساء، الغداء..، أو من ناحية التأديب.

أمّا بالنسبة لقوله تعالى: "**بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ**"، فمن الناس من ذهب إلى أن معناها يرادف قول: "بما فضّلهم عليهن" بمعنى أن الرجال مفضلون على النساء.

إلّا أنّ النص القرآني والتفاسير واضحة فالرّجل مفضل على المرأة والمرأة مفضلة على الرجل ومعلوم أن الفضل في اللغة هو الزيادة. ولا شك أن الله أعطى الرجل زيادة شاءها لتتناسب مع وظيفته، ونفس الشيء بالنسبة للمرأة[1].

فالتفضيل هنا هو تفضيل خلقي لا خُلقي أي من ناحية الخصائص الطبيعية فللرّجل تكوين جسدي متميز وقدرة على تحمل المشاق، وأعباء الحياة إضافة إلى فكره الذي يطغى على عاطفته[2]، أي أن هذه الصفات تجعل الرجل مهيئا لأن يكلف بالقيادة، فالرجل أقرب الى تحكيم النظر العقلي، أما المرأة فهي أقرب الى الاستجابة للعاطفة بما أفاضه الله عليها من العطف والحنان.[3]

وفيما يتعلق بقوله تعالى: "**وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**" أي من المهور والنفقات والتكاليف التي أوجبها الله عليهم لهن في كتابه وسنة نبيه[4].

---

[1] بهلول سعيدة، الحقوق الزوجية تدبير وقائي من الطلاق بين تأكيد الشرع ومشكلات الواقع الجزائري، بحث فقهي مع دراسة ميدانية في ولاية بومرداس، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص.81.

[2] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص.178.

[3] حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، القاهرة، 2007 ، ص.11.

[4] ابن كثير الدّمشقي، المرجع السابق، ص.376.

أما بالنسبة لقوله تعالى "**وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**"[1]فإنّ الدرجة هنا ليست درجة تمييز بل درجة اتخاد القرار والقيادة وطاعة الأمر. حيث قال ابن عباس أن الدرجة إشارة إلى حضّ الرجال على حسن العشرة والتوسع للنساء في المال والخلق[2].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن للمرأة كذلك قوامة وهي قوامتها للمنزل أي قيامها بما يحتاج إليه البيت والزوج من طبخ واعداد للطعام وغسل وتنظيم وغيرها من الاعمال[3].

إلا أن هذه القوامة ليست بإجبار لها بل هو أمر اختياري، أي عقد تبرع منها، لأنه جرت العادة والعرف على أن المرأة هي من يقوم بهذه الأعمال وهو ما أخد به جمهور الفقهاء[4].

و أخيرا نقول أن قوامة الرجل على المرأة ليست بتمييز ضدّها بل هو تشريف لها وحفظ لحقوقها، إلّا إذا تعسّف الرّجل في استعماله لهذا الحق، وعليه فالمعنى العام للقوامة هو رعاية وليس تسلّط و تحكم،

و الرياسة في البيت هي رياسة شورية لا استبدادية[5].

هذا ويترتب على منح الزوج رتبة رئيس العائلة عدة آثار قانونية منها:

- نسبة الابن إلى والده.
- منح الأب جنسيته إلى ابنه.
- حق ولاية الأب على أولاده القصر.

[1] سورة البقرة، الآية 228.

[2] جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص.77.

[3] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق،ص.212.

[4] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع نفسه،ص.213.

[5] أنظر، محمد رشيد رضا الحسيني، حقوق النساء في الإسلام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص.32.

و أمام هذا يجدر بنا التساؤل عن مصير هذه الآثار إثر إلغاء المشرّع للمادة 39 من قانون الأسرة؟

أ– نسبة الابن لأبيه:

فبالنسبة لأثر النّسب فقد أبقى المشرع عليه فالطفل ينسب إلى أبيه بالزواج الصحيح[1]، وعليه لم يطرأ أي تغيير على ذلك، وهي من الأمور التي تجعل الجزائر متمسكة بالتحفظ على المادة 16 من اتفاقية سيداو[2] والتي تمنح الزوجة الحق في نسبة ابنها إليها وبمفهوم المخالفة فان هذه الاتفاقية تعترف بولد الزنا وتوجب الدول بعدم حظر مثل هذه الأمور. الأمر الذي يخالف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة المستنبط من مبادئها. لأنه بنسبة الابن لأمه فإنه يعتبر الابن بذلك ولدا غير شرعي. وبالتالي فان اعتبارات البنوة هنا تعتبر كسبب كافي لتبرير حظر الزنا. [3]

وفي اطار تمسك الجزائر بالتحفظ على المادة 16 نجد أن الرجل بمجرد العقد على امرأته فإنه يمنحها قانونا وشرعا اسمه العائلي مع احتفاظها باسمها الأصلي وهو ما يخالف اتفاقية سيداو التي تنص في مادتها 16 أنه: "...نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة.."، اذ تعلق لجنة القضاء على التمييز على هذا النص قائلة: "... ينبغي أن يكون لكل من الشريكين الحق في اختيار اسمه الذي يحافظ به على فرديته وهويته في المجتمع المحلي، ويميزه عن غيره من أفراد المجتمع. وعندما تضطر المرأة بموجب القانون أو العرف إلى تغيير اسمها عند الزواج أو عند فسخه، فإنها تحرم من هذه الحقوق."

[1] ارجع في ذلك إلى المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة و التي تنظّم النسب.

[2] و ذلك حسب الفقرة 1 حرف "د" و "ج" من المادة 16بقولها: "نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بصرف النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها، وفي كل الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة"؛ "نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق".

[3] Djilali TCHOUAR, Droit de la famille….,op.cit, p.212.

ب- منح الابن جنسية الأب:

أمّا فيما يتعلق بالجنسية فكان قانون الجنسية يمنح للابن جنسية أبيه فقط، إلّا أن الجزائر تراجعت عن ذلك، من جهة عن طريق تعديل الأمر 89/70 المتضمن قانون الجنسية بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 [1]، ونصه في المادة 07 فقرة 02 على أنه:" يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر... الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من اثبات جنسيتها، ومن جهة أخرى، من خلال سحبها للتحفظ الوارد على المادة 9 فقرة 2[2] من اتفاقية سيداو بموجب الأمر الرئاسي 08-426 المؤرخ في 2008/12/28

ج- ولاية الأب على أولاده القصر:

أما بالنسبة لحق الوالد في ولايته على أولاده القصر فإن المشرع قد أبقى على هذا الحق وذلك حسب المادة 87 من قانون الأسرة ولكن بعد تعديل 2005، قد تمّ إضافة فقرتين حيث تنص الثانية على أنّه: "... و في حالة غيّاب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محلة في القيام بالأمور المستعجلة...".نرى بذلك أنه أعطى الأم كذلك حق الولاية على أولادها في حال غياب الأب أو حصول مانع له وذلك بهدف استحداث المسؤولية العائلية المشتركة.

وهو ما أكّد عليه التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث و الرابع للجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حيث جاء النّص كما يلي:". **سُجل تقدّم ملحوظ في مجال الوصاية، إذ أصبح للأم الآن: الحق في أن تنوب الأب، في الحالات الطارئة في القيام**

[1] ج.ر 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

[2] حيث يلزم نص المادة 9 فقرة 2 الدول الأطراف منح المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها.

بأعمال معيّنة في الحياة المدنية (الإجراءات الإدارية، تعليم الأطفال) إذا كان الأب غائبا أو عاجزا عن القيام بتلك الأعمال...."[1].

والأكثر من ذلك فقد نصّ المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 87 على أنّه:"... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد."، أي تمنح الولاية سواء لرجل أو امرأة [2].

ثالثا: حق الأولاد في الرضاع:

بالرجوع الى الفقه الاسلامي نجد اختلاف فقهي بين المذاهب حول وجوبية الارضاع بالنسبة للأم على النحو التالي:

فبالنسبة للمذهب المالكي قال أبو بكر العربي: "هو-أي الرضاع- عليها -أي الأم- في حال الزوجية، وهو عليها إن لم يقبل غيرها، وهو عليها إذا عدم الأب لاختصاصها به." وقال أيضا: "أن مالك قال إنها لا ترضع اذا كانت شريفة"[3].

قال ابن بطال -وهو مالكي- :" قال مالك: الرضاع على المرأة ان طلقها طلاقا رجعيا ما لم تنقض العدة، فاذا انقضت فعلى الأب أجر الرضاع وإن لم تنقض العدة."[4]

مما يعني أن على الأم الارضاع عند المالكية في حال قيام الزوجية؛ اذا كانت في عدة طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى؛ وفي حال انعدام الأب أو لم يقبل غيرها رضاعه.

[1] أنظر، التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المرجع السابق، ص.20.

[2] حيث سنفصل في هذه المسألة في الجزء الخاص بآثار الطلاق، ارجع في ذلك إلى ص.144وما بعدها من هذا البحث.

[3]أبو بكر العربي، المرجع السابق، ص.275.

[4]أنظر، أبو الحسن بن بطال، شرح صحيح البخاري، ج.7، مكتبة الرشد، الرياض، د.س.ن، ص.535.

أما المذهب الشافعي فقال بن حجر العسقلاني –وهو شافعي– في قوله تعالى: "**وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى**"[1]؛ أن: "فيها الاشارة الى أن الارضاع لا يتحتم على الأم"[2].أي أن الأم ليست ملزمة بإرضاع الولد.

وبالنسبة للحنابلة قال ابن قدامة: "رضاع الولد على الأب وجده، وليس له اجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة"[3].

أما الحنفية فذهبوا أن الارضاع يجب على الأم في ثلاث حالات: اذا لم يكن للطفل ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة بإرضاعه؛ اذا لم توجد من ترضعه غيرها بأجر أو بغير أجر وان كان للأب او للابن مال ؛ اذا وجدت مرضعة ولكن الطفل لا يقبل غير ثدي أمه[4].

والراجح هو أن "**لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا**"[5]، وأن لا ضرر ولا ضرار فالرضاع حق واجب للطفل لقوله تعالى: **{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ}**[6]، فحق الولد هنا مقدم على كل حق، قال محمد بن مسلم بن شهاب الزهري : " نهى الله ان تضار والدة بولدها وذلك ان تقول الوالدة لست مرضعته وهي أمثل له غذاء وأشفق عليه وأرفق به من غيرها فليس لها ان تأبى بعد أن يعطيها من نفسه ما جعل الله عليه."[7]

---

[1] سورة الطلاق، الآية 06.

[2] أحمد بن حجر العسقلاني،فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج.12 ،ط.1، دار طيبة ، الرياض، 2005، ص.260.

[3] أبو محمد بن قدامة، ج.11، المرجع السابق، ص.430.

[4] أحمد الجصاص، أحكام القرآن، ج.2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1985،ص.104.

[5] سورة البقرة، الآية 233.

[6] سورة البقرة، الآية 233.

[7] أبو عبد الله البخاري، كتاب النفقات، المرجع السابق، ص664.

وعليه فان الارضاع واجب على الأم ولكن عند الاستطاعة، وذلك لأن الأم هي أقرب الناس لولدها وحليبها هو أفضل غذاء له وهو جزء من حنانها لذا لا يجوز لها حرمانه من هذا الحنان[1].

وهوما أخذت به المادة 39 من قانون الأسرة قبل التعديل بقولها: "يجب على الزوجة...إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم"، إلّا أن هذا الواجب قد تم الاستغناء عنه بإلغاء المادة 39، وعليه ما مصير حق الطفل في الرضاع ؟ و ما الغرض من إلغائه؟

للإجابة على ذلك نقول أن هذا الالغاء جاء نتيجة للمصادقة على الاتفاقية ومحاولة تكييف نصوص قانون الأسرة بما يتوافق ومبدأ المساواة بين الجنسين.

وأهم أهداف هذا الإلغاء هو تكريس مبدأ المساواة في العمل وحرية المرأة في ذلك، حيث أن للمرأة الخروج للعمل دون أن تكون ملزمة بإرضاع ابنها فلها أن تستغني عن حليبها وتستبدله بالحليب الاصطناعي.

أما ثاني أهداف الاستغناء عن الارضاع هو المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بالأولاد وتربيتهم، حيث بعدم الزام الأم على ارضاع الأولاد وكذا امكانية استبدال حليبها بالحليب الاصطناعي فللأب كذلك أن يرضعهم، فيكونا بذلك على حد سواء من حيث واجبهما نحو أبنائهما فيصبح واجب الارضاع واجبا مشتركا بين الأب والأم.

من خلال المطلب الأول نجد أن المشرع أخذ بمبدأ المساواة في آثار الزواج غير المالية ولكن ليس على اطلاقه فماذا بشأن آثار الزواج المالية؟

[1] أنظر، كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري، المجلة ج.ع.ق.إ.س، الجزائر، 2000، عدد 01، ص.52.

المطلب الثاني

المساواة في الآثار المالية للزواج

إن آثار الزواج المالية هي تلك الحقوق التي يكون موضوع الحق فيها يقوم بالمال، ويكون الجانب الايجابي من الذمة المالية للشّخص وهذه الآثار يمكن اجمالها في حقوق الزوجة المالية من نفقة (الفرع الأول) وذمة مالية (الفرع الثاني)، اضافة إلى حق التوارث بين الزوجين (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حق الزوجة في النفقة

النفقة لغة هي الإخراج والذهاب يقال نفقت الدّابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع، والنفقة اسم المصدر وجمعها نفقات[1].

أما اصطلاحا فتعرف أنها اسم لما يصرفه الانسان على زوجته وأولاده ونفقة المرأة هي ما تحتاج إليه في معيشتها من طعام وكسوة وشراب ومسكن[2] وغيرها مما يلزمها بالضرورة لحياتها اليومية وفقا للعرف والصحيح، وذلك مقابل تفرغها للزوج عدم نشوزها[3].

وقد ثبت واجب الزوج بالإنفاق على زوجته وأولاده بالكتاب والسنة حيث يقول تعالى: **"وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"**[4] والمولود له هنا الزوج، إضافة إلى

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.175.
[2] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.145.
[3] أنظر، محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.507.
[4] سورة البقرة، الآية 233.

قوله تعالى: " **لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا**"[1].

وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:**{اتّقوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عَوَان عِنْدَكُمْ وَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}**[2].

وانفاق الزوج على زوجته لا يعني ذلّها ولا حاجتها إليه، بل هو واجب من واجباته، وحق من حقوقها فلا تكون نفقته تفضّلا منه ولا إحسانا وليس له أن يمُنّ عليها في ذلك[3].

إضافة لذلك فإن وجوب نفقة الأولاد تكون كذلك على الأب لقوله تعالى: **{فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ}**[4]،فقد أوجب الله أجر رضاع الولد على أبيه، والولد هنا هو الولد الصّلب سواء ذكرا كان أو أنثى[5].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المادة 37 منه قبل التعديل كانت تنص على أنه "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلّا إذا ثبت نشوزها..."، يعني أنه جعل نفقة الزوجة واجب على الزوج، إلّا أنه بعد التعديل فقد خصّص المشرع المادة 37 للحديث عن الذمة المالية للزوجين، وكذا الأموال المشتركة بينهما، دون أن يشير إلى واجب النفقة، غير أنّ هذا لا يعني أنه قد أعفى الزوج من واجب النفقة على زوجته لأنه قد

[1] سورة الطلاق، الآية 7.

[2] محمد ناصر الدين الألباني ، ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ،كتاب النفقات، حديث رقم 2156، المرجع السابق، ص.227.

[3] أنظر، عز الدين الخطيب التميمي، حقوق المرأة و قضاياها في الشريعة الاسلامية، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد 03 ص. 82، 83.

[4] سورة الطلاق، الآية 06.

[5] أنظر، حسام علي سالم الشامسي، اشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد 03، ص.114.

نصّ بالتفصيل على ذلك في الفصل الثالث من قانون الأسرة تحت عنوان النفقة من المادة 74 إلى المادة 80.

وعليه فقد نصّ في المادة 74 على أنّه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون". اضافة الى المادة 53 فقرة01 التي تجيز للمرأة طلب التطليق لعدم الانفاق. مما يؤكد أن المشرع لم يحرم الزوجة من نفقة زوجها عليها.

هذا وقد نصّ كذلك في المادة 75 على أنه "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، بالنسبة للذّكور إلى سنّ الرّشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدّراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

وتشمل النفقة سواء للزوجة أو الأولاد حسب المادة 78 من قانون الأسرة الغذاء، والكسوة، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

و الجدير بالذكر هو أن حق الزوجة في نفقة زوجها عليها وعلى أولادها لا يسقط ولو كان لها مال وهو ما أخذ به القضاء اذ جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أن يسر الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي، وإن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسر الزوجة (الطاعنة) رغم عدم اثبات عسر الزوج (المطعون ضده) أخطأوا في تطبيق القانون"[1].

وعلى خلاف المشرع الجزائري، فإن المشرع التونسي يلزم الزوجة على المساهمة في الانفاق على العائلة، إن كان لها مال وذلك حسب الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 237148، المجلة القضائية، عدد 01، 2001، ص.284.

التونسية والتي تنص على أنه: "....وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

من خلال ما سبق نرى أن المشرع قد أبقى على واجب الزوج بالنفقة على الزوجة وكذا الأولاد مما يعني التمسك بالتحفظ على المادة 16 فيما يتعلق بهذا الجزء، حيث أن تكريس المادة للمساواة بين الجنسين في الحقوق والواجبات يجعل المرأة ملزمة بالإنفاق على نفسها وأولادها وبيتها مثلها مثل الرجل.

هذا والى جانب النفقة فرض المشرع على الزوج الصداق معرفا اياه في المادة 14 بأنه: "...ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

وما يهمنا في هذا الصدد هو ما جاءت به اتفاقية سيداو، حيث من تفسير نصوصها نجد أنه بتكريسها لمبدأ المساواة بين الجنسين؛ فإنها تهدف بذلك الى تجاهل ما فرض على الزوج من تقديم للمهر وهو ما يفهم من المادة 16 سالفة الذكر، وكذا ما جاء في التوصية العامة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بقولها: "ان بعض الدول الأطراف تجيز ترتيب الزواج بواسطة الدفع أو التفضيل...وعبارة الدفع أو التفضيل تشير الى بعض المعاملات التي يدفع فيها العريس أو أسرته للعروس أو أسرتها نقودا أو سلعا أو ماشية....ولا ينبغي في أي حال من الأحوال أن يكون ذلك شرطا لصحة للزواج، ولا ينبغي للدولة أن تعترف بمثل هذه الاتفاقات بوصفها قابلة للانفاذ"[1].

[1] أنظر، التوصية العامة رقم 29 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، بتاريخ 30 /2013/10.، CEDAW/C/GC/29، ص. 8-9.

فبالمساواة ليس على الزوج ما يقدمه سواء كان مهرا أو نفقة لأن المرأة تتدبر أمورها وتنفق على نفسها. وبهذا يمكن القول أن المشرع بقي متمسكا بتحفظه فيما يتعلق بهذه المسألة كذلك، ولم يلغي حق المرأة سواء في النفقة أو المهر.

وما تجدر الاشارة إليه كذلك أن المادة 37 من قانون الأسرة قبل التعديل كانت تنص على أن النّشوز[1] من مسقطات النفقة، وهذا الحكم مستمد من الشريعة الاسلامية، إلّا أنه قد عدّل المادة وألغي هذا الحكم مما ترك فراغا تشريعيا[2].

وعليه فهل أن الغاء واجب الطاعة قد حتّم على المشرع إلغاء النشوز كسبب لإسقاط النفقة وذلك لارتباطه بالطاعة الزوجية؟ أم أن ذلك كان سهوا من المشرع؟

يبقى هذا الأمر بمثابة فراغ تشريعي، تصاحبه عدة تساؤلات حيث أنّه لا يمكن تغطية هذا النّقص و سدّ الفراغ عمليا بموجب أحكام المادة 222 من قانون الأسرة، وذلك بالنظر إلى الاختلاف في المذاهب الفقهية ولا يمكن الاحتجاج بكون المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي، لأنه لا يمنع الأخذ بالمذاهب الأخرى خاصة بعد التعديل الأخير[3].

إضافة إلى حق المرأة في النفقة فإن المشرع قد أعطى للزوجة كذلك حرية التصرف في مالها، هذا فضلا عن اعطائه للزوجين حق الاتفاق على الأموال المشتركة بينهما، وهو ما سنحاول التفصيل فيه خلال الفرع الثاني.

[1] النشوز يعني خروج الزوجة عن طاعة الزوج، وسيتم التعرض له بالتفصيل في الفصل الثاني.

[2] نشير إلى أن المشرع قد نص على النشوز كذلك كسبب للطلاق وكذا التعويض، وذلك من خلال المادة 55 من قانون الأسرة وهو ما سيتم دراسته لاحقا.

[3] أنظر، رتيبة عياش، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص 114.

الفرع الثاني

حرية المرأة في التصرف في مالها

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 37 بعد التعديل على أنه: "لكل واحد من الزوجين، ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنّه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة وكذا النّسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

وعليه من أجل شرح ذلك على ضوء ما جاءت به اتفاقية سيداو سوف نبين أولا معنى الذمة المالية للزوجة واستقلاليتها، أما ثانيا سنبين كيف يتم الاتفاق بين الزوجين حول الأموال المشتركة من خلال العقد.

أولا: استقلالية الذمة المالية للزوجين:

للذمة في اللغة عدة معاني نورد منها ما يناسب موضوعنا:

الذمة بالكسر هي العقد ورجل ذميّ أي له عهد وقال الجوهري: أهل الذمّة أهل العقد، والذمة كذلك الكفالة و الضمان. والذمة الأمان و سمّي الذّمي لأنه يدخل في أمان المسلمين[1].

أما اصطلاحا فالذمة المالية هي وعاء اعتباري يقدر تكوُّنه في الشّخص، لتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات التي تترتب عليه[2]. والذمة المالية عموما هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية[3].

[1] ربيحة الغات، مرجع سابق، ص 178.

[2] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص. 51.

[3] أنظر، لعناني سميرة، اشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، الدفعة 13، 2002-2005، ص.86.

وتعتبر الذمة المالية من أهم الحقوق المالية سواء للذكر أو الأنثى، حيث أنه لا فرق بين الرجل

والمرأة في تمتّع كل منهما منذ الولادة بذمة مالية مستقلة، فللمرأة الاستقلال بشؤون أموالها عن بقية أفراد الأسرة وعن ذمة الزوج، فلها أن تملك ما تشاء وتتصرّف في مالها كيفما تشاء[1].

وما تجدر الاشارة إليه أن استقلالية الذمة المالية للمرأة عن الرجل أصلها هو الشريعة الاسلامية وذلك لقوله تعالى: **"لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ"**[2]. إضافة لقوله تعالى: **"لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا "**[3].

أمام هذا فالزواج في الاسلام لا أثر له على أموال الزوجين سواء كانت منقولا أو عقارا اكتسبت قبل الزواج أو بعده[4]. وحق المرأة بالتصرف والامتلاك بصفة عامة ليس حق مستحدث، وإنما هو حق معترف به منذ ظهور الإسلام، وهذه ليست بحقوق للمرأة ذاتها وإنما هي مساواة لها بالرجل سواء بسواء، على أساس استقلال ذمتها المالية في الشريعة الإسلامية.

وهذا ما أكد عليه المشرع في المادة 37 بقوله: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر". حيث لم يكتف بالتّنصيص على أن للزوجة مطلق الحرية في التصرف في أموالها[5]، بل أكّد على استقلالية ذمتها المالية عن ذمة زوجها[6].

---

[1] وهبة الزحيلي، وحدة النفس البشرية، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد 03، ص. 156-157.

[2] سورة النساء، الآية 32.

[3] سورة النساء، الآية 7.

[4] وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص.78.

[5] حيث كانت تنص المادة 38 من قانون الأسرة قبل التعديل على أنه: " للزوجة الحق... في حرية التصرف في مالها ".

[6] تشوار حمّيدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة ...، المقال السابق، ص. 61.

فمن جهة فإن ذلك هو تكريس لما جاءت به الشريعة الاسلامية. أمّا من جهة أخرى فهو تكريس لمبدأ المساواة بين الجنسين في حرية التصرف في المال، عملا بما نصّت عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 16 فقرة 01 حرف "ح"، بقولها: "... نفس الحقوق لكلا الزوجين، فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والاشراف عليها وادارتها والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمته"[1] وكذا في المادة 15 منها بقولها: "... تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل. ونفس فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة وبوجه خاص، حقوقا مساوية لحقوق الرجل في ابرام العقود وادارة الممتلكات، وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الاجراءات المتبعة في المحاكم والهيئات القضائية...".

وعليه فسواء حسب الاتفاقية أو القانون الجزائري[2]، فإن المرأة هي سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما تملك سواء قبل الزواج أو بعده، ولها الحرية الكاملة في إدارته دون إذن أو تدخل من الزوج كما لا يجوز له منعها من التصرف أو تشغيل أموالها[3].

وأمام هذا نقول أن المشرع الجزائري قد جسّد ما جاءت به اتفاقية سيداو فيما يتعلق بالمساواة في المسائل المالية للرجل والمرأة وذلك بالأخذ بالذمة المالية المستقلة لهما، تتكون الذمة المالية للزّوجة من:

- المنقولات والعقارات التي اكتسبتها قبل ابرام عقد الزواج .
- ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الارث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي.

[1] و تلاحظ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة فيما يخص ممتلكات الزوجة أن هناك بلدانا لا تعترف بذلك الحق للمرأة في أن تمتلك حصة مساوية للزوج أثناء الزواج، وأن هناك بلدانا كثيرة تعترف بذلك ولكن قدرة المرأة الفعلية على ممارسته قد تكون محدودة بحكم السوابق القانونية أو الأعراف، أنظر، أمير فرج يوسف، العنف الأسري ضد النساء ...، المرجع السابق، ص 96.

[2] هذا و قد نصت المادة 08 من القانون التجاري فقرة أولى على أن "تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها في حاجات تجارتها".

[3] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة ...، المقال السابق، ص 61.

- الصداق و الهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعند ابرام عقد الزواج.
- الديون المستحقة لها اتجاه الغير والديون التي في ذمتها لفائدة الغير.
- ما تحضره لبيت الزوجية من أثاث و أمتعة و مجوهرات ومواد أخرى[1].

أما بالنسبة للزوج فذمّته المالية تتكون من:

- المنقولات و العقارات التي اكتسبها قبل عقد الزواج.
- الديون المستحقة له اتجاه الغير والديون التي بذمته لفائدة الغير.
- ما قد يؤول إليه عن طريق الهبة أو الوصية أو الإرث أو عن طريق تعويض شخصي.
- الهدايا التي أهدتها له الزوجة في فترة الخطوبة وما بعد ابرام الزواج[2].

وحفاظا على حقوق المرأة كذلك أورد المشرع استثناء على استقلالية الذمة المالية للزوجين، حيث أجاز لهما الاتفاق على النّسب التي تؤول لكل واحد منهما بشأن الأموال المشتركة والمكتسبة أثناء الحياة الزوجية وهو ما سيتم شرحه من خلال ما يلي:

ثانيا: عقد الاتفاق على الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية.

لقد أضافت الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة بعد التعديل امكانية الاتفاق بين الزوجين سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما وكذا نصيب كل واحد منهما، حيث نصت على أنه: "... غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة التي يكسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

[1] وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص. 78.

[2] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة...، المقال السابق، ص. 63.

