الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ابن خلدون – تيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر
الشعبة: جقوق
التخصص: علاقات مهنية
بعنوان:

إنعكاسات إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام قانون الأسرة الجزائري

من إعداد الطالبتين:
- **حجار نصيرة**
- **ثابت زينب**

تحت إشراف الأستاذ
الدكتور بوغرارة صالح

لجنة المناقشة

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
الدكتور سماحي خالد	أستاذ محاضر. أ	رئيسا
الأستاذ قاديري محمد توفيق	أستاذ مساعد	عضوا مناقشا
الدكتور بوغرارة صالح	أستاذ محاضر. أ	عضوا مقررا

السنة الجامعية: 2016-2017

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أعطانا من موجبات رحمته الإرادة والعزيمة على إتمام عملنا، نحمدك يا رب حمدا يليق بمقامك وجلالك العظيم الذي يقول في محكم تنزيله

﴿ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ﴾ [إبراهيم: 7].

لا يسعنا بعد إتمامنا لهذا البحث، ومن باب الإعتراف بالجميل إلا أن نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف "بوغرارة صالح" على الدعم والمساعدة، وما قدمه لنا من عطاء في إنجاز هذا العمل، له منا كامل الإحترام والتقدير.

كما نتقدم بالشكر الخاص والإحترام الكبير إلى أعضاء اللجنة المناقشة الذين تكرموا علينا بقراءة وتقويم هذا البحث ومناقشته.

دون نسيان كل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد، ولو بكلمة طيبة ودعا لنا متمنين لنا التوفيق والنجاح.

إلى كل هؤلاء..جزيل الشكر

إهداء

الحمد لله الذي أمطر علينا من وابل فضله، ويسّر لنا السبل، ووفقنا إلى بلوغ المقصد

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى

﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ﴾ [الإسراء: 23]

إلى أمي الغالية حفظها الله وأمدها بالعمر الطويل التي أوقدت في داخلي شعاع الأمل كلما

أخذ ينطفئ وأحاطتني بحبها ورعايتها ودعواتها لي

وإليك يا من بنيى سورا من الأمان حولي وأغطس زهرة عمره في لهب الشقاء ولم يدخر جهدا

ولا درهما في سبيل تعلمي، إلى أبي الغالي حفظك الله وأمدك بالصحة والعافية

،إلى من عشت وتربية معهم...إلى إخوتي الأعزاء

إلى رفيق دربي الذي تكفل بطباعة هذا البحث وإخراجه إلى النور ومساندتي في كل خطوة

من هذا العمل بنصائحه وصبره معنا، إلى زوجي العزيز

إلى كافة الأصدقاء والأحباب وكل من ساهم في هذا العمل ولو بقليل

الطالبة نصيرة

إهداء

أهدي ثمرة وأجر هذا العمل المتواضع إلى

والدي العزيزين

إلى إخوتي وأخواتي

وإلى كل طلبة العلم

وإلى كل الأصدقاء ومن يعرفني

ومن له فضل عليّ

الطالبة زينب

مقـــــدمة

مقدمة

الأسرة هي الخلية الأساسية التي يستمد منها المجتمع مقوّمات وجوده وعوامل بقائه وعناصر قوته ويظهر ذلك من خلال الإهتمام البالغ من قبل المشرع الجزائري بها وإحاطتها بكل ما يحفظ كيانها وخصائصها الذاتية، ذلك أن حماية الأسرة هي حماية المجتمع ذاته ولا يتحقق إلا بإخضاع الأسرة لتنظيم قانوني واجتماعي محكم يجعلها في منأى عن تأثير التيارات الغربية الداخلية التي تهدم بنيانها وتشل دورها ، ولقد أكدت الدساتير الجزائرية على هاته الحماية، حيث نصت المادة 58 من دستور 1996، والتي تقابلها المادة 72 من قانون 16-01 المتضمن التعديل الدستوري الاخير على أنه: "تحضى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع".[1]

هذا وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة يولي اهتماما خاصا بالأسرة بكل أفرادها من زوج وزوجة وأطفال وتمتد مواده لتنظيم أحكام تتعلق بأقارب كل من الزوجين وذلك قصد إبراز الصفة المؤسساتية للأسرة وما يترتب عن ذلك من التركيز عليها بهدف حفظ كيانها وصيانة حق كل فرد منها وإشعاره بالواجبات الملقاة على عاتقه داخلها في إطار من التوازن بين الحقوق والإلتزامات المتبادلة بينهم[2].

حيث جاء قانون الأسرة الجزائري منبثقا من مبادئ الشريعة الإسلامية على الرغم من الأصوات الداخلية والخارجية التي كانت تطالب بإفراغه من الصيغة الدينية، فقد جاء تدعيما للإستقلال الوطني في المجالين القانوني والقضائي على أعلى مستوى، الأمر الذي جعله بذلك يساهم في سد الفراغ القانوني وخلق نهضة حقوقية شاملة وجزائر في مرحلة تبلور التشريعات واستقرارها على أرض علمية متينة وأسس قوية صلبة في القضاء على التبعية القانونية وظاهرة الإقتباس الجامد من النصوص الدخيلة على ثقافة مجتمعنا الأصيل، كما أنه دعم مبادئ الإكتفاء الذاتي والإستقلال القانوني وجعل أحكام الفقه الإسلامي هي الأساس للتشريع المتعلق بقانون الاسرة في جميع وسائله المختلفة[3]، والملاحظ أن الفترة الممتدة ما بين 1959-1984 شهد صدور العديد من القوانين، فأول قانون عرفته الجزائر يتعلق بالزواج والطلاق هو الأمر 74/59 المؤرخ في 04 فيفري 1959 ثم بعدها جاء القانون 224/63 الصادر في 1963/06/29 المتضمن تحديد سن الزواج وتسجيله، تعاقب بعد هذا القانون أوامر صادرة 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، حيث تأخر قانون للأسرة عن الصدور طيلة عشرين سنة فكان قانون 11/84 هو أول قانون أسرة ينظم جميع المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما وكذا

[1] دستوري 1996 لمؤرخ في 1996/12/07 المعدل بقانون رقم 01/16 المؤرخ في 2016/03/06، ج.ر :53.

[2] بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص15.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، مزيدة ومنقحة، دار البحث للطباعة والنشر، قسنطينة-الجزائر، 1989، ص09 وما بعدها.

تنظيم المسائل الخاصة بالحجر والميراث والتبرعات، كما نجد أن هذا القانون أخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لها وذلك من خلال نص المادة 222 من هذا القانون، والتي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". أما من ناحية دستورية فقد بين المشرع في أحكام الدستور قانون الأسرة وذلك من خلال مادته 02 والمادة 154 على أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع.."[4]

ولقد تعرض هذا القانون إلى عديد من الإنتقادات من طرف الفقهاء والجمعيات النسوية من بينها تلك المتعلقة بمركز المرأة، حيث جعل بعض الفقه أن هذا القانون كان يضع للرجل السلطة العليا في الأسرة وكل ما يتعلق بها وهو ما جاءت به المادة 39 من قانون الأسرة رقم 11/84 والتي تنص على أنه: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة".

وعلى اعتبار قضية الأسرة والمرأة من أهم المجالات التي يظهر على صعيدها الإختراق الخارجي للداخلي وعلى نحو محمل بقيم وثقافة النموذج الغربي على اعتبار أن الأسرة مدخل أساسي للتغيير المجتمعي والقيمي والثقافي والحضاري الذي يسعى الغرب لتحقيقه في مجتمعاتنا العربية والإسلامية.

هذا ويظهر من خلال الدراسة المعمقة لخلفية تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 جاء متأثرا باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو SEDAW" حيث تعتبر هذه الإتفاقية بمثابة المتن الذي كتب على هامشه جميع أعمال الأمم المتحدة من مؤتمرات في مجال حماية المرأة.

حيث تتكون هذه الإتفاقية من 30 مادة قانونية ملزمة للدول الأطراف التي تدعو إلى المساواة بين الجنسين بصفة مطلقة في جميع الميادين دون النظر إلى وضعية المرأة داخل المجتمع وتأكيدها على النظر إلى المرأة كفرد وإلغاء مفهوم التمييز ضدها وذلك بإصدار تشريعات داخلية مما يتوافق مع أحكام الإتفاقية الدولية.

وقد صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب الأمر الرئاسي 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1956 مع إبداء بعض التحفظات[5].

ويظهر تأثر المشرع بهذه الإتفاقية من خلال أخذه ببعض بنود نص المادة 16 من ذات الإتفاقية والتي جاءت تنادي بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، سواء أثناء إبرام عقد الزواج أو في حالة الطلاق، فقام المشرع بإدخال تعديلات على قانون الأسرة الجزائري بصورة تتلاءم مع أحكام المادة 16 والمادة 02 من إتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" وذلك من خلال تعديله للمواد التي يظهر فيها تمييز ضد المرأة وإجحافا لحقوقها

[4] قانون دستوري 96 مؤرخ في 1996/12/07، ج.ر 76 المؤرخة في 1996/12/08.

[5] أبرز المواد الجوهرية التي تم التحفظ على بعض ما ورد فيها هي المادة 02 والمادة 16 ،أنظر الملحق رقم01.

مقارنة بالرجل المتمتع بهذه الحقوق، ومن بين هذه المواد المعدلة المادة 04[6] الخاصة بالزواج واعتبار هذا الأخير عقد رضائي بين الرجل والمرأة، أما التسوية في سن إبرام عقد الزواج.

بالنسبة للطلاق فقد تم تعديل المادة 54 الخاصة بالخلع وكذا المادة 53 الخاصة بالتطليق، هذا من جهة، ومن جهة أخرى قام بالتحفظ على بنود من المادة 16 والتي تدعو إلى إلغاء التعدد والعدة.

وتكمن أهمية موضوعنا هذا أنه ذو طابع قانوني إلزامي وما قد يترتب عليه من تبعات قانونية على الجزائر خاصة وأنها تدعو إلى المساواة من خلال العملية التشريعية، وهو ما يعتبر من نقاط القوة فيها.

إضافة إلى محاولة معرفة مدى أخذ المشرع الجزائري بما جاءت به إتفاقية "سيداو" خاصة مع تطور المركز الإجتماعي للمرأة من خلال الإنفتاح على العالم الخارجي.

وسبب إختيار هذه الإتفاقية على غيرها من الإتفاقيات الأخرى هو تركيزها على المساواة المطلقة بين الجنسين في جميع المجالات بصفة عامة وفي مجال الأسرة بصفة خاصة وهو محور دراستنا. كما قامت بإتيان أمور جديدة لم تأتي بها غيرها من الإتفاقيات المتعلقة بالمرأة، وهي تعترف بأهمية الثقافة والتقاليد في تشكيل..

وكذلك تكمن أهمية الموضوع محل الدراسة كونه متعلق بالأسرة واستقرارها وحساسية المسائل التي تم تعديلها بحيث مست الوليّ، نظام تعدد الزوجات، مسكن خاص، الخلع...إلخ.

إضافة إلى عدم الإرتياح للنتائج المترتبة عن هذا التعديل في الواقع الإجتماعي الجزائري، ومحاولة تشخيص آثار المواد القانونية التي تم تعديلها على ضوء مواد إتفاقية "سيداو" محل الدراسة.

والصعوبات التي واجهناها عند إعدادنا لهذا البحث تتمثل في قلة المراجع الخاصة بالبحث على مستوى الكلية، كما اصطدمنا بعامل الوقت اللازم للإلمام بجوانب الموضوع.

أما المناهج المتبعة في دراسة هذا الموضوع فقد إتبعنا في بادئ الأمر المنهج التحليلي من أجل معرفة مضمون وعمق ما ذهب إليه قانون الأسرة واتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة". وذلك باستعمال أدوات التحليل، الإستقصاء والوصف والمقارنة من أجل فهم الواقع القانوني والشرعي لحقوق المرأة.

وأحيانا المنهج (المقارن-الإستقرائي) وذلك لمعرفة مدى تأثر قانون الأسرة الجزائري لإتفاقية "سيداو"، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية في مواضع تستدعي باعتبار أن قانون الأسرة مستنبط من مبادئها وذلك باعتمادنا على الإستدلال بالآيات القرآنية ونصوص السنة النبوية، وبعض الأمثلة للفهم أكثر ونصوص قانون الأسرة قبل وبعد التعديل.

إلى جانب كل هذا عمدنا إلى الجانب التطبيقي وذلك بإدراج بعض القرارات القضائية واجتهادات من المحكمة العليا.

[6] الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، ج.ر 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

أما الإشكال الذي يمكن طرحه في إطار دراسة موضوعنا هو: **إلى أي حد تأثر المشرع الجزائري ببنود إتفاقية "سيداو" في مسائل الزواج والطلاق؟ وهل وفّق بين تطبيق أحكام الإتفاقية والتمسك بأحكام الشريعة وعادات المجتمع؟**

وللإجابة على الإشكالية التي تم طرحها، ومن أجل الوصول إلى تحقيق الأهداف التي يصبو إليها البحث سنتبع الخطة التالية:

الفصل الأول: مدى تأثر قانون الأسرة الجزائري باتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" في مسائل الزواج وآثاره.

الفصل الثاني: مدى تأثر قانون الأسرة الجزائري باتفاقية "سيداو" في مسائل فك الرابطة الزوجية وآثارها.

الفصل الأول

تأثير إتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" على قانون الأسرة في مسائل الزواج

الزواج من المسائل التي أعطى لها الشرع والقانون أهمية بالغة، وقد تم التطرق إليه في أحكام الشريعة الإسلامية ووردت أحـاديث وسور تنظم هذا الموضـــوع لأنه يعتبر من العقــود التي تربط بين روحين وجسدين ألا وهما الرجل والمرأة، وذلك عن طريق عقد الزواج. ونظرا لأهميته وتميزه وخصوصيته، فقد حاول المشرع تنظيمه تنظيما سليما وذلك بتحديد أهم أحكامه سواء من خلال ما تطرق له في قانون الأسرة قبل التعديل لسنة 1984 أو بعد تعديله بموجب الأمر 02/05 وذلك بعد المصـادقة على اتفـاقية القضـاء على جميـع أشـكال التمييز ضد المرأة و مواكبتها، في بعض نصوصها ويظهر ذلك من خلال نص المادة 16 على أنه تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية.

ومن خلال هذا يتبادر إلى أذهاننا التساؤل التالي: مدى تأثير اتفاقية "سيداو "على قانون الأسرة خاصة في مسائل الزواج (المبحث الأول)، ومن جهة ثانية تأثير الإتفاقية على حقوق وواجبات الزوجية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تأثير اتفاقية "سيداو "على المركز القانوني للمرأة أثناء الزواج

إن عقد الزواج رباط وميثاق غليظ يجمع بين الرجل والمرأة بهدف إقامة علاقة زوجية مشتركة أساسها المودة والرحمة[1] وهو عقد موضوعه يدل عليه إذ يعقد على نية الدوام والاستقرار والاستمرار ما بقي كلا الزوجين على قيد الحياة. لهذا قبل أن نتطرق إلى المركز القانوني للمرأة عند انعقاد عقد الزواج يجب أن نتحدث على فترة تسبق هذا الزواج وهي مقدمات هذا الزواج التي لها نفس شأنه وأهميته، لهذا خصّتها الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة وهما ما يسمى عند العرب في لسان الشّرع الإسلامي بالخِطبة، ولدراستنا لهذا الجزء، سنتطرق إلى الطبيعة القانونية للخطبة و ما هو حكم العدول عنها وكيفية التعويض عن الضرر الذي قد يلحق جراء العدول (المطلب الأول)، ووضعية المرأة أثناء الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول:الوضعية القانونية للمرأة أثناء فترة الخطبة

الخطبة هي أولى مراحل إنشاء عقد الزواج، ويتجلى دورها في منح فرصة لكلا الطرفين في المعرفة الحقيقة الطرف الآخر، وبالتالي يتسنى له أخذ قرار إبرام العقد، أو العدول عن ذلك. ولقد نظمها المشرع في المادتين05 و06 من ق.أ.ج ونتناول في هذا المطلب تعريف الخطبة والطبيعة القانونية لها، هل هي عقد؟ أم مجرد وعد بالتعاقد (الفرع الأول)، ثم حق العدول عنها (الفرع الثاني)، و أخيرا، الأثر التي قد تترتب عن العدول (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الخطبة و طبيعتها القانونية

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف كل من الخطبة (أولا) وكذا إلى الطبيعة القانونية للخطبة (ثانيا)

أولا: تعريف الخطبة

الخِطبة لغة تعني طلب النكاح بالكسر، واختطبوا فلان أي دعوه إلى تزويج صاحبهم.[2] و تعني طلب الرجل المرأة للزواج.

أما اصطلاحا فتعني إظهار الرجل رغبته في التزوج بامرأة يحل له التزوج بها. وعرّفت بأنها: تواعد رجل وامرأة على الزواج،[3] و "طلب الرجل المرأة للزواج أو طلب المرأة الرجل للزواج".[4]

---

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج. قانون خاص مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 2013-2014، ص11.

[2] الطاهر الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، ص184-185.

[3] بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في ق.أ.ج والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان، 2015-2016، ص52.

[4] بن عومر محمد الصالح، نفس المرجع السابق، ص52.

ولقد عرف المشرع الخطبة في المادة الخامسة[1] من قانون الأسرة الجزائري بأنها: "الخطبة وعد بالزواج"، والملاحظ على هذا التعريف أن المشرع لم يعط تعريفا مفصلا للخطبة، بل اكتفى بتبيان طبيعتها القانونية فقط بتبيان أنها مجرد وعد بالزواج.

و بعد تعريفنا للخطبة لغة، نعرج على مسألة تكييفها.

ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة

اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، فمنهم من اعتبرها عقدا ملزما للجانبين (أ) واتجاه آخر من الفقه نفى عنها صيغة العقد مكيفاً إياها بأنها وعد بالزواج (ب) ثم نبين موقف المشرع الجزائري (ج).

أ- الرأي الذي يكيف الخطبة على أساس أنها عقد

إذ يذهب جانب من الفقه أن الخطبة تكيّف على أساس أنها عقد حيث يرى أن الاتفاق بين الخطيبين وما يدور بينهما من إيجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد[2]، ويصنف بعض الفقهاء الخطبة بأنها عقد تمهيدي[3] واستندوا في ذلك على أساسين، أساس تاريخي وهو أن الخطبة تعتبر تقليد قديم تعود أصوله ونشأته إلى ما قبل النظم القانونية الرومانية[4]، أما الأساس القانوني فينطلق من أن العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخصان فأكثر بالقيام بعمل ما أو الإمتناع عن القيام بعمل ما وهو ما أكدته المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي.[5]

و بعد تحليل آراء هذا الاتجاه، يتبين لنا جليا أن رأيهم جانب الصواب فيما ذهبوا إليه، ذلك أن الأصح أن الخطبة لا تعد عقدا، فهي لا تنشأ إلتزامات في ذمة الطرفين من أجل إتمام وإبرام عقد الزواج، فرضائية الخطبة تجعل العدول أمرا طبيعيا إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام مراسيم الزواج.

ب- الرأي الذي يكيف الخطبة على أساس أنها وعد

ويذهب هذا الاتجاه من الفقه إلى الإشارة بأن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد وإنما هي مجرد وعد بالزواج[6].

والأسس التي اعتمد عليها الفقه أن القانون الفرنسي[7] لم ينصّ عليها، الأمر الذي جعل بعض الفقهاء يذهبون إلى القول بأن الخطبة ليس لها أي أثر. كما أن الشخص حرّ في إختيار شريك حياته دون ضغط أو إكراه.[1]

---

[1] حيث تم تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ 2005/02/27 حيث كانت تنص قبل التعديل "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها".

[2] محمد محدة، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، دار الشهاب الجزائر، 2000، ص42.

[3] هو عقد تحضيري يبرمه الأطراف قبل العقد النهائي فهو عقد مؤقت سابق على التعاقد يتطلع به الأفراد نحو تحقق عقد نهائي، بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ،ديوان المطبوعات جامعية ،الجزائر،2011، ص140.

[4] محمد محدة، المرجع السابق، ص42-43.

[5] بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص45.

[6] محمد محدة، المرجع السابق ، ص45.

[7] إن القانون الفرنسي لم ينظم مسألة الخطبة بالبيان والتوضيح فقد قرر أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا على أن أسس الزواج هي الرضا والاختيار والحرية وأن الخطبة مقدمة من مقدماته ليس لها قوة العقد، مقتبس عن بن عومر محمد صالح ،مرجع السابق ،ص 55.

ج- موقف المشرع الجزائري من خطبة

ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار الخطبة وعد بالزواج و ليست عقد، أين نص في المادة 1/5 من ق.أ: "الخطبة وعد بالزواج". كما نصت م4 من الأمر رقم 59-274 على أنه: "الوعد بالزواج الصادر من جانب واحد أو من الجانبين لا يعتبر زواجا ولا يرتب أي إلتزام بإبرام الزواج".

وعليه فقد اعتبر المشرع الجزائري الخطبة وعدا مستعملا لفظ "الوعد" من حيث الصياغة القانونية، غير أن مصطلح وعد يكون في الوعد بالتعاقد في القانون المدني الجزائري (م 71ق.م) ملزما للواعد إلى غاية انتهاء المدة المحددة في الوعد بالتعاقد، لكن الخطبة عكس ذلك غير ملزمة للخاطب "الواعد" فيجوز له أن يعدل عنها متى شاء.

بعد ما تطرقنا في الفرع الأول إلى كل ما يتعلق بتعريف الخطبة وطبيعتها، يتواصل بنا البحث في تبيان مدى ضمان المشرع الجزائري في تجسيد مبدأ المساواة القانونية بين الرجل والمرأة (الخاطب والمخطوبة)، فيما يخص العدول عن الخطبة من كلا الطرفين على قدم المساواة وهو ما سنتعرض له في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: حق العدول عن الخطبة

إن عقد الزواج ذو صيغة خاصة يختلف عن باقي العقود الأخرى وذلك لتعلقه بذات الإنسان. وعليه حدّد له المشرع مرحلة تمهيدية هي الخطبة، فأينما كان هناك وفاق واتفاق بين الطرفين أدى بالنهاية إلى إبرام عقد زواج، لكن إذا كان هناك تنافر وإختلاف في الرأي، فإن الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست لها أحكام القوة الملزمة للعقد. وعليه قد يتم العدول من أحد الطرفين و لا يتم إبرام عقد الزواج.[2]

وعليه سنتناول في هذا المقام حق كل من الطرفين في العدول عن الخطبة (أولا). ثم نتعرض بالدراسة إلى مسألة التعويض في حالة العدول إذا أصاب أحد الطرفين ضرر عن هذا العدول (ثانيا)، وإذا كانت هناك هدايا أو غيرها قد سلمت في مرحلة الخطبة فإنه يجوز استردادها بعد العدول لكلا من الطرفين (ثالثا).

أولا: حق الطرفين في العدول عن الخطبة

بما أن الخطبة وعد بالزواج فقد ذهب المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المغاربية إلى إعطاء الحق لكل طرف في العدول عنها، حيث تنص المادة 2/5 ق.أ على أنه: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

غير أنه من الناحية الأخلاقية والأدبية. فإنّ من مكارم أخلاق الإنسان أن يفي بوعده قدر المستطاع وأن يراعي شعور الآخرين وغالبا ما تكون الضحية في هذا هي المرأة. ففقهاء الشريعة وإن اعتبروا بأن العدول عن

[1] عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2004-2005، ص24.

[2] محمد محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، دكتوراه جامعة باتنة 2009، ص304.

الخطبة مباح، إعتبروه في نفس الوقت من الكراهة لأنه من إخلاف الوعد[1] مصداقا لقوله تعالى ﴿ وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾ ﴾[2]، والوفاء بالوعد التزام أخلقي وديني لا قضائي، حفظا للكرامة أن تهدر والمشاعر أن تمس وللشبهات أن تثور وللسمعة أن تنال منها الأقاويل، وروى أحمد عن المطّلب عن عبادة ابن الصامت أن النبي ﷺ قال "**أضمنو لي ستا من أنفسكم أضمن لكم الجنة..أصدقوا إذا أحدثتم، وأوفو إذا وعدتم، و أدوا إذا ائتمنتم، واحفظوا فروجكم وغضوا أبصاركم، و كفوا أيديكم**".[3]

ولقد وافق القضاء الجزائري المشرع معتبرا أن العدول عن الخطبة حق لكل من الطرفين، حيث جاء في بعض أحكامه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة وعد بالزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها".[4]

ثانيا: التعويض عن ضرر الذي قد يترتب نتيجة العدول

قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر يصيب أحد الطرفين ماديا أو معنويا، إذ قد تستمر الخطبة لفترة طويلة كأربع سنوات ثم يعدل الرجل عن الخطبة، فتكون المخطوبة قد تقدمت في السّن، فيسبب لها ذلك ضررا يتمثل في تفويت الفرصة لخاطب آخر. أو ترك المخطوبة وظيفتها، وذلك كله استعدادا لتأسيس الأسرة في ظروف جيدة. وفي المقابل قد يطلب من الخاطب إعداد مسكن خاص كلفه كثيرا. أو يطلب من الخاطب تغيير محل إقامته الأمر الذي يسبب له أضرارا في حالة عدول المخطوبة.

وعليه إذا كان من حق كل من الطرفين العدول عن الخطبة، فهل من حق الطرف المتضرر جراء هذا العدول أن يطالب بالتعويض؟

فقد ذهب اتجاه من الفقهاء إلى أنه لا يترتب أثر العدول عن الخطبة أي تعويض ذلك أنه وعد بالزواج[5]. ولكل طرف حق العدول متى شاء ولا مسؤولية عليه مطلقا ولا يطالب بالتعويض. ومن أهم حجج وأدلة هذا الاتجاه أن الحكم بالتعويض إكراه ضمني على الزواج وذلك أن أحد الطرفين قد يقدم على إتمام العقد وهو مكره، خوفا من تعويض، فيكون الزواج قد تم من غير رضا سليم. وفي هذا يقول الشيخ محمد أبو زهرة "ولأنه لو حمل العادل عن الخطبة مرغما، لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج، ويجب أن يتوفر في عقد الزواج كامل الرضا و كامل الحرية".[6]

[1] محـمدأبو زهرة، الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي، القاهرة -2005، ص34.