وما ينبغي الاشارة إليه هو أن هذا الحكم جديد ولم يسبق وأن أورده المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة القديم، ولا في أيّ قانون آخر.

وقد جاء النص على صيغة جواز الاشتراط في عقد الزواج، فمن ناحية فإن هذا النص يمكن أن يدخل ضمن المادة 19 والتي تتكلم عن حرية الاشتراط، ومن ناحية أخرى فإن المشرع لم يلزم الزوجين بذلك بل جعل الأمر اختياريا، خاضعا لإرادة الزوجين المطلقة، فلهما الحرية في الاتفاق من عدمه.

والملاحظ أن هذا النص جاء حماية لحقوق المرأة المالية عامة والزوجة خاصة، حيث أن المرأة أصبحت تساهم بشكل أكثر في تحسين أوضاع الأسرة الاقتصادية [1]. إذ أنّ تطور الحياة الاجتماعية وخروجها للعمل، واكتسابها للمال، قد خلق بعض الأمور، وذلك يتجلى تحديدا في أن العديد من الأزواج يستغلون اكتساب المرأة للمال في محاولة السيطرة على أموال زوجاتهم، وعليه فإن هذا النص جاء من أجل القضاء على هذه الظاهرة وحماية أموال المرأة.

فبهذا العقد يتم الاتفاق حول ما سيكون بشأن ملكية أموالهما وايراداتهما والانتفاع بها وادارتها، وتحمل الديون الخاصة بهما وتسوية حقوقهما وواجباتهما قبل الزواج و أثناءه، وحتى بعد انتهائه، وبهذا يتم حماية أموال الزوجة من الغصب لأنه كثيرا ما تعدم البينة لديها بسبب المانع الأدبي وهو العلاقة الزوجية مما يؤدي الى ضياع حقوقها.[2]

وعليه اذا كانت استقلالية الذمتين وفي مقدمتها ذمة الزوجة هي أبرز قواعد الشريعة الاسلامية والمشرع الأسري، فإن مسألة الاتفاق على الأموال المشتركة هو أضخم تعديلا لقانون الأسرة وأبرزه حكما لحماية حق الزوجة. [3]

[1] تشوار حميدو و زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة ....، المقال نفسه، ص.65.

[2] بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، عدد خاص، د.س.ن، ص.108.

[3] تشوار جيلالي، مدى فعالية أحكام...، المرجع السابق، ص.19.

وما ينبغي الاشارة إليه هو أن المشرع أخذ بنظام العقد المالي شأنه شأن المشرع الفرنسي، إلا أن العقد المالي للزوجين في القانون الفرنسي يختلف نوعا ما، حيث توجد عدة نماذج لهذا العقد وللزوجين حرية اختيار نموذج، إضافة إلى أن هذا العقد لابد أن يتم شهره من أجل اعلام الغير به[1].

من خلال دراسة مسألة الذمة المالية للزوجين وكذا عقد الاتفاق حول الأموال المكتسبة نجد أن المشرع ذهب وبوضوح الى حماية حقوق المرأة المالية ومساواتها مع الرجل عملا باتفاقية سيداو.

اضافة إلى استقلالية الذمة المالية للزوجين نجد حقا آخر وهو حق التوارث ولكن هل لاتفاقية سيداو موقع فيما يتعلق بهذه المسألة؟

الفرع الثالث

الميراث

إن الزواج الصحيح يوجب التوارث بين الزوجين مادامت العلاقة الزوجية قائمة بينهما، ويعد الميراث من الآثار المالية التبعية والثابتة لكلا الزوجين بعد انتهاء العلاقة الزوجية نهاية طبيعة عن طريق الوفاة.

وبما أن موضوع بحثنا يشمل المساواة بين الرجل والمرأة بصفة عامة وليس الزوجين فقط، فسوف يتم دراسة موضوع الميراث ومركز المرأة والرجل فيه بصفة عامة دون الاقتصار على الزوجين فقط وذلك بعد إعطاء مفهوم للميراث.

[1] أنظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة تلمسان، 2006، ص.219.

أولا: مفهوم الميراث:

فالميراث لغة من الفعل ورث ورثا و وراثة و إرثا، و الإرث أي الأصل، والأمر القديم توارثه الآخر عن الأول، و البقيّة من كل شيء، ويطلق الإرث ويراد منه انتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين، كما يطلق و يراد منه الموروث[1] والإرث في اللغة هو بقاء شخص بعد موت آخر بحيث يأخذ باقي ما يخلفه الميّت [2].

أما اصطلاحا فهو حق قابل للتجزّؤ، يثبت لمن يستحقه بعد موت من كان له ذلك، لقرابة بينهما أو نحوها، أو هو انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة[3]. وهو كذلك انتقال التركة إلى الورثة بعد موت مالكها إذا توفرت أسباب الميراث[4].

ثانيا: المساواة بين الرجل و المرأة في الميراث:

من أبرز الشبهات التي أثارت الجدل حول نظام الميراث، شبهة التمايز بين الرجال والنساء في الميراث والتي يزعم مثيريها أنها دليل على انتقاص الإسلام من مكانة المرأة وكرامتها وانتفاء المساواة بينها وبين الرجل، مستدلين في ذلك بقوله تعالى: **"يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ[5] "[6].**

وهو الأمر الذي قالت به اتفاقية سيداو حيث جاء في تفسير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لنصوص المادة 16 ما يلي:"وهناك العديد من البلدان التي تؤدي قوانينها وممارساتها المتعلقة بالإرث والممتلكات إلى **تمييز خطير** ضد المرأة. ونتيجة لهذه المعاملة غير

[1] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص.340.

[2] بن عيشوش فاطمة، المرجع السابق، ص.67.

[3] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص.340.

[4] بن عيشوش فاطمة، المرجع السابق، ص.68.

[5] أي يأمركم بالعدل فيهم، لأن أهل الجاهلية كانوا يجعلون جميع الميراث للذكور دون الاناث، فأمر الله بالتسوية بينهم في أصل الميراث، وفاوت بين الصنفين فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وذلك لاحتياج الرجل الى مؤنة النفقة والكلفة ومعاناة التكسب و تحمل المشاق، أنظر، ابن كثير الدمشقي المرجع السابق، ص.350.

[6] سورة النساء، الآية 11.

المتكافئة يمكن أن تحصل الزوجة على حصة من ممتلكات الزوج أو الأب عند الوفاة، **أصغر** مما يحصل عليه الرجال الأرامل والأبناء الذكور. وفي بعض الأحوال، تمنح المرأة حقوق محدودة ومقيدة فلا تحصل إلا على إيراد من أملاك المتوفي. وفي كثير من الأحيان، لا تراعى في حقوق النساء الأرامل في الإرث مبادئ المساواة في حيازة الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج. **وهذه الأحكام تخالف الاتفاقية ولا بد من إلغائها**."[1]

إذ أن القول بعدم المساواة اعتمادا على ما جاء أحيانا لا دائما في أن للذكر مثل حظ الأنثيين وأنّ الزوجة تأخذ نصف ما يأخذ الزوج فهو ليس مطلقا في جميع الحالات وإنما يكون في بعضها فقط[2]، وأن هذا التمييز ليس قاعدة مطردة في كل حالات الميراث، وإنما هو في حالات خاصة ،بل ومحدودة من بين حالات الميراث وذلك لأسباب أهمها:

أ-درجة القرابة بين الوارث (ذكرا أو أنثى) و بين المورّث فكلما اقتربت الصّلة زاد النصيب[3].

ب-أن الرجل يتحمل مسؤوليات جسيمة على عاتقه وهي واجباته اتجاه أسرته وأولاده وزوجاته، فهو المكلف بالإنفاق عليهم وهو ما يحتاج إلى إمكانيات مادية كبيرة[4]. فالرجل مكلف بالنفقة على زوجته وأولاده وأسرته لأن الإسلام لم يوجب على المرأة أن تنفق على الرجل ولا على البيت حتى ولو كانت غنية إلا أن تتطوع بمالها عن طيب نفس.

وعليه لابد من مسح الغبار عن المفاهيم الخاطئة المتعلقة بنظام الإرث، وكذا تبيان مركز المرأة في الميراث سواء كانت زوجة أو أخت أو ابنة، أو أم، أو جدة .

حيث أنه بمقارنة حالات ميراث الأنثى بالذكر يتبين أنّه يوجد أربع حالات:

---

[1] التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق .

[2] أنظر، معروف الدواليبي، وضع المرأة في الاسلام، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، 1983، السنة السابعة، عدد 03، ص.243.

[3] أنظر، صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة و قضية المساواة،ط.1، نهضة مصر للطباعة و النشر، القاهرة، 1999، ص06.

[4] أنظر، وسام حسام الدين أحمد،حماية حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.61.

-حالات تأخذ فيها الأنثى نصف ما يأخذ الذكر.

-حالات يتساوى فيها نصيب الأنثى مع الذكر.

-حالات تأخذ الأنثى أكثر ممّا يأخذ الذكر.

-حالات تأخذ الأنثى و لا يأخذ الذكر .

أ- حالات ترث فيها الأنثى نصف ما يرث الذكر:

1/ إذا كان أولاد الميت من صلبه ذكورا وإناثا تأخذ الأنثى نصف الذكر[1] أي للذكر مثل حظ الأنثيين .

2/ عند وجود الأب مع الأم، ولا يوجد أولاد ولا زوجة فتأخذ الأم الثلث والأب الثلثان وهو الباقي.

3/ ميراث الزوجين [2]فيرث الزوج النصف، إذا توفت الزوجة ولم يكن لها ولد تطبيقا للمادة 144 فقرة 01 من قانون الأسرة، أمّا إذا كان لها ولد فيرث الربع عملا بالفقرة 01 من المادة 145. أما الزوجة فلها الربع من تركة زوجها إذا لم يكن له ولد وهو ما نصت عليه المادة 145 فقرة02، أمّا إذا كان له ولد فترث الثمن سواء كانت زوجة واحدة أو أكثر حسب ما جاءت به المادة 146 من نفس القانون.

4/ وجود الأب والأم والبنت، فتأخذ البنت النصف عند انفرادها(المادة 144 فقرة 02) وتأخذ الأم السدس(حسب المادة 149 فقرة02)، ويأخذ الأب السدس والباقي تعصيبا(حسب المادة 149 فقرة01 والمادة 153 فقرة 02)، فيصبح نصيب الأب الثلث أي ضعف نصيب الأم.

ب- حالات تساوي الذكر والأنثى في الميراث:

1. بين الأب و الأم إذا تحقق ما يلي:

[1]عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص.343.

[2]أنظر، قيس عبد الوهاب الحيالي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية و القوانين المقارنة، ط.1، دار الحامد، الأردن، 2008، ص.253.

وجود الفرع الذكري فنصيب كل واحد منهما يكون السدس وذلك حسب المادة 149 فقرة 01 و02 من قانون الأسرة الجزائري .

عند تعدد الفرع الأنثوي مع وجود زوج فترث الأم السدس ويرث الأب السدس زائد عصبة، ونظرا لعدم بقاء شيء من التركة يرث الأب السدس فقط[1] وهو نفس نصيب الأم.

2.حالة الإخوة لأم، فالأخ لأم له السدس ، والأخت لأم لها السدس حسب المادة149 فقرة 07 من قانون الأسرة وذلك بشرط الانفراد وعدم وجود الفرع والأصل الوارث . فإن كانوا جماعة فلهم الثلث بالتساوي ولا يفضل الذكر على الأنثى حسب الفقرة 02 من المادة 148 في غياب دائما الفرع مطلقا والأصل المذكر.

3.إذا مات الزوج وترك بنتين وأبا فتأخذ البنتان كل واحدة الثلث حسب الفقرة 01 من المادة 147، ويأخذ الأب الثلث فرضا وتعصيبا ونفس الشيء بالنسبة لوجود الجد مع البنتين[2]، وكذلك بالنسبة لوجود البنتين مع الأخ الشقيق.

4.حالة المسألة المشتركة أو العمرية، فإذا توفت المرأة عن زوج وأم (أو جدة)، أخوة لأم، إخوة أشقاء، فيكون للزوج النصف، وللأم (الجدة) السدس، أما الأخوة لأم والأشقاء فيقسم بينهم الثلث بالتساوي للذكر مثل حظ الأنثى، وذلك حسب المادة 176 من قانون الأسرة الجزائري[3].

و إلى غير ذلك من الحالات التي تأخذ فيها الأنثى حصة مساوية لحصة الذكر في الميراث سواء كانت زوجة، أما، أختا، بنتا[4].

ت- حالات ترث فيها الأنثى أكثر من الذكر:

و من ذلك:

[1] أنظر، العيشي نوارة، مقابلة بين مركز المرأة و مركز الرجل في الميراث م.ج.ع.ق.إ.س، الجزائر، 2008، عدد 03، ص 65-66.

[2] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 345.

[3] أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص.146.

[4] راجع في ذلك أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص.146 إلى 157.

– وجود بنتين وبنت ابن، وابن ابن، فالبنتين الثلثين، والباقي لابن الابن وبنت الابن للذكر مثل حظ الأنثيين، وبذلك يأخذ ابن الابن أقل من البنت، وذلك حسب الفقرة 02 من المادة 155و الفقرة 02 من المادة 147.

– إذا ترك الميت أختا شقيقة وإخوة لأب ذكورا، فالأخت الشقيقة النصف حسب المادة 144 فقرة 04، والنصف الباقي يقسم بين الأخوة لأب تطبيقا للفقرة 03 من المادة 153 والمادة 154 فتكون الأخت أخذت أكثر من الإخوة لأب.

– إذا ماتت امرأة وتركت بنتين وزوجا وجدّا، للبنتين الثلثان(المادة 147 فقرة 01)، للزوج الربع (المادة 145 فقرة 01)، وللجد السدس(المادة 149 فقرة 03)، وهناك تكون البنتان أخذتا أكثر من الجد والزوج.

– إذا ماتت امرأة وتركت زوجا، وأمّا، وابنتين دائما للبنتين الثلثان، وللأم السدس وللزوج الربع، فنصيب كل بنت أكثر من نصيب الزوج[1].

و يقاس على هذه الحالات حالات أخرى عديدة.

ث– حالات ترث فيها الأنثى والذكر لا يرث:

– وجود الجدة (أم الأم)، و الجد (أب الأم)، فالجدة ترث السدس عند عدم الأم وتشترك فيه مع الجدة أم الأب إذا كانت وارثة حسب الفقرة 04 من المادة 149، أما الجد أب الأم فلا ميراث له[2] ويطلق عليه الجد الفاسد ولا يرث لأنه من ذوي الأرحام .

نلاحظ من خلال استقراء حالات الميراث في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، أن المساواة في الميراث لها مدلول أوسع مما هو مقرر في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث أن مسألة الميراث تبقى من المسائل التي تثير مخاوف لجنة

[1] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص.345.

[2] العيشي نوارة، المرجع السابق، ص 68

القضاء على التمييز ضد المرأة، ومما يدل على ذلك نصها في التوصية 47 فقرة "و" على وجوب النظر في قانون الميراث الجزائري مع مراعاة تجارب بلدان أخرى لديها خلفيات ثقافية ونظم قانونية مماثلة كانت عدّلت قوانينها لتمكين المرأة من الميراث على قدم المساواة مع الرجل[1].

وبذلك فان الميراث ومركز المرأة فيه يعد من بين المسائل التي لا يزال مصدرها هو الشريعة الاسلامية والتي جعلت الجزائر تبقى متمسكة بتحفظها على المادة 16من اتفاقية سيداو، لكن كما رأينا فان لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تواصل ضغطها على الجزائر من أجل رفع التحفظ فهل يمكن أن تجد طريقها لذلك؟

و بهذا تكون نهاية الفصل الأول والذي تمّ فيه دراسة مبدأ المساواة بين الجنسين في أهم المسائل التي تتعلق بالزواج وآثاره و كذا تبيان مواضع التأثر باتفاقية سيداو من عدمه، فماذا بشأن الطلاق وآثاره؟

[1] أنظر، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة حول التقريرين الدوريين الثالث و الرابع المقدم من الجزائر، بتاريخ 2 مارس 2012، ص. 17.

الفصل الثاني

مدى مطابقة قانون الأسرة لاتفاقية سيداو

في مسائل انحلال الزواج و آثاره

إن الأصل في عقد الزواج هو الاستمرار وبذلك تكون العلاقة الزوجية ممتدة إلى غاية انحلال الزواج بوفاة أحد الزوجين، إلّا أن الشريعة الاسلامية وبعدها قانون الأسرة عالجاه من منظور واقعي، وعليه قد راعا ما قد يجد من مشاكل بين الزوجين وتستحيل معها استمرارية الحياة الزوجية، وبذلك شُرّع ما يسمى بالفرقة بين الزوجين. وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 47 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

ومسألة انحلال الزواج كانت كذلك موضع اهتمام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي أكدت على أن يكون للمرأة نفس الحق مع الرجل عند فسخ عقد الزواج.

وانطلاقا من ذلك يمكن التساؤل عن مدى أخذ المشرّع الجزائري بمبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بانحلال الزواج وكذا آثاره المترتبة عنه؟

وللإجابة على ذلك رأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتعرض في الأول منهما إلى أثر اتفاقية سيداو على أحكام الفرقة بين الزوجين. أما في الثاني فسندرس أثر هذه الاتفاقية على الأحكام المتعلقة بآثار الفرقة الزوجية.

المبحث الأول

أثر اتفاقية سيداو على أحكام الفرقة بين الزوجين

إن الفرقة بين الزوجين هي انتهاء وانقطاع العلاقة الزوجية لسبب من الأسباب، وللفرقة صور متنوعة فتكون إما بالفسخ[1] وذلك لوجود ما ينافي العقد شرعا عند قيام الزوجية أو يطرأ بعده ما ينافي بقاءها. وإمّا تكون بالطلاق بأنواعه وهو ما نص عليه المشرع الجزائري حيث

[1] تطرق المشرع الجزائري إلى فسخ الزواج في المادتين 33 و34 من قانون الأسرة، و لم يجعله كسبب من أسباب انحلال الزواج أو الفرقة الزوجية و لعلّ عدم ذكره في المادة 47 كونه قد خصّه بالزواج غير الصحيح في المادتين 33 و 34.

صنّف الطلاق إلى عدة صور فمنه ما يكون بإرادة الزوجين معا، ومنه ما يكون بإرادة الزوج فقط إضافة للطلاق الذي يكون بطلب من الزوجة.

ولمعرفة مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة في الطلاق فإنه لابد من التطرق إلى كل صورة من صور الطلاق بالتفصيل بحيث سنتعرض في المطلب الأول إلى الطلاق بالتراضي وبإرادة الزوج أما في المطلب الثاني فسندرس الطلاق الذي يكون بناء على طلب من الزوجة.

المطلب الأول

الطلاق بالتراضي وبإرادة الزوج

إذا أصبح استمرار الحياة الزوجية مستحيلا، مع انعدام المودة والرحمة بين الزوجين، فيكون من الأحسن إن تراضيا على حلّها، فيكون بذلك بداية العلاقة الزوجية عن تراض وكذا نهايتها، وهو ما يسمى بالطلاق بالتراضي (الفرع الأول).

إلّا أنه قد يكون الزوج هو الوحيد غير الرّاغب في الحياة الزوجية القائمة وبذلك يكون له أن ينهي العلاقة بإرادته المنفردة وهو ما يعرف بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة (الفرع الثاني).

وأمام هذا فهل أن مبدأ المساواة بين الزوجين قائم في كل من هذين النوعين؟ وهل أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة للزّوج هو إجحاف لحق المرأة في القرار وكذا إرادتها ورغبتها في الطّلاق من عدمه؟

الفرع الأول

الطلاق بالتراضي

إذا كانت إرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج بالتراضي فيما بينهما فإنه من الأولى أن تحترم هذه الارادة عند الرغبة في انهاء هذا العقد، وذلك بعد التأكد من استحالة العشرة عملا بقوله تعالى: "**وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا** "[1].

والطلاق بالتراضي هو الاتفاق ما بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة ذلك أن استمراريتها أصبح أمرا مستحيلا لأي سبب من الأسباب فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني وهو الطلاق[2]ويطلق الفرنسيين على هذا النوع من الطلاق بالطلاق الظريف أو اللطيف[3]«Le divorce gracieux».

فهو يتم بالمعروف والاحسان بينهما، وقد أباحته الشريعة الاسلامية، وذلك لقوله تعالى: "**وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ.**"[4].

أما قانون الأسرة فقد نص على هذا النوع من الطلاق ضمن المادة 48 منه وذلك بقولها: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج ....بتراضي الزوجين...". وعلى أساس هذه المادة صدر قرار المحكمة العليا في 2000/05/23، إذ جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو اشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا

[1] سورة النساء، الآية 130.

[2] يوسفات علي هشام، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة تلمسان، 2009، ص.55.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث والوصية، ج.1، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004، ص.258.

[4] سورة البقرة، الآية 227.

يوصف بالابتدائية أو النهائية، ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير"[1].

والطلاق بالتراضي يكون بناء على تراضي الزوجين معا ورغبتها المشتركة، وذلك حسب المادة 429 من قانون الاجراءات المدنية والتي تنص على أنه: "في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب **مشترك** في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط".

وعليه فبعد اتفاقهما على كل الأمور وخاصّة آثار فك العصمة الزوجية من نفقة الأبناء وحضانتهم ومكان ممارستها إلى غير ذلك، يتقدم الطّرفان أو أحدهما بعريضة مشتركة إلى الجهة القضائية المختصة على أن يراعيا الشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد[2]، وفي حالة فشل المحكمة في محاولة الإصلاح بينهما تحكم بالطلاق بناء على الإرادة المشتركة لهما ووفقا لما اتفق عليه الزوجان، والأكثر من ذلك فإنه لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي والذي يستطيعان الاحتفاظ بسرّيته، فليس للقاضي إلّا اعلامهما بخطورة وجسامة موقفهما خاصة مع وجود الأطفال، إضافة إلى امكانية عدم مراعاة ما اتفقا عليه في حال كان ذلك مخالفا للنظام العام والآداب العامة[3]، أو يكون ضد مصلحة الأطفال[4].

وللطّلاق بالتراضي عدة محاسن إذ أنه إذا أصبح الطلاق أمرا حتميا على الزوجين، فإنّ هذا الأسلوب يعتبر أفضل أسلوب للافتراق سواء من حيث أن الاجراءات تكون بسيطة وسريعة، دون بذل جهود قد ترهق الطرفين نفسيا.

أو من حيث أنّ الطلاق اللطيف يحافظ على العلاقات الطيّبة التي ربطت الزوجين في يوم ما إذ أنه لا مجال هنا للنّزاعات والأكثر من ذلك فإن تراضي الزوجين يساعد على توازن

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 2000/05/23، ملف رقم 243943، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص.112.

[2] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج.ر 21 الصادرة في 2008/04/24.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق ص.259 – 260.

[4] و ذلك حسب المادة 431 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

نفسية الأطفال إن وجدوا، حيث أنهم لا يعيشون صدمة الخلافات بين والديهما فتبقى في أذهانهم نفس الصورة الحسنة لهما[1].

وبالرجوع إلى المادة 16 من اتفاقية سيداو فقرة "1" حرف "ج" نجد أنها تقرّر مبدأ المساواة بين الزوجين في مسألة ايقاع الطلاق وهو ما عبّرت عنه بقولها: "... الحقوق والمسؤوليات نفسها أثناء الزواج وعند فسخه...".

وهو ما يتطابق مع الطلاق في قانون الأسرة في حالة الفرقة بالإرادة المشتركة للزوجين، وفي هذه الحالة يكون لكلا الزوجين نفس المركز في الاقرار بالطلاق والقبول به بإرادة حرة وعن قناعة دون ضغوط أو تمييز على أساس الجنس. وهذا ما أكدته المادة 431 من قانون الاجراءات المدنية والادارية[2] بقولها:"...من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضاهما...".

وعليه فكما أكدت كل من الاتفاقية وقانون الأسرة على ضرورة توافر الحرية والإرادة الكاملة لدى الطرفين عند عقد الزواج، فإنهما أكدا على ذلك خلال انحلال الرابطة الزوجية وهو ما يتجسد من خلال النوع الأول للفرقة بين الزوجين هو الطلاق بالتراضي.

فهل أن قانون الأسرة يواصل تجسيده لمبدأ المساواة بين الزوجين في الصور الأخرى للطلاق خاصة فيما يتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والذي يكون للزوج السلطة المطلقة في ايقاعه؟

[1] نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2000، ص.103.

[2] أنظر، تشوار جيلالي، مدى فعالية أحكام حماية المرأة... ، المقال السابق، ص.22.

الفرع الثاني

الطلاق بالإرادة المنفردة

إنّ الطلاق بصفة عامة يستوعب صورا مختلفة من الفرقة ولكنه في المعنى الاصطلاحي ينصرف إلى الفرقة التي يوقعها الزوج بالإرادة المنفردة[1].

فالطلاق لغة مشتق من الاطلاق وهو الارسال والترك بعد الامساك فيقول طلّقت المرأة فهي طالق أي أنه رفع قيدها سواء كان هذا القيد ماديا أو معنويا[2].أما في الاصطلاح فهو رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص أي انهاء للرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا[3].

فقد يجد الزوج في سلوك زوجته مالا يقبله، الأمر الذي يؤدي به إلى النفور منها وعدم القدرة على البقاء معها، لذلك أبيح له الطلاق شرعا وقانونا، إلّا أن ذلك لا يكون إلّا بعد استنفاذ جميع الوسائل التي تسبق الطلاق من موعظة حسنة، وهجر في المضجع وضرب بغرض التأديب، وكذا محاولة الصلح [4] وذلك لقوله تعالى:"**وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا** "[5][6].

---

[1] أنظر، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بين الزوجين و حقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008، ص.11.

[2] أنظر، أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ و التفريق والخلع، دار المسيرة، الأردن، ب.س.ط، ص.19.

[3] أنظر، طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.81.

[4] بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة ع.ق.إ.س، جامعة تلمسان 2011، عدد 12، ص.88.

[5] و في تفسير ابن كثير فإن النشوز هو ارتفاع المرأة، والمرأة الناشز هي المرأة المرتفعة على زوجها والتاركة لأمره والمعرضة عنه، فمتى ظهر له منها نشوز فليعضها وينصحها ويخوّفها من عقاب الله، والهجر في المضجع هو ألّا يجامعها ويضاجعها ويوليها ظهره، أما قوله و اضربهن أي إذ لم يرتد عن الموعظة ولا بالهجر فلكم أن تضربوهن ضربا غير مبرح، ابن كثير الدمشقي، المرجع السابق، ص.376 – 377.

[6] سورة النساء، الآية 34.

وعليه فإنه للرّجل استعمال حقه في الطلاق إذا أصرت زوجته على نشوزها رغم محاولته معها، هذا من جهة، لكن من جهة أخرى يمكن للرجل كذلك أن يطلق زوجته بإرادته الحرة رغم عدم نشوزها أو عصيانها وذلك لمجرد رغبته في ذلك مادامت العصمة بيده. الأمر الذي أطلق سهام الناقدين متسائلين أين هي المساواة بين الرجل المرأة في بيت قرار بقاء المرأة أو عدم بقائها فيه بيد الرجل[1]؟

معتبرين ذلك انتقاصا لمكانة المرأة وهبوطا بإنسانيتها وكرامتها إلى درجة السلعة يتصرف فيها مالكها كما يشاء وحسب الأستاذ تشوار جيلالي فإن الطلاق بإرادة الزوج يعتبر بعد تعدد الزوجات أشد وطأة وثقلا على المرأة فهو أساسا ناتج عن السلطة الزوجية للرجل وكذا واجب الطاعة المفروض على المرأة[2].

وأمام هذا ومن أجل معرفة مركز المرأة في الطلاق بإرادة الزّوج فإنه لابد من معرفة موقف كل من الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة من هذا الطلاق دون إغفال ما تنص عليه اتفاقية سيداو في هذا الشأن.

لقد أباحت الشريعة الاسلامية الطلاق بالإرادة المنفردة وقد ثبتت شرعيّته بالقرآن والسنة، فأما من القرآن الكريم قوله تعالى: " **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**"[3].

[1] أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق ص.13.

[2]Djilali TCHOUAR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, la dot, la tutelle matrimoniale la polygamie, le divorce – répudiation et l'adoption, O.P.U, Ben Aknoun, Alger, 2004, p.165.

[3]سورة البقرة، الآية 236.

وقوله جلّ ثناؤه: " **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ**"[1].

إضافة لقوله تعالى: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا**"[2].

أما مشروعية الطلاق من السنة فإنه جاء في صحيح مسلم حدثنا يحي بن يحي التميمي قال: قرأت عن مالك ابن أنس، عن نافع، عن عمر أنّه طلّق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مُره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعدها، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله عزّوجل أن يطلق لها النساء"[3].

والطلاق في الشّرع لم يأت الحل الأول ولا ينبغي أن يكون بالتّسرع، وإنما يكون عندما تتعذر الحلول كلها وتبذل الأسباب وتسد الطرق، والطلاق رغم أنه مشروع إلا أنه يعتبر أبغض الحلال إلى الله.

كما أن المشرع الجزائري قد نص على هذا النوع من فك الرابطة الزوجية في المادة 48 من قانون الأسرة بقوله: "...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...".إلا أن المشرع لم يتعرض في هذه المادة الى الشروط الواجب توافرها في الطرفين، مما يتطلب الرجوع في بعض المسائل الى الشريعة الاسلامية وكذا قانون الاجراءات المدنية والادارية:

[1] سور الطلاق، الآية 01.

[2] سورة البقرة، الآية 229.

[3] أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، رقم الحديث 1471، ط.1، دار طيبة، السعودية، 2006، ص.674.

أولا : الشروط الواجب توافرها في الزوجين:

أ–الشروط المتعلقة بالزوج المطلّق:

أوّل ما يشترط في الرجل أن يكون زوجا، إذ لا يمكنه تطليق امرأة أجنبية عنه لا صلة له بها، أو تطليقه لامرأة لم يتزوج بها بعد، فضلا على أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق وذلك يتوافر الشروط التالية:

1/ **أن يكون راشدا عاقلا:** أي أن يكون المطلق بالغا، إذ لا يجوز طلاق الصّبي وإن كان مميّزا[1]وأجاز الحنابلة طلاق الصبي المميّز الذي يعقل الطّلاق شرط أن يعلم أن زوجته تحرم عليه إذا طلقها[2].

وبالرجوع الى قانون الأسرة فيما يتعلق بهذه المسألة فانه لم يأت بنص يبين فيه هل يجب أن يكون المطلق بالغا من أجل رفع دعوى الطلاق إلا أنه نص في المادة 07 المعدلة على أنه: "...يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

والملاحظ أنه رشّد القاصر وأعطاه أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج فقط دون التعرض بالذكر للطلاق وآثاره فهل يمكن أن يدخل الطلاق وآثاره ضمن هذه الفقرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فانه قد نص في المادة 437 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد تحت عنوان "في طلب الطلاق من أحد الزوجين" على أنه: "عندما يكون أحد الزوجين ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة"، وعليه فانه ليس بإمكان كل من الزوجين القاصرين التقاضي في الطلاق إلا عن طريق الولي وذلك لنقص أهليتهما، فالمشرع منحهما أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات دون أهلية التقاضي فيما يتعلق بالطلاق وآثاره.

[1] محمد الشربيني، المرجع السابق، ج.3، ص.368.

[2] محمد ابن قدامة، المرجع السابق،ج.10، ص.348.

أما أن يكون المطلق عاقلا أي أن يكون في كامل وعيه وقواه العقلية ويكون متمتعا بالحرية والادراك[1] وعليه فما حكم طلاق المجنون والسكران و المكره؟

- **المجنون**[2]: لا يصحّ طلاق المجنون ومن في حكمه وكذلك المدهوش الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: **لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"**[3]، والإغلاق هو ما يسد باب الادراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب[4] أو خوف أو نحوها[5] وقال ابن قدامة أنه: "لا يقع طلاق زائل العقل سواء كان ذلك لجنون أو اغماء أو نوم أو شرب دواء..."[6].
- **السكران**: وهو الذي وصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام، بسبب ما تناوله سواء أكان خمرا أو مخدرات، إذ لا يدرك و لا يفهم ما الذي يقوله أو يفعله.

والسكران لا يقع طلاقه إن سكر سكرا غير حرام أي شربه للمُسكر كرها أو عن غير علم ونحوه ولو لغير حاجة عند الحنابلة، فيعذر لعدم الادراك و الوعي.

أما السكران بطريق محرم بشربه الخمر أو المخدر مختارا غير مضطر عند الجمهور وغير الحنابلة فيقع طلاقه في الراجع في المذاهب الأربعة، عقوبة له لأنه كان مختارا[7].

---

[1] نعيمة تبودشت، المرجع السابق، ص.46.

[2] الجنون هو زوال العقل والادراك إذ يصاب الشخص بمرض يذهب عقله تماما حيث يصبح غير مدرك لما يفعل أو يقول، ويكون الجنون دائما أو على شكل نوبات متقطعة.

[3] -محمد الألباني ، إرواء الغليل ، المرجع السابق ،ج.7،حديث رقم 2047 ، ص.113.

[4] وطلاق الغضبان الذي لا يقع طلاقه هو الغضبان غضبا شديدا بحيث لا يدرك المرء ما يقول أو يفعل، أما طلاق الغضبان غضبا طبيعيا، فطلاقه يقع لأن الإنسان لا يطلق زوجته إلا وهو في حالة الغضب، أنظر، أحمد العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج.12 ،ط.1، دار طيبة ، الرياض ، 2005، ص.75؛ محمد بن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان،ط.1،دار عالم الفوائد، الرياض، د.س.ن، ص.62 وما بعدها.

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلة، المرجع السابق، ص.366.

[6] أبو محمد بن قدامة ،ج.10، المرجع السابق، ص.345.

[7] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص.366.

● **المكره:** لا يقع طلاق المكره عند الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية لأنه غير قاصد للطلاق وغير عازم عليه[1]،ولكي لا يقع الطلاق عندهم يجبأن يكون حالا[2]، واقعا عن غير حق، ولا يمكن ردّه[3]. أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن طلاق المكره يقع لأنه قصد ايقاع الطلاق، وإن لم يرض بالأثر المترتب عنه، فالمكره عرف الشّرين والضّررين، ضرر إيقاع الطلاق، والضرر المهدد به فاختار أهون الضررين وهو إيقاعه للطلاق فهو مختار اختيارا كاملا.[4]

ومن الناحية التشريعية فإنه لم يرد نص صريح في قانون الأسرة يبيّن حكم الطلاق اذا وقع في حالة الاكراه، مما يتوجب الرجوع الى المادة 222 التي تحيل الى الشريعة الاسلامية فيما لم يرد نص بشأنه.

3/ أن يكون المطلق قاصدا للطّلاق:

أي ناويا ايقاعه وعازما عليه فإذا نوى الزوج تطليق زوجته في قلبه أو طلاقها في نفسه دون أن يلفظ به فإن طلاقه لا يقع عليه فلابد من القصد واللفظ من أجل ايقاع الطلاق وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء[5]، لقول الرسول صلى الله عليه و سلم :" إن الله تجاوز عن أمتي ماحدّثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم"[6].

ب–الشروط المتعلقة بالزوجة المطلَّقة:

والمطلقة هي الزوجة التي يقع عليها الطلاق ويشترط فيمن يقع طلاقها جملة من الشروط هي: قيام الزوجية وقت الطلاق؛ أي تكون زوجة للمطلّق سواء قبل الدخول أو بعده فلا يقع

[1] محمد بن رشد القرطبي ،ج.2، المرجع السابق، ص.81؛ محمد الشربيني،ج.3، المرجع السابق، ص.381؛ أبو محمد بن حزم، ج.10ص.202 ،أبو محمد بن قدامة، ج.10،ص.350

[2]أبو محمد بن قدامه،ج.10، المرجع السابق،ص.351.

[3]أبو عبد الله بن اسماعيل البخاري، المرجع السابق، ص.828.

[4]محمود بن أحمد العيني،ج.5، المرجع السابق، ص.25.

[5] أبو محمد بن قدامة ،ج.10، المرجع السابق، ص.355.

[6]أبو عبد الله بن اسماعيل البخاري، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإكراه والكره، حديث رقم 5269،ج.3، المرجع السابق، ص.405.

الطلاق على امرأة غير متزوجة أصلا. بمن طلّقها. اذ قال ابن عباس" جعل الله الطلاق بعد النكاح"[1]؛ اضافة الى صحّة عقد الزواج بأن يكون عقد الزواج مستوفيا لكل الشروط والأركان اذ لا يقع الطلاق على امرأة متزوجة زواجا غير صحيح، فبما أن الزواج غير قائم لعدم صحته فلا مجال للطلاق إذن.

هذا ويجب ألا تكون الزوجة مطلقة قبل الدخول؛ إذ لا يقع طلاق من طُلقت قبل الدخول فلا يقع الطلاق على من تزوجت زواجا صحيحا ثم طلقت قبل الدخول. ولا يلحقها طلاق آخر، لأنّها لم تكن من ذوات العدد لقوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا**"[2].

وألا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثا لأن الزوج هنا استنفذ حقه في الطلاق، أما بالنسبة للحنفية فإن طلاق المرأة في أثناء العدة يلحقها[3]، وذلك لبقاء بعض الأحكام من وجوب النفقة[4]. اضافة الى أن تكون طاهرة من الحيض؛ إذ لا يجوز طلاق المرأة وهي حائض، إضافة إلى أنه يجب أن تكون في طهر لم يقربها هو فيه[5] وقد اختلف الفقهاء ما اذا يقع الطلاق الطلاق أم لا، اذا طلق زوجته وهي حائض أو في طهر جامعها فيه[6].

[1] أبو عبد الله بن اسماعيل البخاري، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل نكاح،،ج.3، المرجع السابق، ص.405.

[2] سورة الأحزاب، الآية 49.

[3] إذا كانت الزوجة معتدة من فسخ بسبب طارئ لا ينقض العقد بل يمنع استمراره كانت محلا للطلاق وذلك في حالتين: التفريق لردة أحد الزوجين أو إباء المرأة المشركة الاسلام، أما إذا كانت معتدة من فسخ هو نقض للعقد فلا تكون محلا للطلاق إلا في حالة الفسخ لفساد العقد، لمزيد من التفاصيل، راجع بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ص.220 – 221.

[4] بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص.221.

[5] محمد أديب قبيسي، فقه الطلاق و توابعه، ج1، ط1، دار الملاك، بيروت لبنان، 2007، ص.101.

[6] محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.63 وما بعدها.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالطلاق:

أ- صيغة الطلاق:

والتعبير عن الطلاق شرعا يكون إما صراحة وإما كناية، فالصريح ما كان واضحا في دلالته على الطلاق وهو واقع به دون البحث عن قصد صاحبه، أما إذا وقع الطلاق كناية فيبحث فيه عن قصد صاحبه فإن أراد الطلاق وقع[1].

والطلاق الصريح ما كان بلفظ الطلاق أو ما يشتق منه، كأنت طالق وطلقتك [2]،وعن ابن قدامة أن: "صريح الطلاق ثلاث ألفاظ الطلاق، السراح، والفراق، وهو مذهب الشافعي، وذهب أبو عبد الله بن حامد أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده، وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبي حنيفة ومالك، إلا أن مالكا يوقع الطلاق بغير نية"، أما الحنابلة فذهبوا لما ذهب له الشافعية[3].

أما طلاق الكناية فهو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره مثل قول الرجل الحقي بأهلك، اذهبي، أخرجي، أنت بائن، أمرك بيدك... ونحوها من الألفاظ التي لا توضع للطلاق إنما يفهم الطلاق منها بالقرينة.

ومن الكناية عند الشافعية والحنفية، أنت علي حرام أو حرّمتك فإن نوى الطلاق حصل، ولفظ أنت على حرام أصبح من الطلاق الصريح في العرف والعادة الجارية وقد حصر المالكية الكناية بالكناية المحتملة مثل الحقي بأهلك واذهبي وابعدي عني وما شابه ذلك، أمّا

[1] إسماعيل البامري، أحكام الأسرة بين الحنفية و الشافعية،ط.1 ،دار الحامد، الأردن، 2009، ص.253.
[2] محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.295 .
[3] أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج.10،ص.355.

الكناية الظاهرة فلها حكم الطلاق الصريح، مثل لفظ التسريح والفراق وأنت بائن وما شابهها[1].

وقد اختلف الفقهاء في حكم طلاق الكناية فقال الحنفية والحنابلة لا يقع الطلاق بالكناية إلا بالنية أو دلالة الحال على إرادة الطلاق، ورأى المالكية والشافعية أن الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية ولا عبرة بدلالة الحال فلا يلزمه الطلاق إلا إذا نواه واشترط الشافعية في نية الكناية اقترناها بكل اللفظ فعندهم الأصح ليس قوله أنت طلاق أو الطلاق، فهذه الألفاظ عندهم ليست بألفاظ صريحة بل هما كنايتان[2].

و بذلك نرى أن المشرع قد أخذ بمبادئ الشريعة الاسلامية والتي جعلت فك العصمة الزوجية بيد الرجل و بإرادته الحرة. وهو ما ذهب اليه القضاء وذلك حسب القرار المؤرخ في 1999/06/15 أنه: " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة "[3].

غير أن سلطة الزوج في ايقاع الطلاق في التشريع ليست مطلقة، بل مقيدة بقيود قضائية تتبع الشروط الشرعية ولعل هذه القيود ترجع إلى محاولة المشرع تكريس حقوق المرأة أمام حرية الزوج في الطلاق وعليه سنحاول معرفة هذه القيود وكذا أثرها على الطلاق بالإرادة المنفردة:

ب- اثبات الطلاق بحكم قضائي:

نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أنه: "... لا يثبت الطلاق إلا بحكم...." يفهم من خلال المادة هو أن طلاق الزوج بإرادته لا يكون نافذا ولا يعتد به إلا بصدور حكم قضائي، وأن أي طلاق عرفي يقع شفهيا ضمن قواعد الفقه الاسلامي لا يحتج به قانونا. ولا حتى في مواجهة الغير. هذا ويفهم كذلك من النص أن الزوج إذا طلق زوجته بحكم قضائي ثم

[1] بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص.222.

[2] أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج.10،ص.358.

[3] المحكمة العليا، غ.أ.ش،1999/06/15، ملف رقم 223019، مجلة الاجتهاد قضائي للمحكمة العليا،2001، عدد خاص، ص.104.

راجعها دون توثيق عقد الزواج الجديد، فإن هذا الزواج لا يعتد به قانونا اتجاه الغير وذلك من حيث ترتيب الآثار القانونية.

إلا أن التساؤل المطروح في هذه الحالة هل أن الحكم القضائي الصادر بالطلاق هو حكم منشئ أو حكم كاشف له؟

فمن جهة يمكن القول أن حكم القاضي هو حكم منشئ وذلك بسبب وجود الصلح، لأن الزوج يرفع الدعوى والقاضي يقوم بمحاولات الصلح وعلى هذا الأساس يصدر حكم بالطلاق ويكون بذلك هذا الحكم منشئ للطلاق.

ومن جهة أخرى، يمكن أن يكون الحكم كاشف، فالزوج قد يكون تلفظ بالطلاق شرعا، ويلجأ إلى القاضي من أجل اثبات هذا الطلاق قضائيا وقانونيا فقط[1]، الأمر الذي أثار نقاشا قانونيا.

وعليه وحسب الأستاذ بن شويخ الرشيد فإن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا وجود له من الناحية العملية وذلك في حالة إذا كان الحكم منشئ للطلاق وهو ما يفهم من خلال المادة 49، إذ لا يثبت الطلاق إلا بحكم[2].

وقد أكد الأستاذ عمر زودة على هذا الرأي قائلا : " .... لا يمكن إنشاء الطلاق إلاّ

بموجب محرر رسمي ... حيث لا يقع الطلاق إلاّ ابتداء من صدور هذا الإعلان من القاضي ... إنّ الطلاق الذي يتلفّظ به الزوج خارج مجلس القضاء لا يقع...." [1].

[1] إنّ حالة تلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة قد تطرح عدة اشكاليات أهمها:

- يمكن أن يتلفظ الزوج بالطلاق وتطول مدة اجراءات الطلاق، و تنجح جلسة الصلح ويراجع الزوج زوجته بعد نهاية العدة الشرعية بلا عقد جديد وذلك قانونيا حسب المادة 50 من قانون الأسرة، وهنا سيكون قد حصل تعارض بين القانون والشريعة الاسلامية.
- قد يؤدي تطبيق المادة 49 و 50 من قانون الأسرة إلى ازدواجية العدة عدة شرعية تبدأ من تاريخ التلفظ بالطلاق وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

[2] بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة ....، المقال السابق، ص.91.

أما الأستاذ تشوار جيلالي فذهب الى أن المشرع عند قوله: "لا يثبت الطلاق الا بحكم" فانه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة. إذ كان من المستحسن على المشرع أن يستعمل كلمة "لا يقع" بدلا من "لا يثبت"[2].

هذا من جهة، ولكن من جهة أخرى، ذهب بعض الفقهاء ومنهم الأستاذ بن داود عبد القادر والأستاذ بلحاج العربي والأستاذ لمطاعي نور الدين الى القول أن أحكام الطلاق هي أحكام كاشفة وليست منشئة[3].

ولكن بالرجوع الى المادة 50 نجدها تنص على أنه:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد "، فمراجعة الزوجة لا يمكن أن تكون الا بعد الطلاق وفي فترة العدة لا غير، وعليه فلو كان الحكم منشئا للطلاق كيف تراجع الزوجة في فترة الصلح وهي لم تطلق بعد لأن الحكم لم يصدر بعد.

هذا وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 أنه :" متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة المسلمين ، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين ، وبالتالي فلا يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا

[1]عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، اينسوكلبيديلا (Encyclopedla) للنشر، بن عكنون ، الجزائر، 2003، ص.33-34.

[2]تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق ....، المقال السابق، ص.75.

[3]أنظر، بن داود عبد القادر، المرجع السابق،ص.114 وما بعدها؛ بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ص.319؛ لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2006، ص.94.

صحيح القانون ."[1] مما يؤكد أن القاضي اعترف بالطلاق اللفظي فحكم الطلاق هنا هو حكم كاشف له وليس منشئ.

هذا فضلا عن قرار قضائي آخر جاء فيه: " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحلّ محلّه في إصداره..." [2] ، اذ أن القاضي لو حلّ محل الزوج في ايقاع الطلاق فإن هذا الطلاق يعتبر طلاقا بطلب من الزوج شأنه شأن الخلع والتطليق وبالتالي ليس فيه لإرادة الزوج أي اعتبار.

وانطلاقا من ذلك فانه للحد من هذا النقاش يجب أن يتم تعديل المواد المتعلقة بهذه المسألة وذلك من أجل التوضيح والتدقيق، اذ من المستحسن أن يتم التفرقة بين حالة تلفظ الزوج بالطلاق من عدمه؛ فيتم النص صراحة على أنه اذا تلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء الى المحكمة فان الطلاق يقع قانونا وشرعا ولا يتم اثباته إلّا عن طريق الحكم القضائي الصادر من المحكمة المختصة، أما اذا لم يتم تلفظ الزوج بالطلاق ولجأ الى المحكمة مباشرة فإنه لا يقع الطلاق الا بصدور هذا الحكم المنشئ ولا يترتب أي أثر من آثار الطلاق الا من تاريخ التصريح بالطلاق من قبل القاضي.

و بذلك نقول أن اثبات الطلاق بحكم صادر من قاضي شؤون الأسرة يعتبر كقيد على إرادة الزوج في الطلاق. اذ أنه ورغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء، وتبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق.

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم 216250، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،المحكمة العليا ،2001، عدد خاص، ص.100.

[2] المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1984/12/03، ملف رقم 35026، المجلة القضائية، 1989، عدد 04، ص. 86.

ج- الصلح كإجراء جوهري لإتمام الطلاق:

اشترط المشرع من خلال المادة 49 اجراء محاولات الصلح من أجل اتمام الطلاق وذلك بقوله: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كتاب الضبط والطرفين ...".

وعليه فالصلح هو اجراء يسعى من خلاله القاضي إلى ايجاد حل ودي بين الزوجين ووضع حد للنزاع القائم بينهما من أجل استمرار الحياة الزوجية، ووجوبية هذا الاجراء واضحة من خلال المادة 49 من قانون الأسرة وبصراحة المادة 439[1] من قانون الاجراءات المدنية والادارية و التي تنص على أن "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية".

إذ أن هذه المادة بيّنت بوضوح وجوبية اجراء الصلح بعدما كانت قرارات المحكمة العليا متناقضة فمرة تعتبره اجراء غير وجوبي وذلك حسب قرار لها بتاريخ 1998/07/21 جاء فيه: "إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الاجراءات الجوهرية وأن لفظ الطلاق أو التطليق تصدر دائما نهائيا"[2]. ومرة تجزم أن اغفاله خرق للقانون وهو ما جاء في قرار بتاريخ 1991/06/18حيث نص: "من المقرر أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في

[1] اجراءات الصلح نصت عليها المواد من 439 إلى 449 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، فبعد تحديد تاريخ الجلسة و تبليغ الأطراف ينادي القاضي على الأطراف في الجلسة ليتأكد من حضورهما فإذا تغيب أحدهم أجل القضية لجلسة أخرى حسب المادة441، أما اذا حصل له مانع فللقاضي منحه أجل آخر، وتنعقد جلسة الصلح بمكتب القاضي بحضوره و حضور أمين الضبط و الأطراف، كل على حدى لتجسيد مبدأ سرية جلسة الصلح فلا يجوز لأي من محامي الأطراف حضورها إلا من سمح له القانون بذلك من أولياء الزوجين، وذلك حسب المادة 440 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1998/07/21، ملف رقم 200198، نشرة القضاة، 1999، عدد 56، ص.40، أنظر، جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية،ج.2، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص.947.

القانون، ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون"[1].

وقد ألزم المشرع القاضي بألا تتجاوز مدة الصلح 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى وذلك حسب المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 442 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، مما يعني عدم اكتفاء القاضي بجلسة صلح واحدة وإنما تتعدى الجلستين[2] وذلك لمالها من أهمية في التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق[3] وكذا التأكد من صحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك واختيار بعيدا عن التعسف أو سوء استعمال حق الطلاق، وذلك استنادا إلى أسباب شرعية وقانونية.

والجدير بالذكر هو أن النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح غير جائزة وذلك حسب قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 2008/01/16 إذ جاء فيه: " لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح"[4]، وذلك لما لحضور الزوجين من أثر في معرفة ارادتهما والتأكد منها.

والأكثر من ذلك فإن المادة 442 من قانون الاجراءات نصت على أنه: " ...غير أنه اذا تخلف أحد الزوجين عن الجلسة المحددة للصلح رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك.."

هذا وقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "يجب على الزوج الطالب فك الرابطة الزوجية، حضور جلسة الصلح شخصيا، تحت طائلة رفض دعواه"[5].

[1] المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1991/06/18، ملف رقم 75141، المجلة القضائية، 1993، عدد 1، ص.65.

[2] بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الاجراءات المدينة والادارية 09/08، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 18، 2007 – 2010، ص.6– 10.

[3] و ذلك حسب المادة 450 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2008/01/16، ملف رقم 417622، مجلة المحكمة العليا،2008، عدد 01، ص. 263.

[5] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 474956، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 02، ص.271.

مما يعني أن محاولات الصلح هو اجراء وجوبي وجوهري أقره المشرع من أجل جعل الطلاق بإرادة الزوج تحت رقابة القاضي.

د- تسبيب الطلاق:

إن الأصل في الطلاق هو الحظر إلا إذا دعت الحاجة إليه، أي أن الطلاق مقيد بأسبابه وحججه، وذلك بما لا يضر ويؤذي الزوجة أو يسيء إلى سمعتها، فليس للزوج أن يوقع الطلاق كيفما شاء، وفي أي وقت أراد[1]، وعليه يعد متعسفا من طلق زوجته دونها سبب معقول، والتعسف هو اساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير، أي استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا أو للإضرار بالغير[2].

وأمام هذا فقد نص قانون الأسرة ضمن المادة 52 على أنه: "إذا تبيّن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[3].وعليه فإن المشرع الجزائري قد قيّد الزوج بتسبيب الطلاق وفي حالة عدم تقديم سبب للطلاق أو كان السبب تافها، فإنه جعل للقاضي السلطة التقديرية المطلقة في الحكم على الزوج بالتعويض اذا طلبته الزوجة[4].

ومن أمثلة التعسف في الطلاق، الزوج الذي يطلق زوجته خلال مرضه مرض الموت قصد حرمانها من الميراث، أو بسبب مرضها وذلك قصد التهرب من رعايتها، وبصفة عامة يعتبر الزوج متعسفا كلما توافرت نية الإضرار، ويعتبر عدم تبرير الطلاق قرينة على التعسف.

---

[1] العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة خروبة، الجزائر، 2002، ص.147.

[2] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.556.

[3] عدلت بموجب الأمر 05 – 02 المؤرخ في 2005/02/27، وحررت في ظل قانون 1884 كما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج. ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها."

[4] حيث سنتعرض إلى عنصر التعويض بالتفصيل عند التطرق إلى آثار الطلاق المالية، وذلك خلال المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه المذكرة.

من خلال تبيان القيود الواردة على الطلاق، يستنتج أن المشرع الجزائري رغم اقراره بجعل العصمة الزوجية للرجل وتمكينه من الطلاق بإرادته المنفردة آخذا بذلك بمبادئ الشريعة الاسلامية، إلا أنه أخضع هذا الطلاق لرقابة القاضي المطلقة. فحتى لو تلفظ الزوج بالطلاق فإنه لا يعتد به إلا بعد استصدار حكم قضائي يقضي بذلك، ولا يكون حكم القاضي إلا بعد اجرائه لعدة محاولات صلح قصد التوفيق بين الزوجين والتأكد من إرادتهما، ولو وجد أن الزوج لا يملك السبب للطلاق أو كان سببه تافها فإنه يكون بذلك متعسفا في طلاقه ويستوجب تعويض الزوجة لجبر الضرر.

وحسب الأستاذ تشوار جيلالي فإن تدخل الدولة-القضاء- له أهمية فهو يهدف إلى اقامة مساواة بين الجنسين، لكون مبدأ المساواة هنا يجب أن يكون عنصرا فعالا في انسجام العلاقات الاجتماعية، مادام أنه يضع حدا للتعسّف.[1]

وأمام هذا يمكن القول أن المعنى الحقيقي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يوجد في قانون الأسرة محاولة من المشرع تكريس المساواة بين الجنسين حسب اتفاقية سيداو، وبذلك فهل أن المشرع يواصل ذلك حتى بالنسبة للطلاق الذي يتم بطلب من الزوجة؟

المطلب الثاني

حل الزواج بطلب من الزوجة

لقد خوّل المشرع الجزائري للمرأة كذلك إنهاء الزواج و ذلك بصورتين، فإمّا التقدم للقاضي بطلب التطليق بناء على سبب من الأسباب التي عددتها المادة 53 من قانون الأسرة (الفرع الأول) وإما بمخالعة نفسها وذلك مقابل عوض مالي (الفرع الثاني).