[2] الإسراء: 34.

[3] عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص65.

[4] المحكمة العليا. غ أ ش، ملف رقم 81129 قرار 1992/03/17، والقرار الصادر بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 56097.

[5] عومر محمد الصالح – المرجع السابق، ص67.

[6] محمد أبو زهرة- المرجع السابق، ص37.

ويذهب إتجاه ثاني إلى القول بوجوب التعويض في حالة العدول عن الخطبة، فالطرف العادل يتوجب عليه دفع التعويض للطرف الآخر، ومن أهمّ حجج وأدلة أصحاب هذا الإتجاه نجد الضرر ممنوع في الشريعة الإسلامية وعليه اتجه الفقه إلى منع جميع التصرفات التي تلحق أضرارا بالآخرين.[1]

ويذهب اتجاه ثالث إلى انه لا يترتب أي تعويض بمجرد العدول عن الخطبة، أما إذا صاحب العدول ظروف مستقلة كان من شأنها إحداث ضرر، فيتوجب عندئذ التعويض من طرف العادل[2].

بالرجوع إلى قانون الأسرة، فإن المشرع الجزائري عندما نص في م 3/5 ق.أ: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض للطرف المعدول عنه". باستعماله لفظ "جاز" فالقاضي له كامل السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض من عدمه.

ثالثا: رد الهدايا عند العدول عن الخطبة

جرى العرف أنه بمجرد إتمام الخطبة يشرع الخطيبين في تبادل الهدايا والهبات وخاصة في المناسبات كالأعياد والمولد النبوي الشريف وغيرها، وغالبا ما تكون قيمة الهدايا باهظة الثمن ومكلفة جدا. وتكون أيضا الهدايا كثيرة ومتنوعة خاصة في حالة طول فترة الخطبة بين الخطيبين، فقد تمتد الخطبة أحيانا لأكثر من ثلاث سنوات.

هذا وأنه في حالة العدول عن الخطبة من أحد الطرفين، فإنه يثار مشكل رد الهدايا. وخاصة النفيسة منها (سيارة مثلا). هل يتم ردها مطلقا أم هناك استثناء. وهو ما سنبيّنه من خلال تبيين موقف المشرع الجزائري، لأن هذا ما يهمّنا في هذه المسألة و كذا وجهة نظر القضاء في الموضوع.

أ- موقف المشرّع الجزائري من رد الهدايا

لقد ذهب المشرع الجزائري في تنظيمه لمسألة استرداد الهدايا من الخاطب أو المخطوبة إلى محاولة التأكيد على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، حيث أخذ بالمذهب المالكي كأصل عام في هاته المسألة. الأمر الذي سنبينه من خلال المادة 05 ق.أ قبل التعديل، ثم بعد التعديل.

كانت المادة 05 ق.أ في فقرتيها 3 و 4 تنص: "لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه. وإن كان العدول من المخطوبة. فعليها رد ما لم يستهلك".

فيتضح من خلال هذا النص أن المشرع خالف رأي المالكية في الفقرة الأخيرة وأخذ برأي الفقيه. كما هو واضح من لفظ "فعليها رد ما لم يستهلك".

[1] محمد محدة، المرجع السابق، ص75، 76.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص21.

والحال هكذا، فإنه إن كان العدول من المخطوبة فالخاطب يطالب فقط برد الهدايا التي لم تستهلك،أما إذا تم استهلاكها فليس له الحق في المطالبة بقيمتها[1]، كأن تتصرف المخطوبة في الهدايا بالبيع أو الهبة مثلا.

كما يلاحظ على هذا النص أيضا أنه أغفل التطرق عن حكم الهدايا التي يمكن أن تقدمها المخطوبة إلى خطيبها. ففي حالة العدول من المخطوبة هل يحق لها المطالبة بها أم لا؟ فالمشرع اكتفى بذكر الهدايا المقدمة من طرف الخاطب فقط[2]. وقد يرجع ذلك إلى أن العرف السائد آنذاك هو أن تقدم الهدايا فقط من جانب الخاطب اتجاه مخطوبته، وعلى إثر هاته النقائض والملاحظات الواردة على م05 ق.أ عمل المشرّع الجزائري على تفاديها وذلك من خلال تعديله بموجب الأمر رقم 02/05.

تنص م 05 / 04 و 05 من الأمر رقم 02/05 على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك أو قيمته".

فيتضح من خلال التعديل لنص م 05 ق.أ، أن المشرع الجزائري ساوى بين الطرفين في مسألة ردّ الهدايا بعد العدول. سواء كانت الهدايا مقدمة من طرف الخاطب أو مقدمة من طرف المخطوبة. وهو ما تم تداركه طبقا لما جاء به النص القديم. ولا فرق في ذلك إن كان العدول من طرف الخاطب أو من طرف المخطوبة وهو ما أشار إليه بالحاج العربي حينما قال: "...فإن تعديل عام 2005م للمادة الخامسة من قانون الأسرة، أقر مبدأ المساواة بين الخطيبين في استرداد الهدايا..."[3].

هذا ومما يمكن قوله حول مسألة أخذ المشرع الجزائري بالرأي المالكي بعد التعديل وذلك بإيراد لفظ "أو قيمته" أما لفظ "ما استهلك" فالمقصود منها تلك الهدايا القليلة القيمة أو المستهلكة بطبيعتها كالمأكولات والمشروبات أو الضئيلة القيمة كالنعال أو خمار بالنسبة للمرأة أو ربطة عنق أو عطر بالنسبة للرجال.

كما يلاحظ على هذا النص أيضا أن المشرع الجزائري أغفل مسألة المتسبب الفعلي أو الحقيقي في العدول فقد يكون العدول من طرف المخطوبة، لكن الدافع إلى العدول كان تصرفات وسلوكيات الخاطب أو العكس[4]. فليس من العدل أن يمنع الخاطب من استرداد هداياه لمجرد أن العدول كان منه ويتجاهل ما إذا كان عدوله بسبب من المخطوبة نفسها، كأن تقوم بتصرفات غير شرعية، ومثل ذلك بالنسبة إلى عدول المخطوبة بسبب يرجع إلى الخاطب أو لعيب فيه. وعليه يتوجب على المشرع أن يتدارك هذا النقص بالنص على مسألة المتسبب في العدول.

---

[1] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص20.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، مزيدة منقحة، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، ص87-88.

[3] بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقا لآخر التعديلات ومدعم بأحدث الإجتهادات، المحكمة العليا، ج1، أحكام الزواج والطلاق، ط6، مزيدة،دار ثقافة للنشر،عمان،2012 ،ص99.

[4] محمد محدة، المرجع السابق، ص64.

بالإضافة إلى ما سبق، نرى أن المشرع قد أغفل مسألة وفاة أحد الخطيبين. فهل تسترد الهدايا أم لا ؟ فنرى أنه يمكن استرجاعها من الطرف الآخر خاصة إذا كانت كبيرة القيمة كمنزل أو سيارة مثلا.

ب- رأي القضاء من رد الهدايا عند العدول عن الخطبة

ذهبت المحكمة العليا في قرارها بأنه: "من المقرر أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن تردّ ما لم يستهلك من الهدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصّداق إلا عند الطلاق قبل الدخول. و ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج ومن دون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن في هذه الحالة تحميل المطعون ضده الخسائر ولا الأضرار المترتبة عن ذلك. مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم و يتوجّب رفض الطعن".

- يتبين أن هذا الحكم قد وافق المشرع فيما ذهب إليه قبل التعديل في الإشارة له إلى لفظ "ما لم يستهلك"[1].

كما قضت المحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه ومتى تبين في قضية الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف و القاضي برفض إتمام الزواج و إلزام المدّعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا و حلي و نقود و اعتبروها صداقا دون الرد على دفوع الطاعنة أخطؤوا في تطبيق القانون و عرّضوا قرارهم للقصور في تسبيب"[2].

- وبهذا نكون قد توصلنا إلى أن المشرع الجزائري ساوى بين الرجل والمرأة في الخطبة سواء في المبادرة أو العدول والتعويض طبقا للمادة 16/ب من سيداو: "نفس الحق في حرية اختيار الزوج".

وأمام هذا نقول أن نصوص الخطبة تشمل مساواة قانونية بين الرجل والمرأة وبالتالي هي منسجمة مع أحكام اتفاقية "سيداو" ولا يوجد تعارض بينهما على مستوى المبادرة بالخطبة بين الرجل أو المرأة أو على مستوى العدول، و كذا المساواة في التعويض عن ضرر العدول. و أخيرا المساواة في رد الهدايا بعد العدول.

المطلب الثاني: الوضعية القانونية للمرأة أثناء عقد الزواج

إن الزواج[3] في الشريعة الإسلامية هو عقد يفيد العشرة بين الرجل والمرأة، وهو الأسلوب الذي شرعه الله للتكاثر وبناء الأمم. وقد حاول المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لسنة 1984 والتعديل بموجب الأمر 02/05 تنظيمه تنظيما سليما، وذلك بتحديد أحكامه رغبة منه في تكييف نصوص قانون الأسرة مع إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي بحثت عن مركز المرأة في عقد الزواج باعتباره عقدا مدنيا ينشأ

[1] المحكمة العليا، غ أ ش بتاريخ 1993/07/13 ملف رقم 92714 م ق 1995 عدد خاص، ص128.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 219313 م ق 2001، عدد خاص. ص39.

[3] عرفته المادة 04 الأمر 02/05 من ق.أ.ج: "عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على وجه شرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والإحسان..".

بتوافق إرادة الطرفين هما الرجل والمرأة، وذلك يكون بمعرفة مدى توافر إرادتهما ومراعاة حرية المرأة كطرف متكافئ مع الرجل[1]، وذلك من خلال نص المادة 16 التي نصت على أنه (تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية..).

باعتبار الزواج رباطا وميثاقا متينا بين الرجل والمرأة يهدف إلى إقامة حياة زوجية مشتركة ملؤها المودة والرحمة والتفاهم؛ لهذا لزاما أن يصنف عقد الزواج ضمن العقود الرضائية التي تقوم على سلطان الإرادة، مع توافر شروط موضوعية وشكلية. إلى جانب أن هذا العقد يقوم على شروط يمليها الزوجين حسب رغبتهما وإرادتهما. وكل هذا سوف نتطرق إليه وفقا الفروع الآتية؛ الفرع الأول نتكلم عن أركانه والفرع الثاني شروطه والفرع الثالث مدى حرية الاشتراط.

الفرع الأول: أركان عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج كباقي العقود التي تقوم على أساس أركان وشروط و بالرجوع إلى تعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 نجد أنا المشرع جعل عقد الزواج يقوم على ركن وحيد وهو ركن التراضى ، وفي هذا المقام

سنحاول من خلال هذا الفرع معرفة مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة في كل من التراضى كركن لصحة الزواج (أولا) و الأهلية كشرط صحة ثانيا)، وكذا الولي (ثالثا).

أولا: التراضى

سوف نستعرض مدى حرية المرأة أمام الرجل في هذا الركن، وهو التراضى، حيث يعتبر ركن2 أساسي لإبرام أي عقد. خاصة إذا كان هذا العقد ذا أهمية بالغة كعقد الزواج.

وطبقا لقواعد القانون الوضعي، يعد التراضى تطابق الإيجاب مع القبول. كما ورد في أحكام القانون المدني[3].

ونظرا لأهميته البالغة من حيث ضرورته لصحة الزواج بالنسبة لرضا المرأة، فقد حددت اتفاقية "القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة" في نص مادتها 16 وذلك بالمطالبة أن تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة وموافقتها الحرة[4] التي لها تميز بينها وبين إرادة الرجل، وهذه المبادئ الشرعية مستوحاة من نصوص القرآن وأحاديث الرسول ﷺ، فقد روى الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: "لا تنكح الآيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن".

---

[1] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2004، ص33

[2] بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،ط1، دار الخلدونية، 2008، ص54.

[3] لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص51.

[4] وحياني الجيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة على ضوء الإتفاقيات، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص52.

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 9 من قانون الأسرة، ويجعل كل من رضا المرأة والرجل في مرتبة واحدة مستعملا في ذلك رضا الطرفين؛ أي تبادل الإيجاب والقبول لكل من الرجل والمرأة.

من خلال ما سبق، التساؤل الذي يطرح نفسه هو مدى ضرورة وجود ولي المرأة كركن في العقد، وهل دوره ضرورة شرعية أم هو تقييد لحرية المرأة واستعمال رضاها؟

ولتوضيح هذه الإشكالية، يجب أن نرى وجهات النظر المختلفة، وذلك من خلال المواقف المختلفة عن وجود الولي في عقد الزواج بدءا بآراء بعض فقهاء الشريعة الإسلامية.

باعتبار أن قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، والتي بدورها أكدت على مراعاة حق المرأة وحريتها في اختيار الزوج والرضا، وأنكرت إجبار الولي من هي تحت ولايته على الزواج، ما روي عن خنساء بنت خذام الأنصارية في عهد الرسول ﷺ. زوّجها أبوها وهي ثيب، فكرهت[1] ذلك فرفعت أمرها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبطل نكاحها وأعطاها الحرية في اختيار من ترضاه زوجا لها. وغيرها من الأحاديث والروايات التي تدل على أن الإسلام أعطى للمرأة البالغة كامل الحرية في رفض من لا ترضاه زوجا لها وليس لوليها الحق في إجبارها وإكراهها على ما لا تريده[2].

و إضافة إلى هذا فإن الشريعة الإسلامية تمنع زواج المسلمة بغير المسلم وذلك لما جاءت به الآية الكريمة، قال تعالي ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ وَلَأَمَةٞ مُّؤۡمِنَةٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكَةٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَتۡكُمۡۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ وَلَعَبۡدٞ مُّؤۡمِنٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكُمۡۗ ﴾[3].

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا المنع من خلال المادة 30 المعدّلة من قانون الأسرة، والتي هي متناقضة مع المبدأ الدستوري الذي ينصّ على المساواة بين كل المواطنين مهما كان جنسهم، وإن كانت فكرة عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية التي تهدف إلى الحفاظ على مبادئ الشعب المسلم وعلى الدين الإسلامي.[4]

ومما يتراءى لنا أن اشتراط رضا المرأة في الزواج أرتبط بوجود ولي باعتبارها ولاية مشورة ونصيحة وتوجيه، وعدم السماح بالزواج للمرأة بغير المسلم، هذان الشرطان قد يولّدان تأثيرا على ممارسة المرأة لحريتها، كما أن وجود الولي يؤثر على القيمة القانونية لرضا المرأة كتعبير على الإرادة.

---

[1] أبو عبد الله محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، باب "إذا زوج إبنته وهي كارهة"، حديث رقم 4845، ص1462، مقتبس عن بوكايس سمية، المرجع السابق، ص17.

[2] أبو داوود ساجستان، سنن أبو داوود، كتاب النكاح، حديث رقم 2696، ج2، ط1، دار الحزم، بيروت، 1994، ص398، مقتبس عن بوكايس سمية، المرجع السابق، ص18.

[3] البقرة: 221.

[4] لوعيل محمد أمين، المرجع السابق، ص58.

ورغم أن المشرع أخذ بالمساواة في الرضا، إلا أنه تمسك بهذا المنع، وهو ما يفسر ويبين لنا عدم رفعه للتحفظ على المادة 16 من إتفاقية "سيداو".

ومما يلفت الانتباه من خلال ما سبق، أن المشرع الجزائري ركز على الرضا، مما يؤكد أنه لابد من رضا المرأة من أجل إتمام عقد الزواج[1]. ومن خلال إصراره هذا، دليل على أخذ المشرع بمبدأ المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بهذا الركن تأثرا منه بـ "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، وهو الذي أكده التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الذي جاء فيه: "أصبح الزواج يعتبر في قانون الأسرة عقدا توافقيا يتطلب موافقة زوجيّ المستقبل، وقد ترتب على ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإنابة". وهذا ما أكدته الم 9 ق.أ التي تنص على عقد الزواج الذي يبرم بموافقة الزوجين معا[2]. وفي حالة عدم حصول موافقة، يلغى هذا العقد ويطلب إبطاله عن طريق العدالة. **لكن إذا اختل ركن الرضا ما مصير هذا العقد؟**

بما أن عقد الزواج من عقود الرضائية بين الرجل والمرأة دون أي وسيط، مما يدل أن حضور الزوجين إجباري أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية على أن تكون إرادة خالية من العيوب سواء غلط أو تدليس أو إكراه.[3]

وأكثر من ذلك فإن المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج باطلا سواء قبل أو بعد الدخول. إذا اختل ركن الرضا حسب المادة 33 المعدلة بالأمر 02،/05 وكذلك استنادا إلى قرار المحكمة العليا التي بينت أن: "عدم رضا الطاعنة بهذا الزواج وانعدام قبول فيه، مما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد، مما يجعله باطلا، وإذا قضى قضاة الاستئناف على المستأنفة التي كانت طاعنة بإتمام إجراءات الزواج يكونون قد أجبروها على تنفيذه بتصرفهم هذا خالفوا القانون[4] وعلى ذلك لا يوجد زواج دون رضا تام وحرية اختيار"[5].

كما قد منح القضاء في قراراته في إحدى القضايا المرفوعة إليه من فتاة تطالب بفسخ عقد الزواج بعد بلوغ وعدم توافر رضاها، وذلك وفق ما يلي: "إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون"[6].

وأخيرا يجب أن يكون الرضا معتبرا من حيث الإرادة، ولكي يكون كذلك، لا بد أن يصدر من ذي أهلية. وعليه نطرح التساؤل إلى أي مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة في سن الزواج بين الرجل والمرأة مقارنة باتفاقية "سيداو"؟

---

[1] تشوار الجيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين تراجع وتمسك، مقالة تصدر بجامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، عدد12.

[2] المادة 09 من الأمر 02/05 نصت على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

[3] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، مرجع سابق، تلمسان، ص16.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/07/18، ملف رقم 821942، المجلة القضائية، ص267.

[5] بالحاج العربي، المرجع السابق ،ص65.

[6] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2001/08/21، ملف رقم 255711، المجلة القضائية، ص275.

ثانيا: الأهلية

الأهلية تعتبر من أهم الخصائص المميزة للإنسان[1]، وهي تساعد على معرفة ما يتمتع به من حقوق وما يمكن أن يلتزم به من واجبات. وللأهلية نوعان نظمهما المشرع ؛ الأولى أهلية الوجوب أي التمتع بالحقوق والأهلية في الإلتزام بالواجبات، أما الثانية أهلية مباشرة الشخص للحق والواجب بنفسه. أما الأهلية في عقد الزواج وهي محل لدراستنا، نقصد بها صلاحية الشخص لإبرام هذا العقد، حيث يكون كلا من الرجل والمرأة على درجة واحدة من النمو الجسدي والعقلي على حد سواء، من أجل تحقيق الأهداف التي يقوم عليها الزواج ومدى وعيهما بدورهما ومسئوليتهما داخل الأسرة وانعكاسها على المجتمع.

وبما أن عقد الزواج رضائي، والذي لا ينعقد إلا بتوافر أهلية الرجل والمرأة، وعلى أساسها يتحدد وجود الرضا من عدمه، والتساؤل الذي يثار؛ هل الأحكام التي تنظم أهلية الزواج من المنظور الإسلامي هي نفسها الأحكام التي تحكمها من منظور القانون الوضعي القديم والحديث، ومدى تطبيق إتفاقية سيداو على هذا الركن من خلال مادتها 16 ف2؟.

1- الأهلية وفق مبادئ الشريعة الإسلامية

تحدّد أهلية زواج المرأة وفق الشريعة الإسلامية بالبلوغ، فحسب فقهاء الشريعة الإسلامية، يتمتع الشخص بأهلية الوجوب منذ أن يكون جنينا في بطن أمه. فله أن يتلقى حقوقه كاملة في الميراث و يحدد نصيبه بأوفر النصيبين[2].

أما أهلية الأداء حسب رأيهم، فلا تثبت إلا للشخص البالغ العاقل، وعليه فقد يتم عقد زواج الصغيرة قبل الدخول، وتكتمل أهليتها بالبلوغ إما بالحيض أو بالإحتلام أو الحبل.ولا يكتمل زواج الصغيرة في مثل هذه الحالة إلا بحضور الولي الذي يندرج لزومه ضمن إطار الولاية الإجبارية.

لكن الاتجاه الآخر من الفقه فيما يخص زواج الصغيرة غير البالغة بغض النظر عن قرابة وليّها، بالنظر إلى كونها مازالت بكرا أو أصبحت ثيبا، فإن بلغت وهي بكر وأرادت أن تفسخ عقد الزواج كون الزوج غير كفء لها مثلا، فلها ذلك أي حق الفسخ. أما إذا بلغت وهي ثيب، أي أن زوجها دخل بها قبل بلوغها فلا يسقط حقها في طلب الفسخ إلا إذا رضيت بالزواج صراحة.

ومن هذا الموقف نستنتج أن أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية لا تتم إلا بالبلوغ [3]، وبذلك تتمكن من تحديد مركزها إذا لم يحدد بعد و تغيره إذا رأت أنه يضر بمصلحتها و حريتها، و هي تعتبر حماية منحتها لها الشريعة الإسلامية في زمن كانت تتزوج وهي صغيرة نتيجة ظروف اقتصادية أو اجتماعية منبثقة من فترة زمنية. أما عن

[1] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص19.

[2] لوعيل محمد أمين، المرجع السابق، ص16.

[3] لوعيل محمد أمين، المرجع السابق، ص40.

تحديد سن البلوغ فقد ثار خلاف فقهي كبير حول تحديد سن البلوغ هو سن 17 سنة للأنثى وقدّره الصاحبان 15 سنة لكل من الأنثى و الذكر.

وفيما يخص تزويج عديم التمييز أو ناقص الأهلية، نلاحظ أن الشريعة الإسلامية أجازت زواج عديم التمييز بناء على إرادة وليّه وحده لأنه أدرى بمصلحة من هو تحت ولايته عكس أحكام الديانة المسيحية التي تشترط اجتماع الإرادتين معاً[1].

أمّا المرأة كاملة التمييز وفق الشريعة الإسلامية، تجب عليها ولاية استحباب عند فقهاء الحنفية وولاية إجبار عند المالكية، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث لم يميز بين المرأة القاصر أو البالغة بل جعل إلزامية حضور الولي في عقد الزواج.

والأهلية في عقد الزواج هي صلاحية الشخص لإبرامه حيث يكون كل من الرجل و المرأة على درجة سواء الجسدية والعقلية[2] من حيث النموّ وذلك لتحقيق أهداف الزواج ووعيهما ومسؤوليتهما سواء في بناء الأسرة أو المجتمع.

وبناء على ذلك جاءت إتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز" في مادتها 16 أنه: "يترتب آثار قانونية على خطبة و زواج الأطفال و تتخذ كل التدابير الضرورية بما في ذلك الأحكام التشريعية من أجل تحديد سنّ أدنى للزواج.."وتحديد سنّ الزواج وفق هذه المادة و ذلك من أجل ضمان حرية التعبير عن رضا المرأة عند انعقاد الزواج و التوعية بمخاطر الزواج المبكر التي تعيق استقرار العائلة و إستمراريتها. وأنه لا يترتب على زواج الصغيرة أيّ أثر قانوني، ووجوب تحديد سن الزواج وذلك جعل الرجل و المرأة على حد سواء.

2- موقف قانون الأسرة من سن الزواج

جاء في القانون القديم 11/84 أن أهلية زواج الرجل تكتمل بتمام 21 سنة[3]، وبالنسبة للمرأة ببلوغها 18 سنة و للقاضي أن يرخّص بذلك لمصلحةٍ أو ضرورةٍ، غير أن هذا القانون تأثر باتفاقية "سيداو" حيث قام المشرع الجزائري بتعديل نص المادة 07 التي تنصّ على أنّه:"تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، حيث يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات"، ويتضح لنا أن المشرع ساوى بين الرجل والمرأة في سن الزواج مع إبقائه على مسألة ترخيص الزواج قبل ذلك لمصلحة وضرورة[4]. حيث يعتبر هذا الحكم عاما مطبقا على جنسين في الأهلية وهي محققة كمبدأ عام أو استثناء منح الإذن بترخيص من القاضي

[1] لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص40.

[2] منادي مليكة بركية، الثابت والمتغير في ق.أ.ج، لرسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، ص266.

[3] قانون الأسرة الجزائري، 11/84.

[4] الأمر 02/05 معدل في ظل القانون 02/05.

عملا بنصوص الاتفاقية و ذلك لما تراه حماية للمرأة وهو ما أكدت عليه الجزائر وذلك في تقريرها المقدم في هذا الموضوع.

وقد حددت السنّ القانونية لتوفر القدرة على عقد الزواج بـ 19 سنة كاملة، وفي هذا شكل من أشكال الضمان لحقوق الشخص المعني ولاسيّما المرأة التي يمكنها هكذا أن تبدي موافقتها عن دراية...[1].

وما يلاحظ على المشرع في نص الم 07 أنه أعطى السلطة التقديرية للقاضي في منح الإذن[2]، ولم يحدد السن الأدنى لمنحه وهو ما خالف به نص المادة 16 ف2 من اتفاقية "سيداو" والتي كانت قد ألزمت الأطراف بتحديد السن الأدنى للزواج حيث جعلت هذه المخالفة حكمه مطلقا وخلق حالة زواج الصغار. وذلك حسب جمهور الفقهاء وتماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثا: الولي

قبل تبيان المركز القانوني للمرأة من حيث الولاية يجب أن نعرف ما هي الولاية وما المقصود منها ثم ندرسها وفق قانون الأسرة.