[1]Djilali TCHOUAR, Réflexions ...,op.cit, p.206.

والسؤال المطروح في هذه الحالة هل أن المشرع بإعطائه للزوجة حق الطلاق عن طريق التطليق والخلع، مقابل طلاق الزوج بالإرادة المنفردة، قد ساوى بينها وبين الرجل في الطلاق؟

الفرع الأول

التطليق

يقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء وذلك بناء على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون[1].فهو طلاق بناء على إرادة الزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له، طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف[2].

وقد نصت المادة 53[3] من قانون الأسرة على حق المرأة في التطليق أمام القضاء وذلك بتعدادها للأسباب التي تخول لها ذلك الحق منها : عدم الانفاق عليها بعد صدور حكم بذلك، وجود عيب بالزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج؛ هجره لها في المضجع؛ الحكم عليه عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، هذا فضلا عن غيبته أكثر من سنة بدون عذر ولا نفقة؛ ومخالفته لأحكام المادة 8 المتعلقة بالتعدد، اضافة الى ارتكابه فاحشة مبينة، وكذلك

[1] عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2003-2004، ص.08.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.273.

[3] عدلت بموجب القانون 05 – 02 و حرّرت في ظل القانون 11/84 كما يلي: "يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية:

1. عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 – 79 – 80، من هذا القانون .
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجة .
5. الغيبة بعد مضي سنة بدون غدر و لا نفقة.
6. كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه .
7. ارتكاب فاحشة مبينة.

وجود الشقاق المستمر بينها وبين الزوج ومخالفته للشروط المتفق عليها في عقد الزواج؛ وأخيرا كل ضرر معتبر شرعا.

بقراءة المادة 53 المعدلة ومقارنتها بالنص القديم نجد أن المشرع قد وسّع من دائرة الأسباب التي تخوّل المرأة طلب التطليق، فبعدما كانت سبعة أسباب أصبحت عشرة. والغاية من ذلك هو محاولة المشرع التوفيق بين الطلاق بإرادة الزوج والطلاق بإرادة الزوجة، وذلك عملا بالمساواة في الطلاق حسب اتفاقية سيداو، وهو ما أكده التقرير الجامع للتقريرين الدورين 3 و4 المقدم من الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه ".... بموجب أحكام القانون الجديد تم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية، و لاسيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب انتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج أي عقد مبرم لاحقا..."[1].

وأمام هذا ولمعرفة مدى توسّع المشرع في أسباب[2]التطليق فإنّه لابد من التّطرق إلى الأسباب السابقة باختصار (أولا)، وكذا تسليط الضوء والوقوف عند الأسباب المضافة ضمن التعديل الأخير (ثانيا).

أولا: أسباب التطليق حسب القانون 11/84:

سنتعرّض إلى أسباب التطليق حسب ما ورد في النص الأصلي لقانون الأسرة وأول هذه الأسباب هو التطليق لعدم الانفاق، وكما هو معلوم فإن النفقة[3] واجبة على الزوج شرعا وقانونا بالدخول، وفي حالة امتناعه عن القيام بذلك فإنه يجوز للزوجة أن تطالب بالتفريق لعدم

[1] انظر التقرير الدوري الجامع للتقريرين 3 و 4 المقدم من الجزائر، المرجع السابق، ص 19.

[2] والجدير بالذكر هو أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد حصروا أسباب التطليق في حالات معينة وهي عدم الانفاق، الضرر المعتبر شرعا وغيبة الزوج أو حبسه والعيوب التناسلية، وقد اتجهت الشريعة الاسلامية إلى التضييق حفاظا على استقرار الحياة الزوجية، أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.347 – 348.

[3] النفقة هي إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته و سمي المال الذي يصرفه الانسان على غيره نفقة كما في ذلك من هلاك المال، انظر، بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.276.

الانفاق، إلا أن التطليق لعدم الانفاق مقيد بشروط حسب المادة 53 من قانون الأسرة وهي كما يلي:

رفع دعوى من الزوجة ضد الزوج لاستصدار حكم يأمره بالنفقة، وامتناع الزوج عن تنفيذ الحكم بعد اخطاره وهذا الامتناع يكون عمدا وقصدا، واستنادا لذلك يجوز للمرأة طلب التطليق[1]، الأمر الذي أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/05/02 والذي قضى أنه: "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الاهمال وعدم الانفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، وأن امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك"[2].

إلا أن ما يعاب على المشرع أنه لم يبين المدّة التي يجب أن تنتظرها الزوجة بعد صدور حكم ضد الزوج بعدم الانفاق، فهل لها رفع دعوى حال صدور الحكم أم انتظار مدة معينة؟[3]

وفي هذا الاطار صدر قرار للمجلس الأعلى يقضي بما يلي: " من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الاسلامية أن عدم الانفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها.."[4]ورغم هذا فان القرار كذلك غير واضح لأنه لم يبين هل المدة تحسب قبل صدور الحكم بالإنفاق أو بعده.

هذا ويجب ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره فلا يطلقها القاضي للعسر، أما إذا كان موسرا وادّعى العجز فالأمر يختلف ويجب على المحكمة النظر فيه[5]؛اضافة الى ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت زواجها، فإن كانت عالمة بمصدر دخله المحدود ورفعت دعواها

---

[1] بلحاج العربي، المرجع ، السابق ص 276.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش،1995/05/02،ملف رقم 118475، نشرة القضاة، 1996، عدد 49، ص.241.

[3] أنظر، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم القاضي مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق، تلمسان، 2010، عدد 10،ص.125-126.

[4] المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1984/11/19، ملف رقم 34791، المجلة القضائية،1989، عدد 03، ص.76، مقتبس عن، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة...، المرجع السابق، ص.126.

[5] بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ص 276.

رفض القاضي الدعوى لعدم التأسيس القانوني لأن النص القانوني يقول: "ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج" ويقع عبء الاثبات على الزوج[1].

هذا ويجب أن يكون الإنفاق الذي طلبت التطليق بسببه هو الإنفاق على مثلها، فلا يجوز طلب التطليق لعدم الإنفاق إذا طلبت طلبات تفوق قدرة الزوج وتعجزه عملا بالمواد 78 – 79 – 80 من قانون الأسرة[2].

وعليه فالتطليق لعدم الانفاق حق للزوجة وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار بتاريخ 26-01-1987 و الذي ينص على أنه: "من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالة عدم الانفاق.... وأن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لعدم الانفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا"[3].

والملاحظ في هذا الاطار كذلك أن المشرع لم يبين هل يمكن للزوجة التطليق لعدم الانفاق في حالة وجد اتفاق بين الزوجين على أن تشارك الزوجة في تحمل الأعباء المالية للأسرة. هذا فضلا على عدم وجود حكم في هذه الحالة يخص المرأة العاملة.[4]

كما يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للعيوب والمقصود بالعيب نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مستقرة[5]. فالعيوب هي تلك العلل الجنسية أو الأمراض الجسدية[6] التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية ومن التمتع بالحياة الزوجية.

---

[1] اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود و مسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003، ص.54.

[2] اليزيد عيسات، المرجع نفسه، ص.54.

[3] المجلس الأعلى ،غ.ق.خ، 1987/01/26، ملف رقم 44457، المجلة القضائية،1991، عدد 04، ص.8.

[4] أنظر، تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص التشريعية والتطور الاجتماعي، مجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنلوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران،2007، ب.ع، ص.77-78.

[5] طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.113.

[6] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.28.

وحسب الفقه الاسلامي هناك أثنى عشرة عيبا وهي عيب العذيطة والجنون والجذام والبرص حيث يشترك فيها الزوجان، وأما عيب بخر الفرج و الإفضاء والعفل والقرن والرتق[1] فتخص الزوجة ، وأما ما خص به الرجل فعيب الجب والخصاء والعنة [2]، وزاد بعض المالكية الإعتراض[3].[4]

ولكي يعتبر العيب سببا للتطليق يجب أن يحتوي جملة من الشروط إذ يجبأن يكون العيب في الزوج وليس الزوجة، لأن الزوج خول له القانون الطلاق بالإرادة المنفردة بدون حتى ذكر السبب؛ وأن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والهدف هو إحصان الزوجين والنسل، وقد ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية في معرفة هل العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج من عدمه.

هذا وعلى القاضي أن يتأكد من وجود ما تدعيه الزوجة، وذلك بالاستعانة بالخبرة والأطباء والاختصاصيين وبأي وسيلة أخرى كالإقرار. وفي الواقع العملي فإن القضاء يمنح الزوج أجل سنة من أجل العلاج وذلك ما أكده قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1984/11/19 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر في الفقه الاسلامي و على ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة الزوجة يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة إلى جانب بعلها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن

العذيطة هي خروج الغائط عند الجماع ؛ بخر الفرج نتانته؛ الافضاء: اختلاط مسلك البول و الذكر ؛ العفل: رغوه تحدث في الفرج عند الجماع؛ القرن: شئ يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة؛ و الرتق : انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع؛ ،والجذام (داء معروف بتجذّم الأصابع و تقطعها)، البرص (وهو بياض يقع في الجسد). هذا دون نسيان عيب الجنون.

[1] والسفه و العته وهي أمراض عقلية.

[2] الخصاء (وهو مقطوع الخصيتين) الجب (وهو استئصال الذكر والخصيتان)، العنة (من لا يريد النساء ولا يشتهيهم).

[3] والاعتراض هو عدم انتشار الذكر.

[4] أنظر، عبد الرحمن البرقوقي، أوضح المسالك شرح أسهل المسالك، ط. 4، دار الفكر ، بيروت ، د. س.ن، ص. 142.

حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الاسلامية"[1].

ولكن المشرع بمنحه هذا السبب للزوجة من أجل التطليق، لم يبين ما اذا كانت عالمة بالعيب قبل الزواج من عدمه هذا من جهة[2]، ومن جهة أخرى، قد تقع الزوجة في مسألة عيوب الارادة وهي التدليس في حالة ما اذا كان الزوج عالما بالعيب الذي يصيبه قبل الزواج وأخفى عنها ذلك فما هو الحل في هذه الحالة؟

هذا ونجد كذلك مسألة عقم الزوج كعيب يصيب الزوج فهل للزوجة التطليق استنادا لهذا العيب؟ بالرجوع الى القضاء نجد قرار للمحكمة العليا والذي يقضي بما يلي: "المعاشرة بين الزوجين في –قضية الحال– كانت طويلة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة الى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الانجاب، وعليه إن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما"[3].

إلى جانب التطليق للعيوب منحت المادة 53 للزوجة حق التطليق بسبب هجر الزوج لها في المضجع والمقصود بالهجر في المضجع في هذه الحالة هو الامتناع عن قربان الزوجة عمدا، وذلك بترك فراش الزوجية دون سبب شرعي ولمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الاضرار بها[4].والهجر في المضجع نوعين الأول يكون بغرض التأديب، وهو حق من حقوق الرجل، أما الثاني فهو بغرض الايلاء وهو الهجر المصحوب بالقسم أي قسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن[5].

---

[1] المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1984/11/19 ملف رقم 43784، المجلة القضائية ، 1989، عدد 3، ص 73.

[2] تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق...، المقال السابق، ص.82.

[3] المحكمة العليا، غ.أ.ش،1999/02/16،ملف رقم 213571، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص.119.

[4] عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص.18.

[5] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص.197.

وقد نصّ المشرع في المادة 53 فقرة 03 بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع فوق 4 أشهر، وعليه يشترط في الهجر في المضجع شروط ليكون سببا قانونيا للتطليق وهي: أن يهجر الزوج لزوجته في المبيت معها في فراش الزوجية والاعراض عنها وعدم قربانها أو ترك فراش الزوجية والنوم في فراش آخر أو غرفة أخرى ولا يعتبرها زوجة له؛ وأن يكون الهجر متعمّدا، أما إذا كان بسبب مرض للزوج أو وجوده في خدمة عسكرية أو غيرها من المبررات فلا يجوز لها طلب التطليق، إضافة إلى شرط توافر نية الإضرار بالزوجة وليس نية الإصلاح والتأديب لأن ذلك حق للزوج بموجب أحكام الشريعة الاسلامية؛ وأن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر[1] ولكن ما يعاب على المشرع أنه لم يبين اذا ما يجب أن تكون هذه المدة متتالية أم متفرقة [2].

وعلى ذلك من أجل التطليق للهجر لابد من توافر هذه الشروط اضافة الى أنه على الزوجة أن تثبت الواقعة الماديّة، وهي حدوث الهجر فعلا لمدّة أربعة أشهر على الأقل، وكذا تضرّرها من جراء ذلك، هذا ويمكن القول كذلك أن المشرع لم يحدد الطريقة التي يكون بها الهجر بل اكتفى بالواقعة الماديّة، وهي الهجر فوق أربعة أشهر، دون الاهتمام بما إذا كان قد صدر حلف من الزوج أو لم يصدر.

كما للزوجة طلب التطليق للحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية وذلك حسب النص الأصلي والذي كان يجيز للمرأة طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة شائنة مقيدة لحريته لمدّة أكثر من سنة وفيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة، وعليه لا يقبل طلب الزوجة التطليق إلا إذا حكم على الزوج بعقوبة، ولمدة أكثر من السنة، إلّا أن قانون الأسرة الجديد، عدّل هذه الفقرة وجعل للمرأة طلب التطليق لمجرّد إدانة المحكمة الزوج

[1] أنظر، نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2006، ص.106.

[2] تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق...، المقال السابق، ص.87.

بالحبس ولو حتى مع وقف التنفيذ وذلك ينصّها على أنه: "يجوز للزوجة طلب التطليق للحكم على الزّوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"[1].

وعليه فشروط التطليق لهذا السبب حسب التعديل هي كالآتي: صدور حكم نهائي وبات قد استنفذ جميع طرق الطعن العادية وغير العادية ويدين الزوج[2] وعلى الزوجة اثبات ذلك من خلال تقديم نسخة من هذا الحكم النهائي أمام المحكمة لطلب التطليق[3]؛ هذا ويجب أن تجعل هذه الجريمة مواصلة العشرة واستمراريتها أمرا مستحيلا إذ يتحول الحب بين الزوجين إلى كراهية وتصبح الحياة لا تطاق.

الا أن المشرع لم يشترط أن تكون هذه العقوبة مقيدة للحرية أو عقوبة موقوفة التنفيذ، أو غرامة وإنما استعمل المشرع عبارة "جريمة فيها مساس بشرف الأسرة"، أي تعلق الفعل بأعمال شائنة منافية للأخلاق وبذلك هو لم يحدد ما هي الجرائم التي يمكن أن تمس بشرف الاسرة وتجعل الحياة مستحيلة، وبالرجوع الى قانون العقوبات نجد مجموعة من الجرائم يمكن أن تدخل في مفهوم كونها ماسة بشرف الأسرة، إذ يستحيل معها مواصلة العشرة منها جريمة الشذوذ الجنسي؛ وجريمة الزنا؛ وجريمة زنا المحارم؛ وكل جريمة فيها هتك عرض قاصر أو تحريضه على الفسق، أي كل المواد التي تدخل ضمن القسم السادس المعنون بانتهاك الآداب، من المادة 333 الى المادة341 مكرر1 من قانون العقوبات.[4]

كما للزوجة الحق في التطليق لغياب الزوج حيث نصت المادة 53 فقرة 5: "يجوز طلب التطليق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، و عليه يشترط في غيبة الزوج

[1] الفقرة 4 من المادة 53 المعدلة بموجب القانون 05 – 02.

[2] أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة ليسانس حقوق، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010 غير منشورة.

[3] أنظر، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص.219.

[4] الأمر رقم 156/06 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات ،ج.ر عدد 49 ،المؤرخة في.1966/06/11، المعدل والمتمم.

لتكون سبب للتطليق الشروط التالية: أن يتغيّب الزوج غيبة طويلة تفوق السنة، وتحسب هذه المدة على أساس السنة الميلادية[1] ولكن لم يبين المشرع متى يبدأ حساب هذه المدة علما أن الغيبة واقعة مادية وعليه يمكن أن يبدأ الحساب من أول يوم لغياب الزوج الى يوم رفع الدعوى المهم أن تفوق المدة السنة.

أن تكون الغيبة دون عذر شرعي وعقلي مقبول إذ يكون متعمدا الإضرار بالزوجة وايذاءها لأن التطليق لهذا السبب مرتبط بالضرر الذي يصيب الزوجة من جراء الغيبة بدون عذر، أما اذا كان ذلك لعذر شرعي ومنطقي كعمل الزوج أو الدراسة أو أداء الخدمة الوطنية[2].

اضافة الى أن المشرع ربط غياب الزوج بشرط ألا يترك لزوجته مالا تنفقه على نفسها أو أولادها الناتجين عن زواجهما، فلو ترك لها مالا للإنفاق لا يجوز لها طلب التطليق. فلما هذا الربط هل للمرأة الاستغناء عن الزوج بوجود المال؟[3] خاصة اذا كانت موسرة ولها مال مما لا يجعلها تحتاج لمال الزوج.

لقد أجاز المشرع للزوجة التطليق لارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، إلا أنه لمن يبين عمّا إذا أخذ بالمعنى الضيق للفاحشة المبينة أو الواسع، إذ من الصّعب إعطاء تعريف للفاحشة، إلا أنه يمكن معرفة مدلولها اللغوي الشائع وكذا مدلولها في القرآن الكريم من الآيات التي تصور الفاحشة منها قوله تعالى: "**وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا** "[4].وكذلك قوله تعالى: "**لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**"[5].

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.298.

[2] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.298.

[3] تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة..، المرجع السابق ، ص.127.

[4] سورة الاسراء، الآية 32.

[5] سورة الطلاق، الآية 01.

وعليه فإن المعنى الضّيق للفاحشة ينحصر في ارتكاب الزنا أما المعنى الواسع فهو كل فاحشة كالرّدة الشّرك بالله، الاعتداء على قاصر، عقوق الوالدين إلى غير ذلك، وفي هذه الحالة فإن تحديد الفعل إذا كان فاحشة مبينة يرجع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي، الأمر الذي قد يجعل الأحكام القضائية مختلفة بين القضاة فقاضي يعتبر حالة معينة فاحشة، أما قاض آخر فلا يعتبرها كذلك[1].

هذا ويمكن القول كذلك أن المشرع لم يبين وسائل الاثبات في هذه الحالة خاصة اذا كانت هذه الفاحشة جريمة الزنا والتي يجب لإثباتها أربع شهود مما يصعب على الزوجة مسألة الاثبات.

هذا وقد نصت المادة 53 فقرة 10 على أنّه: "يجوز للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا"، وقد عرف الأستاذ وهبة الزحيلي الضرر على أنه: "ايذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل كالشّتم المقذع والتقبيح المخل بالكرامة والضّرب المبرح والحمل على فعل ما حرّم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه ونحوه"[2].

وبالرّجوع لقانون الأسرة فإنه لم يعرّف الضرر[3] بل وصفه فقط بأن يكون معتبر شرعا وعليه نجد أن هذا النص هو من بين أكثر النصوص مرونة وخدمة لمصلحة المرأة حيث أن المشرع لم يحصر الضرر الموجب للتفريق، إذا كان مادي أو معنوي، ولم يحدد درجة الضرر، من حيث الشدة والخفة، وكذلك من حيث وقوع الضرر مرة واحدة أو بشكل متكرر، فكل ذلك يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي[4].

---

[1] عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص 22.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي ....، المرجع السابق، ص.527.

[3] و تجدر الاشارة إلى أن المحكمة العليا قد عرّفت الضرر في احدى قراراتها أنه "إساءة الزوج لزوجته" وذلك حسب قرار صادر بتاريخ 1984/12/17، قضية رقم 34767، المجلة القضائية، 1990، عدد 01، ص.79.

[4] أنظر، دليلة براف، التطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، 23 فيفري 2009، ب.ع، ص.214.

ولتطليق الزوجة على أساس الضرر يستوجب توافر الشروط التالية: أن يكون الضرر محققا أي محقق الوقوع بمعنى أن يكون حالا أو وقع فعلا أي ألا يكون احتماليا أو افتراضيا[1]؛ وأن يكون هذا الضرر ناتجا عن فعل الزّوج وليس الغير، أي أن يكون شخصيا، فلا يعتبر الضرر الواقع على الزوجة من أسرة الزوج ضررا موجبا للتفريق إلّا في حالة إذا كان الزوج هو المحرض للغير على زوجته[2].

إضافة الى أن يكون الضرر مما لا يستطيع معه دوام العشرة الزوجية[3]، وفي هذا الاطار نجد الاجتهادات القضائية، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1985/02/25 جاء فيه: " من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الاسلامية، أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا اذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه. والقضاء بما يخالف هذا المبدأ الشرعي، يستوجب النقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها".[4]

وقضت المحكمة العليا كذلك في قرار لها بتاريخ 1996/01/16 على أنه: "ان ادانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الاسرة، ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب"[5].مما يعني أن كل ما يسبب ضررا سواء كان فعلا أو قولا فهو موجب للتطليق.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع كان ينص في المادة 53 قبل تعديلها على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق للضرر المعتبر شرعا لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادة

---

[1] أنظر، فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة بن عكنون الجزائر، 2001، ص.20.

[2] تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة ليسانس، المرجع السابق.

[3] فريحاوي كمال، المرجع السابق، ص.21.

[4] المجلس الأعلى، غ.ق.خ،1985/02/25، ملف رقم 35891، المجلة القضائية ، 1989، عدد 1، ص.80.

[5] المحكمة العليا، غ.أ.ش،1996/01/16،ملف رقم 127948، نشرة القضاة، 1999 عدد 54، ص.100، جمال سايس، المرجع السابق، ص.928.

8 و37 أعلاه إلا أن في النص الجديد لم يذكر ذلك، ولعل السبب هو أنه جعل مخالفة المادة 37 يدخل ضمن مخالفة الشروط المتفق عليها، أما مخالفة المادة 08 فقد جعلها سببا مستقلا بذاته من أجل طلب الزوجة للتطليق وهو ما سنعالجه من خلال ما يلي:

ثانيا: أسباب التطليق المضافة بموجب الأمر 05 – 02:

إنّ ما أضافته المادة 53 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05 – 02 يتمثل تحديدا في الفقرات 6 و8 و9، إذ يتطلب الوقوف عندها من أجل معرفة مدى توافق ذلك مع المساواة بين الزوجين في الطلاق:

1/ التطليق لمخالفة المادة 8 من قانون الأسرة:

لقد نصّت المادة 53 فقرة 06 على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة، إذ أنّها أجازت للزوج التّعدد ولكن وفق قيود، فأوجبته على إخبار الزوجة السابقة واللّاحقة، و طلب ترخيص من رئيس المحكمة، إضافة إلى المادة 8 مكرر و التي أجازت للزوجة طلب التطليق للتدليس، و أمام هذا نقول أنه يحق للزوجة طلب التطليق على أساس مخالفة المادة 8 في حالة ما إذا كانت غير راضية على التعدد، أو في حالة ما إذا كان التعدد بناء على تدليس، أي إذا لم يستوف الشروط المنصوص عليها قانونا وأخيرا في حالة عدم توفير الزوج للعدل نحوها.

وفي هذا الاطار نجد قرار قضائي والذي يقضي بالمساواة والعدل بين الزوجات والا للزوجة المتضررة طلب التطليق، إذ جاء فيه ما يلي : "حيث أن الزوج لم يقم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجين طبقا للشريعة، وأن بناء على ذلك قضى الحكم المعاد ....بالتطليق بين

الزوجين وبنفقة للزوجة واولادها واسناد حضانتهم اليها...مما يستوجب نقض القرار اذ الحكم سليم"[1].

هذا وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2006/07/12 ما يلي: "عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق"[2].

والملاحظ هنا هو أن المشرع اعتبر الضرر الناتج عن تعدد الزوجات ضررا يمنح الزوجة حق التطليق الى جانب التطليق للضرر المعتبر شرعا وذلك عندما جعل هذا السبب مستقلا بذاته وفصله عن التطليق للضرر بصفة عامة؛ وكذلك بتأكيده على حق التطليق مرتين الأولى من خلال هذه الفقرة-أي الفقرة 06 من المادة53-، والثانية من خلال المادة8مكرر.

وهو الأمر الذي يؤكد سياسة المشرع التشريعية نحو تقييد التعدد ومنح المرأة كل التسهيلات من أجل التطليق. وعليه فإن اضافة مخالفة نص المادة 8 كسبب مستقل جاء نتيجة لما تعانيه المرأة من ظلم التّعدد وهو ما أثبتته الحقائق الاجتماعية، إذ أن الاذن القضائي بالتّعدد لم يكف لصيانة حقوق المرأة بل هو احدى الوسائل المؤدية إلى الحماية[3].

2/ التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

استحدث المشرع سببا جديدا للطلاق ضمن الفقرة 8 وهو الشقاق المستمر بين الزوجين، والمقصود بالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة[4]، فالشقاق هو سوء العشرة بين الزوجين واستمرار التنافر بينهما سواء بسبب من الزوج أو من الزوجة أو كليهما، مما يلحق الضرر. والجدير بالذكر هو أن المشرع استنبط هذا السبب من قرارات المحكمة العليا، إذ

[1] المجلس الأعلى، غ.ق.خ،1986/05/05، ملف رقم 41445، غير منشور، مقتبس عن، اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص.200.
[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش،2006/07/12، ملف رقم 356997، مجلة المحكمة العليا، 2006 عدد 02، ص.441.
[3] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة ...، المرجع السابق، ص.73.
[4] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي...، المرجع السابق، ص.527.

جاء في قرار لها بتاريخ 1996/09/24، بأنه: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون"[1].

وبالرجوع إلى المادة 53 فقرة 08، فإن المشرع لم يبين كيفية اثبات الشقاق وكذا اثبات استمراره، والمتسبب فيه، أما بالنسبة إلى القضاء فإنّه لا يعتد بالشقاق الذي يكون ضمن سير الاجراءات القضائية بل الشقاق في الحياة الزوجية وهو ما يؤكده المبدأ القضائي الذي يقضي أنه: "يثبت الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين. ولا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح، لثبوت الشقاق المستمر والاعتماد عليه في التطليق"[2].

وعليه فإن تقدير ذلك يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي مع وجوب اجراء الصلح وإذا اشتد الخصام بين الزوجين يعين القاضي حكمين[3] من أهل الزوجين بغية التوفيق والاصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما[4]، وذلك حسب ما جاءت به المادة 56 من قانون الأسرة بقولها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية،1997 ،عدد 02، ص.66، مقتبس، عن تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة...، المقال السابق، ص.72.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2011/07/14، ملف رقم 624622، 2012، عدد 02، ص.227.

[3] الهدف الأساسي من تعيين الحكمين هو اصلاح العلاقات الزوجية التي أصابتها النزاع والشقاق وارجاعها في حالة الوفاق والوئام فيكون من واجب الحكمين بذل جهدهما في الاصلاح بين الزوجين والجمع بينهما.

[4] وقد نصت المادة 446 من قانون الاجراءات على أنه: " اذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"، ونصت كذلك المادة 447 على أن: "يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من اشكالات أثناء تنفيذ المهمة". هذا وقد نصت المادة 448 والمادة 449 من نفس القانون على أنه: " اذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القاضي القضية الى الجلسة وتستمر الخصومة."

حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

غير أن المشرع الجزائري جعل الحق للمرأة في طلب التطليق عند الشقاق المستمر بينها وبين زوجها، الأمر الذي قد تكون المرأة سببا في استفحاله واستمراره، وعليه فمن غير المنطقي أن يكون الشقاق بفعل الزوجة ويمنحها القضاء الحق في التطليق وكذا التعويض اذا ثبت الضرر.

هذا ويمكن القول أن التطليق إنما يكون بسبب الضرر الناشئ عن الشقاق أو سوء العشرة، وعليه كان بالإمكان الاستغناء عن هذه الفقرة وادراجها ضمن التطليق للضرر، إلا أن المشرع قصد ذلك بغرض توسيع دائرة التطليق للزوجة مقابل الطلاق بإرادة الزوج.

3/ التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

وهو ما نصّت عليه الفقرة التاسعة من المادة 53 إذ للزوجة طلب التطليق لمخالفة الزّوج للشروط المتفق عليها سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، و ذلك حسب المادة 19 من قانون الأسرة.

وعليه فإذا تم الاتفاق بين الزوجين على جملة من الشروط وفقا للمادة 19، 32 و35 كما سبق وأن شرحنا[1] فعلى الزوج الالتزام بهذه الشروط، وفي حالة امتناعه عن ذلك فإنه يجوز للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق على أساس امتناع الزوج عن الاستجابة لشروطها وعلى ذلك يمكن الاستجابة لطلبها بتوافر الشروط التالية:

أن يكون الشرط محل اتفاق بين الطرفين، فإذا اشترطته الزوجة ورفضه الزوج فليس لها طلب التطليق لهذا السبب؛ وأن يكون الشرط مكتوب في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق وهو ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة.

[1] راجع ص.39 وما بعدها من هذا البحث.

من خلال تعرضنا إلى الأسباب التي أضافها المشرع نجد أنها أكثر ليونة من سابقتها وذلك واضح من تسهيل المشرع من مهمة الزوجة في تأسيس طلبها واعطائها فرصا أخرى تجعل من رخصتها الجوازية ترتقي شيئا فشيئا إلى مرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق وعليه فإن ذلك هو ارتقاء تدريجي إلى تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في الطلاق المنصوص عليه في اتفاقية سيداو، و من ثم فهل أن المشرع يواصل تسهيله لمهمة الزوجة في الطلاق من خلال حقها في الخلع؟

الفرع الثاني

الخلع

في إطار تعديل قانون الأسرة أعاد المشرع الجزائري صياغة المادة 54[1] منه والتي نص فيها على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم". وبقراءة النص نجد أن المشرع قد جعل الخلع متوقفا على طلب المرأة، دون أي اعتبار لإرادة الزوج، وبذلك يكون المشرع قد ارتقى بحق الزوجة في الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل.

ولمعرفة مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بالخلع فإنه لابد من معرفة مفهوم الخلع أولا وكذا موقف الفقه الاسلامي منه ثانيا ثم دراسة الخلع كحق أصيل في قانون الأسرة بعد التعديل الأخير ثالثا.

[1] عدلت بموجب الأمر 05 – 02 و حرّرت في ظل القانون 84 – 11 كما يلي:
"يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

أولا: مفهوم الخلع وحكمه الشرعي:

الخلع لغة هو خلع الشيء يخلعه خلعه أو اختلعه كنزعه وخلع النعل والثوب والرداء يخلع خلعا، جرّده عن نفسه، وخلع امرأته خلعا (بضم الخاء) و خلاعا فاختلعه، أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له فهي خالع والاسم الخلعة[1]. وسمي هذا الفراق بين الزوجين خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرّجال والرّجال لباسا لهن وذلك في قوله تعالى: "**أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ** "[2] .

فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك، فقد بانت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه والاسم من كل ذلك الخلع.

أما اصطلاحا فللخلع عدة تعاريف نورد البعض منها:

* عند الحنفية: هو أخذ مال من المرأة لطلاقها بلفظ الخلع أو ما في معناه[3].

* عند المالكية: هو الطلاق بعوض أي بذل المرأة العوض على طلاقها[4].

* عند الشافعية: هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض[5].

* عند الحنابلة: الخلع فراق الزوج امرأته بعوض بألفاظ مخصوصة[6].

فالخلع هو فراق الزوج زوجته في نظير عوض[7]، أو هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة و العيش مع زوجها[1].

---

[1] جمال الدين ابن منظور، ج.9، المرجع السابق، ص.429.

[2] سورة البقرة، الآية 187.

[3] محمود بن أحمد العيني، ج.5، المرجع السابق، ص.291.

[4] محمد بن رشد القرطبي ،ج.2، المرجع السابق، ص.66.

[5] محمد الشربيني،ج.3، المرجع السابق، ص.347.

[6] أنظر، موفق الدين أبي محمد، شمس الدين أبي الفرج، علاء الدين أبي الحسين، المقنع والشرح الكبير والانصاف، ج.22، ط.1، هجر للطباعة، القاهرة،1999، ص.05.

[7] طاهري حسين، المرجع السابق، ص.131.

وحسب الأستاذ بلحاج العربي فإن "الخلع هو دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، والخلع يقتضي افتداء الزوجة لنفسها بردّ مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية"[2].

والخلع مشروع بالكتاب والسّنة ففي الكتاب قوله تعالى: "**وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** " [3].

وفي السّنة ورد حديث نبوي يشير إلى تطبيق الخلع في عهد الرسول صلّى الله عليه وسلم وهو ما روي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت: "**يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الاسلام**" فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**أتردين عليه حديقته؟**" فقالت: "**نعم**"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**اقبل الحديقة و طلّقها**"[4].

وبالرجوع الى الفقه الاسلامي نجد أن الفقهاء اختلفوا في شروط الخلع وجوازه فذهب ابن سيرين الى القول أن الخلع لا يكون الا مع مشاهدة الفاحشة أي ارتكاب الزوجة للزنا[5]، أما الظاهرية فذهبوا الى أن الخلع لا يكون الا في حالة كراهية الزوجة لزوجها وتضررها والخوف

---

[1] أنظر، محمد علي محجوب، الأسرة وأحكامها في الشريعة الاسلامية دار الحرية، القاهرة ، 1983، ص.429، مقتبس عن بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص.208.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.263.

[3] سورة البقرة، الآية 229.

[4] عبد الله بن اسماعيل البخاري، ،كتاب الطلاق، باب الخلع و كيفية الطلاق فيه، المرجع السابق، حديث رقم 4972،ص.406.

[5] القرطبي، المرجع السابق، ج.6، ص.157.

من عدم اقامة حدود الله[1]. إلا أن الأئمة الأربعة –الشافعية، المالكية، الحنفية، والحنابلة– ذهبوا إلى جواز الخلع في حال وقوع الشقاق بين الزوجين أو حالة الكراهية أي كراهية المرأة لزوجها لعيوب[2] وكذلك يجوز الخلع بتراضي الزوجين واشترط المالكية أن يكون الخلع اختيارا من المرأة وحبّا منها في فراق الزوج دون اكراه أو ضرر منه، فإن لم يوجد أحد الشرطين ينفذ الطلاق ولا ينفذ الخلع[3].

وللخلع أركان خمسة عند الجمهور غير الحنفية وهي القابل وهو الملتزم بالعوض والموجب وهو الزوج أو وليه أو وكيله والعوض وهو الشيء المخالع به، والمعوّض وهو العصمة والصّيغة مثل خالعتك[4]، وقد اعتبرت الحنفية الايجاب والقبول ركن في الخلع لأنه عقد على الطلاق بعوض، فلا يستحق العوض بدون قبول[5]، واستنادا إلى ما سبق فإن الخلع عقد بين الزوجين، فهو لا يقع إلا بالتراضي بينهما إذ ينعقد بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، وعليه فلابد من رضا الزوج في الخلع.

ثانيا: الخلع حق أصيل للزوجة بموجب التعديل الجديد:

لقد سبق لنا وأن أشرنا أن المشرّع قد عدّل من المادة 54 من قانون الأسرة[6] وجعل الخلع حقا أصيلا للزوجة تمارسه بعيدا عن إرادة الزوج، فالخلع قبل التعديل كان يعتريه الغموض وذلك بسبب استعمال عبارة: "**أن تخالع نفسها من زوجها**"، والتي دفعت جانب من الفقه الجزائري إلى القول بأن الخلع يتم بموافقة الزوج ورضاه وأن إرادة الزوجة غير كافية لإيقاع الطلاق.

---

[1] بن حزم، ج.10، المرجع السابق، ص.236.

[2] أبو محمد بن قدامة ،ج.10،المرجع السابق، ص.267؛محمد بن رشد القرطبي، ج.2، المرجع السابق، ص.66؛ محمد الشربيني، ج.3، المرجع السابق، ص.347.

[3] أنظر، الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، ج4، ط1، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2002، ص.6.

[4] الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص.14 – 21.

[5] محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص.293-294.

[6] ارجع في ذلك إلى ص. 101 وما بعدها من هذا البحث.

وهو ما ذهب إليه الأستاذ بلحاج العربي بقوله: "فالخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطّرف لا يتم إلا بالإيجاب والقبول"[1].

الا أنه نجد الأستاذة حميدو زكية ذهبت الى عكس ذلك في تفسيرها للمادة 54 قائلة: " أن المادة 54 من قانون الأسرة قد اكتفت بالاشتراط على أن تكون الموافقة بين الزوجين على المال(بدل الخلع)ولم تشترطه في الطلاق ذاته، بل اكتفت بالقول أيضا بأنه" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها" "[2].

وعليه فهذا الغموض في النص القانوني أدى كذلك إلى تضارب القرارات القضائية فقد كانت القرارات تقضي في بداية الأمر بأنه لا يجوز الخلع الا بموافقة الزوج ومن ذلك قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/11/21 والذي جاء فيه: "ومن المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولم يكن لها سبب فيه وأظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون احالة"[3].

إلا أنه استقرت القرارات القضائية على أن الخلع يتم دون إرادة الزوج، وذلك يتجلى من خلال قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21، والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .... وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية

[1] بلحاج العربي، الوجيز...،المرجع السابق، ص. 263.

[2] تشوار حميدو زكية، الدور الايجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، م.ج.ع.ق.إ.س، 2003، عدد 02، ص. 13.

[3] المجلس الأعلى، غ.ق.خ ، 1988/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، 1990، عدد 03، ص.120.

الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

اضافة إلى قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16، والذي اعترف بالخلع للزوجة دون موافقة الزوج[2].

وعليه فبعد استقرار القضاء على أن الخلع يتم بإرادة الزوجة وحدها دون حاجة لموافقة الزوج فإن المشرع جاء وأكّد ذلك من خلال تعديله لنص المادة 54. والملاحظ أن المشرع أصبح يوجب القاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق تحت تسمية الخلع بمجرد طلبه دون أي اعتبار لإرادة الزوج. وتبعا لذلك فإن هذا النص لم يهمل فقط إرادة الزوج في مسألة الموافقة على الخلع وإنما غيّبها وأهملها كذلك في مسألة مقابل الخلع[3]، حيث نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "... **إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.**" وما تجدر الاشارة اليه في هذا الاطار أنه لا يجوز أن تكون الحضانة هي المقابل في الخلع؛ لأن الحضانة ليست حقا مستقلا للحاضنة بل هو حق مقرر أيضا للأولاد، هذا اضافة الى أن النص صريح بقوله "المقابل المالي" مما يؤكد أن المقابل يكون ماليا والحضانة من المسائل الشخصية.

وتقول في هذا الصدد الأستاذة حميدو زكية: "أن كلمة" مال "الواردة في المادة المذكورة تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا. ومن ثم، كل ما

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/07/21، ملف رقم 83603، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص.134.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216239، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص.138.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع سابق، ص.130.

لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل خلع"[1]. وعليه فان الحضانة لا يمكن بحكم القانون أن تكون كمقابل للخلع.

وفي سياق تحليل المادة 54 نجد أن المشرع لم يأت بأي قيود أو شروط تتعلق بحق اللجوء إلى الخلع. سواء شروط في الزوجة أو الزوج أو غيرها وبذلك فإن المشرع كان أكثر ليونة فيما يخص الخلع الأمر الذي جعل المسألة أكثر سهولة للمرأة مقارنة بالنص القديم.

وأمام هذا نقول أن المشرع بنصّه على ذلك قد ارتقى بحق الزوجة في الخلع من الرخصة الجوازية إلى الحق الأصيل الذي يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لأنه ليس للزوج الوقوف ضد الزوجة مع تقدير مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين بشأنه.

وبذلك فإن الخلع هو طلاق بيد الزوجة مقابل العصمة الزوجية الممنوحة للزوج وهو ما أقرته صراحة المحكمة العليا في احدى قراراتها والذي جاء مبدؤه بما يلي: "**الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج**"[2].

وسبب جعل الخلع دون موافقة الزوج حقا للزوجة مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو محاولة ضبط النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق بما يتماشى ومبدأ المساواة المنصوص عليه ضمن اتفاقية سيداو، وهو ما أكدته ردود الجزائر على الملاحظات التي أبدتها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حول محدودية مبررات الطلاق للمرأة[3]، حيث جاء في هذه الردود ما يلي:

---

[1] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية..، المرجع السابق، ص.483 .

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/09/15، ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص.318.

[3] حيث جاء في هذه الملاحظات ما يلي: "تلاحظ اللجنة بقلق الاستمرار في تطبيق الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة للدولة الطرف (الجزائر)، بتكريسه مركزا قانونيا منقوصا للمرأة في عدّة مجالات منها: "... محدودية مبررات الطلاق ... " هذا من جهة ومن جهة أخرى أوصت اللجنة في توصيتها رقم 47 بإلغاء القيود الواردة على حق المرأة في الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أنظر، الملاحظات الختامية للجنة المعينة بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الوثيقة CEDAW/C/DZA/Q4 ، الدورة رقم 51، 13 فبراير إلى 02 مارس 2012، ص.16.

"فبالنسبة لفسخ عقد الزواج بطلب من الزوجة تنص المادة 54 على أنه يجوز للزوجة **دون موافقة الزوج** أن تخلع نفسها بمقابل مالي لا يتجاوز قيمة صداق المثل"[1].

وهو ما ذهبت اليه الأستاذة تشوار زكية عند تفسيرها للمادة 54 قائلة: " هذه الفلسفة التشريعية في وضع الأحكام تدفع بالمشرع الي تقرير نوعا ما التساوي بين الرجل والمرأة في الطلاق، بحيث اذا سمح للزوج أن يطلق قضائيا زوجته بالإرادة المنفردة، فإنه بالمقابل اعترف للزوجة أن تطلق خلعا دون اشتراط موافقة الزوج. وفي نظرنا، فما هذا الا رضوخا الى الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وعلى رأسها اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة..." [2].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه من أجل تكريس حقوق المرأة ومساواتها بالرجل في الطلاق، فإن قانون الأسرة جعل الأحكام الصادرة في قضايا الطلاق بأنواعه غير قابلة للاستئناف وذلك حسب المادة 57 منه. والحكمة من النص على ذلك شرحها التقرير الدوري المقدم للجنة والذي جاء فيه: "...ولتجنب ممارسات الماضي المتمثلة في مناورات المماطلة التي يقوم بها الزوج الأول لمنع الزوجة المطلقة من التّزوج ثانية فإن قرارات المحاكم الابتدائية بإيقاع الطلاق لا تقبل الطعن، ولا يقبل استئناف تلك الأحكام أمام محاكم الدرجة الثانية إلا فيما يتعلق بالجوانب المالية وبمجرد أن تصدر احدى المحاكم قرار الطلاق، يتولى كاتبها تدوينه في سجلات الحالة المدنية[3].

[1] أنظر، ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولنا أثناء النّظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع الوثيقة (CEDAW/C/DZA3-4)، الدورة 51 من 13 فبراير إل 2 مارس 2012، ص. 31.

[2] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة..، المرجع السابق، ص.80 .

[3] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين 3 و 4 المقدّم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص.19.

وأخيرا نقول أن تأثر التشريع الاسري باتفاقية سيداو كان جليا من خلال أن المشرع جاء بمجموعة من التعديلات لضمان حقوق المرأة ومساواتها بالرجل في الطلاق، فماذا بشأن آثار الطلاق؟

المبحث الثاني

أثر اتفاقية سيداو على الأحكام المتعلقة بآثار الفرقة بين الزوجين

يقصد بآثار الفرقة الزوجية هي تلك النتائج المترتبة عن الطلاق بأنواعه وصوره، إذ تترتب عن انتهاء العلاقة الزوجية آثار تتعلق بكلا الزوجين وكذا أطفالهما إن وجدوا.

وكما رأينا في الطلاق، فإن الفقرة الأولى من المادة 16 من اتفاقية سيداو تعطي للزوجين نفس الحق عند فسخ عقد الزواج، وذلك فيما يتعلق بالفسخ وكذا آثاره. ولمعرفة مدى مطابقة النصوص المتعلقة بآثار الطلاق في قانون الأسرة للمادة 16 من الاتفاقية نقسم هذه الآثار إلى قسمين: آثار معنوية تتعلق بحضانة الأولاد، وكذا الولاية عليهم (المطلب الأول)، وآثار مادية تتصل بحق المرأة في السكن مع محضونها وكذا حق الزوجين في التعويض عن الطلاق(المطلب الثاني).

المطلب الأول

المساواة في الآثار غير المالية للطلاق

من أهم الآثار المعنوية للطلاق نجد الحضانة والولاية على الأطفال، وهي حقوق لهم وكذا واجبات على الأبوين، إذ أن الصغير في حاجة شديدة إلى رعايته في سنّ الضعف والطفولة، والى الولاية عليه في النفس والمال لاحتياجه لمن يرعى شؤونه في التربية والتعليم وحفظ المال وكذا استثماره.

وعليه لدراسة ذلك على ضوء المساواة الواردة في اتفاقية سيداو رأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث سنعالج في الأول منهما مسألة الحضانة أما في الثاني فسنتعرض للولاية على الصغير كأثر للطلاق.

الفرع الأول

الحضانة

نصت المادة 16 من اتفاقية سيداو فقرة01 حرف "و" على أنه:" تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة...نفس الحقوق والواجبات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة"[1]. كما نصت المادة 18 من اتفاقية حقوق الطفل[2] على أنه: "تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه. وتقع علي عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي".

ما يفهم من هذه المواد هو أن حضانة الطفل مسؤولية مشتركة لكل من الزوجين فيما يتعلق برعايته والولاية عليه ولهما نفس الحق فيها سواء كان ذلك في ظل الزوجية أو بعد فسخها وإنهاء العلاقة مع بقاء مصالح الأطفال فوق كل اعتبار.

[1] وفي تفسير اللجنة لهذه المادة قالت: "أن الحقوق والمسؤوليات المشتركة المنصوص عليها في الاتفاقية يجب أن تدعم قانونا في اطار الوصاية والحضانة والتبني. ويجب أن تضمن الدول الأطراف في قوانينها أن كلا الوالدين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية ومعيشتهما مع أولادهما، يشتركان في حقوق ومسؤوليات متساوية فيما يخص أولادهما".

[2] الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة25/44 المؤرخ في 20نوفمبر1989، وتاريخ بدء نفاذها 2 سبتمبر1990، انضمت الجزائر إليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في1992/12/19، ج.ر 92 المؤرخة في1992/12/23.

وبالرجوع لقانون الأسرة تناول المشرع أحكام الحضانة في مواده من 62 إلى 72 بموجب الأمر 05 – 02، وقد أخضع بعض هذه المواد إلى التعديل، إلّا أنه ما يهمّنا هنا هي التعديلات التي طرأت على مسألة الحضانة وجاءت خدمة لحقوق المرأة بالموازاة مع الرجل، إذ أن ما يميّز هذه التعديلات هو جعل الأب أولى بحضانة الولد بعد الأم وفقا للمادة 64، مع التأكيد على حق المرأة العاملة في الحضانة حسب المادة 67، إلا أنه، للوقوف عند هذه المسائل فإنه لابد أوّلا من معرفة الأحكام العامة للحضانة.

أولا: أحكام الحضانة:

فالحضانة لغة مأخوذة من الحضن وهو ما دون الابط وحضن الشيء جانبه، وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، و كذلك المرأة إذا ضمت ولدها[1].

أما اصطلاحا فهي تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عمّا يؤدّيه لعدم تمييزه، كطفل أو كبير مجنون وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها[2].أما قانون الأسرة فقد عرّفها في المادة 62 بأنّها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

وبقراءة المادة نجد أن المشرع قد ركّز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها مع تحديده لنطاقها و غايتها الأساسية. هذا عن تعريف الحضانة أما حكمها فهي واجبة وذلك لأن المحضون يهلك بتركها، لذا وجب حفظه من الهلاك، كما يجب الانفاق عليه وحفظه من كل أذى قد يصيبه[3].

[1] جمال الدين بن منظور، ج.1، المرجع السابق، ص.661.
[2] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي...، المرجع السابق، ص.717.
[3] الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص.288.

أما بالنسبة لمدة الحضانة فقد نصّت المادة 65 من قانون الأسرة على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سنّ الزواج، وللقاضي أن يمدّد الحضانة بالنّسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أُمّا لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

إذ يفهم من النص أن حضانة الطفل تبدأ منذ الولادة مع اختلاف وقت انتهائها بين الذكر والأنثى، وامكانية تمديدها بالنسبة للذكر إلى غاية بلوغه 16 سنة، هذااضافة الى أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره ، وهذاما من شأنه استبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.

ولممارسة الحضانة يجب أن تتوفر في الحاضن (سواء كان ذكر أو أنثى) عدة شروط، وبالرجوع إلى المادة 62 فقرة 2 نجد أن التشريع قد حصر هذه الشروط في قوله: "...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

والجدير بالذكر أن كلمة أهلا هنا لا تنحصر في البلوغ والعقل كشرط للحضانة بل تتعدى ذلك لغيرها، وهوما يرجع فيه إلى المادة 222 من قانون الأسرة[1]وعليه يشترط في الحاضن العقل والبلوغ إذ لا يستطيع المجنون وكذا غير البالغ القيام بشؤون نفسه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره[2].

اضافة الى القدرة على القيام بشأن المحضون فلا حضانة لعاجز عن القيام بشؤون المحضون كالأعمى، الأصم، الأخرس، المريض وكذا كبير السّن غير القادر على الحركة وذلك

[1] حيث تنص المادة 222 على أنّه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية."

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي ...، المرجع السابق، ص.225.

لأن غير القادر لا تتحقق رعاية الطفل بحضانته[1]؛هذا ويجب أن يكون المكان الذي يسكنه الحاضن آمنا ليس فيه ضرر على الطفل؛ الى جانب الأمانة على الأخلاق فلا حضانة لفاسق، وغير أمين على تربية الولد، كشارب الخمر، ومشتهر الزنا، واللهو والحرام.

أما اسلام الحاضن فهو شرط عند الشافعية[2] والحنابلة[3]، فلا حضانة لكافر على مسلم، ولم يشترط المالكية والحنفية اسلام الحاضن[4]. واختلفوا في الاسلام بين إذا كان الرجل حاضن أو المرأة، ورأى المالكية أنه لا يشترط اسلام الحاضن الذكر، ورأى الحنفية اسلام الحاضن الذكر واتحاد الدين بخلاف الحاضنة الأنثى.

أما اذا كان الحاضن امرأة فيجب أن تتوفر فيها جملة من الشروط أهمها أن تكون قريبة للطفل وذات رحم محرم منه كالأم، الأخت، الخالة، العمة؛ وألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم عنه فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه، فلا يسقط حقها في الحضانة؛ وألّا تقيم به في بيت يبغضه، وإن كان قريبا له فسكنها به هناك يعرّضه للأذى والقسوة وسوء المعاملة[5].

هذا بالنسبة للمرأة أما اذا كان الحاضن رجلا فيجب فيه كذلك شروطا لممارسة الحضانة وهي أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى؛ وأن يكون عند هذا الحاضن سواء كان أبا أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة، أو الأم، خالة أو عمة، حيث أن الرجال ليس لهم قدرة و صبر على أحوال الأطفال كما للنّساء فإن لم يكن للرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة وهو شرط عند المالكية[6].

---

[1] أنظر، سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة ج.ع.ق.إ.س،2004، عدد 01، ص.142.

[2] أنظر، أبي الحسين العمراني الشافعي، البيان في مذهب الشافعي، ج.11، دار المنهاج للطباعة والنشر، د.ب.ن، د.س.ن، ص.275.

[3] أنظر، محمد ناصر الدين الألباني، التعليقات الرضية على الروضة الندية، ج.2، ط.1، دار بن القيم، الرياض، 2003، ص.341.

[4] السيد سابق، ج.2، المرجع السابق، ص. 221.

[5] سامية بن قوية، المقال السابق، ص.143.

[6] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي...، المرجع السابق، ص.730.

ثانيا: الأب أولى بحضانة أولاده بعد الأم :

نصت المادة 64 من قانون الأسرة على أنه: **"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك"**[1].

نلاحظ من خلال النص أن المشرّع قد انتقل بالأب من المرتبة الرابعة إلى المرتبة الثانية في ترتيب الحواضن، وبذلك فإنه خرج عن النص القديم وعما ذهب إليه الجمهور وذلك أن ترتيب الحواضن حسب الجمهور يجعل الإناث أسبق من الذكور[2]، وذلك لأنّهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها، حيث يكون النّساء أشد ملازمة للأطفال.

وحسب النص القديم فإن الأم هي الأحق بحضانة الولد بعد الفرقة وذلك بالإجماع[3] نظرا لحنينها وشفقتها على ابنها، إلا إذا كانت فاجرة، ودليل تقديم الأم من السنة ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت له: **"يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و ثديي له سقاء، و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني** "فقال: **"أنت أحق به ما لم تنكحي"**[4].

وبعد الأم تأتي أم الأم في المرتبة الثانيّة، ذلك لأن الجدة أشد رأفة وشفقة على ابن ابنتها، وبعدها تأتي الخالة سواء كانت أخت شقيقة، أو أخت لأب أو أخت لأم، وتأتي مرتبتها بعد أم الأم مباشرة.

---

[1] عدّلت المادة 64 بموجب الأمر 05 – 02 وحررت في ظل القانون 11/84 كما يلي: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[2] عبد الرحمن البرقوقي، المرجع السابق، ص.170؛ أبو محمد بن قدامة، ج.11، المرجع السابق، ص.120 وما بعدها؛ محمود بن أحمد العيني،ج.5، المرجع السابق، ص.171 وما بعدها.

[3] أبو محمد بن قدامة، ج.11، المرجع السابق، ص.413.

[4] رواه أحمد وأبو داوود وصحّحه الحاكم، أنظر، عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين، ط.1، دار الفتح الفتح للطباعة، بيروت، 1978، ص.364.

وعليه إن لم يكن للطّفل أحد من جهة الأم تأتي جهة الأب، فالأب ثم تأتي بعده الجدة أم الأب ثم الأقربون درجة وإن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل بالنسبة للإمامين مالك وأبو حنيفة[1].