أولا: تعريف الولاية

لغة: بمعنى وليت الشيء ولاية أي قمت عليه و دبّرت شؤونه و نصرته.

الوالي عند العرب هو القرب و الدنو من الشيء. و يقوم بكفايته[3] لقوله تعالى ﴿ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ ﴾[4]

اصطلاحا: هو سلطة شرعية تخوّل لصاحبها إنشاء العقود و التصرفات و تنفيذها.

والولاية في الزواج تدخل ضمن الولاية المتعدية، والولاية على النفس هي الإشراف على تزويج المرأة من طرف شخص راشد تكون في حاجة إليه، وتنقسم هذه الولاية إلى ولاية إجبار وولاية اختيار.

ولاية إجبار: هي تنفيذ القول على الغير كما أن الفقه الإسلامي يتفق على أن الولاية على القاصر في الزواج هي ولاية إجبار و لا تتحقق إلا بتوفر ركنين أساسيين[5]:

1- الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولّى عليه ورعاية أمره في حالة قصوره.

2- حسن الرأي و تتخير أوجه النفع[1].

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2007، ص25.

[2] تشوار الجيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء..، المقال السابق، ص77.

[3] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص26.

[4] البقرة: 282.

[5] لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص37.

ولاية اختيار: حق الولي من في ولايته بناءا على اختياره و رضاه دون أن يفرض الولي[2] ذلك أي حق المرأة في تزويجها برجل كفء و أحقيتها في مهر المثل.

لقوله ﷺ "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".[3]

ثانيا: الولاية في الشريعة الإسلامية

اختلفت آراء الفقهاء في الولاية حيث أن الفقه الحنفي يجيز للمرأة البالغة العاقلة الراشدة بكرا كانت أو ثيبا أن تتولى عقد الزواج بنفسها مع استحباب أن ينوب عليها وليّها مع تحقيق رضاها. لكن أعطى للولي حق الإعتراض إذا زوجت المرأة نفسها بشخص غير كفء ودون مهر المثل. باعتبار أنه علاقة تجمع أسرتين وليس شخصين فقط. لذا استوجب التكافؤ حتى لا يلحقها العار. و يمكن للأولياء في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء و فسخ عقد الزواج استنادا إلى عدم كفاءة الزوج.

أما المذهب المالكي في رأيهم يصح الزواج بالولي الأبعد مع وجود الأقرب، هذا ما فصّله عبد الرحمان الجزائري في الفقه على المذاهب الأربعة في رواية عن ابن قاسم عن الإمام مالك بن أنس أن اشتراط الولاية سنّة لا فرض.. و أنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف من النّاس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها.."[4].

كما أنه يوجد كثير من الأحاديث الصحيحة في وجوب استئذان البكر مع مراعاة ما يلغي حياتها.

و من هذه الأحاديث قول الرسول عليه الصلاة والسلام "الثيب أحق بنفسها من أبيها و البكر يستأذنها أبوها في نفسها و إذنها صمتها"[5].

كما روى البخاري و مسلم عن خنساء بنت خزام بإكراه أبيها في تزويجها[6]. كما أن الإجماع قائم على أنه لا يجوز زواج اليتيمة بغير إذنها و رضاها ولا فرق للبكر بين أن يكون لها أب أو يتيمة لأن العلة تظهر في العقل و البلوغ.

ومما سبق يتضح أن المذاهب المالكية و الشافعية و الحنفية خالفت القول بحرية المرأة العاقلة البكر في اختيار الزوج.

---

[1] لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص37.

[2] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص28.

[3] رواه الترمذي ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والدارمي.

[4] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص32.

[5] رواه الإمام مسلم و أبو داود و النسائي.

[6] لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص53.

ثالثا: الولاية ما بين بنود الإتفاقية وأحكام القانون الوضعي

في قانون 11/84 كان يعتبر الولي ركنا من أركان الزواج ليتحول إلى شرط من شروط عقد الزواج، وظهر اختلاف في الرأي لأنه لا يعقل أن تكون المرأة قاضية وتعتبر بحكم القانون ولي من لا ولي له بموجب الم 11 من القانون سالف الذكر، بينما تحتاج من أجل نكاحها وليا و هو يعتبر مساسا بمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون عملا بالمبدأ الدستوري و اتفاقية "سيداو".

رغم أن البعض يراها غير متعارضة مع الشّرع إنما يتعارض مع طبيعة المجتمع و تقيدا بالقيم و التقاليد، لهذا قام المشرع بالإبقاء على الشريعة كمصدر أساسي لقانون الأسرة، ولم يطبق المبدأ الدستوري على طلاقته إنما قيده بالمادة الثانية منه التي تنص على أن الإسلام دين الدولة.

لكن التعديل الجديد لقانون الأسرة لم يلغي الولي بل أبقى الولي كحل وسط للولاية على المرأة فيجوز لها أن تفوض و تختار من يستخلفها في زواجها عن الإقتضاء من عامة المسلمين و ذلك في المادة 11 منه، على أن عقد المرأة الراشدة وزواجها يكون بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام الم 07 من القانون[1].

حيث أخذ المشرع بالرأي الراجح في الشريعة الإسلامية، حيث أن للمرأة البالغة حرية اختيار الزوج في الإسلام و لا يجوز زواجها إلا برضاها الحر و الكامل و إذا أكرهت عليه فإن زواجها باطل.

حيث جاء مطابقا لإتفاقية "القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة" إلى حدّ ما، إلا أن هذه الحرية مقيّدة بالمادة 31 من قانون الأسرة الجزائري.

و عليه، إن التحفظ على البند (أ) من المادة 16 ف1 من الإتفاقية لم يعد ذو موضوع على اعتبار أن المادتين 09 و 10 من قانون أ.ج أعطى نفس الحق في عقد الزواج المضمون[2].

كما تم التحفظ على البند (ب) فلم يعد ذو موضوع حيث أعطيت المرأة نفس الحق في اختيار الزوج، و يتم الزواج برضاها و بكامل حريتها و ذلك في موادها 04، 09، 10، 13 من قانون الأسرة الجزائري[3].

و عليه فرغم أن المشرع حاول تكييف و جعل الولاية حسب مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة و ذلك تأثرا باتفاقية "سيداو" إلا أنه أبقى على الولي و لو رمزيا[4].

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص29.

[2] وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص63.

[3] وحياني جيلالي، نفس المرجع السابق، ص63.

[4] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص33.

الفرع الثاني: شروط عقد الزواج

لكي يكون الزواج مستمرا وناجحا فإن المشرع أحاطه بعناية و حماية تحفظه و تحفظ أثره مع زيادة اشتراط المشرع أن يتمتع كل من الرجل و المرأة بالصحة اللازمة لدوام الزواج واستمراره، لهذا ألزمهما القانون و الواقع القيام بهما وهما الفحص الطبي وتوثيق عقد الزواج، ذلك لحماية العلاقة الأسرية وكلاهما من الأحكام الجديدة التي كانت في القانون السابق، إلا أن المشرع أضاف الم 18 مراعاة للمادة 9 مكرر التي تنص على شروط العقد و فيها كامل نظام الحماية الذي قرّره الإسلام و أثبته القانون.

أولا: الفحص الطبي قبل الزواج

أ- تعريفه

هو تقديم استشارات طبية إجبارية للخاطبين المقبلين على الزواج، وذلك استنادا إلى فحوصات مخبرية وسريرية[1].

ويمكن تعريفه كذلك بأنه عبارة عن فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لكل من الذكر والأنثى العازمين على الزواج على حد سواء، ويتم إجراؤها قبل عقد القران لاكتشاف أي موانع صحية تحول دون زواجهما، ويمكن من خلال هذه الفحوص معرفة إمكانية الإنجاب من عدمه حيث يكون بتوفر عنصر علم عند كلا الخاطبين[2] بما أنهما مقبلين عليه و ذلك باقتناعهما التام. ومن خلال هذا التعريف يتبين أنه يقوم على عدة خصائص.[3]

1- أن محل الفحص الطبي قبل الزواج يكون قبل عقد القران للخاطبين العازمين على الزواج.

2- وقت الفحص الطبي قبل الزواج يكون قبل عقد القران لا بعده.

3- نوعية الفحوصات التي تجرى للمقبلين على الزواج، وذلك إما فحوصات سريرية خاصة بالفحص الحسي للمريض بتحسس مواضع معينة باللمس و معاينتها بالنظر أو بواسطة أجهزة حديثة. أما الفحوصات المخبرية فهي فحوصات تكميلية للكشف عن أمراض معدية و أمراض وراثية و أمراض مزمنة و الكشف عن العادات الإجتماعية السيئة. و قد يرى الطبيب إجراء فحوصات أخرى إذا استدعتها الحاجة.

4- الهدف العام من الفحص قبل الزواج هو الوصول إلى حياة زوجية سعيدة وأبناء أصحاء.

لهذا أولاه العلماء أهمية بالغة لما له من منافع عديدة تنعكس على الحياة الزوجية، وقد خص به كلا الزوجين دون تمييز وذلك تجنبا للأمراض الوراثية التي تنتقل إلى الذرية ومعرفة الخصائص الوراثية للزوجين، وتظهر شرعية هذا الموضوع وفق ما يلي:

---

[1] صفوان محمد عصيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية، ماجستير في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر، ط2، 2011، ص96.

[2] جمعية العفاف الخيرية، ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، تحرير فاروق مقران وعادل بدارنة، ط2، 1996، ص83.

[3] صفوان محمد عصيبات، المرجع السابق، ص97.

أ- إن الله جعل الذرية الطيبة هي الصالحة والسليمة من الآفات، قال تعالى: ﴿ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ﴾[1] و قوله تعالى: ﴿ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ ﴾[2]

ب- كما حث النبي صلى الله عليه و سلم الراغبين في الزواج على حسن اختيار زوجاتهم و أمهات أولادهم لما لهم من أثر على ذرياتهم سواء في الصحة أو في التربية، قال ﷺ: "تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس"[3].

ج- دلت الآيات و الأحاديث على الوقاية من الأمراض المعدية في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾[4]، وقوله صلى الله عليه و سلم : "لا يوردن ممرض على مصلح"[5] أي مريض يمكن أن يعدي غيره.

و عن مغيرة بن شعبة ﷺ قال: خطبت امرأة في عهد النبي صلى الله عليه و سلم، قال النبي صلى الله عليه و سلم: "أنظرت إليها" قلت لا، فقال "فانظر إليها فإنه أجدر أن يؤدم بينكما". وفي رواية الترمذي قال: "أحرى أن يؤدم بينكما"[6].

و في حديث أبي هريرة ﷺ أنه رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار فقال له رسول الله صلى الله عليه و سلم "أنظرت إليها" قال لا، فقال صلى الله عليه و سلم "فاذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا"[7].

- إن النبي صلى الله عليه و سلم في الأحاديث حث الرجلين على أن ينظر إلى مخطوبته و ذلك دواما للسعادة بين الزوجين، وفي الحديث الثاني أراد النبي صلى الله عليه و سلم أن يكون هذا الرجل على إطلاع على عيب قد يكون وراثيا في أعين الأنصار ليتزوج منهم، وهو على علم و بينة تامة بهذا العيب وهذا يفيد مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج.

ب- الفحص الطبي قبل الزاج في القانون

قام المشرع باستحداث شرط الخضوع للفحص الطبي و ذلك في مادته 07 مكرر من التعديل الأخير لقانون الأسرة: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج"، و هذا الشرط هدفه حماية الزوجين و الأطفال والمجتمع، كما

[1] آل عمران: 38.

[2] الفرقان: 74.

[3] خرجه ابن ماجة في السنن.

[4] البقرة: 195.

[5] صحيح مسلم.

[6] الترميذي، السنن، ج3، ص397.

[7] رواه مسلم وابن حبان والبيهقي والنسائي وأحمد، أنظر مسلم، جامع الصحيح، ج2، ص304، رقم 1434، ابن حبان في صحيح ابن حبان، ج9 ، رقم 4041، ص349.

أن المشرع زاد حماية عبر عبارة بقوله: "يتعين على الموثق و ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوعهما للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج و يؤثر بذلك فيه"[1].

و من خلال هذا يتبين لنا أنه يجب على الزوجين الخضوع للكشف الطبي العام و الشامل (سريري أو مخبري) و التأكد من تمتعهما بالصحة و سلامتهما من أمراض العقلية أو الوراثية التي قد تضرهما معا أو حياة أطفالهما بالأخص، وهذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11 المتعلق بتحديد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر[2].

وأكد في مادته 02 على وجوب تقديم الشهادة الطبية من طرف المقبلين على الزواج لا يزيد تاريخهاعن 03 أشهر تثبت خضوعهما للفحوصات الطبية، و تسلم هذه الشهادة من قبل الطبيب حسب النموذج المرفق.

- و يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المشرع لم يحدد الطبيب المختص بتسليم الشهادة الطبية. إذا كان طبيبا عاما أو متخصصا.

حيث من خلال نفس المرسوم في مادته 3 و 4 يتضح أنه تسلم لا شهادة طبية إلا بعد إجراء فحص عيادي شامل و تحديد فصيلة الدم[3]، كما يمكن للطبيب أن يقدم للمعني اقتراحات بإجراء فحوصات أخرى للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الذرية بعد إعلامه بخطورة الوضع.

و بعد الانتهاء من كل هذه الفحوصات الطبية، على الطبيب تبليغ المعني بنتائج هذه الفحوصات و على هذه التقارير يقوم الطبيب بتحرير شهادة طبية و هو ما نصت عليه الم 05 من المرسوم.

أما المادة 07 من هذا المرسوم في فقرتها 01 نصت على أنه: "يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الإستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد مع علمهما بنتائج الفحوصات التي يخضع كل منهما و الأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج و يؤشر بذلك في عقد الزواج"[4].

و من خلال هذا الشرح يتبين لنا أن وظيفة الموثق و ضابط الحالة المدنية هو التأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات حتى لا يقع أحد طرفي العقد في غش أو تدليس أو تحايل، ويكون لهما الحرية التامة والكاملة في إتمام عقد الزواج أو الرجوع عنه طبقا للفقرة 02 من المادة 07 من المرسوم: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض أبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين"، و يتبين أن الشهادة الطبية شرط وقائي[5].

[1] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....،المرجع السابق، ص33.

[2] الجريدة الرسمية، عدد 31، الصادرة بتاريخ 2006/05/14.

[3] المرسوم التنفيذي 06-154 المؤرخ في 2006/05/11.

[4] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص34.

[5] بالحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، 2007، عدد 01، ص118.

و عليه فإن حق المرأة و الرجل في عقد الزواج تكوين أسرة وهو مكفول دوليا و وتكرسه اتفاقية "سيداو" و ذلك من خلال مادتها 16 ف01 بند (أ)، فإن إجراء الفحوصات الطبية إجراء يتعارض مع جوهر الحق في عقد الزواج المضمون في الإتفاقية.

ثانيا: تسجيل عقد الزواج وتوثيقه

يعتبر ضمن المصالح المرسلة ويتم اعتمادها بناء على تقدير المصلحة العامة للمجتمع هو من المقاصد التي قررت حماية المرأة و الرجل على السواء، ولقد اعتمد المشرع الجزائري و العربي التوثيق لما فيه من منافع و منها.

حفظ مصالح الناس حماية للحقوق المختلفة التي تثبت بها النفقة و النسب أو نفي ما ينقطع بالزوجية.

حيث كان الزواج ينعقد في عهد النبي صلى الله عليه و سلم بحضور الوالي و الشهود و الزوج و لم يوجد ما يسمى بالتوثيق، اختلف الحال اليوم فقد ضعف الوازع الديني و خرجت الذمم مما يخشى معه ضياع الحقوق و إنكارها.

إن التوثيق من المبادئ المعمول بها و المدلول الشرعي في حالات كثيرة سواء الإشهاد أو الكتابة أو هما معاً يعد من مقاصد الإشهاد و الإعلان فقد وثق النبي صلى الله عليه و سلم كثيرا من المعاملات و المراسلات وأمر بالكتابة، هذا يعني أن الأهمية الكبيرة للتوثيق في كل وقت و زمان و ذلك لدرء الشبهة و الخطأ و التزوير في الكتابة غير الموثقة و هي الوسيلة التي تمنع من انتشار الزواج العرفي أو السري.

و بالتالي أصبح تسجيل عقد الزواج نظام حماية للمرأة و الرجل بما يحمله من الشكلية و الرسمية التي لابد فيها من توثيق الشهود و الإعلان لحماية المتعاقدين.

ثانيا: تسجيل الزواج مابين بنود الإتفاقية وأحكام القانون

بالرجوع إلى نص الم 18 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكرر من هذا القانون، إضافة إلى نص المادة واحد و عشرون التي جاء فيها: " تطبق أحكام قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقد الزواج".

- و من خلال هاتين المادتين المبينتين أعلاه نلاحظ أن المشرع جعل تسجيل عقد الزواج شرطا شكليا للإنعقاد، و بالرجوع إلى نص الم 22 منه يتضح لنا أن التوثيق في عقد الزواج وسيلة للإثبات و ليس للإنعقاد جاء فيها: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية..".[1]

- يتضح لنا أن توثيق و تسجيل عقد الزواج يكون وسيلة ضمان حقوق الزوجين خاصة المرأة، و بذلك يكون قانون الأسرة مطابقا لإتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"التي تؤكد على تسجيل الزواج بين الرجل و المرأة على حد السواء وفقا للمادة 16 الفقرة الثانية من هذه الإتفاقية.

[1] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص24.

- أنه يقع على عاتق دول الأطراف واجب قانوني بأن تتخذ جميع الإجراءات الضرورية لجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا إضافة إلى تأكيد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أنه على دول الأطراف اشتراط تسجيل جميع الزيجات سواء نصت وفقا للإجراءات المدنية أو العرف أو الشريعة و بذلك يمكن للدول الإمتثال للإتفاقية و إقرار المساواة بين الشريكين.

إلا أن المشرع الجزائري في الفقرة 01 الشطر الثاني منها في مادتها 22 نص على أنه: "..وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"، ومن خلال نص هذه المادة يتبين لنا إمكانية تثبيت الزواج غير الرسمي أي المعروف بالزواج العرفي. و هذا كذلك ما أكدته المحكمة العليا التي جاء فيها: "متى ثبت أن أركان الزواج متوافرة بما فيها الإستماع إلى الشهود والإمام الذي قرأ الفاتحة و تحديد المهر و حضور الولي فإن القضاء بإثبات الزواج العرفي جاء تطبيقا سليما للقانون"[1].

كما أن المحكمة العليا أقرت في 2007/06/13 أن الزواج غير الرسمي و عدم تسجيله لا يؤثر على صحة العقد و جاء في هذا القرار ما يلي: "أن عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفاتر الحالة المدنية بالبلدية لا يؤثر على صحة الزواج"[2].

و هذا النوع من الزواج غير الرسمي يكون وسيلة للتحايل ومن بينها الزواج دون السن القانوني الذي لا يتم إلا بإذن قضائي بالإضافة إلى ظاهرة تعدد الزوجات[3] التي يتوجب فيها استصدار الرخصة القضائية.

و في حالة التنازع عندما يقوم أحد الطرفين بإنكار هذا الزواج، والطرف المتضرر كثيرا ما يكون المرأة عندما لا تكون بحوزتها أي وثيقة وكذلك يواجهن صعوبة في إثبات النسب في حالة عدم اعتراف الطرف الآخر بالطفل يصبح في خانة الأطفال غير الشرعيين. ويظهر كذلك إشكال المطالبة بالميراث و رفض عائلة الزوج المتوفى الإعتراف بهذا الزواج، فالقاضي لا يصدر حكمه إلا بعد تقدير الأدلة و التحقق منها، و التأكد من صحة الإدعاءات و الإثباتات من عدمه؛ إما يصدر حكما لعدم كفاية الأدلة أو التأسيس أو يصدر حكما بإثبات الزوجية و يأمر بتسجيل الزواج كما أن الأستاذ **بلحاج العربي** أوصى بضرورة مواصلة حركة التوعية من أجل تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية أمام الموظف المؤهل قانونا و بصفة رسمية[4].

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/09/24، ملف رقم 221329، الإجتهاد القضائي، ص60، باديس دبي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص27.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2007/06/13، مل رقم 396339، ص481.

[3] دنوني هجيرة، إجحاف قانون الأسرة بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، الجزائر، 2000، عدد03، ص481.

[4] بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ص144.

- و تبين لنا أن المشرع رغم حثه على تسجيل الزواج إلا أنه قد اعترف من جهة ثانية بالزواج العرفي مما فتح المجال أمام العديد من التجاوزات قد تنعكس سلبا على مصلحة الزوجين حيث تكون المرأة في الطرف الضعيف و أكثر تعرضا للضرر و هذا جاء مخالفا لما تقضي به اتفاقية "سيداو"[1].

الفرع الثالث: الإشتراط في عقد الزواج

مما تطرقنا له سابقا فإن الزواج يعتبر ميثاقا غليظا في كل من الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة، لهذا أولاه اهتماما بالغا حيث سمح للزوجين أن يتفقا ويضعا بعض الشروط المتعلقة بالحياة اليومية حتى يكون كلا الطرفين على دراية لما يفعله الطرف الآخر و هو يعتبر حماية للزوجين.

و على هذا سوف نقوم بدراسة الإشتراط على ضوء الفقه الإسلامي (أولا) وكذا قانون الأسرة الجزائري (ثانيا) مع تبيان أخذ المشرع باتفاقية سيداو في هذه المسألة.

أولا: الإشتراط في الفقه الإسلامي

لقد اختلفت الآراء الفقهية و المذاهب في نظرتهم و دراستهم للشروط بين ضيق و اتساع، و تقسم هذه الشروط حسب بعض الفقهاء إلى شروط متفق على صحتها و شروط متفق على بطلانها و أخرى مختلف فيها[2].

والمقصود بالشروط المتفق على صحتها لا تتنافى ومقتضى العقد كاشتراط المرأة العشرة بالمعروف و الإنفاق و الكسوة و السكن و ألا يقصّر الزوج في شيء من حقها في القسمة أو كاشتراطهما صداقا، أما بالنسبة للزوج كاشتراطه ألا تخرج إلا بإذنه ولا تمنعه نفسها و ألا تتصرف في ملكه برضاه.

أما الشروط المتفق على بطلانها وهي الاشتراط الذي تشترطه الزوجة الثانية طلاق الزوجة الأولى، نهى الشارع عنها لما فيه من أضرار بها. لقوله صلى الله عليه و سلم: "لا يحل للمرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها فإنما لها ما قدّر لها"[3].

أو أن يزوج شخص ابنته أو أخته لشخص آخر على أن يزوجه هو كذلك ابنته أو أخته بدل أي نكاح الشغار. والسؤال الذي يطرح نفسه إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا؟

قال مالك:"لا يصح الفسخ أبدا قبل الدخول و بعده".

قال الشافعي: "إذا سمي لإحداهما صداقا أولهما معا فالنكاح ثابت بمهر والمهر الذي سميناه فاسد". كما قال أبو حنيفة: "نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل" و به قال أحمد و إسحاق.

---

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، مرجع السابق، ص26.

[2] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع نفسه، ص37.

[3] أبو عبد الله بخاري، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، رقم الحديث 5152، المرجع السابق، ص640، مقتبس عن بوكايس سمية، المرجع السابق، ص38.

وإضافة إلى كل هذا شرط التأقيت في زواج المتعة[1]،لما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن المتعة مع اختلاف في الوقت الذي وقع فيه التحريم و شرط التحليل معناه هو الزواج بمطلقة بثلاث شرط أن تحل إلى زوجها الأول الذي طلقها.

إلى جانب الشروط المذكورة أعلاه يوجد شروط أخرى يشترطهما أحد الزوجين على الآخر، تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولم يرد دليل للأخذ بها من عدمه لما فيها من منفعة للمشترط، كأن تشترط الزوجة مثلا على زوجها ألا ينقلها من مكان إقامتها أو بلدها إلى بلد آخر و ألا يتزوج عليها و اشتراطها العمل و كذلك أن يقوم الزوج بالإشتراط على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة.

و في نظر الحنابلة أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها استنادا إلى قوله صلى الله عليه و سلم: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[2]. لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليلا بمقتضى عموم لفظه.

أما المالكية فذهبوا إلى أن هذه الشروط غير ملزمة ولا يتوجب الوفاء بها إلا إذا اقترنت بيمين و يكون الوفاء بها من أجل اليمين وليس لأجل الشرط[3].

أما الشافعية و الحنفية فقالوا أن هذه الشروط باطلة أما العقد صحيح.

ثانيا: حرية الإشتراط في قانون الأسرة

لقد جاز المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 حرية الإشتراط للزوجين في عقد الزواج ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر و ذلك تطبيقا للمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، لقوله صلى الله عليه و سلم: " الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا "[4].

كما أن المشرع في نص الم 19 من القانون 11/84 التي تنص على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون"، ومن خلال هذه المادة في جزئها الأول جاءت بصيغة تحمل قاعدة العامة تبيح للزوجين أن يرفقا بالعقد أي شرط من الشروط التي تكون مصلحة لأحدهما، أما في الجزء الثاني

[1] بوكايس سمية،، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص38.

[2] أبو عبد الله اسماعيل البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151، المرجع السابق، ص375، مقتبس عن بوكايس سمية، المرجع السابق، ص39.

[3] أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص69، محمد بن رشد القرطبي، ص59، مقتبس عن بوكايس سمية،، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....،المرجع السابق، الصفحة نفسها.

[4] صحيح ابن ماجة، 2353.

جاءت كاستثناء على قاعدة العامة حيث تم حصر هذه الشروط على أن تكون هذه الشروط لا تخالف و لا تتعارض مع ما ورد في قانون الأسرة[1].

غير أن التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 أضاف بعض المعطيات الجديدة لم ينصّ عليها القانون القديم حيث جاء في نص المادة 19 المعدلة: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام القانون"[2].

و من خلال هذه المادة يتضح لنا من نص المادة 19 معدلة أنه للزوجين أن يضمنا عقد زواجهما جملة من الشروط بما يحقق مصالحهما المشتركة وهذه الشروط معتبرة من الناحية الشرعية. رغم أن اتفاقية "سيداو" لم تنص صراحة في مادتها 16 على حق الزوجين في الإشتراط إلا أنها لم تمنع أي النص على مثل هذا الحق لأنها أكدت المساواة بين الرجل و المرأة[3] في كل ما يتعلق بعقد الزواج. لكن المشرع بنظرته إلى شروط منافية لمقتضيات العقد فقد جاء بنصين أولهما المادة 32 التي جاء فيها: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد".

أما المادة الثانية هي المادة 35 التي تنص على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا، فجعل بذلك العقد مقترن بشرط ينافيه صحيحا مع إبطال الشرط".

من خلال هاتين المادتين يتبين لنا أن المشرع تارة جعل الشرط باطلا و تارة أخرى العقد باطلا لهذا لو أنه حذف عبارة "أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد" و عدم إدراجها في المادة 32 و اكتفى بما جاء في المادة 35 منه كجزاء خاص بالشرط المنافي لعقد الزواج وخصص المادة 32 و جعلها متعلقة بالمانع فقط.[4]

- يتضح لنا أن المشرع جاء في مادته 19 بشرطين أساسيين هما عدم التعدد و شرط عمل المرأة، كلا الشرطين يمثلان حماية للزوجة ويكفل حقوقها. إضافة إلى شرط آخر هو كفاءة الزوجة و دراسة الزوجة باعتبارها من متطلبات العصر الحالي.

في بداية الأمر سوف نتطرق إلى شرط كفاءة الزوج ثم بعدها إلى عمل المرأة و دراستها. ثم إلى الشرط الذي أثار جدلا فقهيا وقانونيا ألا وهو شرط عدم زواج الزوج.

شرط كفاءة الزوج

[1] بوراس باجي، الإشتراط في عقد الزواج، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، شهادة ليسانس، 2011-2012، ص65.

[2] المادة 19 من قانون الأسرة 02/05.

[3] رباحي أحمد، حرية الإشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر ق.أ جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، عدد 07، ص34.

[4] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر، الجزائر، 2010، ص153.

نقصد بالكفاءة هو المساواة و التوازن لقوله تعالى ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُۥ كُفُوًا أَحَدٌۢ ۝٤ ﴾[1]. المراد بها في الزواج هي المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية.

القانون لم يحدد الكفاءة و مفهومها بل ترك هذا الموضوع إلى الشريعة الإسلامية، ولقد ثار جدل فقهي في تحديد الكفاءة و في مجال تطبيقها و الوقت الذي يجب أن تشترط فيه.

فحسب المذهب الحنفي تعد الكفاءة في النسب و الدين و المال. و عند المالكية تشترط الكفاءة في الدين و التقوى والسلامة من العيوب. أما الشافعية أخذوا برأي الحنفية[2].

بما أن الكفاءة حق للمرأة فيجب اشتراطها في جانب الرجل أي بمعنى آخر يكون الرجل كفء للمرأة وليس المرأة هي كفؤا للرجل و هذا باعتبار أن العار يلحق أسرة الرجل إذا تزوج من خسيسة ويلحق أسرة المرأة إن تزوجت من خسيس.

و تأخذ المرأة هذا الحق لاعتبار اجتماعي مستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية فهو شرط من شروط اللزوم يشترط في الزواج وقت إنشاء العقد و ليس شرط دوام. ويجدر بنا أن نتساءل كيف تعامل المشرع الجزائري في قانون الأسرة مع هذا الشرط؟ و ما هي مكانة المرأة و الحماية التي أعطيت لهذا الحق المخول للمرأة؟

المشرع لم ينظم هذا المبدأ منفصلا بل أدخله ضمن تفاصيل العقد وربما اعتبر وجود الولي كركن أساسي في هذا العقد يعد اعتبار شرط الكفاءة. لكن المشرع من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة لم يحل المشكل كان من أحسن أن يرتكز على موقف واضح يبين شرط الكفاءة باعتباره إما حقا مطلقا للمرأة أو حقا مشتركا بينهما. و كان عليه أن يستند على رأي من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية.

اشتراط الزوجة إكمال دراستها و ممارسة عملها

يدخل هذا الشرط ضمن الشروط التي لا توافق عقد الزواج و لا تنافيه و لكنها تحقق منفعة أو مصلحة معتبرة للزوجة.

أ- شرط إكمال الدراسة

حق المرأة إكمال دراستها و اشتراط ذلك لا يتعارض مع كونها زوجة و لا يتنافى مع مقتضى عقد الزواج و لا تخل بمقصود منه و التي سكت عنها الشارع بحيث لم يرد بشأنها أمر أو نفي و لكنها تحقق منفعة لكلا الزوجين أو أحدهما وهو شرط صحيح عند الحنابلة و لكن يجب التأكد على ألا يكون هذا الشرط مشوبا بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة[3].

[1] الإخلاص: 4.

[2] لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص63.

[3] بوراس باحي، الإشتراط في عقد الزواج.....، المرجع السابق، ص65

كما أن الشريعة الإسلامية حثت على طلب العلم و رغبت فيه للرجال و النساء على حد سواء، فطلب العلم فريضة على كل مسلم و مسلمة.

باعتبار أن المرأة تشكل نصف قوة المجتمع فإذا حرمناها من حقها في التعليم فهذا يعني أن الزوجة الجاهلة ستنجب لنا أبناء جاهلين كما أن الأمة الإسلامية بحاجة إلى زوجات و أمهات متعلمات عساهن ينجحن في إمداد الأمة بذرية صالحة متعلمة تساهم في بناء هذه الأمة و نهضتها.

ب- شرط ممارسة عملها

لقد أجازت الشريعة الإسلامية عمل المرأة إذا دعتها ضرورة لذلك[1]. على شرط أن يكون العمل الذي تمارسه يناسب طبيعتها كأنثى طالما أن هذا العمل الذي تمارسه مشروع غير مخالف لمبادئ شريعتنا.

واستدل العلماء عل أحقية المرأة في العمل بآيات من القرآن، قوله ﴿ وَلَا تَتَمَنَّوْاْ مَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بِهِۦ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍۚ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُواْۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَۚ وَسْـَٔلُواْ ٱللَّهَ مِن فَضْلِهِۦٓۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴿٣٢﴾ ﴾[2]. وقوله ﴿ مَنْ عَمِلَ صَٰلِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةً طَيِّبَةًۖ وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُواْ يَعْمَلُونَ ﴿٩٧﴾ ﴾[3].

كما أن المشرع الجزائري نص في المادة 19 من قانون الأسرة على هذا الشرط، و اعتبرت المادة 67 من نفس القانون على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

كما أن الدستور الجزائري سلك مبدأ الشريعة الإسلامية وأكد على أحقية المرأة في العمل.

وهذا ما جاءت به المادة 55 من دستور 96: "لكل مواطن الحق في العمل" وكذلك ما نصت عليه المادة 22 منه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو أي ظرف آخر شخصي أو إجتماعي"[4]. وأيضا نصت الم32 على أن: "الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن مضمونة"[5].

و من خلال هذه المواد تبين لنا أن حق المرأة في العمل مضمون ومكفول ولا يقتصر على التشريعات الداخلية إنما كفلته حتى الإتفاقيات الدولية من بينها اتفاقية "سيداو" من خلال نص مادتها 10 التي ألزمت الدول الأطراف باتخاذ جميع الإجراءات و التدابير من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل[6]، لكي تكفل

[1] بوراس باحي، الإشتراط في عقد الزواج.....، المرجع السابق، ص66

[2] النساء: 32.

[3] النحل: 97.

[4] المادة 55 من دستور 1996.

[5] المادة 32 من دستور 1996.

[6] بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص179.

لها على حد سواء نفس الحقوق الممنوحة للرجل خاصة من ناحية أحقيتها في العمل[1]، لهذا أورد المشرع الم67 المذكورة سابقا. هذا ما يؤكد لنا أن المشرع الجزائري تأثر باتفاقية "سيداو" المصادق عليها في هذا الشرط.

ج ـ شرط عدم زواج الزوج

من خلال نص المادة 19 من قانون الأسرة أنه "يجوز للزوجة الإشتراط على زوجها ألا يتزوج عليها ما دامت هي تحت عصمته". حيث أن هذا الشرط أثار جدلا كبيرا بين الفقهاء و رجال القانون.

رأي المذهب الحنفي

إن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها هي من الشروط التي يقتضيها عقد الزواج و لا تؤثر فيه حيث يلغى الشرط و يبقى العقد صحيحا وعدم إلزام الزوج بهذا الشرط.

أما الشافعية

فيرون أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فيصح النكاح و يفسد الشرط[2].

أما المالكية

اعتبروا هذا الشرط مما لا يقتضيه العقد وإن كان لا ينافيه بالتالي يكون مكروها ولا يلزم الوفاء به إبتداء إذا وقع بطل الشرط و صح العقد، لكن مستحب الوفاء به[3].

و يرى الحنابلة

أن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه، حكمه صحيح ولصاحب الشرط خيار بين فسخه أو إمضائه.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه أخذ برأي الحنابلة وخالف باقي المذاهب حيث ضيّق مساحة التعدد وذلك تجسيدا لمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة وحماية لحقوق المرأة حسب اتفاقية "سيداو".

هذا الشرط هو حق للرجل أي الزوج لكن أورد قيودا على هذا الحق مما يؤدي إلى استحالة وصعوبة تحقيقه.

ثم سنعرف بشكل من التفصيل مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة فيما يتعلق بنظام تعدد الزوجات لكن قبل كل هذا يجب معرفة موقف الشريعة الإسلامية من هذا الموضوع.

---

[1] تشوار حميدو زكية، عمل المرأة الحاضنة بين النصوص، قوانين الأحوال الشخصية المغاربية والإجتهادات الفقهية والقضائية، المجلة ج ع ق إ، الجزائر، 2002، عدد 02، ص10.

[2] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص43.

[3] أبو الوليد الباجي، المرجع السابق، ص68.

ج _1_موقف الفقه الإسلامي

كان في القديم من قبيل إظهار الرجولة والتفاخر حيث كان للرجل أن يتزوج ما طاب له من النساء دون أي حد للتعدد. إلا أن الدين الإسلامي جاء و حرم كل أنواع الزواج غير الشرعي و أباح التعدد للرجل إلى حد أربع زوجات مع وضع قيود لذلك كشرط العدالة. لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِي ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ ۝٣ ﴾[1].

والمقصود بالعدل هي حسن العشرة المطلوبة في كل زواج والمساواة بين الزوجات في الجانب المالي دون النفسي فليس العدل هو الجانب العاطفي و المحبة والميل القلبي لأنه خارج عن إرادة الزوج، كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقسم بين نسائه أنه قال "اللهم هذه قسمتي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك". ومن هذا المنطلق نقول أن الشريعة الإسلامية أباحت التعدد للرجل بأربع نساء مع تقييد هذا الحق بالعدل والإنفاق.

- ما رأي قانون الأسرة الجزائري من شرط عدم زواج الزوج؟

نص المشرع في نص الم 08 المعدلة من قانون الأسرة جاء فيها: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة من وجود المبرر الشرعي وتوافرت الشروط ونية العدل ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي تقبل على الزواج بها وتقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

وفي هذه الحالة يمكن لرئيس المحكمة أن يمنح ترخيصا بالزواج جديدا إذا تأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة وقدم الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير شرطين هما العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية.

من خلال استقرائنا لنص المادة نجد أن المشرع قد أخذ في جزء من هذه المادة بموقف الشريعة الإسلامية والمقصود به هو العدد.[2] إضافة إلى توفر شروط ونية العدل في الأمور المادية إلا أنه ما يعاتب على المشرع هو صياغته لهذا الشرط بقوله نية العدل حيث أن النسبة تكون داخلية ولا يمكن الإطلاع عليها[3]. وشرط العدل يكون بعد قيام حياة زوجية وليس قبلها أي قبل إبرام عقد الزواج، هنا المشرع استبق الأحداث قبل وقوعها عندما وضع نية العدل المسبق لإبرام عقد الزواج وهو شرط في غير محله ولا يعتبر كقيد على الزواج الثاني لأن القاعدة أنه ما يشك في إثباته وتحققه لا يمكن جعله شرطا أو قيدا لما هو جائز شرعا[4]، وعليه يمكننا القول أن المقبل على تعدد الزوجات لن يكون له القدرة على تحمل تكاليفه ماديا وجسديا[5].

[1] النساء: 3.

[2] حسين مهداوي، المرجع السابق، ص59.

[3] حسين مهداوي، المرجع السابق، ص60.

[4] عد العزيز سعد، المرجع السابق، ص87.

[5] تشوار الجيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج أهي عدالة قانونية أم قضائية، مجلة ع.ف.أ.س، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، عدد 10، ص114.

لكن من ناحية أخرى نجد أن المشرع وضع شروطا أخرى تقيد هذا الشرط وحصره وهو مستحدث بعد التعديل الأخير هو الحصول على رخصة من رئيس المحكمة.

ج_2_شرط إخبار الزوجة اللاحقة و السابقة

هو ما نص عليه المشرع في المادة 02 فقرة 02 أنه على الزوج أن يأخذ برأي الزوجة السابقة بأنه سيعقد القران على المرأة الثانية و يخبر أنه متزوج قبلها. ويكون إخبار الزوجتين عن طريق الوسيلة المتداول عليها حاليا في القضاء الجزائري هو إبلاغها عن طريق محضر قضائي وعليه يقوم القاضي بالتأكد منه قبل منحه الترخيص. وفي حالة تحايل الزوج على إحدى الزوجتين وذلك بالتدليس أن يرفع دعوى قضائية ضد هذا الزوج للمطالبة بالتطبيق. حسب المادة 08 مكرر و المادة 53 ف06 و هذا ما وافق عليه اجتهاد القاضي في قراره الصادر في 1995/09/26 الذي جاء فيه: "إن المادة 8 من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها لأن هذا يعتبر ضررا أصابها".

وكذلك جاء قرار المحكمة العليا للتأكد مما تم التطرق له سابقا جاء فيه: "إن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بزواجه الثاني لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر".[1]

ج_3_شرط وجود مبرر شرعي للإثبات

المشرع اشترط للمقبل على الزواج مرة ثانية أن يكون له مبرر شرعي لكنه لم يحدد هذا المبرر أو معيار محدد له ترك الأمر لرئيس المحكمة تقدير وجوده من عدمه"[2].

لكن في بعض الحالات يتعذر على الزوج إفصاح المبرر الشرعي وذلك لأمور شخصية عائلية لها علاقة بالمرأة الأولى إضافة إلى مبرر المرض المزمن من الزوجة وغيرها من المبررات.

حيث جاء منشور وزارة العدل الصادر في 1984/12/23 تحت رقم 102/84 أعتبر كمفسر للمادة 08 من قانون الأسرة نص على أنه يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود مبرر شرعي ولا يكتفي فيه بالمشافهة والإقرار لابد من شهادة طبيب مختص تثبت ذلك رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام العقد.[3]

من خلال المنشور الوزاري يجعل عبارة المبرر الشرعي مقصود بها هو القانوني وليس الشرعي[4] وهو ما زاد تضييق الأمر على الزوج وتقييده وعدم إمكانية زواجه إلا إذا كان لعقم زوجته أو مرض مزمن.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2005/01/19، ملف رقم 336060، المجلة القضائية، 2005، عدد 01، ص 325.

[2] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المقال السابق، ص114.

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

[4] بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص76.

ج _4_شرط ترخيص من رئيس محكمة

إن شرط الحصول على رخصة من رئيس محكمة هو شرط جديد استحدث بموجب نص المادة 08 التي تشترط على الراغب في التعدد تقديم طلب رخصة الزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجين.

وبذلك المشرع جعل الشروط السابقة مقتصرة على وضعها في يد رئيس المحكمة وذلك يمنحه السلطة التقديرية المطلقة فضلا على أن هذه الرخصة تمكن القاضي من الوصول إلى إرادة الزوجة قبول زواج زوجها عليها وما يمكن قوله أن المشرع لم يكن واسعا في هذا المجال في منع التعدد لكن جعل لهذا الشرط قيود وأعطى للقاضي صلاحيات واسعة وذلك بنية تكريس مبدأ المساواة تأثرا باتفاقية "سيداو".

المبحث الثاني: أثر اتفاقية "سيداو" على الحقوق و الواجبات الزوجية

بمجرد انعقاد زواج صحيح فإنه يترتب جملة من الآثار والمتمثلة في حقوق وواجبات، وقد تابعت اتفاقية "سيداو" تكريسها لمبدأ المساواة بين الجنسين حتى فيما يتعلق بآثار الزواج وذلك بإلزام الدول أن تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعليه سنعرف مدى تأثير الإتفاقية على أحكام قانون الأسرة فيما يتعلق بالحقوق والواجبات وذلك وفق ما هو منصوص عليه وفق قانون الأسرة حيث نص المشرع على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وكذا نفقة الزوجة والأولاد إضافة إلى الذمة المالية.

ولدراسة هذه الحقوق في ضوء اتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" قمنا بتقسيم هذه الحقوق إلى حقوق غير مالية (المطلب الأول) وحقوق مالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحقوق و الواجبات غير المالية

لقد أعطى عقد الزواج في الشريعة الإسلامية حقوقا متبادلة لكلا الزوجين فبعضها يشتركان معا فيه والبعض الآخر تستقل به المرأة والبعض يستقل به الرجل، وهو التقسيم الذي أخذ به المشرع الجزائري في ظل قانون الأسرة 1984م، إلا أنه بعد التعديل أصبح المشرّع لا يميز بين حقوق وواجبات الزوجين بل تم التركيز فقط على الحقوق والواجبات المشتركة.

الفرع الأول: الحقوق و الواجبات المشتركة للزوجين

لقد كان للمادة 16 من اتفاقية"سيداو"دور في التأكيد على مبدأ المساواة بين الجنسين في الحقوق والواجبات وذلك من خلال نصها على وجوب ضمان الدول الأطراف على أساس تساوي الرجل و المرأة نفس الحقوق والواجبات أثناء الزواج.[1]

ومن أهم مظاهر المساواة في الحقوق والواجبات هي التساوي في حق اتخاذ القرارات وهو ما أوضحته لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في تفسيرها للمادة 16 فقرة 1 البند (ج)، إذ بينت أن العديد من الدول تعتمد في نصها على الحقوق والواجبات الزوجية وتطبق العرف والدين بدلا من الامتثال لأحكام الاتفاقية، وفي نظر هذه الأخيرة أن هذا الاختلاف في القانون قد ينتج عنه عواقب قد تؤثر على المرأة حيث تقيد حقوقها في التساوي في المسؤولية والمركز وتجعل الرجل هو رئيسا للأسرة والمسئول عن اتخاذ القرارات مما يخالف الاتفاقية. [2]

ولهذا نصت المادة 36 من قانون الأسرة على أنه يجب على الزوجين:

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

[2] أمير فرج يوسف ،موسوعة حقوق الإنسان الدولي ،دار الكتب القانونية ، مصر، 2009،ص584.

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه والتزامهم وزيارتهم.
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف.
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

نلاحظ من خلال المادة أن كل واجب من هذه الواجبات الملقى على الزوجين هو حق له في نفس الوقت. حيث تظهر فلسفة المشرّع واضحة في محاولة التسوية في المسؤوليات بين الزوجين وبمقارنة نص المادة 36 مع النص القديم نجد أن المشرع قد أضاف أربع واجبات وهي:

- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه والتزامهم وزيارتهم.
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

وعلى ذلك يجب دراسة كل واجب على حدا لتبيان أهمية وغرض المشرّع من جعله مشترك بين الزوجين. خاصة واجب المعاشرة بالمعروف وكذا واجب التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات، هذا فضلا عن الحقوق والواجبات المشتركة الأخرى التي تقرّها الشريعة الإسلامية ويرجع قانون الأسرة إليها بموجب المادة 222 والتي تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص.

أولا: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

ومعنى هذا أنه يجب القيام بكل ما من شانه أن يؤدي إلى تدعيم العلاقات الزوجية واستمرارها في جو سعادة واحترام، واستعمال كل الوسائل الممكنة المادية منها والمعنوية للوصول إلى هذه الغاية النبيلة.[1]

ومنه فإن الحق الأصلي المشترك بين الزوجين هو حل العشرة الزوجية بينهما وكذا حل المقاربة وما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج وذلك لقوله تعالى﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٦ ﴾[2].

[1] بالحاج العربي، المرجع السابق، ص307.

[2] المؤمنون: 5-6.

ومن ذلك يأتي حق كل من الزوجين في الإستمتاع بالآخر بكل أنواع الإستمتاع التي أباحتها الشريعة الإسلامية وذلك لتحقيق المقاصد الشرعية من الزواج، وأهمها إيجاد النسل والحفاظ على النوع الإنساني وتجنّب الفاحشة وإحصان الزوجين.[1]

ثانيا: حق المعاشرة بالمعروف

لقد تدارك المشرع النقص الذي كان ضمن المادة 36 وما بعدها وجود أهم حق من الحقوق الزوجية وهو المعاشرة بالمعروف، ولذلك جاء وضمّنه في التعديل الأخير. ومعنى المعروف هو ما يقتضيه الدين ويوحي به الشّرع[2]. حيث أمر الله تعالى بحسن المعاشرة بين الزوجين في كتابه العزيز ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾ ﴾[3]

أما المقصود بالمعاشرة هو المخالطة والمصاحبة.[4] وبذلك فإن المعاشرة بالمعروف تعني تلك المعاملة الحسنة التي لا ينكرها لا الشّرع ولا العرف ولا المروءة وأساس هذا الحق هو الشريعة الإسلامية.

والأمر بمعاملة الزوجة بالمعروف يدعمه قول الله تعالى ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[5] وهذه الآية تعني أن كل ما يحق للزوج طلبه من زوجته من أمور مشروعة كالإخلاص والعفة كما يحق للزوجة في نفس الوقت طلبه وانتظاره من زوجها.

ويدخل ضمن المعاشرة بالمعروف حسن المعاملة ويكون هذا بالتعاون على جلب الخير ورفع الشر والتسامح والإخلاص في أداء الواجب والمحافظة على الروابط[6] الزوجية وهذا ما قصده تبارك وتعالى من ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[7] وقوله سبحانه وتعالى ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾[8] ذلك أن المعاشرة بالمعروف من الحقوق المتبادلة بين الزوجين، فيلزم كل واحد منهما معاشرة الآخر بالمعروف.

بعد توصلنا إلى المعنى الإجمالي للمعاشرة بالمعروف الذي تضمنته المادة 36 من قانون الأسرة نجد أن المشرع رغم جعله لهذا الحق حقا مشتركا يسن الزوجين على أساس المساواة إلا أن هدفه كان حماية المرأة من سوء المعاملة

[1] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص57.

[2] محمد سمارة، المرجع السابق، ص258.

[3] النساء: 19.

[4] أنظر أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، جامع أحكام القرآن، ج و، ط1، لبنان، 2006، ص97.

[5] البقرة: 228.

[6] بالحاج العربي، المرجع السابق، ص310.

[7] الروم: 21.

[8] البقرة: 187.

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]

ثالثا: احترام كل من الزوجين لأهل الزوج الآخر

من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين أيضا احترام كل منهما لأبوي الآخر وأهله الأقربين وزيارتهم بالمعروف نص المادة 36 فقرة 5[2]. 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 حق لهما.

رابعا: التشاور في تسيير شؤون الأسرة والتباعد بين الولادات

يعتبر من أهم الواجبات التي نص عليها المشرع الجزائري في تعديله الأخير حيث أن هذا الواجب يكرّس[3] مبدأ المساواة المطلق بين الزوجين.

كما أن مسألة تقرير المرأة لعدد أولادها قد أكدت عليه إتفاقية "سيداو" من خلال المادة 16 فقرة "01" بند "هـ" بنصها على أن تكون للمرأة 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، هذا فضلا عن نصها في البند "د" على أن يكون للمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة[4]، فهذا البند يفصل بين مسؤولية الأم كوالدة ووضعها كزوجة والشريعة الإسلامية تتفق مع هذا البند فيما يختص بالرعاية الإنسانية والصحية للأم والطفل وتضع أحكاما خاصة بثبوت النسب وغير ذلك في حالة ما إذا كان الحمل نتيجة زواج أم لا.

وقد جاء في نص المادة 36 فقرة 04 من قانون الأسرة المعدّلة بالأمر رقم 05 فقرة 02 التشاور في اتخاذ القرارات[5] المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل، وهذا تبعا للأساس الذي قام عليه قانون الأسرة الجزائري من حيث المساواة بين الزوجين حتى يعملا معا على رعاية الأسرة وتنظيم الولادات.

---

[1] بالحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا، ط1، دار الثقافة للنضر، عمان، 2012، ص401.

[2] نص المادة 36 من ق.أ بأنه: "..يجب على الزوجين..حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.."

[3] هجيرة دنوني، التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة دراسات قانونية، مجلة تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، 2010، عدد 07، ص13.

[4] هدى عبد المنعم، دراسة الوثائق الدولية م جوانبها المختلفة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعةالإسلامية والإتفاقات الدولية"، جامعة طنطا، مصر، 7-9 أكتوبر 2008، الموقع الإلكتروني: www.iicw.org

[5] بالحاج العربي، المرجع السابق، ص313

عكس ما كان في القانون القديم[1] والذي ميّز بين مكانة الزوج عن الزوجة فكان الزوج هو رئيس العائلة ورب الأسرة والقرار الفاصل يرجع له وحده، إلا أن المشرع سلبه هذا الحق وجعل له شريكا وهي الزوجة وبذلك لا يستطيع أن يتخذ أي قرار يخص الأسرة إلا بعد مشاورة الزوجة والإتفاق معها ولكن إذا كان الأمر كذلك فما مصير الأسرة، هل تكون دون رئيس أم أنها تسير برئيسين؟.