وبالرجوع لكل ما سبق نجد أن المشرع بنصه الجديد خرج عن كلّ هذا الترتيب بجعله الأب في المرتبة الثانية بعد الأم، وغرضه من ذلك الموازاة بين الأب والأم في الحضانة مع إعطاء الأولوية للأم، إلّا أنّ الهدف الأساسي من ذلك هو حماية مصلحة المحضون، وهو ما يفهم من خلال منحه للقاضي السلطة التقديرية في مراعاة منح الحضانة بما يتوافق ومصلحة المحضون، مما يعني أن ترتيب الحواضن متوقف على مصلحة الطفل في جميع الأحوال، إذ أنّه يمكن أن تمنح الحضانة للخالة التي طلبتها وهي في المرتبة الخامسة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون.

أي أن هذا الترتيب الوارد في المادة 64 يمكن الاستغناء عنه في حال كان ذلك في مصلحة المحضون وذلك حسب القرار القضائي المؤرخ في 2011/03/10 على أنه : "يراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، وأنه يخضع تقدير مصلحة المحضون – هنا – للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع " [2].

فحسب القضاء فإنه اذا كانت مصلحة المحضون مع الأب منحت له، من ذلك قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1997/02/18، و الذي جاء فيه: "من المستقر عليه أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع اعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن"[3].

[1] عبد الرحمن البرقوقي، المرجع السابق، ص.170؛ أحمد العيني، ج.5، المرجع السابق، ص. 171وما بعدها.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش ، 2011/03/10 ، ملف رقم. 613469 ، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص.285.

[3] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/02/18، ملف رقم 135640، المجلة القضائية،1997، عدد 01، ص.39.

هذا وفي اطار مصلحة المحضون ليس للحاضن سلطة على محضونه وليس له التصرف في هذه الحضانة ولا التنازل عنها ولا التمسك بها، وذلك حسب القضاء. وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/04/21 بأنه:" من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ، ومتى تبين – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة."[1].

أما بالنسبة لاتفاق الزوجين حول حضانة الأطفال في حالة الطلاق بالتراضي، فإن قانون الأسرة لم يورد نص بذلك، ولكن بالرجوع الى القضاء جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 30 ديسمبر 1985 ما يلي: "حيث أنه يتبين من مراجعة القرار المطعون فيه ودراسة أوراق ملف الدعوى أن الطلاق الذي وقع من الطرفين بمقتضى الحكم الصادر بينهما بتاريخ 21نوفمبر 1976 كان باتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة ابنها عبد الكريم الذي أسندت حضانته إلى أبيه وصرف حضانة البنت دليلة إلى أمها على نفقة أبيها. وحيث أن هذا العقد القضائي يعد بمثابة التزام أبرم بين الزوجين يجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه...وحيث أن قضاة الاستئناف لما ألغوا الحكم المحال فيما يتعلق بالحضانة وأسسوا قرارهم على تعديل الاتفاق القضائي ورغم تنازل الأم عن الحضانة وترك ابنها لأبيه قد تجاهلوا المبدأ القانوني العقد شريعة المتعاقدين وأسّسوا بأسباب خاطئة القاعدة الفقهية في الحضانة على أن يراعى في الحكم مصلحة المحضون عارضين بذلك قرارهم للنقض"[2].

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش ، 1997/09/30 ،ملف رقم. 171684 ، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، 2001، عدد خاص، ص.169.

[2] المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1985/12/30 ،ملف رقم 37789 ، غير منشور، مقتبس عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ...، المرجع السابق، ص.488.

يفهم من خلال هذا القرار أن المجلس ذهب الى إلزامية الأخذ بالاتفاق المبرم بين الزوجين فلا يجوز المساس به. إلا أنه، بالرجوع الى قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد نجد أنه ينص في المادة 431 منه على أنه: " ...ينظر القاضي مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه، اذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام".

من خلال ما سبق يمكن القول أن مسألة الحضانة يمكن أن تكون محل اتفاق الزوجين في حالة الطلاق بالتراضي، إلا أن هذا الاتفاق يبقى متوقفا على مصلحة الأطفال فإن كان في مصلحتهم يؤخذ به، أما اذا كان العكس فللقاضي الغاء الاتفاق أو تعديله.

والحقيقة، فإن التعديل الذي جاء به قانون الأسرة يطابق ما جاءت به اتفاقية سيداو والتي طالبت بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحضانة مع ترجيح مصلحة الطفل في كل الحالات وذلك بنصّها في المادة 16 فقرة "د" على أنه: "...تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة .... نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة بغض النظر إلى حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالها، وفي جميع الأحوال تكون **مصالح الأطفال هي الراجحة**...". هذا فضلا عن الفقرة "و" سالفة الذكر.

وعليه، فإن قانون الأسرة جعل الأب في المرتبة الثانية مباشرة بعد الأم لغرضين: أولهما هو تكريس مبدأ المساواة مع اعطاء الأولوية للأم، الا أن هذه الأولوية ليست أولوية تمييز ضد الأب، ذلك أن أولوية الأم بسبب طبيعة مسؤوليتها الخاصة، وما لها من حنان وعطف وصبر أقدر من الأب على تربية الطفل.

أما ثانيهما فهو الحرص على مصلحة المحضون، إذ أن مصلحة هذا الأخير تكمن في نشأته بين أحد والديه باعتبارهما الأولى بتربيته ورعايته.

وما يؤكد ذلك هو ما جاء في التقرير الدوري للجزائر والذي نصّ على أنه: "...يستجيب التعديل المدخل على مجلة الأسرة إلى **مبدأ الحرص على الطّفل** وهكذا فإن **الأب يأتي في المرتبة الثانية...**"[1].

وأمام هذا نقول أن اعطاء التشريع للأب حق الحضانة بعد الأم جاء خدمة لمصلحة الطفل فهل أن تأكيده كذلك على حق الحاضنة في العمل هو خدمة لمصلحة الطفل؟

ثالثا: عدم سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة:

نصّت الفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة على أنه: "...ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكّل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون[2]".

وبذلك فإن المشرع قد أكد بصراحة ووضوح أن عمل المرأة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب[3]سقوط الحضانة عنها، إلا أنه ربط ذلك بمصلحة المحضون.

اذ يمكن القول أن المشرع قد جاء بهذا النص لسببين: الأول هو التأكيد على حق المرأة في العمل سواء بسبب الزواج أو الأمومة والحضانة، آخذا بذلك بنصوص اتفاقية سيداو والتي

[1] انظر، التقرير الجامع للتقريرين الدوريين 3 و4 المقدم من الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص 20.

[2] عدلت بموجب الأمر 05 – 02 وحررت في ظل القانون 84 – 11 كما يلي: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه".

[3] علما أن أسباب سقوط الحضانة عن المرأة: هي الزواج بغير قريب محرم اضافة إلى تنازلها عنها و هو ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

إضافة إلى أن الحضانة تسقط بسبب اختلال الشروط الواجب توافرها في الحاضن والتي سبق وأن درسناها، و كذا اختلال الشروط الواردة في المادة 62 و ذلك حسب المادة 67 فقرة أولى.

هذا فضلا على أن الحضانة يمكن أن تسقط بسبب السفر بالمحضون لبلد أجنبي، سواء إذا كان الحاضن الأم أو الأب أو أحد أقربائهما، وهو ما يرجع فيه للسلطة التقديرية للقاضي.

نادت بحق المرأة في العمل مساواة مع الرجل وذلك حسب المادة11[1] التي ألزمت الدول باتخاذ جميع التدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل، إضافة إلى اقرارها في الفقرة الثانية بمبدأ أساسي بشأن التدابير الواجب اتخاذها من قبل الدول لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة[2].

وعليه حسب المادة11 من الاتفاقية وكذا المادة 67 من قانون الأسرة، فإن الأمومة وممارسة الحضانة لا تمنع المرأة من العمل وهو ما أقره كذلك التقرير الدوري للجزائر بقوله: "...وأخيرا فإن ممارسة الأم لعمل لم يعد يسمح بإسقاط حقّها في الحضانة..."[3].

أما ثاني سبب لهذا النص هو مصلحة المحضون، لأنه بالرغم من أن المادة جاءت رغبة في تكريس حق المرأة في العمل ومساواتها بالرجل، إلّا أنه تبقى مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، وهو ما عبّر عنه المشرع بقوله: "...**غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون**".[4]

وتقدير مصلحة الطفل في هذه الحالة يرجع إلى القاضي المختص، فإن رأى هذا الأخير أن خروج المرأة للعمل، وكذا طبيعة عملها لا يضر بمصلحة المحضون، فإنه يقضي لها بالحضانة، أما إن رأى العكس فإنه ينتزع منها حقها في حضانة الطفل.

وحسب الأستاذة تشوار زكية فإنه:" على القاضي النّظر إلى نوع الوظيفة التي تمارسها المرأة من حيث إذا كانت تشغلها عن المحضون كلّ الوقت، ومن حيث مساهمة هذه الوظيفة في

[1] حيث نصت في فقرتها الأولى أنه :" تتخذ الدول الأطراف جميع ما يقتضي الحال اتخاذه من تدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها ، على أساس تساوي الرجل والمرأة ، نفس الحقوق ولا سيما الحق في العمل بوصفه حقا غير قابل للتصرف لكل البشر..."

[2] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008، ص.477.

[3] أنظر التقرير الدوري الجامع للتقريرين 3 و4 المقدم من الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص.20.

[4] أنظر المادة 67 من قانون الأسرة.

تحقيق مصلحة الطفل كأن تكون مدرّسة فتساعده في الدراسة والتعلّم، أو تكون طبيبة فتعرف ما يضره وما ينفعه، فمادامت الوظيفة مشروعة والحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقتا طويلا، إلى حد فقدانه الحنان والرعاية مع القدرة على التوفيق بين العمل والحضانة فإن حق المرأة فيها لا يسقط"[1].

وانطلاقا ممّا سبق نقول أن المواد المتعلقة بالحضانة تطابق ما جاء في اتفاقية سيداو فيما يتعلق بترجيح مصلحة الطفل وكذا المساواة بين الجنسين في الحق في الحضانة، فهل أن هذه المساواة تمتد كذلك فيما يتعلق بالولاية على الأطفال بعد الطلاق؟

الفرع الثاني

الــولايــة

إنّ الولاية هي تدبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية، والقاصر هومن لم يستكمل أهلية الأداء سواء كان مميزا أو فاقدا للتمييز[2].والولاية نوعان ولاية على النفس وولاية على المال.

فالولاية على المال: هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرّفات كالبيع، الايجار، الرهن وغيرها. أما الولاية على النفس فهي الاشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ و تأديب و تزويج.[3]

وصلاحيات ولي النفس هي التهذيب، ورعاية الصحة والنمو والتعليم، وكذا الاشراف على الزواج، إذ أن عمل الولي على النفس هو تتيم تربية الطفل التي ابتدأت بالحضانة[4].

[1] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص.499.
[2] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي...، المرجع السابق، ص.746.
[3] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي...، المرجع نفسه ص.746.
[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.459.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، فإنه نص على موضوع الولاية في المواد من 87 إلى 91 حيث نصت المادة 87 على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد **وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد**".

وعليه فحسب النص فإن الأب هو الولي على أولاده القصر أثناء الزواج مع منح المشرع للزوجة حق الولاية في حالة غياب الأب وقد سبق لنا شرح ذلك[1].

وما يهمنا في هذا النص هو ما جاء به المشرع في الفقرة الثانية حيث أنه فصل في موضوع الولاية على الأطفال بعد الطلاق وكان نصه واضحا وصريحا والذي منح من خلاله الولاية لمن أسندت له الحضانة.

وكما سبق وأن رأينا فإن الحضانة يمكن أن تكون للأب أو الأم أو أحد أقربائهما، وأن قانون الأسرة قد جعل الأم أولى بحضانة أطفالها، وبعدها يأتي الأب، وما تجدر الاشارة إليه أن الولاية أعم من الحضانة حيث أن للولي سلطات واسعة خاصة فيما يتعلق بالولاية على النفس والتي تجيز له أن يتولى عقد زواج القاصر.

وبالرجوع إلى نص المادة 87 المعدل، لم يحدد المشرع ما إذا كانت الولاية التي تمنح للحاضن هي ولاية على المال أم ولاية على النفس أم كليهما. فإذا كانت ولاية على المال فقط، فإنه لا إشكال يطرح، أما إذا كانت ولاية على النفس أو بنوعيها، فهذا يطرح اشكالا، لأنه بمنح المشرع للمرأة الولاية على القاصر يكون قد خرق أحكام الشريعة الاسلامية المتعلقة بالولاية، فكيف تتولى المرأة زواج محضونها؟

[1] ارجع في ذلك إلى ص.55 من هذا البحث.

حيث أنه يشترط في الولاية شرعا الذكورة، إذ أنه لا تثبت ولاية الزواج للأنثى، لأن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها فعلى غيرها أولى[1].والأكثر من ذلك فإنه قانونا وشرعا يمكن للرجل التزوّج بالكتابية فإنه يمكن اسناد الحضانة لها، ومن ثمّ تصبح ولي على طفل مسلم يعلو عليها بإسلامه[2]. فالإسلام شرط سواء في الولاية بصفة عامة أو ولاية الزواج[3].وذلك لقوله تعالى: " **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا.** "[4].

والجدير بالذكر أن القضاء كذلك يكرّس العمل بالمادة 87 من قانون الأسرة ويمنح الحق للمرأة الولاية على محضونها، حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14 مايلي: "إن قضاة الاستئناف وعندما قضوا بإسناد حضانة الطفل "ع" لأمه (الطاعنة) دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[5].

وأمام هذا يمكن القول أن المشرع بنصّه على منح الولاية لمن تسند له الحضانة بعد الطلاق قد ساير ما جاءت به اتفاقية سيداو في مادتها 16 فقرة "د" سالفة الذكر، حيث أنه جعل المرأة والرجل في نفس المركز فيما يتعلق بالولاية. فسياسة المشرع في التقدم نحو المساواة بين الجنسين واضحة، وهو ما يؤكده التقرير الدوري الذي جاء فيه: "سجل تقدم ملحوظ في مجال الوصاية إذ أصبح للأم الآن: ...الحق في حالة الطلاق في الوصاية على أطفالها الذين أسندت حضانتهم لها"[6].

---

[1] و ذلك حسب جمهور الفقهاء غير الحنفية، أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي...، المرجع السابق، ص.196.

[2] تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة ليسانس، المرجع السابق.

[3] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.461.

[4] سورة النساء، الآية 141.

[5] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 476515، المجلة القضائية، 2009، عدد 01، أنظر باديس ديابي، المرجع السابق، ص.82.

[6] التقرير الدوري المقدم من الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص.20.

وانطلاقا مما رأينا في الفرع الأول والثاني نقول أن المشرع قد تراجع نوعا ما عن التحفظ الوارد على المادة 16 من اتفاقية سيداو وذلك بإدراج المساواة بين الرجل والمرأة وحماية حقوق المرأة وترجيح مصلحة الطفل، هذا من جهة، إلا أنه من جهة أخرى قد أقرّ بالعدة[1] للمطلقة كأثر من آثار الطلاق، إذ على المرأة أن تعتد بعد الطلاق من زوجها وهو ما نصّت عليه المادة 58 من قانون الأسرة بقولها: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"[2].

واستنادا لذلك، فإن قانون الأسرة أخذ بالشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالعدة، وخالف ما جاءت به اتفاقية سيداو والتي تنادي بالمساواة بين الجنسين وإلغاء العدة للمرأة، ومن ثمّ إذا أخذ المشرع بالمساواة في العدة، فإنه عليه إما إلغاء العدة بالنسبة للمرأة. وإما يجعل الرجل يعتد هو كذلك، وبهذا يخالف أحكام الشريعة الاسلامية، الأمر الذي يفسر تمسك الجزائر بالتحفظات الواردة على المادة 16 من الاتفاقية. هذا بالنسبة لآثار الطلاق غير المالية فماذا بشأن الآثار المالية؟

المطلب الثاني

المساواة في الآثار المالية للطلاق

إلى جانب الآثار المعنوية للطلاق نجد آثار مالية تتعلق بالحقوق المادية للزوجة بعد طلاقها إذ أنه إذا أسندت الحضانة للأم فإنه لابد من مسكن من أجل ممارسة حضانتها على أولادها (الفرع الأول)، هذا فضلا عن التعويض الذي يقدم لها جرّاء الضرر الذي سيصيبها من

[1] العدة هي أجل يضرب لانقضاء ما بقي من آثار الزواج يلزم عند انتهاء الزواج، أنظر، بدران، أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.296.

[2] مع العلم أن المشرع قد نصّ على أن المرأة المتوفى عنها زوجها تعتد كذلك لمدة 04 أشهر و 10 أيام، بالإضافة إلى نصه في المادة 60: "عدة الحامل وضع حملها وأقضى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق او الوفاة"، مع الزام المرأة عدم الخروج من بيت الزوجية مادامت في العدة و ذلك حسب المادة 61.

الطلاق (الفرع الثاني).وعليه سندرس ذلك بالتفصيل في ضوء ما جاءت به اتفاقية سيداو بشأن حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل.

الفرع الأول

حق المطلقة في المسكن

نصّت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه: "**في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن**".

إذ يتّضح من النص أن المشرع قد كفل للحاضنة المطلقة الحق في السكن، فأوجب على الزوج توفير السكن الملائم للحاضنة والمحضون وإن تعذر عليه ذلك، فهو مجبر على دفع بدل الايجار مع اعطاء الحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية إلى حين توفير المسكن.

وأمام هذا نجد أن المشرع قد سلك مسلكا مغايرا تماما بالمقارنة مع النصوص القديمة والتي كان يقيد فيها حق الحاضنة في السكن بعدة شروط جاءت بها المادة 52 والتي كانت تنص على ما يلي: "...وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

وعليه فإن شروط الحق في المسكن حسب هذه المادة هي كالآتي:

- أن يحكم للمطلقة بالحضانة: أي أن الحاضنة التي تستفيد من الحق في السكن هي أم المحضون فقط دون سواها من الحاضنات[1].

[1] عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2011، ص.19.

- ألا يوجد ولي يقبل إيوائها: أي لا يكون لها ولي يأويها وليس لها غيره يستقبلها ويؤمّن لها مسكن[1].
- تعدد المحضونين: أوجبت المادة ضرورة تعدد المحضونين وهو ما يفهم من صيغة الجمع الواردة في المادة بقوله: "... يضمن حقها في السكن مع محضونيها ...".

وفي هذا النص لم يبين المشرع عدد المحضونين الذين بموجبهم يمنح السكن للحاضنة وعليه فإنه بذلك يكون قد ضيّق من نطاق حق المطلقة في المسكن إذ يمكن إن لم نقل في الغالب أن يكون للحاضنة طفل واحد فقط، وفي هذه الحالة فما مصير المطلقة الحاضنة هي ومحضونها الوحيد؟

لذلك قد ثار خلاف فقهي حول هذه المسألة حيث ذهب الأستاذ عبد العزيز سعد الى أنه لا يجب أن يقل عدد المحضونين عن ثلاثة أولاد من أجل منح الحاضنة السكن[2]، غير أن هناك من يرى بأن التعدد لا يعتبر شرطا من شروط ثبوت حق المطلقة الحاضنة، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم فمنهم من رأى أنه يحق للأم الحاضنة في السكن سواء قل عدد المحضونين أم كثر[3]. ومنهم من ذهب إلى ضرورة التشدد في ضمان السكن للمطلقة في حالة كثرة المحضونين[4].

الا أنه لا يمكن التسليم بالرأي الأول وذلك لأن مصلحة المحضون مرتبطة بحق الحاضنة في المسكن والأخذ بهذا الرأي يكون ضد مصلحة المحضون التي أكد عليها المشرع في كل مناسبة تستدعي ذلك، لذا من غير المنطقي الأخذ به.[5]

---

[1] عيسيو أسماء، حق المطلقة في مسكن الزوجية واشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001 – 2004 ، ص.30.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط .2،دارهومة، الجزائر،1988، ص.307.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة..، المرجع السابق، ص.240.

[4] فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري، ج.1، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.336.

[5] وفي ذلك يرى الاستاذ لحسن بن الشيخ آث ملويا بأن التفسير الذي ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد هو موقف غريب ومخالف للقانون، لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.1،دارهومةالجزائر،2005 ،ص.444؛ وهو ما ذهبت اليه كذلك

وبالرجوع الى القضاء، فان نفس الأمر قد حدث فقد تضاربت القرارات القضائية اذ أنها تمنح السكن للحاضنة بوجود طفل واحد محضون فقط، مع اعتبار شرط أكثر من محضون اساءة في تطبيق القانون، وذلك حسب قرار بتاريخ 1994/11/29 جاء فيه: من المقرر أن نفقة المحضون وسكناه من ماله، ان كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا ، أما اذا تعذر فعليه أجرته. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس قد أسسوا قرارهم –المنتقد– على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن الا اذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فانهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب علهم إلزام–المطعون ضده– بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته".[1] وكذلك قرار بتاريخ 2002/03/13 نص على أنه: " السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة"[2].

الا أن القضاء كان له موقف آخر من خلال قرارين اذ لم يعترف فيهما بحق الإيجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أطفال فأكثر وذلك حسب قرار بتاريخ1985/10/07 وآخر بتاريخ 1984/04/18[3].

- قدرة الزوج على ضمان السكن: و هو ما يستشف من قوله: "... حسب وسع الزوج..."، و عليه فإن المشرع ربط الحق في المسكن بحالة الزوج المادية ومدى قدرته على توفيره.

الأستاذة حميدو زكية فبالنسبة إليها فان هذا الرأي يعتبر إنكارا لحق المحضون في السكن، وأن هذا الرأي لم يعد يتماشى مع الواقع الاجتماعي المعاصر بل في الأخذ به خطر كبير على مصالح المجتمع، وأن هذا التفسير لا يتماشى ومصلحة المحضون، حميدو زكية ،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية...، المرجع السابق، ص.134-135.

[1] المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1994/11/29، ملف رقم 112705، المجلة القضائية، 1995، عدد01، ص.140.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/03/13، ملف رقم 276760، المجلة القضائية، 2004، عدد01، ص.267.

[3] المجلس الأعلى، غ.ق.خ،1985/10/07، ملف رقم 38095،1984/04/18، ملف رقم34630،غير منشورين، مقتبس عن، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق ، ص.131

- ألا يكون مسكن الزوجية وحيدا: إذ يجب حسب النص أن يكون للزوج أكثر من مسكن[1].

- عدم زواج المطلقة ثانية وعدم ثبوت انحرافها: فحسب الفقرة 3 من المادة 52 فإن الحاضنة تحرم من حقها في السكن إذا تزوجت بعد طلاقها أو إذا ثبت انحرافها.

وانطلاقا من معرفة هذه الشروط يمكن القول أن القانون 11/84 قد تشدّد في شروط منح الحق للمطلقة في مسكن الحضانة وهو عكس ما جاء به التعديل والذي أوجب فيه المشرع على الزوج توفير مسكن لممارسة الحضانة دون وضع أي قيود أو شروط لذلك.

والأكثر من هذا فإن التشريع قد أغفل عمدا النص على أسباب سقوط الحق في المسكن أو بدل ايجاره دون أي مبرر. بالإضافة إلى أنه لم يبين الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا، ولم يكن للرجل يد في ايقاع الطلاق[2].

وبالرجوع للفقه الاسلامي فإن الحنفية والمالكية اتفقا على وجوب أجرة المسكن للحاضنة والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن[3].

أما الشافعية والحنابلة فقد اعتبروا السكنى من النفقة فمن تجب عليه نفقة الحاضنة والمحضون يجب عليه اسكانها، وبذلك فإن الرّاجح عند الفقهاء هو لزوم المسكن للحاضنة التي لا تملك مسكنا، وأما التي لها مسكن فلا يلزم المطلق بإسكانها، وهو ما أخذ به الشيخ محمد أبو زهرة[4].

وأمام هذا يمكن القول أن المشرع أوجب على الزوج توفير المسكن أو دفع بدل الايجار، سواء كانت الحاضنة تمتلك مسكنا أولا، و بغض النظر إذا كان للمحضون مال أولا. وعليه

[1] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص.20.

[2] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.682.

[3] أنظر، ابن عابدين،حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج.5، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ص.261-262؛ محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د.س.ن، ص.533-534.

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.410.

فإن حق المحضون والحاضنة في السكن هو حق شخصي باعتباره مقرر لهما قانونا يستفيدان منه بموجب حكم قضائي[1].

والأصل أن يكون التزام الأب بتوفير السكن عينيا، إلا أنه قد يتعذر عليه لسبب من الأسباب، وعليه فقد ألزمه المشرع بالالتزام النقدي بدفع بدل الايجار، هذا بالإضافة إلى أن المشرع اشرط أن يكون المسكن ملائما[2] لممارسة الحضانة، إلا أنه لم يحدد كيف يكون المسكن ملائما لذلك مما يرجع فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي.

والملاحظ أن المشرع قد منح الحق في المسكن للحاضنة فقط، أي جاء النص على صيغة المؤنث دون لفظ المذكر، مما يستلزم إبعاد الحاضنين من الرجال، فما الغاية من ذلك؟ وهل أن الحاضنة هنا قصد بها الأم المطلقة فقط أو غيرها من أقربائها أو أقرباء الأب؟ إن النص في المادة 72 على مصطلح الحاضنة يقصد به الأم المطلقة دون غيرها وهو ما يفهم من قوله: "في حالة الطلاق، يجب على الأب ..." وكذلك قوله في الفقرة 02 من المادة 72: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية ...".

وعليه فإن جعل المشرع للحاضنة الحق في المسكن دون غيرها من الحواضن غرضه حماية حق المرأة المطلقة بالدرجة الأولى وكذا حق الطفل[3] في المسكن مع أمه بالدرجة الثانية وما يثبت ذلك هو ما جاء في التقرير الدوري للجزائر حيث نص على ما يلي: ".... وتمنح المحاكم المدنية

---

[1] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص.41.

[2] حيث أن مصطلح الملاءمة وعلى الرغم مما يحمله من معاني إنما قصد به أن يكون المسكن مناسبا للحاضنة و المحضون مع الأخذ بعين الاعتبار حالة الزوج المادية و الاجتماعية، وألا يكون في المسكن إضرار بالحاضنة و محضونيها كوجوده في مكان معزول، أو بناية غير صحية، و كذلك ألا يكون غير مستوفي للمرافق الضرورية للحياة اليومية.

[3] وفي اطار الحماية المالية للمطلقة والمحضون فان النفقة على الأطفال المحضونين واجبة على الأب ولتعزيز هذه الحماية أمر الرئيس بالتفكير في انشاء صندوق خاص بالنساء المطلقات الحاضنات لأطفال قصر بقوله: "...يبقى مع ذلك، قابلا للتحسين في بعض الجوانب المادية من مثل الصعوبات التي تواجهها المرأة الطالق الحاضن في تحصيل النفقة الواجبة لإعالة الأطفال المحضونين. ورفض الوالد دفع هذه النفقة أو عجزه عن ذلك مساس بكرامة المرأة وبالحقوق الأساس للأطفال, و يستدعي حلولا تكون في مستوى الدولة المتضامنة .في هذا الشأن آمر الحكومة بإعمال التفكير في إمكانية إنشاء صندوق خاص بالنساء المطلقات الحاضنات لأطفال قصر ممن يواجهن مثل هذه المشاكل... "، أنظر، رسالة الرئيس عبد العزيز بوتفليقة بمناسبة اليوم العالمي للمرأة، 08 مارس 2014، الموقع www.aps.dz .

الجزائرية **في الغالبية الكبرى من الحالات حضانة الطفل أو الأطفال للأم**. وتبعا لذلك فإن الأب مطالب، وفقا للأحكام الجديدة بتوفير مسكن لائق أو عوضا عن ذلك، بدفع منحة سكن تسمح بتغطية تكاليف ايجار مسكن لكي تتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المسندة إليها، في ظروف مقبولة ..."[1].

وعليه فإن نية المشرع في تكريس حقوق المرأة ومساواتها بالرجل واضحة من خلال هذا النص، وذلك عملا ومسايرة لأحكام اتفاقية سيداو هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 72 على أنه: "... و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

وأمام هذا فإن بقاء المطلقة في مسكن الزوجية بعد الطلاق يثير اشكالا لأنها أصبحت أجنبية عنه ولا يجوز لها البقاء معه، فطبقا للشريعة، فإن المطلقة عليها ترك السكن العائلي بعد انتهاء عدتها، وفي حالة أن الأب لم ينفذ الحكم القضائي القاضي بالسكن وقد انتهت العدة فإنه لا يجوز لها لا شرعا ولا قانونا البقاء مع الزوج في بيت الزوجية فالمشكل هنا هو ربط المشرع خروج المرأة من بيت الزوجية مع تنفيذ الزوج للحكم القضائي بالسكن وعليه ما هو غرض المشرع من ذلك؟

الملاحظ من خلال النص أن نية المشرع من ابقاء المرأة بمسكن الزوجية إلى حين توفير السكن هو من ناحية تنفيذ المرأة لعدتها الشرعية والقانونية بعد الطلاق، ومن ناحية أخرى وهو الراجح حماية المطلقة وكذا أطفالها من التشرد والضياع بتوفير مسكن مؤقت إلى حين ايجاد الزوج للمسكن أو دفع بدل ايجار وهو ما يتوافق مع اتفاقية سيداو[2]، والتي تحمي حقوق المرأة والطفل. وعليه فهل أن المشرع أراد كذلك حماية حقوق المرأة المطلقة بمنحها التعويض في حالة الطلاق؟

[1] التقرير الجامع للتقريرين الدوريين 3 و 4 المقدم من طرف الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص.20.

[2] و ذلك حسب المادة 16 فقرة "د" سالفة الذكر والتي تنادي بحماية حقوق المرأة بصفتها زوجة و أم مع ترجيح مصلحة الطفل.

الفرع الثاني

حق المطلقة في التعويض

نص المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

إضافة إلى نصه في المادة 53 مكرر، على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."[1]؛ وفي المادة 55 على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر".

بقراءة هذه المواد نجد أن التشريع قد منح للمطلقة حق الاستفادة من التعويض في حالة إذا كان طلاق الزوج تعسفيا وفي حالة التطليق إلا أنه ترك ذلك في يد القاضي عن طريق سلطته التقديرية. هذا وقد منح لكل من الزوجين الحق في التعويض في حالة نشوز الزوج الآخر.

وعليه لدراسة مسألة التعويض في الطلاق ومدى مطابقة أحكامه مع اتفاقية سيداو فإنه لابد من التطرق لعنصر التعويض وكذا الضرر الذي يستوجب التعويض، اضافة إلى دراسة كل من المادة 52 ، و53 مكرر وكذلك المادة 55.

وقبل التطرق إلى التعويض ومعرفة معناه فإنه لابد من معرفة العنصر الذي يستوجب التعويض من أجله وهو الضرر.

[1] مضافة بموجب الأمر 05 – 02.

حيث جاء في لسان العرب أن الضرّ والضُرّ لغتان فالضّر هو الهزال وسوء الحال، والضُّر ضد النفع[1]. أما الضرر اصطلاحا فهو المساس بحق أو بمصلحته مشروعة للنفس أو الغير تترتب عنه مفسدة معتبرة[2].

وفي القانون فإن الضرر هو الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعه له[3]، سواء كان ذلك الأذى ماديا أو معنويا.

من خلال تعريف الضرر يمكن تقسيمه إلى ضرر مادي ومعنوي. فالضرر المادي هو كل ايذاء يصيب الانسان في ماله أو في جسده، ويمكن أن يشمل الضرر المادي كل ما يلحق الشخص من خسارة وما يفوته من كسب. أما الضرر المعنوي فهو عبارة عن الألم والحزن والأسى الذي يصيب الانسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه[4]، ولا شك أن الضرر الناجم عن الطلاق يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي.

هذا عن الضرر أما فيما يتعلق بالتعويض فيعرف لغة أنه عوض يعوض تعويضا، وتعوّض أخذ العوض، أي أخذ البدل والخلف[5]. واصطلاحا هو الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بآداءات مالية أو عينية[6].والتعويض في الشريعة هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا لغيره[7].

[1] جمال الدين بن منظور، المرجع السابق، ص.482 – 483.

[2] أنظر، مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 35، مقتبس عن بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص.22.

[3] محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط.1، دار المكتبي، سورية، دمشق، 1998، ص.50.

[4] محمد الزحيلي، المرجع السابق، ، ص.50.

[5] جمال الدين بن منظور، المرجع السابق، ص.192.

[6] بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص.35.

[7] محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص.48.

أولا: التعويض عن الطلاق التعسفي:

لقد سبق لنا وأن أشرنا إلى أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إذا كان تعسفيا للقاضي الحكم بالتعويض للمطلقة[1]وهو ما جاءت به المادة 52 من قانون الأسرة بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاح قبها".

وعليه فإن الطلاق التعسفي هو فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج دون رضا الزوجة ودون سبب معقول أو شرعي يبرر ذلك قصد الاضرار بالزوجة[2].

ومعيار تقدير التعسف في الطلاق هو:

- قصد الزوج الإضرار بالمطلقة: أي النية والباعث بحيث يكون الزوج قاصدا الإضرار بالمطلقة في استعمال حقه للطلاق[3]ومعرفة النية ليس بالأمر الهيّن وهو يرجع لسلطة القاضي التقديرية مما يقتضي ضرورة الاستعانة بمعايير مادية لإثبات النية.
- عدم مشروعية المصالح التي يرمى المطلق إلى تحقيقها.
- ترجيح الضرر على المصلحة بحيث يهدف المطلق إلى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية مقارنة بالضرر الذي سيصيب الزوجة[4] ويكون الزوج متعسفا إذا طلق زوجته في حالتين:

● الطلاق دون مبرر شرعي:

حيث أنه إذا لم يؤسس الزوج طلاقه على سبب جدي أو أنه لم يسبب طلاقه أصلا فإنه يعتبر متعسفا في الطلاق، ويتحمل مسؤولية طلاقه فعدم التسبيب يوجب التعويض دون

[1] ارجع في ذلك إلى ص.110 من هذا البحث.

[2]أنظر، بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص.44.

[3]أنظر، حمليل صالح، نفقتا المتعة والتعويض بين الفقه والقضاء، مجلة الحقيقة، تصدر عن جامعة أدرار، 2004، عدد 04، ص.41.

[4] حمليل صالح، المقال السابق، ص 41.

منع الزوج من حقه في الطلاق وفي ذلك قضت المحكمة العليا بقرار لها بتاريخ 1999/09/15 أنه " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج اللذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون"[1].

وبالرجوع الى القضاء فإن طلاق الزوج لزوجته بسبب عقمها أو امتناعها عن السكن مع أقاربه أو عدم عذريتها يعد طلاقا تعسفيا، وأن هذه الأسباب ليست بمبرر شرعي لطلاقه لها مما يستوجب حق الزوجة في التعويض، حيث جاء في قرار بتاريخ 2006/11/15 : " إن عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن ارادتها، و لا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظليم الزوجة"[2]، وجاء في قرار آخر بتاريخ 2000/11/21 : "إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقراب الزوج لا يعد نشوزا، وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفيا في حقها وتستحق التعويض جبرا للضرر".[3] أما بالنسبة لسبب عدم العذرية فقد جاء قرار بتاريخ نص على ما يلي: "يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي، مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة"[4].

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/09/15، ملف رقم 223019، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،2001، عدد خاص، ص.103.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/11/15، ملف رقم 373707، المجلة القضائية، 2007، عدد01، ص.499.

[3] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/11/21، ملف رقم 251682، المجلة القضائية،2001، عدد 01، ص.290.

[4] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2004/02/11، ملف رقم 480264، المجلة القضائية، 2009، عدد، 01، ص.283.

- **الطلاق في مرض الموت:**

إن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه هلاك المريض عادة وعليه إذا طلق الرجل زوجته في مرض الموت قصد حرمانها من الميراث فإن طلاقه يكون تعسفيا، لأنه رغم أن الطلاق حق مشروع للزوج إلا أنه لم يشرع من أجل الإضرار بالزوجة وحرمانها من حقها في الميراث[1].

وهو ما أخذت به المحكمة العليا، حيث جاء في احدى قراراتها ما يلي: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن"[2].

إلا أن تقدير تعسف الزوج وكذا تحديد التعويض يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"[3].

ثانيا: التعويض في حالة التطليق:

لقد سبق وأن درسنا بالتفصيل عنصر التطليق بطلب من الزوجة، حيث أن المادة 53 منحت الزوجة 10 أسباب من أجل طلب التطليق من الزوج. ولم يكتف المشرع بذلك بل أنه جاء وأضاف مادة أخرى بموجب التعديل الأخير، وهي المادة 53 مكرر وأجاز بموجبها للقاضي الحكم للمطلقة بالتعويض في حالة ما أصابها ضرر جراء التطليق. وهو ما قضت به

[1] بوخاتم آسية، المرجع السابع، ص.47.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 179696، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، عدد خاص، ص.98، مقتبس عن نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص.331.

[3] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/07/12، ملف رقم 368660، المجلة القضائية ، 2006، عدد 01، ص.483.

المحكمة العليا كذلك إذ جاء في احدى قراراتها: "يمكن تعويض الزوجة الطالبة للتطليق في حالة ثبوت تضررها فعلا"[1].

وبالرجوع إلى حالات وأسباب التطليق التي سبق ذكرها فإن الأضرار التي قد تصيب الزوجة منها، قد تكون مادية أو معنوية إلا أن الأسباب من الفقرة 2 إلى الفقرة 9، فإن أضرارها تكون معنوية أكثر من مادية، لأنها تمسّ الزوجة في عاطفتها، وكرامتها، وشرفها[2] كمسألة الحكم على الزوج عن جريمة، أو ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة.

ثالثا: التعويض في حالة نشوز الزوجين:

تنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

لم يتعرض قانون الأسرة الى معنى النشوز بل اكتفى بالنص في المادة 55 على امكانية الطلاق والتعويض للنشوز، وما يفهم من المادة أن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج لذا وجب معرفة معنى النشوز.

فالنشوز لغة معناه الارتفاع والعلو يقال أرض ناشز يعني مرتفعة ومنه سميت المرأة ناشزا إذا علت وارتفعت وتكبرت على زوجها.

أما اصطلاحا قال ابن قدامة: "معنى نشوز الزوجة معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما فرض الله عليها من طاعته"[3]. أما الامام أبو زهرة عرفه أنه: "جحود الزوجة لغير سبب شرعي"[1].

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/06/20، ملف رقم 361655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص.259، أنظر، باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.50.

[2] مسعودة نعيمة الياس، المرجع السابق، ص.239.

[3] أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص.259.

أما نشوز الزوج ففي تفسير الجلالين لقوله تعالى: "**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا**"[2]، هو ترفعه عليها بترك مضاجعتها، والتقصير في نفقتها لبغضها وطموح عينيه الى أجمل منها[3].

والنشوز قانونا هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك .وكما يكون النشوز من الزوجة كأن تمتنع عن الالتحاق ببيت الزوجية أو تغادر بيت الزوجية دون أي سبب مشروع، فإنه قد يكون من الزوج، ومثاله أن يغادر الزوج بيت الزوجية، أو يتخلى عن الواجبات الزوجية كأن يتماطل في ارجاع زوجته إذا صدر حكم بذلك وألزمه بالسعي في إرجاعها وكذا عدم توفيره للسكن الشرعي[4].

من خلال هذه التعاريف يتبين أن النشوز يكون في حال عدم قيام أحد الزوجين بواجباته اتجاه زوجه سواء كانت واجبات شرعية أو قانونية. فمن مظاهر نشوز الزوجة كأن تخرج من بيت الزوجية بغير إذن الزوج، أو تسافر بغير إذنه، أو تمتنع عن السفر أو الانتقال معه إلى حيث يريد، أوتمنعه من الاستمتاع بها، الى غير ذلك أما بالنسبة للزوج فمن مظاهر نشوزه هجره للمضجع .

وبالرجوع الى القضاء فإن عدم رجوع الزوجة لبيت الزوجية بعد الحكم به يعد نشوزا وذلك حسب قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2005/10/12 والذي يقضي: "إن نشوز الزوجة يثبت اذا صدر ضدها حكم بالرجوع، نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ويبلغ لها بطريقة قانونية ورفضت الامتثال له بشكل صريح"[5].

---

[1] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.277.

[2] سورة النساء، الآية 128.

[3] جلال الدين بن محمد، جلال الدين عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.99.

[4] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الاسرة...، المرجع السابق، ص.309 وما بعدها.

[5] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/10/12، ملف رقم 345125، نشرة القضاة، 2006، عدد 61،ص.332، جمال سايس، المرجع السابق، ص.1380.

أما نشوز الزوج يمكن أن يكون اذا لم يوفر سكنا منفردا للزوجة حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر. ومتى تبين –في قضية الحال– أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن." [1]

وأمام هذا فقد أجاز القانون بموجب المادة 55 للزوجين الطلاق للنشوز فللزوج الطلاق بإرادته المنفردة مؤسسا دعواه على نشوز الزوجة، أما الزوجة فتلجأ الى طلب التطليق للضرر الذي أصابها من نشوز زوجها.

وانطلاقا من نص المادة 55 فإن نشوز الزوج يعطي للزوجة الحق في طلب التطليق مع التعويض متى لحق بها الضرر. وبذلك فان المشرع لم يكتف بالنص على حق الزوجة في التعويض للضرر اللاحق بها من الزوج عن التطليق وعن الطلاق التعسفي بل أضاف للأسباب السابقة نشوز الزوج كسبب مستقل للتطليق وكذا التعويض فهل في ذلك مساواة بين الزوجين؟

بالرجوع لنفس المادة 55 نجد أن المشرع منح كذلك الزوج الطلاق لنشوز الزوجة مع التعويض عن الضرر، الأمر الذي يجعلنا نقول أن المشرع قد أخذ بمبدأ المساواة بين الزوجين في الحق في التعويض.

من خلال ما سبق بتبين أن نشوز الزوجة مرتبط بواجب طاعة الزوج المفروض عليها فإذا لم تطعه تعد ناشزا، ولكن القول بذلك يجعلنا نتساءل عن مصير النشوز في المسائل التي ترتبط بالطاعة الزوجية بعد الغاء المشرع للمادة 39 التي كانت تفرض على المرأة طاعة زوجها؟؟

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189226، أنظر، لوعيل محمد لمين، الأحكام الاجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.80.

للإجابة على ذلك يمكن القول أن رغبة المشرع في تكريس مبدأ المساواة وحماية حقوق المرأة جعله يقع في تناقضات فمن جهة يلغي واجب الطاعة ومن جهة أخرى يبقي على حق الزوج في الطلاق والتعويض للنشوز.

وانطلاقا من كل ما سبق فان اعطاء المشرع للمرأة حق التعويض في حالة التضرر في أكثر من حالة حسب المواد 52 و53 مكرر و55 هي سياسة تشريعية اتّبعها من أجل حماية حقوق المرأة، أمام اجحاف الزوج و سوء استعماله لحقه، وذلك نتيجة للتأثر بما جاء في اتفاقية سيداو والتي تنادي بالمساواة والقضاء على التمييز ضد المرأة وما يؤكد ذلك هو ما نص عليه التقرير الدوري للجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة و الذي جاء فيه: "...كل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبر الضرر، وتترتب على عدم تنفيذ حكم التعويض ملاحقات جنائية لا مناصّ منها ولا سيما ضد **الزوج المتعنّت**، والسوابق القضائية للمحاكم الجنائية صارمة جدا في هذا الشأن"[1].

اضافة لكل ما سبق نجد أن المشرع أعطى للزوجين حقا في حالة وفاة أحد الزوجين بعد الطلاق وهو الحق في الميراث، إلا أن استحقاق الزوجين للميراث يشترط فيه شروط نصت عليها المادة 132من قانون الأسرة بقولها: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث".

وما يفهم من هذا النص هو أنه لا يمكن التوارث بين الزوجين الا في حالتين: الوفاة قبل صدور الحكم بالطلاق أو الوفاة قبل انتهاء فترة العدة.

فالمطلقة، إذا مات زوجها في عدتها ترثه كغيرها من الزوجات، فلها نصيبها الذي فرضه الله لها، ولا يجوز النقص منه، أو المساومة عليه.

[1] انظر، التقرير الدوري الجامع للتقريرين 3 و4 للجزائر أمام لجنة القضاء ...، المرجع السابق، ص.19.

وكما أسلفنا الذكر فإن العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة تنتهي نهاية طبيعية بالطلاق أو وفاة أحد الزوجين ولكن أحياناً تكون هناك مشاركة بين الطلاق والوفاة وهو ما يسمى بالطلاق في مرض الموت، هذا وسبق الاشارة كذلك أن من طلّق زوجته وهو في مرض الموت قاصدا الاضرار بها وحرمانها حقوقها خاصة الحق في الميراث فان طلاقه يعد تعسفيا ووجب عليه التعويض قانونا حسب المادة 52 من قانون الأسرة. ولكن ما مصير حق المطلقة في الارث اذا طلّقها طلاقا بائنا[1] وتوفي بعد الطلاق فهل ترثه أم لا؟

لقد سكت المشرع الجزائري عن هذه الحالة مما يستوجب الرجوع الى الفقه الاسلامي والقضاء الجزائري فبالنسبة للفقه الاسلامي نجد اختلافا بين المذاهب الفقهية على قولين:

فالقول الأول أنها ترث وهو مذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة[2]، مالك[3]، والشافعي في القديم[4] ولكن اختلفوا في المدة التي ترث منه خلالها ,ولا ترثه بعدها، أي هل ترثه في فترة العدة فقط أو حتى بعد انقضائها؟

فالمالكية[5] ذهبوا الى أنها ترثه سواء في العدة أو بعد انقضائها تزوجت بآخر بعده أو لم تتزوج، أما الحنفية[6]والشافعي[7] في القديم فقالوا أنها ترثه ما دامت في العدة، فإذا انقضت العدة لم ترث منه. وبالنسبة لمذهب الحنابلة[8] فقالوا أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج أو ترتد.

[1] ينقسم الطلاق البائن الى قسمين: بائن ببينونة صغرى وبائن ببينونة كبرى، فأما البائن ببينونة كبرى فهو الطلاق الثلاث وفيه لا يستطيع الرجل أن يعيد المطلقة الا بعد أن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها وهو ما جاء في المادة 51 من قانون الأسرة. أما الطلاق البائن ببينونة صغرى فهو الطلاق الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد المطلقة الا بعقد جديد.

[2] زين الدين بن نجيم، المرجع السابق، ج.4، ص. 46.

[3] محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج.2، ص. 82.

[4] أبي الحسين العمراني الشافعي، المرجع السابق، ج.9، ص. 25.

[5] أنظر، مالك بن أنس ، الموطأ ، ط.1، دار الإمام مالك ، الجزائر ، 2002، ص.334.

[6] ابن عابدين، المرجع السابق، ج.3، ص. 384.

[7] أبي الحسين العمراني الشافعي، المرجع السابق، ج.9، ص. 25.

[8] أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ج.9، ص. 195.

أما القول الثاني هو أنها لا ترث منه مطلقا، أي لا يتوارثان وهو ما أخذ به الشافعي في الجديد[1]، وما أخذ به كذلك ابن حزم في الظاهري[2].

والراجح هو أن المرأة ترث لوجود قصد الاضرار من الحرمان. ذلك أن عدم توريثها مخالف لما هو إجماع من الصحابة، حيث قضى عثمان رضي الله عنه بتوريث تماضر الكلبية من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، وقد طلقها في مرض موته فبتّها، واشتهر هذا القضاء بين الصحابة فلم ينكر[3].

الا أن الميراث في هذه الحالة يكون بشروط وهي أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول فلو كان قبله فلا عدة عليها؛ وأن تكون الزوجة أهلا للميراث؛ هذا ويجب ألا تكون الزوجة راضية عن الطلاق لأن رضاها بالفرقة تنفي مظنة فراره من الميراث فضلا عن وجوب ألا يكون الزوج مكرها على الطلاق[4].

وبالرجوع الى القضاء الجزائري نجد القرار القضائي سالف الذكر والذي جاء فيه: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن"[5].

بالتركيز في نص هذا القرار نجد مسألة الصياغة والتعبير التي استعملها القاضي والتي توحي أن الطلاق في مرض الموت لا يقع اذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث وذلك بقوله: " ..لا يمنع الزوج من ايقاع الطلاق، ما عدا اذا كان القصد....حرمان الزوجة من

[1] أبي الحسين العمراني الشافعي، المرجع نفسه ، ص. 25.

[2] أبو محمد بن حزم، ج.10، المرجع السابق، ص.218-219.

[3] أبو محمد بن قدامة، ج.9، المرجع السابق، ص. 195.

[4] نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص. 148-149.

[5] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 179696، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، عدد خاص، ص.98، مقتبس عن عن نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص.331.

الميراث.."، وكأنه يستثني الطلاق في مرض الموت بقصد الحرمان من الطلاق في الأحوال العادية، ولكن قصد القاضي من ذلك ليس عدم وقوع الطلاق في مرض الموت بل عدم حرمان المطلقة من الميراث، وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا عكس الميراث، فان حق المطلقة فيه ثابت شرعا إذا طلقها الزوج في مرض الموت حتى ولو كانت الوفاة بعد مدة من انتهاء العدة وذلك لوجود احتمال الطلاق للحرمان.

وهو ما استند اليه القاضي في تسبيبه لهذا القرار قائلا: " ...لكن وحيث أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من ايقاع الطلاق وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن".

خـاتـمـة

من خلال التّعرض إلى مدى مطابقة أحكام قانون الأسرة لنصوص اتفاقية سيداو سواء من حيث التوافق أو التخالف تمّ الوصول إلى مجموعة من الاستنتاجات أهمها وأوّلها هو أخذ المشرع بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة خاصة بعد التعديل الأخير، إلّا أن ذلك كان بطريقة انفرد بها حيث حاول التوفيق بين ما جاءت به الشريعة الاسلامية وما نصت عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

ومن ثمّ ففيما يتعلق بالزواج، فإن المشرّع جاء بمواد تدعم مركز المرأة القانوني وكذا الاجتماعي بما يتماشى والمساواة بينها وبين الرجل وذلك من خلال ما يلي:

تركيز التشريع على مسألة الرضا وجعله الرّكن الوحيد لانعقاد الزواج، وبذلك فإن عقد الزواج يتماشى ومبدأ سلطان الإرادة، فالمرأة الراشدة لها كامل الإرادة في اختيارها للزّوج وكذا اختيارها للولي الذي يتولّى عقدها، ولا مجال لإجبار القاصرة على التزوّج بمن لا ترغب به كزوج لها. مع المساواة في أهلية الزواج بين الرجل والمرأة وتحديدها بـ 19 سنة.

لكل من الزوجين حق اشتراط ما يناسبه في عقد الزواج مع التأكيد على حق المرأة في العمل وفي اشتراط عدم التعدد وتقييد هذا الأخير بقيود قضائية صارمة يصعب على الرجل تحقيقها.

محاولة تحقيق التوازن بين حقوق وواجبات الزوجين مع تكريس مبدأ التشاور في تسيير الأسرة و إلغاء مبدأ القوامة والطاعة الزوجية.

أمّا فيما يتعلق بالطلاق، فيستنتج أن المشرع قد جاء بنصوص جديدة بغرض تقوية مركز المرأة وضمان مساواتها مع الرجل، وذلك من خلال تقييد حرية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة بفرض اجراءات معينة مع إجبارية تعويضه للمرأة في حالة تضررها من الطلاق، وكذا فتح باب التطليق على مصرعيه أمام المرأة وذلك بتكثيف الأسباب المؤدية إلى طلبه مع اقرار حق التعويض لها في حالة تضررها.

الارتقاء بالحق في الخلع من الرخصة الجوازية للمرأة إلى مرتبة الحق الأصيل الذي يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة.

الموازنة بين الرجل والمرأة في الحضانة بجعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم في الحق في ممارسة الحضانة وإلزام الأب بتوفير مسكن محترم ولائق لممارسة حضانة الأم لأبنائها، مع بقائهم في بيت الزوجية لحين توفيره.

منح الولاية للمرأة الحاضنة مع التأكيد على أن عمل المرأة لا يسقطها حقها في الحضانة.

وعليه فإنه بالرغم من أنّ المشرع قد كان موفّقا في الغالب في حماية حقوق المرأة وتحقيق التوازن والمساواة بينها وبين الرجل في كلّ ما يتعلق بالزواج والطلاق وكذا آثارهما، إلّا أنه فتح المجال واسعا للنقاش والانتقاد. إذ أنّه في بعض النصوص قد ابتعد تماما عما جاءت به الشريعة الاسلامية، حيث أن افراط المشرع في حماية حقوق المرأة قد أدى إلى عكس ما أراد الوصول اليه، والسبب في ذلك هو أنه أخذ من الاتفاقية ما يساعده فقط من اجل ارضاء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.

فكانت النتيجة أنه جاء بنصوص خاصة به، لا مثيل لها في التشريعات، إذ حكّم رأيه دون الاستناد إلى مصدر قانون الأسرة، وذلك بسبب تبنّيه لمبدأ المساواة مسايرة لنصوص اتفاقية سيداو، والانفتاح على العالم الخارجي هذا من جهة، إلا أنه من جهة أخرى، فإنه تمسك بالتحفظ على المادة 16 من اتفاقية سيداو مما جعله يبقي على بعض المسائل كالعدة، التعدد، النفقة، الأمر الذي أوقعه في تناقضات بين بعض النصوص.

فمن ناحية هو يريد العمل بنصوص الاتفاقية والأخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين ولكن من ناحية أخرى هو يحاول الحفاظ على المرجعية الاسلامية.

و أخيرا يمكن القول أن تأكيد المشرع على مبدأ المساواة بين الجنسين جعله يتراجع عن التحفظات الواردة على الاتفاقية، مما يبقي المجال مفتوحا لإمكانية تعديل قانون الأسرة مع الإضافة والإلغاء، الأمر الذي قد يستلزم معه سحب التحفظ على المادة 16 والتي تثير اهتمام وقلق لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة. اذ أن اللجنة تواصل ضغطها على الجزائر من أجل رفع التحفظ. فهل يمكن أن تستجيب الجزائر لهذا الضغط ويكون هناك مشروع تعديل مستقبلي لقانون الأسرة من أجل تكريس مبدأ المساواة المطلق بين الجنسين، مما يستتبعه سحب التحفظات عن كل المواد المتحفظ عليها ضمن الاتفاقية؟ أم أن الجزائر ستكتفي لهذا الحد وتبقى على موقفها الحالي؟ خاصة بعد خطاب الرئيس الذي جاء فيه: "...قد مكّن قانون الأسرة المعدل في 2005 من إدخال المزيد من المساواة بين الزوجين، وتحقيق الحماية الأفضل للأطفال القُصّر وتعزيز جانب التماسك الأسري. لكنه، يبقى مع ذلك، قابلا للتحسين في بعض الجوانب المادية...".[1]

[1] رسالة الرئيس عبد العزيز بوتفليقة بمناسبة اليوم العالمي للمرأة، 08 مارس 2014، الموقع.www.aps.dz.