الفرع الثاني: الحقوق و الواجبات الملغاة بموجب الأمر 02/05

ألغى المشرع الجزائري كل من المادة 38 و 39 المتعلقة بحقوق المرأة وواجباتها حيث أن المادة 38 تنص على حق الزوجة في زيارة أهلها واستضافتهم بالمعروف وكذا حرية التصرف في مالها. إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن هذه الحقوق لم تلغى نهائيا بل تم إدراجها في مواد أخرى، فبالنسبة لحق الزوجة في زيارة أهلها فقد نص عليها ضمن الواجبات المشتركة للزوجين أما بالنسبةلحرية المرأة في التصرف في مالها فقد تم إدراجه ضمن المادة 37[2] التي جعلت للزوجة ذمة مالية مستقلة. وتم إلغاء المادة 39 والتي كانت تنص على أنه يجب على الزوجة:

- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.
- إرضاع الأولاد عند الإستطاعة وتربيتهم.
- إحترام والدَي الزوج وأقاربه.

فقد ألغي كل من واجب طاعة الزوج باعتباره رئيس العائلة وكذا إرضاع الأولاد فقد تم إلغاؤها تماما وهذا ما يؤكد فلسفة المشرع في المساواة في الحقوق والواجبات الزوجية لأنه حسب إتفاقية "سيداو" فإن طاعة الزوجة لزوجها وكذا قوامته لها هو تمييز ضدها وأن إرضاعها لأولادها ليس بواجب عليها. ونظرا لاعتبار أن كل من القوامة والطاعة يهدم مبدأ المساواة لذلك كان لزاما شرح هذا فيما يلي:

أولا: واجب طاعة الزوجة لزوجها

- الطاعة في اللغة هي الانقياد والموافقة إذ يقال أطاعه وأطاع له.
- أما اصطلاحا فيقصد بطاعة الزوجة عموما موافقة المرأة لزوجها بالإستجابة لرغباته وطلباته وطلب مرضاته في غير معصية الله تعالى.

لذلك فإن الطاعة يجب أن تكون في شؤون الحياة الزوجية ولا تتجاوزه إلى ما يتعلق إلى أمور المرأة الخاصة. كتصرفاتها في مالها بما تراه أصلح لها. وقد ثبت وجوب الطاعة الزوجية بالقرآن والسنة حيث قال تعالى ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ ﴾[3]

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.ا.ج....،المرجع السابق، ص60.

[2] وهو الأمر الذي سنتطرق إليه بالدراسة في المطلب الثاني بالتفصيل تحت عنوان " الحقوق المالية للزوجين".

[3] البقرة: 228.

إضافة أن الله تعالى أمر بتأديب الزوجات عند عدم الطاعة ونهى عن ذلك بقوله تعالى ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ٣٤ ﴾[1] وهو ما يدل على لزوم طاعة الزوجة لزوجها.

وفي إطار واجب الطاعة كذلك نجد أن الجزائر تحفظت على المادة 15 فقرة 04 من اتفاقية "سيداو" لا سيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مقر إقامتها ومسكنها بمفهوم يتعارض مع أحكام الفصل الرابع من قانون الأسرة الجزائري، أي أن حق المرأة في التنقل مرتبط بواجبها بطاعة زوجها إلا أنه ألغى واجب الطاعة مما يؤكد أن المشرع قد تراجع بصفة غير مباشرة على تحفظه على المادة 15 ف04.

ثانيا: حق قوامة الزوج على زوجته

لغة: قوامة في اللغة من قام على الشيء قياما أي حافظ عليه وراعى مصالحه ومن ذاك القيّم وهو الذي قوم على شأن شيء ويليه ويصلحه. والقَيّم هو السيد. وقيِّم المرأة هو زوجها أو وليها لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج.

اصطلاحا: أما في الإصطلاح الشرعي فالقوامة هي قيام الزوج على زوجته بالحماية والرعاية والحفظ.

نجد أن أدلة هذا الحق من الكتاب قوله تعالى ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ ﴾[2]

وقد جعل الله تعالى القوامة للرجل على امرأته لسببين ذكرهما الله بقوله ﴿ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ ﴾[3] فالسبب الأول تفضيل الله الرجال على النساء في أصل الخلفة وأعطاهم من الحول والقوة ما لم يعطيهن. فكان من أجل ذلك التفاوت في التكاليف والأحكام الشرعية وفي الحقوق والواجبات. أما السبب الثاني لقوامة الرجل على امرأته هو بما أنفقته وينفقه الرجال من مهر ونفقة وتكاليف أخرى ألزمه المشرع بها.[4]

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الزوجة كذلك قوامة وقوامتها للمنزل أي قيامها بما يحتاج إليه البيت والزوج من طبخ وإعداد للطعام وغسل وتنظيم وغيرها من الأعمال. كما أن قوامة المرأة هي أمر إختياري لهما وليس إجباريا أي عقد تبرع منها لأنه جرت العادة والعرف على أن المرأة هي من يقوم بهذه الأعمال وهو ما أخذ به جمهور العلماء.

[1] النساء: 34.

[2] النساء: 34.

[3] النساء: 34.

[4] حسين مهداوي ، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، 2010، ص70.

ويفهم من خلال هذا أن قوامة الرجل على المرأة ليست بالتمييز ضدها بل هو تشريف لها وحفظ لحقوقها إلا إذا تعسف الرجل في استعماله لهذا الحق وعليه فالمعنى العام للقوامة هو رعاية وليست تسلط وتحكم.

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

- نسبة الإبن إلى والده.
- منح الأب جنسيته إلى إبنه.
- حق ولاية الأب على أولاده القصر.

وهذا ما يجعلنا نتساءل حول مصير هذه الأثار إثر إلغاء المشرع المادة 39 من قانون الأسرة.

نسب الإبن لأبيه

فبخصوص أثر النسب فقد أبقى المشرع عليه فالطفل ينسب إلى أبيه بالزواج الصحيح[1] وهذه الأمور تثبت أن الجزائر مازالت تتمسك بالتحفظ على المادة 16 من الإتفاقية والتي تمنح الزوجة الحق في نسبة إبنها إليها ومنه بمفهوم المخالفة فإن هذه الإتفاقية تعترف بولد الزّنا وتوجب الدول بعدم حظر مثل هذه الأمور وهذا ما يخالف الشريعة وقانون الأسرة المستنبط من مبادئها.

وفي هذا الصدد وبتمسك الجزائر بالتحفظ على المادة 16 وبمجرد انعقاد عقد الزواج بين الرجل والمرأة فإن هذا الأخير يمنحها قانونا وشرعا إسمه العائلي مع احتفاظها بإسمها الأصلي وهذا يخالف نص المادة 16 من الإتفاقية والتي تنص على أنه: "..نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة" وهذا ما توضحه لجنة القضاء على التمييز حين تعليقها على هذا النص قائلة: "ينبغي أن يكون لكل من الشريكين الحق في إختيار إسمه الذي يحافظ على فرديته وهويته في المجتمع المحلي ويميزه عن غيره من أفراد المجتمع. وعندما تضطر المرأة بموجب القانون أو العرف إلى تغيير إسمها عند الزواج أو عند فسخه. فإنها تحرم من هذه الحقوق".

منح الإبن جنسية أبيه

أما بالنسبة لهذا الأثر فكان قانون الجنسية الأمر 89/70 يمنح للإبن جنسية أبيه فقط إلا أنه بتعديل هذا الأمر بموجب الأمر 02/05 المؤرخ 2005./02/27[2] ونصه في المادة 06 تمنح الجنسية من طرف الأم ونص المادة 07 فقرة 02: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر..الولد المولود في الجزائر من أي مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخر تمكن من إثبات جنسيتها ومن جهة أخرى من خلال سجلها للتحفظ

[1] أنظر المواد من 40-45 من قانون الأسرة، تنظيم النسب.

[2] ج.ر 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

الوارد على المادة 09 فقرة 102 من اتفاقية "سيداو" بموجب الأمر الرئاسي 426/08 المؤرخ في 208/12/28.

ولاية الأب على أولاده القصر

أما فيما يتعلق بحق الأب في ولايته على أولاده القُصّر فإن المشرع قد أبقى على هذا الحق وذلك بموجب المادة 87 من قانون الأسرة ولكن بعد تعديل 2005 تم إضافة فقرتين حيث تنص الثانية على أنه : "..وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له. تحل المرأة محله في القيام بالأمور المستعجلة.." ويفهم من هذا أنه أعطى للأم حق ولاية أولادها في حال غياب الأب أو حصول مانع له وذلك لقيام المسؤولية العائلية المشتركة.

المطلب الثاني: الحقوق و الواجبات المالية

والمقصود بالحقوق المالية هي التي يكون موضوع الحق فيها يقوم بالمال ويكون الجانب الإيجابي من الذمة المالية للشخص ويمكن حصرها في حقوق الزوجة المالية من نفقة (الفرع الأول) والذمة المالية (الفرع الثاني) إضافة إلى حق التوارث.

الفرع الأول: حق الزوجة في النفقة

النفقة لغة: هي الإخراج والذهاب[2]، يقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع والنفقة اسم مصدر وجمعها نفقات.

اصطلاحا: ما يصرف على المرأة والزوجة من مال[3] وطعام وكسوة وسكن، ويراد بنفقة المرأة ما تحتاج إليه معيشتها من طعام وكسوة وما يلزمها بالضرورة لحياتها اليومية. وفقا للعادة الجارية بين الناس. وذلك مقابل تفرغها للزوج وعدم نشوزها.[4]

وقد ثبت واجب الزوج بالإنفاق على زوجته وأولاده بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

- **الكتاب:** قوله تعالى ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ۝٧ ﴾[5] وقوله تعالى ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[6] فالمولود له هو الأب لأن الأولاد ينسبون إليه لا إلى الأم وقوله تعالى ﴿ رِزْقُهُنَّ

[1] حيث يلزم نص المادة 9 فقرة 2 الدول الأطراف منح المرأة حق مساويا للرجل فيما يتعلق بجنسية اطفالها.

[2] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص 74.

[3] مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، ص 181.

[4] محفوظ بن صغير، المرجع لاسابق، ص507.

[5] الطلاق: 7.

[6] البقرة: 233.

وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾[1] أي الأمهات والرزق هنا هو الطعام الكافي بالكسوة واللباس وقوله ﴿ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[2] أي بالتعارف عليه في العرف والشرع من غير إفراط ولا تفريط.

- **السنة:** أما أدلة وجوب النفقة من السنة الشريفة ما جاءت عن النبي ﷺ في خطبة الوداع "اتقوا الله في النساء فإنهن توات عندكم وإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"

- ونجد ما استدل عليه العلماء على وجوب النفقة على الزوجة في حديث هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان لما شكت إلى النبي ﷺ بخله وشحه فقال ﷺ "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[3]، ووجه الدلالة هنا أن النفقة لو لم تكن واجبة لما أذن لها الرسول الكريم في الأخذ من مال زوجها من غير إذنه.

والإنفاق على الزوجة من طرف زوجها هو حق من حقوقها وواجب من واجبات الزوج فلا يكون نفقته تفضلا منه ولا إحسانا.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة لسنة 1984 نجد أن المادة 37 منه تنص على أنه: "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها" وهذا يدل على أن نفقة الزوجية واجب على الزوج.

لكن المشرع بعد التعديل أفرد المادة 37 للحديث عن الأموال المشتركة بين الزوجين وعن الذمة المالية لهما دون الإشارة إلى واجب النفقة. لكن هذا لا يدل على أنه ألغى واجب الزوج من النفقة على زوجته لأنه قد ضمنه في الفصل الثالث من قانون الأسرة تحت عنوان النفقة من المادة 74 إلى 80.[4]

كما أوجب النفقة على الأولاد من طرف الأب وهذا وفق ما جاءت به المادة 75 على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال بالنسبة لذكور إلى سنّ الرشد وللإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة. وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب".

كما تشمل النفقة سواء للزوجة أو الأولاد حسب المادة 78 من قانون الأسرة الغذاء والكسوة والسكن أو أُجرته. وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

ويفهم من خلال إبقاء المشرع على واجب الزوج بالنفقة على الزوجة وكذا الأولاد يدل على التمسك بالتحفظ على المادة 16 من الإتفاقية فيما يتعلق بهذا الجزء خاصة أن هذه المادة تكرس المساواة بين الجنسين في الحقوق والواجبات، يجعل المرأة ملزمة بالإنفاق على نفسها وأولادها وبيتها مثلها مثل الرجل.

---

[1] البقرة: 233.

[2] البقرة: 233.

[3] رواه مسلم في صحيحه.

[4] حيث نصت المادة 74 على أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78،79،80 من هذا القانون.

وما يعنينا في هذا الصدد هو ما جاءت به إتفاقية"القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" حيث من شرح نصوصها وبتكريسها لمبدأ المساواة بين الجنسين، فإنها تسعى بذلك إلى تغاضي ما فرض على الزوج من تقديم للمهر. وهو ما جاء في التوصية العامة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بقولها: "أن بعض دول الأطراف تجيز ترتيب الزواج بواسطة الدفع أو التفضيل..فتشير كل من عبارة دفع أو التفضيل إلى 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 الزواج. ولا ينبغي للدولة أن تعترف بمثل هذه الإتفاقات بوصفها قابلة للإنفاذ".[1]

ورجوعا إلى نص المادة 37 من قانون 11/84 سالفة الذكر نجد أنها تنص على النشوز اعتباره نسبيا من مسقطات النفقة إلا أن المشرع عدل عن المادة وألغى هذا السبب مما خلف فراغا تشريعيا. بحيث لا يمكن سد هذا الفراغ عمليا بموجب أحكام المادة 222 من قانون الأسرة. وذلك نظرا للإختلاف في المذاهب الفقهية ولا يمكن الإحتجاج بكون المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي. لأنه لا يمنع الأخذ بالمذاهب الأخرى خاصة بعد التعديل الأخر.[2]

وقد منح المشرع الأسري للمرأة حق التصرف في مالها إضافة إلى حقها في النفقة كما منح للزوجين حق الإنفاق على الأموال المشتركة بينهما وهو ما سنتطرق إليه من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: حق المرأة في التصرف في مالها

بالرجوع إلى نص المادة 37 من الأمر رقم 02/05 على أنه:"لكل واحد من الزوجين أن يتفقا بعقد رسمي حين إبرام عقد الزواج أو أي عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها من خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب الذي يمكن أن يؤول إلى كل واحد منهما".

ومن أجل دراسة ذلك ووفقا لإتفاقية "سيداو" سنوضح أولا المقصود بالذمة المالية واستقلاليتها وثانيا سنوضح كيف يكون الإتفاق بين الزوجين حول الأموال المشتركة من خلال العقد.

أولا: المقصود بالذمة المالية

معنى الذمة لغة: فالذِمة بكسر الميم هي العهد ورجل ذمي أي له عهد وقال الجوهري: "أهل الذمة أهل العهد"، والذمة كذلك الكفالة والضمان. والذمة الأمان وسمّي الذمي لأنه يدخل في أمان المسلمين.[3]

أما اصطلاحا: هي وعاء اعتباري بقدر تكوّنه في الشخص. لتثبت فيه ديون وسائر الإلتزامات التي تترتب عليه.[1]

---

[1] التوصية العامة رقم 25، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بشأن المادة 16 من إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 2013/10/30، ص8-9.

[2] رتيبة عياش، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة ماجستير، الجزائر، 2007، ص114.

[3] ربيعة الغات، المرجع السابق، ص178.

الذمة المالية في الفقه الإسلامي: هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلا للإلتزام صالحا لأن يكون به حقوق وتترتب عليه واجبات مالية.[2]

والذمة المالية تثبت للشخص لحظة ميلاده سواء ذكر أو أنثى. حيث أنه لافرق بين الرجل والمرأة في التمتع كل منهما بذمة مالية مستقلة.

كما أن الشريعة الإسلامية أولت إهتماما فيما يخص إستقلالية الذمة المالية للمرأة عن الرجل وذلك لقوله تعالى ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكۡتَسَبُواْۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكۡتَسَبۡنَۚ ﴾[3]

وعليه فإن الزواج في الإسلام لا أثر له على أموال الزوجين سواء كانت منقولا أو عقارا اكتسب قبل الزواج أو بعده. وبهذا فإن الشريعة الإسلامية كانت السباقة في الإعتراف للمرأة باستقلال الذمة المالية.

وهو ما تؤكده المادة 37 حينما نصت على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

وأمام هذا فإن ذلك هو تكريس لما جاءت به الشريعة الإسلامية ومن جهة أخرى فهو تكريس لمبدأ المساواة بين الجنسين في حرية التصرف في المال. تطبيقا لما نصت عليه إتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" في المادة 10 فقرة 01 حرف "ج" بقولها: "نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمته".

وكذلك في المادة 15 منها بقولها: "..تمنح دول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل. ونفس فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة وبوجه خاص حقوقا مساوية للرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات. وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات المتبعة في المحاكم والهيئات القضائية.."

وبالتالي نقول أن المشرع الجزائري قد طبق ما جاءت به إتفاقية "سيداو" فيما يتعلق بالمساواة في المعاملات المالية للرجل والمرأة وذلك بالأخذ بالذمة المالية المستقلة لهما. كما نجد أن الذمة المالية للزوجة تتكون من:

- المنقولات والعقارات التي اكتسبها قبل إبرام عقد الزواج.
- ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي.
- الصداق والهدايا التي قد يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعند إبرام عقد الزواج.
- الديون المستحقة لها اتجاه الغير والديون التي في ذمتها لفائدة الغير.
- ما تحضره لبيت الزوجية من أثاث وأمتعة ومجوهرات ومواد أخرى.[4]

---

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج .....،المرجع السابق، ص79.

[2] وحياتي جيلالي،مظاهر المساواة بين الزوجين...، المرجع السابق، ص72.

[3] النساء: 32.

[4] وحياتي جيلالي،مظاهر المساواة بين الزوجين.....، المرجع السابق، ص76.

أما بالنسبة للزوج فذمته المالية تتكون من:

- المنقولات والعقارات 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 زوجته في فترة الخطوبة وما بعد إبرام الزواج.[1]

كما أورد المشرع استثناءا على استقلالية الذمة المالية للزوجين حيث سمح لهما بالإتفاق على النسب التي تؤول لكل واحد منهما بشأن الأموال المشتركة والمكتسبة أثناء الحياة الزوجية وهو ماسيتم تبنيه من خلال مايلي.

ثانيا: الاتفاق على الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية

الأصل أن لكل واحد من الزوجين حقوقه المالية المستقلة عن الآخر مما يقتضي أن يكون للزوجة الحرية الكاملة ومطلق التصرف في أموالها ما لم يتفق على خلاف ذلك وعليه يكون الإتفاق في هذه الحالة مصدر الحقوق والتصرفات التي يمنحها أحدهما للآخر في ماله.

ولقد أضاف المشرّع من خلال نص المادة 37[2] من قانون الأسرة بعد التعديل إمكانية الإتفاق بين الزوجين سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما وكذا نصيب كل واحد منهما.

كما أن هذا النص جاء على صيغة جواز الإشتراط في عقد الزواج فمن ناحية فإن هذا النص يمكن أن يدخل ضمن المادة 19[3] والتي تتكلم عن حرية الإشتراط. ومن جهة أخرى فإن المشرع ترك للزوجين الحرية في الإتفاق من عدمه.

ومما تجدر الإشارة عليه أن المشرع جاء بهذا النص حماية لحقوق المرأة المالية عامة والزوجة خاصة. حيث أن المرأة أصبحت تساهم بشكل أكثر في تحسين الأوضاع الإقتصادية للأسرة.

وبهذا تكون نهاية الفصل الأول و الذي تم فيه دراسة مبدأ المساواة بين الجنسين في أهم المسائل التي تتعلق بالزواج، وآثاره وكذا تبيان مواضع التأثر بإتفاقية "سيداو" من عدمه فماذا بشأن الطلاق وأثاره.

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج .....،المرجع السابق، ص 82.

[2] نص المادة 2/37 أمر 02/05: "..غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما.."

[3] على انه: "..للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.."

الفصل الثاني

مدى تأثير إتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" على قانون الأسرة في أحكام فك الرابطة الزوجية

يعتبر الزواج عقدا أبديا بين الرجل والمرأة قدسته الشريعة الإسلامية واعتبره الله سبحانه وتعالى ميثاقا غليظا بينهما. فهو خير نظام إنساني يجمع بين الرجل والمرأة للمحافظة على النوع البشري وضمان السكينة لكل منهما غير أن الأليق والأوفق لطبيعة الإنسان أن يكون لهذا العقد نهاية عند عدم تحقق الغاية منه أو عدم التوافق بين الرجل والمرأة أو عند الإخلال بنظام الزواج بذاته وتتمثل هذه النهاية في الطلاق وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 47من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "تنحل رابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

وموضوع إنحلال الزواج كان كذلك موضع اهتمام"إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"والتي أكدت على أن يكون للمرأة نفس الحق مع الرجل عند فسخ عقد الزواج.

ومن هذا المنطلق يمكن التساؤل عن مدى تطبيق المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عليها.

وللإجابة على ذلك قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين حيث سنتطرق في الأول منهما إلى مدى حرية الزوجين في فك الرابطة الزوجية اما في الثاني فندرس تأثير إتفاقية "سيداو" على الحقوق والواجبات بعد فك الرابطة الزوجية.

المبحث الأول: مدى حرية الزوجين في فك الرابطة الزوجية

بالرجوع إلى قانون الأسرة فإننا نجد المشرع يخول لكلا الزوجين الحق بإنهاء الرابطة الزوجية سواء كان عن طريق الزوج بالإرادة المنفردة أو بالتراضي (المطلب الأول) أو كان عن طريق الزوجة بالتطليق أو الخلع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطلاق بالتراضي وإرادة الزوج

إذا كان الركن الأساسي في إبرام عقد الزواج، هو الرضا حسب ما نصت عليه المادة 9. ق.أ.ج: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" كما عرفته المادة 4.ق.أ.ج الزواج بانه: "عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من اهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

من هاته النصوص القانونية نفهم أن المشرع اراد ان يكون التوثيق الأولي لرابطة الزواج على أساس الرضا، فلم لا تكون نهايتها رضائية كذلك؟ وهو ما يعرف بالطلاق بالتراضي كصورة رابعة لفك الرابطة الزوجية (الفرع الأول).

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

الفرع الأول: الطلاق بالتراضي

عندما يصبح إستمرار الحياة الزوجية مستحيلا، أي ثبوت إنعدام المودة والرحمة بين الزوجين لأسباب ومبررات. فلا ريب على الزوجين إن تراضيا على حلها.

وقد عرفه الأستاذ باديس ديابي بـ: "يقصد بهذه الصورة من الطلاق أن كلا الزوجين يريد أن يفك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن إستمراريتها أضحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الإستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الاثر القانوني المتمثل في الطلاق[1]. ويطلق الفرنسيون على هذا النوع من الطلاق بالطلاق الظريف أو اللطيف « le divorce gracieux ».[2]

فقد أباحته الشريعة الإسلامية وذلك لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ ﴾[3]

[1] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، ص28.

[2] بالحاج العربي، ج1، ط2، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مقدمة خطبة – الزواج – الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص258.

[3] البقرة: 227.

وقد جاء هذا النوع من الطلاق في احكام المادة 48 من قانون الأسرة 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 مايلي: "من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالإبتدائية او النهائية، ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوة تزوير".[1]

فهذا الإجتهاد ولما فيه من فوائد عملية ارتقى إلى قاعدة قانونية في ظل التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 فنص المادة 48 أبقى على نفس صور الطلاق ومنها الطلاق بالتراضي، لكن الجديد ما أوردته المادة 57 من نفس القانون التي عدلت كما يلي: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية.."

فالمادة عددت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية ولم تذكر الصورة الرابعة المتمثلة في الطلاق بالتراضي وفي هذا تأكيد على اعتبارها مجرد إشهاد فهي لا توصف بالإبتدائية ولا بالنهائية وليست بذلك قابلة للإستئناف لا من حيث طلاق ولا من حيث الجوانب المادية".[2]

كما أن الطلاق بالتراضي يكون بناءا على تراضي الزوجين معا ورغبتهما المشتركة وذلك حسب المادة 429 من ق.م.إ.د التي تنص على أنه في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط ".

فبعد اتفاق الطرفان على كل الأمور وخاصة المتعلقة بآثار فك الرابطة الزوجية من نفقة الأبناء وحضانتهم ومكان ممارستها إلى غير ذلك، فيتقدم أحد الطرفان أو كلاهما بعريضة مشتركة إلى الجهة القضائية المختصة على أن يراعيا الشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة.[3]

تحكم المحكمة بالطلاق في حالة فشلها في محاولة الإصلاح بين الطرفين كما أنه لايجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي، فدور القاضي هو إعلامهما بخطورة وجسامة موقفهما. خاصة مع وجود أطفال.

بالإضافة إلى إمكانية عدم مراعاة ما اتفقا عليه في حال كان ذلك مخالف للنظام العام والآداب العامة[4] أو يكون ضد مصلحة الأطفال.[5]

وللطلاق بالتراضي عدة فوائد فمن حيث أن الطلاق لطيف يحتفظ على العلاقات الطيبة التي بنيت بين الزوجين يوم ما، أو من حيث الإجراءات التي تكون بسيطة وسريعة.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2005/05/23، رقم 243943، الم.ق.2001، عدد خاص.

[2] باديس ديابي، المرجع السابق، ص29.

[3] ق.ا.م.ا.د رقم 08 09 المؤرخ 25 فبراير2008 المتضمن ق.ا.م.ا.د.ج.ر _21 الصادر في 24_04_2008.