الملاحق

1. **الملحق رقم 01: المرسوم الرئاسي رقم 51/96المؤرخ في 22 يناير 1996 والمتضمن المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع التحفظ.**

2. **الملحق رقم 02: نص الاعلانات والتحفظات الصادرة من الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.**

3. **الملحق رقم 03: توصية عامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.**

قائمة المراجع

أولا: المصادر

—القرآن الكريم

ثانيا: المراجع

1/باللغة العربية

أ/ المراجع العامة:

1. ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج.5، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992.

2. –ابن عباس، تنوير المقياس من تفسير ابن عباس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1992.

3. ابن كثير الدّمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2003.

4. أبو الحسن بن بطال، شرح صحيح البخاري، ج.7، مكتبة الرشد، الرياض، بيروت، لبنان، د.س.ن.

5. أبو الحسين مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم، ط.1، دار طيبة، السعودية، 2006.

6. أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى،ج.3،ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987.

7. أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج.5، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان، 1999.

8. أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن،ج.4، ط.2 ،دار الكتب العلمية، لبنان،2002.

9. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج.18، ط.1، هجر للطباعة، القاهرة 2001.

10. أبو داوود الساجستاني، سنن أبي داوود، ج.2، ط.1، دار الحزم بيروت،1994.

11. أبو عبد الله بن اسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه المشهور بصحيح البخاري، الطبعة الأولى، المطبعة السلفية، القاهرة، 1979.

12. أبو محمد بن حزم ، المحلى بالآثار ، ادارة الطباعة المنيرية ، مصر، د.س.ن.

13.أبو محمد بن قدامة ، المغني ، ط.3 ، دار عالم الكتب ، السعودية،1997.

14.أبي الحسين العمراني الشافعي، البيان في مذهب الشافعي، دار المنهاج للطباعة والنشر، د.ب.ن، د.س.ن.

15. أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف، أحكام القرآن، القسم الأول، دار الجيل، بيروت، لبنان، ب. س.ن.

16. أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.

17. أحمد الجصاص، أحكام القرآن، ج.2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1985.

18.أحمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج.12 ،ط.1، دار طيبة ، الرياض، 2005.

19. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

20.إسماعيل البامري ، أحكام الأسرة بين الحنفية والشافعية،ط.1 ،دار الحامد، الأردن، 2009.

21. أمير فرج يوسف، موسوعة قانون حقوق الانسان الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،2008.

22. باديس ديابي، قانون الاسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

23. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.

24. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ،.ط.1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2012.

25. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ، الجزء01،الطبعة 04 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004.

26. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق الميراث، الوصية، ، الجزء01،الطبعة 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1991.

27. بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، عدد خاص، د.س.ن.

28. جلال الدين بن محمد، جلال الدين عبد الرحمان، القرآن الكريم وبهامشه تفسير الامامين الجليلين، ج.2، ب.ط، دار بن كثير، ب.ب.ن، ب.س.ن.

29. جمال الدين بن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجيل، بيروت، 1988.

30. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأخوال الشخصية،ج.2، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

31. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2002.

32. رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية، ج.1، ط.1، دار الفروق للنشر، مصر، 2007.

33. رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية، ج.2، ط.1، دار الفروق للنشر، مصر، 2007.

34. رشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار الخدونية ، الجزائر ، 2008.

35. زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.3، ط.1، دار التراث العربي، دمشق، 2002

36. السيد سابق، فقه السنة،ج.2،ب.ط، دار مصر للطباعة، القاهرة، د.س.ن.

37. شمس الدين الشيخ، قانون الاسرة والمقترحات البديلة، الطبعة الأولى، دار الامة للنشر، الجزائر، 2003.

38. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

39. عبد الرحمان البرقوقي، أوضح المسالك شرح أسهل المسالك، ط. 4، دار الفكر، بيروت، د. س.ن.

40. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دار هومة، الجزائر،1988.

41. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007.

42. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر، 2008.

43. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دار البصائر للنشر، الجزائر، 2010.

44. عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين، الطبعة الاولى، دار الفتح للطباعة، بيروت، 1978.

45. عمر زودة، طبيعة الأحكام بانها الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، اينسوكلوبيدلا للنشر، بن عكنون، الجزائر، 2003.

46. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

47. لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.1، دار هومة، الجزائر، 2005.

48. لوعيل محمد لمين، الأحكام الاجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2012.

49.مالك بن أنس ، الموطأ ، ط.1، دار الإمام مالك ، الجزائر ، 2002.

50.مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت،1994.

51.محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

52.محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن.

53.محمد الرازي فخر الدين، تفسير الرازي، ج.17، ط.1، دار الفكر، بيروت، 1981.

54.محمد الشربيني، مغني المحتاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر،1958 .

55. محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط.2، دار المعرفة، لبنان، 1982.

56.محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير سنن الترمذي، ج.2،ط.1، دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1996.

57.محمد بن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، ط.1،دار عالم الفوائد، الرياض، د.س.ن.

58.محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج.5، ط.1، دار السلام للطباعة، ب.ب.ن،1997.

59.محمد كمال الدين امام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، القاهرة، 2007.

60.محمد ناصر الدين الألباني، ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج.7، ط.1، مطبعة الحلبي، المكتب الاسلامي ،بيروت،1979 .

61.محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الاسلامي، بيروت، 1988.

62.محمد ناصر الدين الألباني، التعليقات الرضية على الروضة الندية، ج.2، ط.1، دار ابن القيم، الرياض، 2003.

63.محمد ناصر الدين الالباني، سلسلة الاحاديث الصحيحة، ج.1، ط.2، مكتبة المعارف، الرياض، 1975.

64.محمود بن أحمد العيني ، البناية في شرح الهداية، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990.

65.موفق الدين أبي محمد، شمس الدين أبي الفرج، علاء الدين أبي الحسين، المقنع والشرح الكبير والانصاف، ج.22، ط.1، هجر للطباعة، القاهرة،1999.

66.نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

67.نبيل صقر، قانون الأسرة الجزائري نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2006 .

68.وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء 07، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1984.

ب/ المراجـع المتخصصة:

I. المؤلفـات:

1. أبو القاسم الديباجي، حقوق المرأة في الاسلام، الطبعة الالكترونية الأولى، ب.ب.ن، 2003.

2. أبو النصر مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الاسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، ب.س.ط.

3.أحمد محمد المومني؛ اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، دار المسيرة، الأردن، ب.س.ط.

4. أحمد محمد مصطفى نصير، حقوق المرأة وواجباتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

5. أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة، تيزي وزو، 2010.

6. أمير فرج، الأحكام المعاصرة في العنف الأسري ضد النساء والأطفال ومكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، مصر، 2011.

7. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

8. بوعبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، ط.2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

9. تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية–دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة–دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008.

10. جميل فخري محمد غانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2009.

11. حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، القاهرة، 2007.

12. حسنين المحمدي بوادي، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

13. خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الاسلامية والتشريع الوضعي دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر 2007.

14. رشدي شحاتة ابو زيد، اتفاقية القضاء على جمع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الاسلامي، الطبعة الأولى، دار الوفاء للنشر الاسكندرية 2007.

15. رشدي شحاتة ابو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2011.

16. صفوان محمد غضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر ، عمان، 2009.

17. صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، الطبعة الأولى، نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، 1999.

18. عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الاحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 2011.

19. غاري حسين صباريني، الوجيز في حقوق الانسان وحرياته الأساسية ، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان 1997.

20. قيس عبد الوهاب الحيالي، ميراث المرأة في الشريعة الاسلامية، والقوانين المقارنة ، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2008.

21. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري دار هومة، الجزائر، 2006.

22. محمد أديب قبيسي، فقه الطلاق و توابعه، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الملاك، بيروت، لبنان، 2007.

23. محمد الزّحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، الطبعة الأولى، دار المكتبي، سورية، دمشق، 1998.

24. محمد بن عبد الله بن سليمان بن عرفة ،حقوق المرأة في الاسلام، الطبعة الثانية، المكتب الاسلامي ، ب.ب.ن، 1983.

25. محمد رشيد رضا الحسيني ، حقوق النساء في الاسلام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت ،2005.

26. محمد ممدوح صبري الطباخ، أوجه الاختلاف بين الرجل والمرأة في أحكام الشريعة الاسلامية و التشريع الوضعي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009.

27. منال فنجان الملك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2009.

28. منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية واصالة التشريع الاسلامي، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، الطبعة الاولى دار الثقافة للنشر، لبنان، بيروت، 2011.

29. ناي بنسادون، حقوق المرأة منذ البداية حتى أيامنا، الطبعة الأولى، عويدات للنشر، بيروت، 2001.

30. نيفين مسعد، حقوق المرأة، أعمال الندوة الاقليمية حول سبل تفعيل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

31. وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في الشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009

II. أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير واجازات المدرسة العليا للقضاء:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1.بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.

2.حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،2005.

3.ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، الجزائر،2011.

4.لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2006.

5.مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

6.مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006.

7.منادي مليكة بريكة، أحكام الأسرة بين الثابت و المتغير في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه ، جامعة جيلالي اليابس ،سيدي بلعباس ،2006.

ب- مذكرات الماجستير:

1.أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في ابرام عقد الزواج ، مذكرة ماجستير في القانون، عقود ومسؤولية، الجزائر،1998.

2.بن عيشوش فاطمة، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، عقود ومسؤولية، الجزائر،2011.

3.بهلول سعيدة، الحقوق الزوجية تدبير وقائي من الطلاق بين تأكيد الشرع ومشكلات الواقع الجزائري، بحث فقهي مع دراسة ميدانية في ولاية بومرداس، مذكرة ماجستير في العلوم الاسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2009.

4.بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.

5. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الاسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة ماجستير في قانون الاسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

6.رتيبة عياش، نفقة الزوجة بين الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.

7.طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الانسان، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، بن عكنون، الجزائر، 2000.

8.العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة خروبة، الجزائر،2002.

9.عمران عائشة ، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون، – عقود مسؤولية– بن عكنون– الجزائر.2008.

10.عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود مسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2011.

11.فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001.

12. لوعيل محمد لمين ، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، عقود مسؤولية، الجزائر 2001.

13. مسعودي يوسف الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، بشار،2007.

14. نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، 2006.

15. نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في القانون، الجزائر، 2000.

16. وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الاسرة على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير في قانون الاسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

17. يزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون – عقود ومسؤولية ،بن عكنون، الجزائر،2003.

18. يوسفات علي هشام، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

ج– اجازات المدرسة العليا للقضاء:

1.بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الاسرة في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08، مذكرة نهاية التكوين لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 18، 2010/2007.

2.عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2003.

3. عيسيو أسماء، حق المطلقة في مسكن الزوجية واشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2004.

4.لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2002-2005.

III. المقالات:

1. أحمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، مجلة دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة، الجزائر، 2011، عدد 10.

2. بدرية عبد الله العوضي، وضعية المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، الجزائر، 1987، عدد02.

3. بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج علي ضوء قانون الاسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، لجزائر،2007،عدد01 .

4. بلحاج بن بابا، كرامة المرأة وحقوقها في الاسلام، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامي ، الجزائر سنة 2000، عدد 03.

5. تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك ،مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسي، جامعة تلمسان، 2011 عدد12.

6. تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الاسرية في بعض مسائل الزواج اية عدالة قانونية أم قضائية، مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، عدد 10.

7. تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص التشريعية والتطور الاجتماعي، مجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية ، مخبر القانون والتكنلوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ب.ع.

8. تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الاسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، الجزائر 2007، عدد 02.

9. تشوار جيلالي، سن الزواج بين الاذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، الجزائر، 1999، عدد04.

10. تشوار جيلالي، مدى فعالية أحكام حماية المرأة في قانون الاسرة الجزائري في ضوء مواثيق حقوق الانسان، مداخلة بمناسبة ملتقى دولي بعنوان "فعالية آليات حماية حقوق الانسان"، المكتبة المركزية، جامعة تلمسان، يومي 08 و09 ديسمبر 2009.

11. تشوار حميدو زكية، الدور الايجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والادارية والسياسية، 2003، عدد 02.

12. تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة ، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية، جامعة تلمسان، 2011، عدد 12.

13. تشوار حميدو زكية، عمل المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية المغاربية والاجتهادات الفقهية والقضائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والادارية والسياسية، 2002، عدد 02.

14. تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم القاضي مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق، تلمسان 2010، عدد 10.

15. جيلالي صاري، الاسرة الجزائرية والقانون والمبادئ الاسلامية، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامي ، الجزائر، 2000، عدد 03.

16. حسام علي سالم الشامسي، اشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامي ، الجزائر سنة 2000، عدد 03.

17. حمليل صالح، نفقتا المتعة والتعويض بين الفقه والقانون والقضاء مجلة الحقيقة، تصدر عن جامعة أدرار، 2004، عدد 04.

18. دليلة براف، التطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، سعد دحلب، البليدة، 23 فيفري 2009، ب.ع.

19. دنوني هجيرة ،المستحدث من تشريعات الاسرة في مجال حماية العلاقات الاسرية ، دراسات قانونية، مجلة تصدر عن مخبر القانون الخاص الاساسي، جامعة تلمسان،2010، عدد 07.

20. دنوني هجيرة، اجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر ،2000، عدد 03.

21. رباحي احمد، ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الاسرة والفقه الاسلامي، دراسات قانونية مجلة سداسية تصدر عن المخبر القانون الخاص الاساسي ،جامعة تلمسان، 2010، عدد07 .

22. ربيع الميمون، واقع المرأة في المجتمعات البشرية ووضعها في القرآن الكريم، مجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية ، الجزائر، 2000، عدد3.

23. رشيد بن شويخ، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية ، جامعة تلمسان، 2011، عدد12.

24. سارة بن شويخ، نظم توثيق الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، سعد دحلب، البليدة، 23 فيفري 2009، ب. ع.

25. سالم بن براهيم، من قضايا المرأة والاسرة في الاسلام، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية ،الجزائر، 2000 عدد03.

26. سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2004، عدد01.

27. سلمى حراز؛ مريم شرايطية، جزائريون يقبلون على الزواج العرفي لمراوغة القانون، جريدة الخبر، الاثنين 03 سبتمبر 2012.

28. عبد الرحمان طالب، حقوق وواجبات المرأة في الاسلام، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد03.

29. عبد السلام عبد القادر، جديد الخلع في الامر05-02 مجلة الحجة تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، 2011 عدد 02.

30. عبد المجيد مزيان، فقه الاجتهاد وقوانين المراجعة المستمرة في نظام الاسرة وحقوق المرأة، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى دورية في الثافة الاسلامية ،الجزائر،2000 ،عدد 03 .

31. عز الدين الخطيب التميمي، حقوق المرأة و قضاياها في الشريعة الاسلامية، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد03.

32. عمر صدوق، دراسة الجديد في تعديل قانون الاسرة، مجلة المحاماة تصدر عن منظمة المحامين، تيزي وزو، 2007، عدد05.

33. فوزي أوصديق، تطور المركز القانوني للمرأة في الجزائر، دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة، الجزائر 2010، عدد 04.

34. كاترين مخائيل، المساواة الدستورية والقانونية للرجل مع المرأة، الحوار المتمدن، عدد 2924، 2010/02/10، الموقع الالكتروني www.ahewar.org

35. كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الاسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2000، عدد01.

36. مجلس الامة، الضمانات البرلمانية لتطبيق اتفاقية القضاء على جمع اشكال التمييز ضد المرأة، مجلة الفكر البرلماني متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، الجزائر 2005 ، عدد08.

37. محمود اسماعيل الشريف، وضع المرأة والاسرة في المبادئ الاسلامية وطرق معالجتها بالقوانين المدنية، مجلة المجاس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000،عدد03.

38. مسعودي رشيد، الشهادة الطبية قبل الزواج، دراسة مقارنة، الراشدية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، معسكر، 2008، عدد 01.

39. مسعودي رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة تصدر عن جامعة أدار، 2004، عدد 4.

40. معروف الدواليبي، وضع المرأة في الاسلام، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، 1983، السنة السابعة عدد 03.

41. معروف عرايبي محمد، قانون الاسرة ماله وما عليه ،الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية ، مجلس الامة، الجزائر، 2005 ، عدد 10.

42. ناصر الدين ماروك ، قانون الاسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000،عدد 03.

43. نعيمة رحماني، الزواج من منظور الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري المعدل مجلة الحجة، تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، ،2011 ،عدد 02.

44. نهى القرطاجي، قراءة اسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعة الاسلامية و الاتفاقيات و الاعلانات الدولية"، جامعة طنطا، مصر، 7 – 9 أكتوبر، 2008، الموقع الالكتروني .www.iicw.org

45. نوارة العشي، مقابلة بين مركز الرجل ومركز المرأة في الميراث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، تلمسان ، 2008 ،عدد 03.

46. نورالدين زمام، بن ققة سعاد، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، 2012، عدد07.

47. هدى عبد المنعم، دراسة الوثائق الدولية من جوانبها المختلفة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعة الاسلامية والاتفاقيات والاعلانات الدولية"، جامعة طنطا، مصر، 7 – 9 أكتوبر، 2008؛ الموقع الالكتروني www.iicw.org.

48. وهبة الزحيلي، وحدة النفس البشرية، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد 03.

ج/ النصوص القانونية:

1. دستور1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم96-438 المؤرخ في 1996/12/07 ج.ر 76 المؤرخة في 1996/12/08المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 ج.ر رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج.ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

2. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر 1979.

3. الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20نوفمبر1989.

4. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 49،المؤرخة في1966/06/11، المعدل والمتمم.

5. الأمر 70-86 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ج.ر 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

6. القانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، ج.ر 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

7. القانون 09/08، المؤرخ في .2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع.21 ، المؤرخة في 2008/04/24.

8. المرسوم التنفيذي 154/06 ، مؤرخ في 2006/05/11، يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة ، ج.ر31، الصادرة بتاريخ 2006/05/14.

رابعا: التقارير والتوصيات.

1. التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عن تنفيذ اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18ماي2009 .

2. التقرير الأولي للجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 01 سبتمبر 1998.

3. نص التحفظات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 22ماي 1996.

4. الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون، 13فبراير-02 مارس 2012، (CEDAW/C/DZA/Q4).

5. ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع ،(CEDAW/C/DZA/3-4)، الدورة الحادية والخمسون، 13فبراير-02 مارس 2012.

6. التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة الثالثة عشرة، 1992.

7. التوصية العامة رقم 29 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، بتاريخ 30 /2013/10.

د/ مواقع الأنترنت

www.4shared.com

www.ohchr.org

www.daawa-info.net

www.iicwc.org

هـ/ محاضرات:

1.تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الأولى ماجستير دفعة 2011-2012، غير منشورة.

2.تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة ليسانس دفعة 2009-2010، غير منشورة.

2/باللغة الفرنسية:

1- Ouvrage:

Djilali TCHOUAR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, la dot, la tutelle matrimoniale, la polygamie, le divorce-répudiation et l'adoption, office des publications universitaires, Alger, 2004.

2- Articles :

1.Dalila ZENNAKI, Egalité homme femme en Algérie aux normes internationales: le cas de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz éditions, Tlemcen, 2013.

2.Djilali TCHOUAR, Droit de la famille quels principes d'égalité…, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz éditions, Tlemcen, 2013.

3. Farida DEKHLI, Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif, revue algérienne des sciences juridique, économique et politique, Alger, 1988, volume 04.

الفهرس

مقدمة عامة.....01

الفصل الأول: مدى مطابقة قانون الأسرة لاتفاقية سيداو في مسائل الزواج وآثاره...10

المبحث الأول: أثر اتفاقية سيداو على أحكام الزواج.....11

المطلب الأول: المساواة بين الجنسين في ركن الزواج وشروطه.....12

الفرع الأول: الرضا والأهلية.....13

أولا: الرضا.....13

ثانيا: الأهلية.....19

I .موقف قانون الأسرة من المساواة بين الجنسين في سن الزواج 21

II .مدى موافقة قانون الأسرة لاتفاقية سيداو فيما يتعلق بتسجيل الزواج.....23

الفرع الثاني: الولي 26

أولا :تعريف الولاية 26

ثانيا :الولاية ما بين الالغاء والابقاء 28

الفرع الثالث :الشهادة الطبية في الزواج.....33

المطلب الثاني :المساواة في الاشتراط والتعدد..... 36

الفرع الأول :الاشتراط في عقد الزواج..... 37

أولا :الاشتراط في الفقه الاسلامي 31

ثانيا :حرية الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري 39

1- شرط عمل المرأة 41

2- شرط عدم تعدد الزوجات 42

الفرع الثاني :تعدد الزوجات 44

أولا :موقف الفقه إدسلامي من تعدد الزوجات..... 45

ثانيا :نظام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري 46

1/شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج..... 48

2/ شرط إثبات وجود المبرر الشرعي 49

3/شرط الحصول على رخصة من رئيس المحكمة 50

المبحث الثاني: أثر اتفاقية سيداو على قانون الأسرة فيما يتعلق بآثار الزواج 51

المطلب الأول: المساواة بين الجنسين في آثار الزواج غير المالية 52

الفرع الأول :الحقوق و الواجبات المشتركة للزوجين 53

أولا :حق المعاشرة بالمعروف 55

ثانيا :حل العشرة وحق الاستمتاع بين الزوجين..... 57

ثالثا :احترام كل من الزوجين لأهل الزوج الآخر 58

رابعا : التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد 58

خامسا :التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات 59

الفرع الثاني :الحقوق والواجبات الملغاة بموجب الأمر 05-02.....61

أولا :واجب طاعة الزوجة لزوجها 62

ثانيا :حق قوامة الزوج 65

أ -نسبة الابن لأبيه 69

ب -منح الابن جنسية الأب 70

ج -ولاية الأب على أولاده القصر 70

ثالثا :حق الأولاد في الرضاع 71

المطلب الثاني :المساواة في الآثار المالية للزواج 74

الفرع الأول :حق الزوجة في النفقة..... 74

الفرع الثاني :حرية المرأة في التصرف في مالها 79

أولا :استقلالية الذمة المالية للزوجين 79

ثانيا :عقد الاتفاق على الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية..... 82

الفرع الثالث :الميراث 84

أولا :مفهوم الميراث..... 85

ثانيا :المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث..... 85

أ-حالات ترث فيها الأنثى نصف ما يرث الذكر 87

ب-حالات تساوي الذكر والأنثى في الميراث 87

ت-حالات ترث فيها الأنثى أكثر من الذكر 88

ث-حالات ترث فيها الأنثى و الذكر لا يرث 89

الفصل الثاني: مدى مطابقة قانون الأسرة لاتفاقية سيداو في مسائل انحلال الزواج وآثاره..... 91

المبحث الأول :أثر اتفاقية سيداو على أحكام الفرقة بين الزوجين.....92

المطلب الأول :الطلاق بالتراضي و بإرادة الزوج.....93

الفرع الأول :الطلاق بالتراضي..... 94

الفرع الثاني :الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....97

أولا : الشروط الواجب توافرها في الزوجين 100

ثانيا :الشروط المتعلقة بالطلاق..... 104

أ -صيغة الطلاق..... 104

ب-اثبات الطلاق بحكم قضائي 105

ج-الصلح كإجراء جوهري لإتمام الطلاق..... 109

د -تسبيب الطلاق.....111

المطلب الثاني: حل الزواج بطلب من الزوجة 112

الفرع الأول :التطليق 113

أولا :أسباب التطليق حسب القانون11/84.....114

ثانيا :أسباب التطليق المضافة بموجب الأمر 02/05..... 124

1 /التطليق لمخالفة المادة 08 من قانون الأسرة..... 124

2 /التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.....125

3 /التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج..... 127

الفرع الثاني :الخلع..... 128

أولا :مفهوم الخلع وحكمه الشرعي..... 129

ثانيا :الخلع حق أصيل للزوجة بموجب التعديل الجديد..... 131

المبحث الثاني :أثر اتفاقية سيداو على الأحكام المتعلقة بآثار الفرقة بين الزوجين..... 136

المطلب الأول :المساواة في الآثار غير المالية..... 136

الفرع الأول :الحضانة..... 137

أولا :أحكام الحضانة.....138

ثانيا :الأب أولى بحضانة أولاده بعد الأم 141

ثالثا :عدم سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة.....145

الفرع الثاني :الولاية..... 147

المطلب الثاني :المساواة في الآثار المالية للطلاق..... 150

الفرع الأول :حق المطلقة في المسكن 151

الفرع الثاني :حق المطلقة في التعويض 157

أولا:التعويض عن الطلاق التعسفي.....159

ثانيا :التعويض في حالة التطليق..... 161

ثالثا :التعويض في حالة نشوز الزوجين 162

خاتمة..... 169

الملاحق.....173

قائمة المراجع.....198

الفهرس.....217

ملخص

تعتبر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة " سيداو " من أبرز الاتفاقيات الدولية التي تكرس مبدأ المساواة المطلق بين الجنسين، من خلال إلزام الدول الأطراف فيها بإلغاء وتعديل كل ما قد يشكل تمييزا ضد المرأة في تشريعاتها الوطنية.

لذا ينصب هذا العمل على تبيان مكانة هذه الاتفاقية من التشريع الأسري الجزائري، ومدى تأثره ببنودها ومقتضاها. وذلك مع التركيز أن المشرع الأسري أخذ كأصل عام بمبدأ المساواة عملا بالاتفاقية، ولكن بطريقة تميّز بها؛ اذ في الوقت ذاته لم يجعله على إطلاقه ولم يستغن عنه تماما.

الكلمات المفتاحية: مساواة– رجل– امرأة– حقوق– أسرة– اتفاقية – تشريع– حريات.

Résumé

La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes"CEDAW", considérée comme l'une des plus importantes conventions internationales en matière d'égalité entre les deux sexes, invite les Etats parties de mettre un terme à tout ce qui peut constituer une discrimination à l'égard des femmes dans leurs législations nationales.

Ceci dit, l'objectif de cette étude consiste à mettre en exergue la place de cette convention au sein du code algérien de la famille tout en précisant non seulement les réserves émises par l'Algérie à l'égard de certains articles de cette convention, mais également les fondements de ces réserves, ceci tant sur le plan législatif que jurisprudentielle.

Mots clé : Egalité -homme -femme -famille-convention-droit-libertés

Abstract

The Convention on Elimination of All forms of Discrimination Against Women "CEDAW" is one of the main international conventions that consecrate the principle of sexes equality, obliging all member countries to abrogate and modify all forms that could make a segregation against women in their national legislations.

This work is made to define the stature of this convention in the Algerian familial legislation and its effects with its clauses and content focussing on the fact that the familial legislation is based on the principle of sexes equality according to the convention, but by a different way, because in the same time he did n't use it in his internality and he didn't do without it.

Key words: Equality- man- woman- rights- family- convention- legislation- liberties.