[4] بالحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة الخطبة الزواج الطلاق ،المرجع السابق ، ص259.260.

[5] ذلك حسب نص المادة 431 من ا.م.ا.د.

إذ يخص في مجمله إلى تقصير الطريق ولكن النزاع عن القضائي الطويل الأمد من أجل التوصل إلى اتفاق يخص جميع الآثار المترتبة على الطلاق والتي تحظى بموافقة الطرفين.[1]

بالعودة إلى المادة 16 من إتفاقية "سيداو" فقرة 1 حرف "ج": نجد أنها تقرر مبتدأ المساواة بين الزوجين في مسألة إيقاع الطلاق وهو ما عبرت عنها بقولها "..الحقوق والمسؤوليات نفسها أثناء الزواج وعند فسخه..".

وهذا ما يتطابق مع الطلاق في قانون الأسرة في حالة الفرقة بالإرادة المشتركة للزوجين وفي هذه الحالة يكون كلا الزوجين نفس المركز في الإقرار بالطلاق والقبول به بإرادة حرة وعن قناعة دون ضغوط أو تمييز على أساس الجنس وهذا ما أكدته المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "..من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على إنفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضاهما..".

ومن خلال هذا نرى أنه كما أكدت الإتفاقية وقانون الأسرة على تكريس مبدأ المساواة بين الطرفين في عقد الزواج، فقد كرست هذا المبدأ عند إنحلال عقد الزواج خاصة في هذا النوع من الطلاق وهو الطلاق بالتراضي.

لكن هل بقي قانون الأسرة يسير على هذا المنوال في تجسيده لمبدأ المساواة بين الزوجين في الصور الأخرى للطلاق خاصة الطلاق بالإرداة المنفردة للزوج والذي يكون للزوج السلطة المطلقة لإيقاعه؟

الفرع الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة

إن الطلاق من منطلق عام يستوجب صورا متعددة من الفرقة ولكن معناه الإصطلاحي ينصرف إلى الفرقة التي يوقعها الزوج بالإرادة المنفردة.

الطلاق لغة: مشتق من الإطلاق وهو الترك والإرسال فيقول طلقت المرأة فهي طالق أي رفع قيدها سواء كان قيدا ماديا أو معنويا.

إصطلاحا: هو رفع القيد أي إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا.

فقد يجد الزوج في سلوك زوجته ملا يقبله، الأمر الذي يؤدي به إلى النفور منها وعدم القدرة على البقاء معها لهذا أبيح له الطلاق شرعا وقانونا وذلك لا يكون إلا بعد استنفاذ جميع الوسائل والآليات التي تسبق الطلاق من موعظة حسنة وهجر في المضجع وضرب بغرض التأديب.[2]

1- مشروعية الطلاق بالإرادة المنفردة

فحكم الطلاق في الشريعة الإسلامية هو الإباحة وقد ثبت إباحته بالقرآن والسنة وإجماع الصحابة وعمل الأئمة إلى اليوم.

[1] باديس دياني، المرجع السابق،ص29.

[2] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص97.

أ- في القرآن الكريم

نجد بعض الصور بخصوص ذلك في قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥۚ ﴾[1].

وقال تعالى ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٖۗ ﴾[2] وقوله عز وجل ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ ﴾[3]

ب- أما السنة

أباحت الطلاق فيما ورد عن النبي ﷺ أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر الرسول ﷺ عن ذلك فقال له "امره فليراجعهما ثم ليتركهما حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إذا شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء".[4]

كما أن الرسول ﷺ طلق حفصة أم المؤمنين ثم أمر الله بإرجاعها لأنها صوامة قوامة.

ج- أما الإجماع

يقضي بأن الطلاق وقع من الصحابة رضوان الله عليهم دون أن يخالف أحد في ذلك. إلا أن إعطاء الرجل الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة ليس تفضيلا عن المرأة بل لأن الرجل يكون أكثر ترددا وتأملا وتأنيا في الحفاظ على عش الزوجية من المرأة وهذا لعدة عوامل[5]:

– إن الرجل اقرب من المرأة في الغالب العام إلى ضبط انفعالاته وكضم غيظه والى تحكيم العقل بينما المرأة تحكمها عاطفتها وتغليب انفعالاتها مما يجعلها إن أعطيت حق الطلاق أصلا اسرع الى النطق به عند احتدام النزاع ولو في مشاداة وقتية. ولما للطلاق من تبعات مالية واجتماعية يلتزم بها الأزواج.

– ومما لا شك فيه أن هذا العائق المالي يمثل عاملا قويا يدفع الرجل عند نشوب النزاع إلى مزيد من التروي وعدم التسرع في النطق بالطلاق. وعليه فإن للرجل استعمال حقه في الطلاق إذا أصرت زوجته في نشوزها منه رغم محاولته هذا من جهة أما من جهة أخرى يمكن للرجل كذلك أن يطلق زوجته بإرادته الحرة رغم عدم نشوزها أو

[1] الطلاق: 1.

[2] البقرة: 229.

[3] البقرة: 236.

[4] متفق عليه.

[5] وحياني جيلالي،المظاهر المساواة بين الزوجين.....، المرجع السابق، ص85.

عصيانها وذلك لمجرد رغبته في ذلك مما جعل الناقدين يتساءلون أين هي المساواة بين الرجل والمرأة في البيت وقد اعتبروا ذلك انقاصا لمكانة المرأة ، وكرامتها وحسب الأستاذ تشواري الجيلالي فإن الطلاق بإرادة الزوج يعتبر بعد تعدد الزوجات أشد ثقلا على المرأة هو أساس ناتج سلطة الزوجية للرجل كذا واجب الطاعة المفروض على المرأة[1] ومن أجل معرفة المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة دون إغفال ما تنص عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بهذا الخصوص.

2- الطلاق بالإرادة المنفردة وفقا لقانون الأسرة الجزائري

وفقا لقانون الأسرة الجزائري 05/02 في مادته 48 معدلة على انه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.

وعليه أكدت مادته 48 من قانون الأسرة الجزائري على أن الطلاق يعتبر إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية وذلك محاولة المشرع الجزائري أن يتملص من أي إلتزام يقع عليه إذا ما تبنى إحدى التعاريف التي جاء بها الفقه وترك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية اخرى ضمنها في المادة 222 عندما نص: "كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية".[2]

كما أن المشرع الجزائري بالرجوع إلى المادة 48 من قانون الأسرة سالفة الذكر إلا أنه لم يتعرض إلى الشروط الواجب توافرها من الطرفين مما يتطلب الرجوع إلى مسائل الشريعة الإسلامية ،وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية. لهذا سوف نتطرق إلى الشروط المتعلقة بالزوج المطلّق:

أول ما يشترط في الرجل أن يكون زوجا، ويكون أهلا لإيقاع الطلاق أي يكون راشدا عاقلا،ويكون بالغا. بالرجوع غلى المادة 07 معدلة من قانون 02/05[3] من جهة وما جاءت به المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في طلب الطلاق من احد الزوجين من خلال هذا يتبين لنا أن المشرع منح لهما اهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات دون أهلية التقاضي فيما يتعلق بالطلاق وآثاره. كما يجب أن يكون المطلق عاقلا وفي كامل وعيه وقواه العقلية.

أن يكون المطلّق قاصدا للطلاق اي يحتوي على نية لقول الرسول ﷺ " إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يعمل أو يتكلم"[4].

أما فيما يتعلق بشروط الزوجة المطلقة:

---

[1] تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص165.

[2] وحياني الجيلالي، المظاهر المساواة بين الزوجين.....، المرجع السابق، ص84.

[3] حسب المادة 07 من الأمر 02/05 ق.أ: "..يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

[4] أبو عبد الله بن اسماعيل البخاري، كتاب الطلاق، باب الطلاق الإكراه والكره، حديث رقم 5269، ج3، ص405.

أن تكون زوجة للمطلق سواء قبل الدخول او بعده لقول ابن عباس: "جعل الله الطلاق بعد النكاح" إضافة إلى صحة عقد الزواج. كما ألا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثا لأن الزوج يستنفذ حقه في الطلاق. بإضافة لذلك يجب أن تكون في طهر لم يقربها وهي فيه.

ويجب كذلك أن تحتوي صيغة الطلاق إما تكون صراحة أو كناية.

الطلاق الصريح ما كان بلفظ الطلاق وعن ابن قدامه أن صريح الطلاق ثلاث ألفاظ الطلاق.

أما طلاق الكناية يفهم الطلاق منها بالقرينة.

ولقد اختلف الفقهاء في صيغة الطلاق. وبذلك نرى أن المشرع الجزائري أخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية ،والتي جعلت فك العصمة الزوجية بيد الرجل وهو كذلك ما ذهب إليه القضاء وذلك حسب القرار المؤرخ في 1999/06/15 من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق الإرادة المنفردة.

3- كيفية إثبات طلاق الإرادة المنفردة بحكم قضائي

هذا ما تبينه المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على "..أنه لا يثبت الطلا إلا بحكم..."[1] ويفهم من هذه العبارة في هذه المادة أن طلاق الزوج بإرادته لا يكون نافذا ويأخذ به إلا بصدور حكم قضائي،وكذلك أن الزوج إذا طلق زوجته بحكم قضائي ثم راجعها دون عقد جديد فإن هذا الزواج لا يعتد به قانونا.

وحسب الأستاذ بن شويخ الرشيد فإن "الطلاق بالإرادة المنفردة لا وجود له من الناحية العلمية. إذا كان حكم منشئ للطلاق حسب المادة 49قانون الأسرة الجزائري .

أما الأستاذ تشوار الجيلالي ذهب إلى أن مشرع عند قوله "لا يثبت الطلاق إلا بحكم "فإنه يتبين أن جميع أحكام الطلاق ليست من أحكام الناشئة بل الكاشفة. إذا كان من المستحسن على المشرع أن يستعمل عبارة "لا ينفع" عوضا من "لايثبت".[2]

أما الأستاذ بن داود عبد القادر[3] والأستاذ بالحاج العربي[4] وغيرهم رأوا أن أحكام الطلاق هي أحكام كاشفة وليست منشئة.

وانطلاقا من ذلك ولوضع حد لهذا النقاش يجب أن يتم تعديل المواد المتعلقة بهذه المسألة ومن أحسن أن يتم التفرقة بين حالة لفظ الزوج بالطلاق من عدمه قبل اللجوء إلى المحكمة يعتبر الطلاق وقع قانونا وشرعا .ولا يتم إثباته إلا عن طريق حكم قضائي، وفي حالة لم يتم لفظ الزوج للطلاق ؛وقام باللجوء إلى محكمة مباشرة فإنه لا

[1] قانون الأسرة الجزائري، الأمر 02/05 معدل ومتمم.

[2] تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاق..، المقال السابق، ص75.

[3] بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص114.

[4] بالحاج العربي، الوجيز..، المرجع السابق، ص319.

يقع الطلاق إلا بصدور هذا الحكم المنشئ ،ولا يحدث أي أثر من آثار الطلاق إلا من تاريخ التصريح بالطلاق من قبل القاضي.

وما يمكن قوله بهذا الخصوص أن الطلاق الذي يتم بحكم صادر من قاضي شؤون الأسرة كقيد على إرادة الزوج في الطلاق رغم أن حق الزوج في الطلاق إرادي فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء.

4- الصلح كمحاولة جوهرية لإتمام الطلاق

وهذا ما بينه المشرع من خلال نص المادة 49 إجراءات محاولات الصلح لإتمام الطلاق ومن خلال هذا يسعى القاضي لإيجاد حل ودي بين الزوجين ووضع حد للنزاع القائم بينهما وكذلك نص عليها في المادة 439[1] في إجراءات مدنية وإدارية. وتتم في جلسة سرية.

وحسب نص المادة 442[2] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما يعني عدم اكتفاء القاضي بجلسة صلح واحدة إنما أكثر من جلستين وذلك للتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق وبكل وعي وإدراك واختيار بعيدا عن التعسف أو سوء استعمال حق الطلاق.

مما يعني أن محاولات الصلح هو إجراء وجوبي وجوهري أقره وبين المشرع أحقيته من أجل جعل الطلاق بإرادة الزوج تحت رقابة القضاء.

كما أن الطلاق مقيد بأسبابه وحججه وذلك لما لا يضر الزوجة ويؤذيها أو يسيء إلى سمعتها لا يمكن للزوج أن يوقع الطلاق في أي وقت وكيفما اراد.

ووفقا لهذا فقد نص قانون الأسرة في المادة 52: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[3] وعليه فإن المشرع الجزائري في هذه المادة قام بتقييد الزوج بتقديم أسباب الطلاق وفي حالة عدم تقديمها فإن للقاضي السلطة التقديرية المطلقة حكم بالتعويض على الزوج.

مثال ذلك الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته قصد حرمانها من الميراث. أو إذا كانت مريضة وذلك لكي يتهرب من رعايتها.[4]

ومن خلال تبيان القيود الواردة على الطلاق. رغم أن المشرع جعل عصمة الزوجية بيد الرجل وتمكينه من الطلاق بإرادته المنفردة وذلك أخذا بمبادئ الشريعة الإسلامية. إلا أنه أخضعه إلى رقابة القاضي المطلقة حتى ولو نطق الزوج بالطلاق أنه لا يعتد به إلا بعد استصدار حكم قضائي. ولا ينطق بالحكم إلا بعد اللجوء إلى محاولات

[1] إجراءات الصلح نصت عليها المواد من 439 إلى 449، قانون الإجراءات المدنيةو الإدارية.

[2] حسب المادة 442، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نصت على أنه: ".. غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن الجلسة المحددة للصلح رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك".

[3] قانون الأسرة الجزائري، معدل بموجب الأمر 02/05 .

[4] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص111.

الصلح قصد التوفيق بين الزوجين والتأكد من إرادتهما وإذا تبين أن الزوج ليس له سبب مقنع للطلاق وكان السبب الذي قدمه ليس له معنى يكون تعسفا منه يستوجب تعويض الزوجة.

وحسب أستاذ تشوار جيلالي أن تدخل القضاء الهدف منه إقامة المساواة بين الرجل و المرأة وكون مبدأ المساواة هنا يجب أن يكون عنصرا ناشطا في علاقات إجتماعية[1].
والمعنى الحقيقي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وذلك محاولة من المشرع الجزائري تكريس فكرة المساواة بين الزوجين حسب "إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة".

المطلب الثاني: مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية

لقد منح المشرع الجزائري للمرأة بإنهاء الزواج وذلك بصورتين تقدم للقاضي بطلب التطليق بناءا على سبب من الأسباب التي ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة وإما بمخالعة نفسها وذلك مقابل عوض مالي لكن يثار سؤال حول هذه المسألة هل أن المشرع بإعطائه ومنحه للزوجة حق الطلاق عن طريق التطليق والخلع مقابل طلاق الزوج بالإرادة المنفردة قد ساوى بينهما وبين الرجل في الطلاق؟

الفرع الأول: التطليق

يقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء ،وذلك بناء على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون.[2] إذن هذا الطلاق لا يتم إلا بناء على إرادة الزوجة وكذا بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف،[3] وقد نصت المادة 53[4] من قانون الأسرة عل حق المرأة في التطليق أمام القضاء وذلك بذكرها الأسباب التي تخول لها ذلك الحق منها عدم الإتفاق عليها بعد صدور حكم بذلك ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78.79.80 من هذا القانون، وجود عيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الحكم عليه عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، الغيبة لمدة أكثر من سنة بدون عذر ولا نفقة ومخالفته لأحكام المادة08 المتعلقة بالتعدد،إضافة إلى إرتكابه فاحشة مبينة وكذلك وجود الشقاق المستمر بينهما وبين الزوج،ومخالفة للشروط المتفق عليها في عقد الزواج وأخيرا ضرر معتبر شرعا.

---

[1] تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص206.

[2] بوكايس سمية، الم المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، رجع السابق، ص 113.

[3] بالحاج العربي، المرجع السابق، ص273.

[4] بلفضل فاطيمة، مبدا المساواة بين الرجل والمرأة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ليسانس، جامعة ابن خلدون-تيارت، 2008-2009 ص 51.

بمقارنة المادة 53 المعدلة بالنص القديم نجد أن المشرع قد وسع من دائرة الأسباب التي تخول طلب التطليق، فبعدما كانت سبعة أسباب أصبحت عشرة والهدف من ذلك محاولة المشرع التوفيق بين الطلاق بإرادة الزوجة والطلاق بإرادة الزوجة والطلاق بإرادة الزوج وذلك عملا بالمساواة في الطلاق حسب إتفاقية "سيداو" وهذا ما أكده التقرير الجامع للتقرير الجامع للتقريرين الدوريين 3 و 4 المقدم من الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة و الذي جاء فيه.....بموجب أحكام القانونالجديد تم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية ولا سيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب إنتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج أي العقد المبرم لاحقا..[1]

واتجاه هذا ولمعرفة مدى توسع المشرع في أسباب التطليق سنتعرض إلى الأسباب الواردة في النص القديم 11/84 وكذلك الوقوف عند الأسباب المضافة ضمن التعديل الأخير.

أولا: ما يجب إثباته كسب من أسباب التطليق قبل الزواج

هي حالات سبع أوردتها المادة 53 من قانون الأسرة تمثلت أساسا في التطليق لعدم الإنفاق، فكما هو معروف أن إمساك الزوج زوجته دون الإنفاق، فكما هو معروف أن إمساك الزوج زوجته دون الإنفاق عليها يتناقض والقاعدة العامة المقررة في الشّرع الإسلامي لا ضرر ولا ضرار خاصة وأن نفقة الزوجة واجبة على الزوج دون خلاف بين الفقهاء، ولعل من أبرز مظاهر تكريم الشريعة الإسلامية للزوجة فرض نفقة على زوجها دون أن يؤثر ذلك على إستقلالية ذمتها المالية أو ينقص منها، وفي حالة عدم إنفاقه عليها يكون لها الحق في أن تطالب بالتطليق تأسيسا على سبب عدم التطليق "الإنفاق" إلا أن التطليق لعدم الإنفاق مقيد بشروط حسب المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وهي كما يلي: أن يكون الزوج ملزم بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي وألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، فالشرط الأول يعني أن الزوجة إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق.[2]

لابد لها من إستصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه عنها قانونا، الأمر الذي أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/05/02 والتي قضت أنه لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يوجب النفقة على الزوجة وإن امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك.[3]

[1] أنظر التقرير الدوري الحامع للتقريرين 3 و 4 المقدم من الجزائر، المرجع نفسه، ص 19.

[2] النفقة: هي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج، أنظر بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 169، ونجد تعريف آخر: بأنها توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء وإن كانت غنية – أنظر نويرة بلال – أحكام النفقة في التشريع الجزائري-مذكرة ماستر-بسكرة، 2014-2015، ص 35-36.

[3] المحكمة العليا، غ ش-1995/05/02، ملف رقم 118475، نشرة قضاء 1996، عد 49، ص 241.

أما الشرط الثاني فيتلخص في ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج. فإن كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التطليق على هذا الأساس.[1]

لكن المشرع لم يبين المدة التي يجب أن تنتظرها الزوجة بعد صدور الحكم ضد الزوج بعدم الإنفاق، فهل لها رفع دعوى حال صدور الحكم أم إنتظار مدة معينة؟[2]

أمام هذا صدر قرار للمجلس الأعلى يقضي بما يلي: من المقرر فقها وقضاء في الأحكام التشريعية الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها الطلاق من زوجها[3].

ولكن هذا القرار جاء ناقصا غير واضح لأنه لم يبين هل المدة تحسب قبل صدور حكم الإنفاق أو بعده.

كما أن المشرع لم يوضح هل يجوز للزوجة التطليق لعدم الإنفاق في حالة وجد إتفاق بين الزوجين في أن تتحمل الزوجة جزء من الأعباء المالية للأسرة، هذا فضلا على عدم وجود حكم في هذه الحالة يخص المرأة العاملة.[4]

أما السبب الثاني الذي يجيز للزوجة طلب التطليق والمتمثل في العيوب التي يرى الفقهاء أنها العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والتي لا يمكن أن تخرج عن ثلاثة أنواع: فإما أن تكون عيوب تناسلية خاصة بالرجال (العنة، الجب و الخصاء)[5]. وإما أن تكون عيوب تناسلية خاصة بالنساء (الرتق والقرن)[6]. أو عيوب مشتركة بين الرجال والنساء كالجذام والبرص[7].

لكن حتى يعتبر العيب سببا للتطليق يجب أن يتضمن عدة شروط، فيجب أن يكون العيب في الزوج وليس الزوجة لأن المشرع منح للزوج الطلاق بالإرادة المنفردة بدون حتى ذكر السبب ويجب أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أو من عدمه.

وعليه وجب على القاضي أن يستعين بالخبرة والأطباء الأخصائيين أوبأي وسيلة أخرى كالإقرار وذلك للتأكد مما تدعيه الزوجة. كما نجد أن القضاء يمنح الزوج أجل سنة واحدة من أجل العلاج، وذلك ما أكده قرار المجلس

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص37.

[2] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص 115.

[3] المجلس الأعلى، غ.ق.خاص، 1984/11/19، ملف رقم 39791، المجلة القضائية، 1989، عدد 03، ص76، مقتبس عن بوكايس، المرجع السابق.

[4] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع نفسه، ص 116.

[5] العنة: هو عجز الرجل عن المباشرة الجنسية ويسمى الموصوف بها عنينا.

الجب: بفتح الجيم، هو استئصال عضو التناسل ويسمى الرجل مجبوبا.

الخصاء: بكسر الخاء، هو س الخصيتين ونزعهما ويقال للرجل مخصي.

[6] القرن: غدة في المحل تمنع الإتصال الجنسي.الرتق :هو إنسداد المحل.

[7] الجذام: مرض يتقطع منه الحم ويتساقط.

البرص: من الأمراض الجلدية المزمنة وهو بياض يظهر في الجلد.

الأعلى بتاريخ 1984/11/19 والذي جاء فيه متى كان من المقرر في القفه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة الزوجة يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الإجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة اثناء تلك المدة إلى جانب بعلها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية.[1]

لكن قانون الأسرة الجزائري عندما خول هذا السبب للزوجة من أجل التطليق لم يوضح ما إذا كانت عالمة بالعيب قبل الزواج من عدمه.[2]

كما أن هناك أشكال أخرى وهو في حالة إذا كان الزوج عالما بالعيب الذي يصيبه قبل الزواج وأخفى عنها ذلك وهنا تكون الزوجة قد وقعت في عيب من عيوب الإرادة وهي التدليس.

وتثار مسألة أخرى وهي عقم الزوج كعيب يصيب الزوج فهل للزوجة التطليق إستنادا لهذا العيب بالعودة إلى القضاء نجد أن قرار للمحكمة العليا والذي قضي بما يلي: "العاشرة بين الزوجين — في قضية الحال- كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب وعليه إن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما".[3]

بالإضافة إلى التطليق لعيوب خولت المادة 53 للزوجة حق التطليق بسبب هجر الزوج لها في المضجع في هذه الحالة هو امتناع عن قربان الزوجة عمدا وذلك بترك فراش الزوجية دون سبب شرعي ولمدة تزيد عن 4 أشهر كاملة قصد الإضرار بها.

فقد نص المشرع على حالة الهجر في المادة 53 فقرة 3 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "..الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"؛ وما يلاحظ على مضمون هذه الفقرة أن المشرع كان يقصده[4] مع تعديله لبعض الشروط، فالهجر المذكور يتفق مع الإيلاء في عدم معاشرة الزوجة ولمدة تفوق 4 أشهر وإلحاق الضرر بالزوجة بسبب الهجر ويختلف الهجر مع الإيلاء في اليمين لأن الإيلاء يشترط لقيامه أن يكون الهدف الإضرار بالزوجة وليس ما كان يكون القسم على عدم قربان الزوجة لسبب مشروع وإلا لم يعتبر إيلاءً.[5]

إذا أردنا الإستعانة بالإجتهاد القضائي في موضوع الهجر لمعرفة كيفية تطبيق هذه الفقرة من طرف القضاء فنلاحظ ندرة غريبة في الإجتهاد القضائي في مجال الهجر بالذات رغم توافره ضمن أسباب التطليق الأخرى، ولم

[1] المجلس الأعلى، غ.ق.خاص، 1984/11/19، الملف رقم 3784، المجلة القضائية 1989، عدد 3، ص 73.

[2] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص118.

[3] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم 213571، م.ق، 2001، عدد خاص، ص119.

[4] يقول عبد العزيز سعد،: "وتعتقد أن بعض المشرعين الجزائريين على الأقل كانت تدور في أذهانهم أحكام الإيلاء أو أحكام الظهار، وهم يناقشون حق الزوجة في طلب التطليق بسبب هجر الزوج لها في المضجع، أرجع إلى عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ص 264.

[5] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون السرة الجزائري، المرجع السابق، ص 264-265.

نجد سوى قرار يشير إلى موضوع الهجر تلميحا فقط بحيث لم يذكره بصفة مباشرة حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 والمتعلق بالتطليق قبل البناء مايلي: "من المقرر قانونا أن يجوز تطليق الزوجة بكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين في قضية الحال، أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون، ويكون قضاة المحكمة العليا في هذا القرار[1] قد أقروا بأن عدم الإسراع في البناء بالزوجة فيه ضرر عليها[2]، ويكونون بذلك قد اشاروا إلى موضوع الهجر لأن الزوج هنا تقاعس عن تحصينها لأنها زوجته من الناحية الشرعية والقانونية.[3]

بالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة 53 وانطلاقا مما ورد فيها فإننا يمكن استنباط الشروط التي يجب توافرها لتأسيس دعوى التطليق على الهجر وهذا ما توصل إليه بعض شراح قانون الأسرة وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- هجر الزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربانها وعدم معاملتها في الفراش معاملة الأزواج.

2- أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصود لذاته وليس له ما يبرر من الناحية الشرعية أو القانونية.

3- أن يتجازو الهجر أربعة أشهر.[4]

وعلى ذلك من أجل التطليق للهجر لابد من توافر هذه الشروط إلا أنه على الزوجة ان تثبت الواقعة المادية، والمتمثلة في حدوث الهجر لمدة أربعة أشهر على الأقل.

إلى جانب طلب التطليق لسبب الهجر يجوز للزوجة طلب التطليق للحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية وذلك حسب النص الأصلي والذي يجيز للمرأة طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة شائنة[5] مقيدة لحريته لمدة أكثر من سنة وفيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة ولكي تستطيع الزوجة التطليق تأسيسا عل هذه الفقرة ينبغي ان تحقق أربعة شروط كاملة وهي: صدور حكم نهائي وباتّ قد استنفذ جميع طرق الطعن العادية وغير العادية ويدين الزوج.[6]

[1] ملف رقم 217/79، قرار بتاريخ 1999/03/16، افجتهاد القضائي، د.غ.أ شخصية، المجلة القضائية، العدد الخاص، ص112.

[2] باديس ديابي، المرجع السابق، ص42.

[3] آيت شاوش دليلة سعيد، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنةِ ، رسالة دكتوراه في القانون ،جامعة مولود معمري تيزي وزو ،2014، ص193-194.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص267.

[5] فقرة 4 من المادة 53 المعدلة بموجب الأمر02/05.

[6] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص120.

وعلى الزوجة إثبات ذلك من خلال تقديم نسخة من هذا الحكم النهائي أمام المحكمة لطلب التطليق،[1] وأن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

الملاحظ ان المشرع لم يشترط أن تكون هذه العقوبة مقيدة للحرية او موقوفة بتنفيذ غرامة فالمشرع حينما أدرج عبارة "جريمة فيها مساس بشرف الأسرة"، أي كل فعل له علاقة بأعمال شائنة منافية للأخلاق فهذا يحيلنا إلى قانون العقوبات الذي نجده يتضمن مجموعة من الجرائم التي لها علاقة بلمساس بشرف الأسرة ومنها جريمة الزنا وجريمة زنا المحارم، وكل جريمة فيها هتك لعرض قاصر أو تحريضه على الفسق اي كل المواد التي يتضمنها القسم السادس المعنون بانتهاك الآداب من المادة 333 إلى المادة 341 مكرر من قانون العقوبات.[2]

وللزوجة كذلك طلب التطليق في حالة غياب الزوج حيث نصت المادة 53 فقرة 5: "يجوز طلب التطليق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة". وبالتالي يشترط في تحقيق هذا الأساس كسبب من اسباب التطليق مايلي: أن تكون غيبة الزوج طويلة تفوق السنة وتحسب هذه المدة على أساس السنة الميلادية[3] إضافة إلى أن المشرع ربط غياب الزوج بشرط ألا يترك لزوجته مالا تنفقه عل نفسها وأولادها ناتجين عن زواجهما، ففي حالة ترك لها مالا للإنفاق انتفى سبب التطليق، لكن بالرجوع إلى رأي المالكية والحنابلة فهم يرون جواز تفريق غيبة الزوج إذا طالت وتضررت الزوجة بسببها ولو ترك لها زوجها الغائب مالا تنفق منه مدة غيبته.[4]

وعليه لا يقبل طلب الزوجة التطليق إلا إذا حكم على الزوج بعقوبة ولمدة أكثر من سنة،واعتبارا لكون الفقرة شابها الكثير من الغموض وعدم الوضوح بداية من صعوبة تفسير العقوبة أو الجريمة الشائنة وصولا إلى تحديد الجريمة الماسة بشرف الأسرة من غيرها لذا جاء التعديل المؤرخ في 2005/05/27[5] أكثر وضوحا عندما عدّل الفقرة كما يلي: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، الملاحظ أن المشرع قد خفف في التعديل من وطأة الشروط الواردة سابقا إذ أنه ألغى الشرط القائل بالعقوبة التي يتعدى مداها أكثر من سنة واكتفى بالقول أنه على الزوجة المطالبة بالتطليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه، وفي ذلك تيسير أكثر تستفيد منه الزوجة في تأسيسها طلب التطليق على هذا الوجه.[6]

---

[1] مسعودة نعيمة إلياس ،التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج، دراسة نقدية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص219.

[2] الأمر قم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات ج.ر، عدد 49 مؤرخة في 1966/06/11 المعدل والمتمم.

[3] بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 298.

[4] شاوش دليلة سعبد، المرجع السابق، ص140.

[5] نص المادة 53، الفقرة الرابعة من الأمر02/05.

[6] باديس ديابي، االمرجع السابق، ص49.

ولكي تستطيع الزوجة التطليق تأسيسيا على هذه الفقرة ينبغي أن تحقق أربعة شروط كاملة وهي: صدور حكم نهائي وباتّ قد استنفذ جميع طرق الطعن العادية وغير العادية ويدين الزوج.[1]

وعلى الزوجة إثبات ذلك من خلال تقديم نسخة من هذا الحكم النهائي أمام المحكمة بطلب التطليق[2]، وأن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

الملاحظ أن المشرع لم يشترط أن تكون هذه العقوبة مقيدة للحرية أو موقوفة التنفيذ أو غرامة.

أما بالنسبة لغياب الزوج دون عذر مقبول أما إذا كان غيابه بعذر مقبول لطلب العلم أو لممارسة تجارة أو لكونه يعمل خارج أرض الوطن فهذا لا يعدّ سببا للتطليق ولا يسوغ للزوجة طلب التفريق بينهما.[3]

لكن ماذا لو غاب الزوج لعذر مشروع ثم انقطعت أخباره وتسرب الشك في مدى بقائه على قيد الحياة وترك لها مالا تنفق منه هل بإمكان الزوجة في هذه الحالة طلب التطليق وفق المادة 5/53؟

بالتأكيد لا لأنه في هذه الحالة ينبغي لها انتظار الحكم بالوفاة وبعد مدة أدناها 4 سنوات.

كما أجاز المشرع للزوجة طلب التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة إلا أنه هناك تساؤل عن ماهية الفاحشة المبينة المحددة كحالة من الحالات التي يجوز للزوجة طلب التطليق فيها. الواضح أنه ليس هناك خلاف كبير في قول أن الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان[4] والفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزّنا وإنما تتعداها إلى جرائم التي أقرها الشارع أنها عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود وهذه الجرائم هي: الزنا، القذف، السرقة، السكر والردّة ومن مدلولها في القرآن الكريم من الآيات التي تصور الفاحشة قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ ﴾[5] وكذلك قوله تعالى ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴿١﴾ ﴾[6] وقوله كذلك ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴾[7].

هذا وقد خول المشرع للزوجة طلب التطليق من خلال ما أوردته المادة 53 فقرة 10 التي نصت على انه "يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا". وقد عرف الأستاذ وهبة الضرر على انه "إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل كالشتم القذف والتقبيح المخل بالكرامة والضرب المبرح والحمل على فعل ما حرم الله والإعراض والهجر

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص12.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج، دراسة نقدية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تلمسان، 2010، ص219.

[3] بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 298.

[4] باديس ديابي، المرجع السابق، ص52.

[5] الإسراء: 32.

[6] الطلاق: 1.

[7] الأعراف: 33.

من غير سبب يبيحه ونحوه"[1]، فوصف المشرع الضرر بالمعتبر شرعا والمقصود به الضرر الذي يعتبره الشرع الإسلامي ضررا وهذا يعني أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي المالكي الذي عرف الضرر بما لا يجوز شرعا. بحيث لم يشر المشرع إلى ضرورة كون الضرر الموجب للتفريق مما يستحال معه دوام العشرة"[2].

وبالتالي وحسب هذه الفقرة فإن اي واقعة أو تصرف يشكل ضررا شرعيا يعد سببا من أسباب التطليق[3] ويجوز للزوجة طلبه.

وبما أن المشرع أورد عبارة فيها يخص للضرر المعتبر شرعا فإنه يكون بذلك قد فتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي بحيث لم يقيدها بأي قيد ولم يحددها بأي حد. وحسب بعض الشراح فإن تقدير الضرر شخصي لأنه ما يعتبر ضارا بالنسبة للزوجة قد لا يعتبر ضارا بالنسبة لأخرى.

كما أن المشرع لم يضع قيودا واضحة في نصوصه وهذا ما أدى بالقضاء إلى تصنيف بعض التصرفات الأخرى في حالة الضرر كالضرب والجرح العمدي وسوء المعاملة وقد اعتبرت المحكمة العليا هذه التصرفات وغيرها من الضرر المعتبر شرعا وهي كما يلي: الضرب والجرح العمدي وقد قضت المحكمة العليا في ذلك بما يلي: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي.."[4].

سوء المعاملة حيث قضت المحكمة العليا بما يلي: "..إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 4 من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون"[5].

وما عدا هذا فقد اعتبرت هذه الفقرة ملاذا لقضاة المحاكم والمحكمة العليا لتبرير اي تصرف بأنه من الضرر المعتبر شرعا رغم توافر الأسباب المذكورة بشروطها في الفقرات الأخرى للمادة 53"[6].

ثانيا: الحالات التي أضافها التعديل كأسباب للتطليق

لقد أضاف المشرع من خلال الأمر 02/05 المتعلق بتعديل قانون الأسرة حالات ثلاثة وهو ما جاء في الفقرات 6، 8، 9 من المادة 53 من قانون الأسرة ولمعرفة مدى تكريس المشرع للمساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية أوجب الوقوف على دراسة هذه الحالات الثلاثة.

[1] وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 527.

[2] آيت شاوش دليلة سعيد، المرجع السابق، ص215.

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 46.

[4] المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 258555، قرار صادر بتاريخ 2001/01/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2002، ص 417.

[5] المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف 269594، قرار صادر بتاريخ 2001/07/18، المجلة القضائية، عدد 01، 2003ن ص209.

[6] باديس ديابي، المرجع السابق، ص47.

1- التطليق لمخالفة المادة 8 من قانون الأسرة

بموجب نص المادة 53 فقرة 6 التي جاءت بسبب آخر يجيز للزوجة الحق في طلب التطليق حيث نصت على أنه: "يجوز طلب التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة". فكما نعلم أن هذه المادة أعطت للزوج حق التعدد مع تقييده بجملة من الشروط وهي أن يقوم بإخبار الزوجة السابقة واللاحقة وطلب ترخيص من رئيس المحكمة كما جاءت المادة 8 مكرر لتؤكد على حق الزوجة في طلب التطليق، للتدليس ويتضح من خلال هذا أنه يحق للزوجة طلب التطليق على أساس مخالفة المادة 8 في حالة رفضها للتعدد، وأما في حالة إذا كان التعدد بتاء على تدليس أو في حالة عدم توفير الزوج العدل نحوها.

وفي هذا الصدد نجد قرار قضائي للمحكمة العليا بتاريخ 2006/07/12 مايلي: "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"[1].

ـ ويفهم من هذا أن المشرع اعتبر الضرر الناتج عن تعدد الزوجات ضررا يمنح الزوجة حق التطليق إضافة إلى التطليق المعتبر شرعا من خلال فصل هذا السبب وجعله مستقلا عن سبب التطليق للضرر بصفة عامة.

وعليه فإن المشرع من خلال هذا التعديل خطا خطوة جبارة في مجال تقييده للتعدد وذلك بإضافته لشرط الترخيص القضائي إذن هذا الإذن القضائي لم يكفي لصيانة حقوق المرأة بل هو إحدى الوسائل المؤدية إلى الحماية.[2]

2- التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير واعتبر المشرع أن الخصام والشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾[3] والشقاق لإستحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للإنهيار والضياع.[4]

مصدر هذه الفقرة المستحدثة كان الإجتهاد القضائي لا سيما المحكمة العليا وتجسيد ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار المؤرخ في 1999/06/15 والذي جاء فيه مايلي: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/07/12، ملف رقم 356997، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 02، ص441.

[2] بوكايس سمية ، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص125.

[3] النساء: 35.

[4] باديس دياني، المرجع السابق، ص54.

ومتى تبين – في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون".[1]

وبالرجوع إلى المادة 53 فقرة 8 نجد أن المشرع لم يوضح كيفية إثبات الشقاق واستمراره أما القضاء فقد اهتم بهذه المسألة من خلال أنه يعتبر الشقاق الذي يتم أثناء سير الإجراءات القضائية لايعتد به، بل يجب الإعتماد على الشقاق في الحياة الزوجية كسبب لطلب التطليق وهذا ما أكده المبدأ القضائي الذي يقضي بـ: يثبت الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين، ولا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح لثبوت الشقاق المستمر والإعتماد عليه في التطليق.[2]

ولهذا نرى للقاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر والتأكد من وجوده وكذا المتسبب فيه، وهي حالة عدم ثبوت الضرر وفشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين يلجأ إلى تعيين حكمين من أهل الزوجين بهدف التوفيق بينهما ويقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما[3]، وذلك وفق ما جاءت به المادة 56 من قانون الأسرة بقولها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين 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".

من خلال ما سبق نرى أن إتجاه المشرع الجزائري نحو تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية أكثر فأكثر جعله يضيف هذه الفقرة وغيرها في المادة 53 م قانون الأسرة وقد تكون نية المشرع تصب نحو تمكين المرأة من وسيلة اسهل لفك الرابطة الزوجية. لأن اللجوء إلى دعوى الشقاق أسهل من غيرها.[4] كما أنه أحسن من اللجوء إلى الخلع، بعد العجز عن إثبات الضرر والذي تتنازل فيه الزوجة عن مهرها.

كما أن إضافة فقرة الشقاق في المادة 53 معناها أن القاضي إذا ثبت لدية الشقاق والخلاف فما عليه إلا ان يحكم بالتطليق لأن المادة واضحة.

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/06/05، ملف رقم 224655، المجلة القضائية، العدد

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/07/14، ملف رقم 624622، 2012، العدد 2، ص227.

[3] قد نصت المادة 446 من قانون الإجراءات على أنه: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين إثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة". ونصت المادة 447 على أنه: "يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة". هذا ونصت المادة 448 و 449من نفس القانون على أنه: "إذا 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 إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

[4] فالخلاف والشقاق يحدثان غالبا دون قصد الإضرار بل ولأسباب قد تكون تافهة بل أن الخلاف قد يحدث غالبا لعدم التكافؤ بكل أنواعه وعدم التطابق في التفكير وطريقة حل المشاكل أو طريقة النظر إلى الأشياء كما قد يكون سببه عدم الإنسجام العاطفي أو الحسي.

3- التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد

هذه الفقرة أيضا استحدثت بموجب التعديل الجديد ومصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى، إذ للزوجة طلب التطليق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها سواء في عقد رسمي لاحق.

وعليه فإذا ارادت الزوجة أن تطلب التطليق على أساس هذه الفقرة يجب توافر عدة شروط هي: ان يكون الشرط محل الإتفاق بين الطرفين ففي حالة رفض الزوج لما اشترطته الزوجة فليس لها الحق في طلب التطليق لهذا السبب وأن يكون الشرط مكتوبا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق وهو ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة.

وفي الأخير يتضح أن المشرع الجزائري سهل من مهمة الزوجة في تأسيس طلبها وإعطائها فرصا اخرى تجعل من رخصتها الجوازية ترتقي شيئا فشيئا لمرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق. لكن هل مازال المشرع يسير على هذا المنوال في حالة الطلاق عن طريق الخلع؟

الفرع الثاني: الخلع

الخلع طريقة شرعية أباحها المشرع للزوجة تفر بها من وجه زوج كرهت عشرته وضاق عليها البيت الزوجي. والخلع يكون:

1- أنه عندما تكره الزوجة زوجها دون أن يبادلها الكره وترفض عشرته دون أن يرفض عشرتها فتكون منه ناشزة.[1]

2- عندما تنتفي أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. والتي هي الضرر والهجر وعدم النفقة والحبس والفاحشة.

وتعمد المرأة إلى الخلع عندما تنتفي كل مبررات الطلاق والتطليق فلم ترى منه ما يعتمد عليه لفراقه ولم تفعل ما بدعوه لطلاقها فالحل الوحيد هو الخلع إذن ما هو الخلع وكيف يتم؟

وفي إطار تعديل قانون الأسرة أفاد المشرع الجزائري صياغة المادة 54 منه بقولها "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"[2].

وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي بحكم قضائي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.[3] وبقراءة النص نجد أن المشرع قد جعله متوقفا على طلب المرأة دون اعتبار لإرادة الزوج وهكذا يكون قد ارتقى بحق الزوجة في الخلع من الرخصة إلى حق معترف به لها وهذا ما سوف نره لاحقا بمزيد من التفصيل.

---

[1] حمدي خديجة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، أحكام الخلع بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، جامعة ابن خلدون، 2012/2011، ص131.

[2] قانون الأسرة الجزائري، الأمر 02/05 معدل ومتمم.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق من ق.أ.ج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص248.

ولمعرفة مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة بين الجنسين لهذا لابد من معرفة مفهوم الخلع أولا ثم موقف الفقه الإسلامي منه ثم دراسته كحق أصيل للمرأة معترف به.

أولا: الخلع في الفقه الإسلامي.

الخلع لغة هو خلع الشيء اي نزعه فالخلع (بفتح الخاء) ستعمل في الأمور الحسية فيقال خلع ثوبه اي نزعه عن بدنه وفي الأمور المعنوية يقال خَلَعَ الرجل إمرأته خلعا اي أزال زوجيتها.[1]

أما الخُلع (بضم الخاء) أزالها عن نفسه وطلقها[2] وهو يستعمل في إزالة الزوجة باعتبار أن المرأة لباس الرجل والعكس صحيح في قوله تعالى ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ ﴾[3]

فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه والإسم من كل ذلك الخلع.

فالخلع هو فراق الزوج زوجته في نظير عوض أو هو إتفاق الزوجين على الطلاق مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت عشرته والعيش معه.

وحسب الأستاذ بالحاج العربي يرى أن الخلع هو دعوى تقوم الزوجة برفعها ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل استمرار الحياة الزوجية وخشيت ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض. والخلع يقتضي رد الزوجة مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية.[4]

كما أن الخلع مشروع بالكتاب والسنة ففي الكتاب قوله تعالى ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ ﴾[5]

أما في السنة ورد حديث نبوي يشير إلى تطبيق الخلع في عهد الرسول ﷺ وذلك ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت بن القيس أتت رسول الله ﷺ فقالت "يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام" فقال رسول الله ﷺ "اتردين عليه حديقته؟" قالت "نعم" فقال ﷺ "إقبل الحديقة وطلقها".[6]

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ، ص61.

[2] وحياني جيلالي،مظاهر المساواة بين الزوجين.....، المرجع السابق، ص98.

[3] البقرة: 187.

[4] بالحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص263.

[5] البقرة: 229.

[6] البخاري محمد بن اسماعيل عبد الله الجعفري، الجامع الصحيح المختصر، برقم 4971، ج5، ص2021.

وبالرجوع إلى الأراء الفقهاء في شروط الخلع ومدى جوازه فقد ذهب ابن سيرين إلى القول أن الخلع لا يكون إلا مع مشاهدة فاحشة أي ارتكاب الزوجة الزنا. أما الظاهرية فذهبوا إلى أن الخلع لا يكون إلا في حالة كراهية الزوجة لزوجها وتضررها والخوف من عدم إقامة حدود الله.

إلا أن الأئمة مذاهب الحنفية والحنابلة والمالكية ذهبوا إلى جواز الخلع في حالة وقوع الشقاق بين الزوجين أو حالة الكراهية أي كراهية المرأة لزوجها لعيوب كما يجوز أن يتم الخلع بالتراضي بين الزوجين مع اتراط المالكية أن يكون الخلع إختياريا من طرف المرأة دون إكراه أو ضرر منه فإن لم يوجد أحد الشرطين ينفذ الطلاق ولا يتم تنفيذ الخلع.

كما أن للخلع أركان خمسة عند الجمهور غير الحنفية وهي القابل وهو الملتزم بالعوض قد يكون الزوج أو وكيله او وليه والعوض هو الشيء المخالع به، وقد اعتبر الخلع عند الحنفية الإيجاب والقبول لأنه عقد طلاق بعوض فلا يستحق العوض من دون القبول ومما سبق يتيسن لنا أن الخلع عقد بين الزوجين فهو لا يقع إلا بالتراضي بينهما إذ ينعقد بإيجاب من أحدهما والقبول من الطرف الآخر لهذا لابد من رضى الزوج في الخلع.[1]

ثانيا :الخلع في قانون الأسرة الجزائري

لقد جاء في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها مقابل عوض، وإذا لم يتفق الزوجان على مبلغ التعويض يحكم القاضي مما لا يتجاوز قيم صداق المثل عند صدور الحكم."[2]

بصدد التعديل الذي أدخل على هذه المادة يهدف إلى توضيح أحكام الخلع عن طريق الإجتهاد القضائي في هذا المجال المستقر عليه 1997 تأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون حاجة إلى موافقة الزوج إلا أن الزوج يمكنه منازعة مقابل التعويض يمكن للقاضي بحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل.[3]

لكن من خلال مادته 54 منه لم يتعرض لمسألة وصيغة والشروط التي يتم بها الخلع تاركا كل ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 التي تنص على انه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وكذلك المادة 54 لم توضح إذا كان الإتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله أدى إلى الإختلاف في تطبيقها عمليا فهناكمن يستلزم رضا الزوج كشرط لتوقيع الخلع ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضا.[1]

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص131.

[2] قانون الأسرة الجزائري، الأمر 02/05، معدل ومتمم .

[3] عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص154.

وقد انقسم القضاء في المحكمة العليا في هذه المسألة إلى إتجاهين:

1- الإتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع

قبل تعديل المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري[2] كان هناك إتجاه يشترط موافقة الزوج حتى يكون صحيحا. وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها:

– القرار الصادر بتاريخ 1988/02/21 تحت رقم 51728 الذي جاء فيه من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه ولما كان من الثابت في قضية أن المطعون ضدها طلب التطليق ولا لم يكن لها سبب فيه أظهرت إستعدادها لمخالفة زوجها دون أي سبب يجد ذلك قبول هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع. ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته.[3]

– القرار الصادر في 1991/04/03 تحت رقم 73885 جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي وبما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون.[4]

2- الإتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع

هذا الإتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض مقابل الخلع من طرف الزوجة. واهم القرارات المطبقة للمحكمة العليا:

– القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجوز صداق المثل وقت الحكم. هذه المادة تسمح للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الإلتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب لإبتزاز والتعسف

[1] أ.منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة –الجزائر، 2012، ص131.

[2] قانون الأسرة الجزائري، الأمر 02/05 معدل ومتمم.

[3] القرار الصادر في 1998/12/21، رقم الملف 51728، المجلة القضائية لعام 1990، العدد الثالث، ص32.

[4] القرار الصادر في 1991/04/03، رقم الملف 73885، المجلة القضائية لعام 1993، العدد الثاني، ص55.

الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطبيق الزوج خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك رفض الطعن.[1]

– القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 والذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومن كان كذلك استوجب رفض الطعن.[2]

من خلال عرض سابق الآراء الفقهية وسكوت المشرع الجزائري وعدم استقرار الإجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضا الزوج فإننا نرى أن الخلع حق للزوجة لا يشترط موافقة الزوج تطبيقا للشريعة الإسلامية وهو ما أخذ به المذهب المالكي الذي اعتمده المشرع الجزائري وقد صدر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار تحت رقم 1412262 المؤرخ في 1996/07/30 الذي قضى أن طعن الزوج بالخلع انتهى إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا.

استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء وليس عقد رضائي بين الزوجين.

كما قد نص القانون 11/84 على أن الخلع هو جواز مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تدفعه.[3] حيث اقتصرت المادة السابقة على تصرف القاضي في حالة عدم الإتفاق على بدل الخلع مبقيا الأوضاع على حالها وتغليب الرأي بضرورة موافقة الزوج على الخلع وكل هذا أكدته قرارات المحكمة العليا رغم أن منطلق تدبر المواد يقضي أنه في حالة عدم وجود مبرر للزوجة من مبررات المادة 53 خول لها القانون استعمال المادة 54 اين يحق للمرأة المتزوجة مخالعة نفسها دون موافقة الزوج على مال تدفعه له.

إلا أن المشرع الجزائري تدارك الأمر من خلال تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 وذلكمن خلال المادة 54 منه. وذلك يجعل الخلع حقا أصيلا للزوجة وارتقى به من مجرد رخصة إلى الحق الذي يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وبذلك فإن الخلع هو طلاق بيد الزوجة مقابل العصمة الزوجية الممنوحة للزوج وهو ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها الذي جاء مبدأه كما يلي: "الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج".[4]

وكل ذلك لمحاولة ضبط النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق مما يتماشى ومبدأ المساواة المنصوص عليه ضمن إتفاقية "سيداو" وهو ما أكدته ردود الجزائر على الملاحظات والإنتقادات التي أبدتها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حول حدودية مبررات الطلاق للمرأة حيث جاء فيها مايلي:

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16، تحت رقم 216239، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص138.

[3] قانون الأسرة الجزائري 11/84 المعدل و المتمم بالأمر 02/05.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/09/15، ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص318.

فيما يخص فسخ عقد الزواج بطلب من الزوجة المادة 54 من الأمر 02/05 على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوجأن تخلع نفسها بمقابل مادي لا يتجاوز قيمة صداق المثل"[1]. وهو ماذهبت إليه الأستاذة تشوار زكية عندما قامت بتفسير المادة 54 من قانون الأسرة ج في الأمر 02/05 أن الفلسفة التشريعية في وضع الأحكام دفعت المشرع إلى تقرير نوع من التساوي بين الرجل والمرأة في الطلاق. أنه عدم السماح للزوج أن يطلق قضائيا زوجته بالإرادة المنفردة فإنه بالمقابل إعترف للزوجة أن تطلق خلعا دون اشتراط موافقة الزوج. وفي نظرنا هذا ما هو إلا رضوخ إلى الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وعلى رأسها إتفاقية "سيداو".[2]

هذا من ناحية، أما من ناحية ثانية من أجل تكريس حقوق المرأة ومساواتها بالرجل في الطلاق حيث جعل قانون الأسرة الأحكام صادرة في قضايا الطلاق بكل أنواعه غير قابلة للإستئناف حسب ما جاءت به المادة 57 منه والهدف من النص على ذلك شرحها التقرير الدوري المقدم للجنة الذي جاء فيه: "..ولتجنب ممارسات الماضي المتمثلة في مناورات المماطلة التي يقوم بها الزوج الأول لمنع الزوجة المطلقة من التزوج ثانية فإن قرارات المحاكم الإبتدائية بإيقاع الطلاق لا تقبل الطعن ولا يقبل إستئناف تلك الأحكام أمام محاكم الدرجة الثانية إلا فيما يتعلق بالجوانب المالية وبمجرد تصدر إحدى المحاكم قرار الطلاق يتولى كاتبها تدوينه في سجلات الحالة المدنية".[3]

وأخيرا نقول أن تأثير التشريع الأسري "إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"كان جليا من خلال وضع المشرع العديد من التعديلات لضمان حقوق المرأة مساواتها مع الرجل في الطلاق رغم تدخل المشرع في آخر تعديل له في الأمر 02/05 وذلك يجعل الخلع حقا أصيلا للزوجة إلا أن مادة واحدة حول الموضوع ليس كافيا لكون لماهذه الصورة من حساسية لأن الأمر يتعلق بحق المرأة الإرادي والمنفرد في اتخاذ قرار الطلاق وذلك مقابل مال تدفعه.

وعلى هذا الأساس كان يتعين على المشرع الجزائري أن يقوم بتخصيص مجموعة من المواد بشأن هذه الصورة.

- كان يقر حق المرأة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج.
- و يتعين عليه كذلك أن يحدد الأمور التي لا ينبغي أن تكون بدلا للخلع. كحضانة الأولاد والأشياء المتعلقة بحقوقهم وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.
- أن يمنع الأشياء المحرم التعامل فيها طبقا للشريعة الإسلامية للحيلولة دون أن تكون بدلا للخلع.[4]

[1] ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر نتناولها أثناء التطرق لتقريرها الجامع بين الدورين الثالث والرابع، (CEDAW|DZA 3-4)

[2] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة، المرجع السابق، ص80.

[3] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين 3 و 4 المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص19.

[4] باديس ديابي، المرجع السابق، ص84.

المبحث الثاني: تأثير انفاقية "سيداو" على الحقوق المترتبة عن فك الرابطة الزوجية

تنشأ عن فك الرابطة الزوجية مراكز قانونية جديدة يثور بشأنها خلاف وهذه المراكز هي الحضانة والعدة والولاية،[1] وكما أشرنا من قبل أن النسبة للطلاق فإن الفقرة الأولى من المادة 16 من إتفاقية "سيداو" تعطي للزوجين نفس الحق عند فسخ عقد الزواج، وذلك فيما يتعلق بالفسخ وكذا آثاره ولمعرفة مدى تأثير الأحكام المتعلقة بالحقوق المترتبة عن فك الرابطة الزوجية بالمادة 16 من إتفاقية "سيداو" رأينا تقسيم هذه الحقوق إلى معنوية (المطلب الأول) وحقوق مادية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحقوق المعنوية للطلاق

كما سبق وذكرنا أنه تنشأ عن فك الرابطة الزوجية مراكز قانونية جديدة وهي الحضانة والعدة والولاية، لكن ما يهمنا في هذه الدراسة هو الحضانة والولاية على الأطفال فهي حقوق لهم وكذا واجبات على الأبوين وعليه سنتطرق بالدراسة إلى ذلك على ضوء المساواة الواردة في اتفاقية "سيداو" لذا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث سنتناول في الأول منهما إلى مسألة الحضانة أما في الثاني فسنتعرض للولاية على الصغير كأثر للطلاق.

الفرع الأول: الحضانة

بالرجوع إلى نص المادة 16 من إتفاقية "سيداو" فقرة 1 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 الإجتماعية حيث توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة"[2] كما نصت المادة 18 من إتفاقية حقوق الطفل[3] على أنه: "تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الإعتراف بالمبدأ القائل أن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه، وتقع على الوالدين أو الأولياء القانونيين حسب الحالة المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه، وتكون مصالح الأطفال الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي".

---

[1] لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص109.

[2] بوكايس سمية، ، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص137.

[3] الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والإنضمام بموجب قرار الجمعية العامة المتحدة 25/44 المؤرخ في 1989/11/20 وتاريخ بدء نفاذها 1990/09/02. انضمت الجزائر إليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 491/92 المؤرخ في 1992/12/19، ج.ر 92 المؤرخة في 1992/12/23.

فمن خلال هذه المواد نرى أن حضانة الطفل مسؤولية مشتركة لكل من الزوجين وهذا ما يتعلق بالرعاية والولاية عليه، كما أن لهما نفس الحق فيها سواء كان ذلك أثناء الزوجية أو بعد فسخها مع بقاء مصالح الأطفال فوق كل إعتبار.

وأمام هذا نجد أن المشرع تطرق إلى أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72 بموجب الأمر 02/05 وقد أخضع بعض هذه المواد إلى التعديل، لكن ما يهمنا في هذا هي التعديلات التي مست مسألة الحضانة وما يميز هذه التعديلات هو جعل الأب أولى بحضانة الولد بعد الأم وفق المادة 64 مع التأكيد على حق المرأة العاملة في الحضانة حسب نص المادة 67، لكن قبل التطرق إلى هذه الجزئيات لابد من معرفة الأحكام العامة للحضانة.

أولا: أحكام الحضانة

الحضانة لغة: مأخوذة من حضن الإنسان، وهو صدره أو عضده وما بينهما. نقول حضنت الصبي حضن وحضانة إذا جعلته في هذا الموضع.[1]

إصطلاحا: تربية الطفل الذي لا يستقل بشؤون نفسه في سن معينة ممن له الحق في ذلك من محارمه"، وتتم رعايته بالقيام بشؤون حياته من طعام وشراب ولباس ومنام وتربية، وبذلك الحضانة هي إيواء الصغير وكفالته إلى سن البلوغ.[2]

ولقد نصت المادة 62 من قانون الأسرةالجزائري : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيان بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

ويرى عبد العزيز سعد[3] أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمالية هذا بالنسبة لتعريف الحضانة أما حكمها فهي واجبة وذلك لأن المحضون يهلك بتركها ولذا وجب حفظه من الهلاك. كما يجب الإنفاق عليه وحفظه من كل أذى قد يصيبه.[4]

أما بالنسبة لمدة الحضانة فقد نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج. وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون."

[1] أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، الدار الجامعية/ بيروت، 1987، ص163.

[2] بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2005، ص 379-382.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص270

[4] بوكايس سمية،، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص138.

من خلال هذا النص يتضح أنه تبدأ حضانة الطفل بولادته حيا وتنتهي بالسن الذي يستغني فيه عن خدمة الحاضنة"، وذلك بأن يقدر على القيام بحاجاته الضرورية كالطعام والشراب واللباس، دون الإستعانة بأحد، وحدد هذا السن في المادة المذكورة سابقا 10 سنوات بالنسبة للذكر وبلوغ سن الزواج بالنسبة للفتاة كما أن المشرع أجاز للقاضي أن يمدد حضانة الولد الذكر إلى 16 سنة وذلك بشرط أن يكون الحاضن الطالب بالتمديد هو الأم نفسها وألا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون.[1]

ولممارسة الحضانة واستحقاقها يجب أن تتوفر في الحاضن (سواء كان ذكرا أو أنثى) عدة شروط وبالرجوع إلى المادة 62 فقرة 2 نجد أن التشريع حصر هذه الشروط في قوله: "..ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، إذا المقصود بالأهلية هنا هو القدرة على القيام بمهمة شاقة محفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الإعتماد على نفسه في المستقبل ولتحديد هذه الشروط غير الواردة في القانون فإن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".[2]

وعليه يشترط في الحاضن العقل والبلوغ إذ لا يستطيع المجنون وكذا غير البالغ القيام بشؤون نفسه. وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره،[3] وإلى جانب العقل إشترط المالكية الرشد. فلا حضانة عندهم لسفيه مبذر كي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه مالا يليق بالإضافة لى القدرة يجب أن يكون الحاضن أمينا فمثلا ألا تكون فاسقا فسقا يتم به تضييع الولد وأن لا يكون الحاضن عاجزا كفقدان البصر مثلا فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر 1995 بأنه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكام الفقه الإسلامي ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة للبصر، فهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ومن ثم فإن قضاة الإستئناف، بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية".[4]

أما بالنسبة للإسلام يرى الشافعية والحنابلة أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا تثبت الحضانة عندهم للحاضنة الكافرة للصغير المسلم إلا الحنفية والمالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة.

ومن الشروط الواجب توافرها في الحاضنة من النساء أن لا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم للصغير وطبقا للمادة 66 التي تنص على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وأن لا تقيم الحاضنة بالمحضون مع مبغض له وأن لا تكون الحاضنة مرتدة، هذا بالنسبة للنساء أما إذا

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص16.

[2] نص المادة 222 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، ج.ر 15.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص225.

[4] ملف رقم 134951 بتاريخ 1995/05/21، المجلة القضائية، 1997.

كان الحاضن رجلا فيجب فيه كذلك شروط لممارسة الحضانة وهي أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى كما يشترط أن يكون عند هذا الحاضن سواء كان أبا أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كالزوجة، الأم، الخالة أو العمة، حيث أن الرجال ليس لهم قدرة وصبر على أحوال الطفل كما النساء فإذا لم يكن للرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة وهو شرط عند المالكية.[1]

ثانيا: الأب كمرتبة ثانية مباشرة بعد الأم بحضانة أولاده

نصت المادة 64 من قانون الأسرةا لجزائري على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".[2]

يتضح من خلال النص أن المشرع رتّب أب المحضون بعد الأم مباشرة وهو بذلك اعتبر الأب أولى بحضانة أولاده بعد الأم وإن كانت أم الأب الأسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك وأبو حنيفة.[3]

كما نجد أن النص القديم كذلك يعطي للأم الأولوية في حضانة أولادها لأنها أشفق وأرفق وأحن من غيرها على صغيرها، إلا إذا وجد مانع يمنع إستحقاقها للحضانة، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن إمرأة قالت: يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ: "أنت أحق به مالم تنكحي".[4]

كما أعطى هذا النص حضانة الطفل لأم الأم كمرتبة ثانية ثم تليها الخالة وإن لم يكن أحد من جهة الأم تأتي جهة الأب، فالأب ثم تأتي بعده الجدة للأب ثم الأقربون درجة.

لكن من خلال النص الجديد يتضح لنا أن المشرع خرج عن كل هذا الترتيب بجعل الأب يلي الأم مباشرة في حضانة أولاده وغايته من ذلك المساواة بين الأب والأم في الحضانة، مع إعطاء الأولوية للأم، إلا أن الهدف الرئيسي من ذلك هو حماية مصلحة المحضون، وهو ما يتضح من خلال منح السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة منح الحضانة بما يتوافق ومصلحة المحضون ومنه فإن ترتيب الحواضن متوقف على مصلحة الطفل في جميع الأحوال، وعليه نقول أن الترتيب الوارد في المادة 64 يمكن الإستغناء عنه، في حال كان ذلك في مصلحة المحضون وذلك حسب القرار القضائي المؤرخ في 2001/03/10: "يراعي مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب

[1] وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص730.

[2] عدلت المادة 64 بموجب الأمر 02/05 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، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

[3] عبد الرحمان البرقوقي ،أنظر المسالك شرح أسهل المسالك ،ط04،دار الفكر بيروت ،د.س.ن،ص171ومابعدها .

[4] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، 2014، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الإمارات، ص150.

الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، وأنه يخضع لتقدير مصلحة المحضون هنا للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة لم يورد نصا فيما يخص إتفاق الزوجين حول حضانة الأطفال في حالة الطلاق بالتراضي، لكن بالرجوع إلى القضاء جاء قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1985/12/30 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 1976 كان بإتفاقهما على أن تتنازل الأم عن حضانة إبنها عبد الكريم الذي أسندت حضانته إلى أبيه وصرف حضانة البنت دليلة إلى أمها عل نفقة أبيها وحيث أن هذا العقد القضائي يعد بمثابة إلتزام أبرم بين الزوجين يجب تنفيذه طبقا لما إشتمل عليه ...حيث أن قضاة الإستئناف لما ألغوا الحكم فيما يتعلق بالحضانة وأسسوا قرارهم على تعديل الإتفاق القضائي، ورغم تنازل الأم عن الحضانة وترك إبنها لأبيه فقد تجاهلوا المبدأ القانوني "العقد شريعة المتعاقدين" وأسسوا بأسباب خاطئة القاعدة الفقهية في الحضانة على أن يراعي في الحكم مصلحة المحضون عارضين بذلك قرارهم المنقض[2].

يتضح من خلال هذا القرار أن المجلس ذهب إلى إلزامية الأخذ بالإتفاق المبرم بين الزوجين فلا يجوز المساس به. إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنه ينص في المادة 431 منه على أنه: "..ينظر القاضي مع الزوجين أو وكلائهما في الإتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام".

ويفهم من خلال ما سبق أن مسألة الحضانة، يمكن أن تكون محل إتفاق الزوجين في حالة الطلاق بالتراضي، إلا أن هذا الإتفاق يبقى متوقفا على مصلحة الأطفال، فإن كان في مصلحتهم يأخذ به، أما إذا كان العكس فللقاضي إلغاء الإتفاق أو تعديله.

وإسقاطا على ما سبق فإن التعديل الأخير لقانون الأسرة جاء مطابقا لأحكام إتفاقية "سيداو" والتي طالبت بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحضانة وذلك بنصها 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..".

وأمام هذا نقول أن قانون الأسرة يجعل الأب في المرتبة الثانية مباشرة بعد الأم كان له غايتين أولها تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة أما ثانيها الحرص على مصلحة المحضون إذ أن مصلحة هذا الأخير تكمن في نشأته بين أحد والديه باعتبارها الأولى بتربيته ورعايته.

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/03/10، ملف رقم 613469، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص285.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/12/30، ملف رقم: 37789، غير منشور، مقتبس عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة..، المرجع السابق، ص482.

وهذا ما يؤكده التقرير الدوري للجزائر والذي ينص على أنه: "..يستجيب التعديل المدخل على مجلة الأسرة إلى مبدأ الحرص على الطفل وهكذا فإن الأب يأتي في المرتبة الثانية.."[1]

ثالثا: عمل المرأة لا يؤدي إلى سقوط الحضانة

بالرجوع إلى نص المادة 67 فقرة 2 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "..ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".[2]

ويتضح من خلال هذا أن المشرع قام بالتأكيد على أن عمل المرأة خارج مسكن الحضانة لا يعتبر سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها لكن مع مراعاة مصلحة المحضون.

ونلاحظ أن المشرع حين تعديله لهذه المادة كان لسببين الأول هو التأكيد على حق المرأة في العمل سواء بسبب الزواج أو الأمومة والحضانة وذلك مكرسا للمساواة بين الرجل والمرأة في العمل وتطبيقا لنصوص إتفاقية "سيداو" والتي نادت بحق المرأة في العمل مساواة مع الرجل وذلك حسب المادة 11 التي ألزمت الدول باتخاذ جميع التدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل، إضافة إلى إقرارها في الفقرة 2 بمبدأ أساسي بشأن التدابير الواجب إتخاذها من قبل الدول لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة.[3]

ومنه نرى أن ماجاءت به المادة 67 من قانون الأسرة والمادة 11 من إتفاقية "سيداو" يعترفان للمرأة بأحقيتها في العمل رغم ممارسة حق الحضانة على أولادها وهو ما أكده كذلك التقرير الدوري للجزائر بقوله: "..وأخيرا فإن ممارسة الأم للعمل لم يعد بسمح بإسقاط حقها في الحضانة.."[4]

أما بالنسبة للسبب الثاني لهذه المادة فهو مصلحة المحضون وهو ما عبر عنه المشرع بقوله: "..غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".[5]

ويرجع تقدير مصلحة المحضون إلى القاضي المختص فهو يرى إن كانت طبيعة عمل المرأة يضر بمصلحة المحضون فإنه يسقط عنها الحق في الحضانة، أما إذا رأى أن طبيعة عملها لا تضر بمصلحته، كأن تساهم هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة الطفل كأن تكون معلمة تساعده في الدراسة والتعلم، فما دامت الوظيفة مشروعة

[1] التقرير الجامع للتقريرين الدوريين 3 و 4 المقدم من الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص20.

[2] عدلت بموجب الأمر 02/05 وحررت في ظل القانون 11/84 كما يلي: تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق في الفقرة أعلاه.

[3] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان،2008،ص477.

[4] التقرير الدوري الجامع للتقريرين 3 و4 المقدم من الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص20.

[5] أنظر المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري.

والحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقتا طويلا إلى حد فقدان الحنان والرعاية مع القدرة على التوفيق بين العمل والحضانة فإن حق المرأة فيها لا يسقط.[1]

ومن خلال ما تم دراسته نرى أن المشرع قد طبق ما جاءت إتفاقية "سيداو" فيما يتعلق بأحكام الحضانة خاصة التي تتعلق بترجيح مصلحة الطفل، وكذلك تكريس المساواة بين الجنسين في الحق في الحضانة.

لكن هل مازال المشرع يواصل تكريسه لهذه المساواة فيما يخص الولاية على الأولاد بعد فك الرابطة الزوجية؟

الفرع الثاني: الولاية

الولاية هي تدبير الراشد شؤون القاصر المالية والشخصية منها، ومنه فالولاية نوعان: ولاية على النفس وولاية على المال.

فالولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتزويج[2]، أما الولاية على المال فهي تصرف وإدارة الشؤون المالية للصغير[3] كالبيع، الإيجار، الرهن وغيرها.

كما نجد أن عمل الولي على النفس هو تتمة تربية الطفل التي ابتدأت بالحضانة.[4]

إذن صلاحيات ولي النفس هي الرعاية الصحية والنمو والتعليم وكذا الإشراف على الزواج.

بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري فإنه نص على مسألة الولاية في المواد من 87 إلى 91 حيث نصت المادة 87 على انه: "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.

من خلال هذا النص يتصح لنا أن الأب هو الولي على أولاده القصر أثناء الزواج مع منح المشرع للزوجة حق الولاية في حالة غياب الأب.

وما يعنينا في هذا النص هو ما جاء به المشرع في الفقرة الثانية حيث جاء نصه واضحا وصريحا والذي منح من خلاله الولاية لمن أسندت له الحضانة.

وكما سبق دراسته أن الحضانة قد تعطى للأب أو للأم أو أحد أقربائهما، وأن قانون الأسرة قد جعل الأم أولى بحضانة أولادها، وبعدها يأتي الأب، هذا والجدير بالإشارة أن الولاية أعم من الحضانة حيث أن للولي سلطات واسعة خاصة فيما يتعلق بالولاية على النفس والتي تجيز له أن يتولى عقد زواج قاصر.

لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة في ننص المادة 87 المعدلة نجد أن المشرع لم يحدد ما إذا كانت الولاية التي تمنح للحاضن هي ولاية على المال أم ولاية على النفس أو بنوعيها، فإذا كانت ولاية على المال فقط، فهنا لا يثار

[1] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص 499.

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص175.

[3] وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص746.

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 459

أي إشكال أما إذا كانت ولاية على النفس أو بنوعيها فهنا يثار الإشكال لأن المشرع بمنحه المرأة الولاية على القاصر يكون قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالولاية، ففي هذه الحالة نقول أن المرأة لا تستطيع ان تتولى زواج محضونيها، لأنه يشترط في الولاية شرعا الذكورة، وبما أن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها فعلى غيرها أولى.[1]

كما أن القانون والشرع يسمح للرجل التزوج بالكتابية فإنه يمكن إسناد الحضانة لها، ومن ثم تصبح وليا على الطفل المسلم يعلو عليها بإسلامه.[2]

فالإسلام شرط سواء في الولاية بصفة عامة أو ولاية الزواج،[3] وذلك لقوله تعالى ﴿ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ١٤١ ﴾[4]

ومن خلال ما سبق نرى أن المشرع بمنحه الولاية لمن أسندت له الحضانة بعد الطلاق قد ساير ما جاءت به إتفاقية "سيداو" في مادتها 16 فقرة "د" السالفة الذكر، فهو بذلك جعل المرأة والرجل في نفس المركز، فيما يتعلق بالولاية، وهو ما يؤكده االتقرير 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".[5]

ومما يمكن ملاحظته من خلال دراسة الفرع الأول والثاني أن المشرع قد تراجع نوعا ما عن التحفظ الوارد على المادة 16 من إتفاقية "سيداو" وذلك بتكريس المساواة بين الرجل والمرأة وحماية حقوق المرأة، وترجيح بمصلحة الطفل هذا من ناحية ولكن ناحية أخرى نجده قد أقر بالعدة[6] للمطلقة كأثر من آثار الطلاق، وهو ما نصت عليه المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري.[7]

وأمام هذا نقول أن قانون الأسرة أخذ بالشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالعدة وخالف ما جاءت به إتفاقية "سيداو" والتي تطالب بالمساواة بين الجنسين وإلغاء العدة للمرأة، فالمشرع لو أخذ بالمساواة في العدة فإنه عليه إما إلغاء العدة بالنسبة للمرأة، وإما يجع الرجل يعتد هو كذلك، لكنه بهذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يؤكد تمسك الجزائر بالتحفظات الواردة على المادة 16 من الإتفاقية.

[1] وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص196.

[2] تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة ليسانس، دفعة، 2010،2009 غير منشورة .

[3] سورة النساء الأية 141.

[4] النساء: 141.

[5] التقرير الدوري المقدم من الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص20.

[6] العدة هي أجل يضرب لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، يلزم عند انتهاء الزواج، أنظر –بدارن أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص296.

[7] نصت المادة 58 على أنه: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثالثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

المطلب الثاني: الحقوق المادية

بالإضافة إلى الحقوق المعنوية للطلاق نجد أن هناك نوعا آخر من الحقوق تقوم بالمال والمتمثلة في الحقوق المادية للزوجة بعد طلاقها فإذا أسندت حضانة الطفل للأم فيجب توفير مسكن من أجل ممارسة هذه الحضانة (الفرع الأول) أما الحق الثاني فهو التعويض الذي يقدم لها جراء الضرر الذي سيصيبها من الطلاق (الفرع الثاني) وسنتطرق إلى كل هذا بناءا على ما جاءت به "إتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة "بشأن حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل.

الفرع الأول: حق المرأة المطلقة في المسكن

لقد جاءت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

بقراءة النص نجد 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 الإيجار مع إعطاء الحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية إلى حين توفير المسكن.[1]

ونلاحظ في هذا الصدد ان المشرع قد خاف ما جاءت به النصوص القديمة والتي كانت لاتعطي حق المسكن للمرأة الحاضنة إلا إذا إقترن بشروط وهذه الشروط حسب نص المادة 52[2] والتي 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 إنحرافها".

ومنه فإن شروط الحق في المسكن هي ثلاثة:

- أن تكون المرأة المطلقة محكوما لها بالحضانة.
- أن لا يكون لها ولي يقبل إيواءها مع محضونيها، أي لا يكون لها ولي يأويها وليس لها غيره يستقبلها ويؤمن لها مسكن.[3]
- تعدد المحضونين: وهو ما يتضح من صفة جمع الواردة في المادة بقول: "..يضمن حقها في السكن مع محضونيها.."

[1] بوكايس سمية،المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص151.

[2] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، الأمر 02/05 المعدل والمتمم.

[3] عيسيو أسماء، حق المطلقة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2004، ص30.

لكن مما يمكن ملاحظته على هذا النص أن المشرع لم يوضح عدد المحضونين الذين بموجبهم يمنح السكن للحاضنة وعليه فإنه بذلك يكون قد ضيق من نطاق حق المطلقة في المسكن. كما أنه إذا كان للمطلقة طفل واحد فقط فماذا يكون مصير المطلقة الحاضنة هي ومحضونها الوحيد؟

وهذا ما أدى إلى ظهور خلاف فقهي حول هذه المسألة حيث ذهب أحدهم إلى أنه لا يجب أن يقل عدد المحضونين عن ثلاثة أولاد من أجل منح الحاضنة السكن[1] هذا من جهة ومن جهة أخرى هناك من يرى بأن التعدد لا يعتبر شرطا من شروط ثبوت حق المطلقة الحاضنة، وبهذا ظهر خلاف فيما بينهم فمنهم من رأى أحقية الأم الحاضنة في السكن سواء قل عدد المحضونين أم كثر،[2] وذهب الإتجاه الآخر إلى ضرورة التشدد في ضمان السكن للمطلقة في حالة كثرة المحضونين.[3]

فلا يمكن الأخذ بالرأي الأول وذلك لأن مصلحة المحضون متعلقة بحق الحاضنة في المسكن فلو أخذنا بهذا الرأي نكون ضد مصلحة المحضون التي أكد عليها المشرع في كل مناسبة تستدعي ذلك، فمن غير المنطقي الأخذ به.[4]

أما من جهة القضاء فقد تضاربت القرارات القضائية إذ أنها تمنح السكن للحاضنة بوجود طفل واحد وذلك ما جاء في القرار بتاريخ 2002/03/13 نص على أنه: "السكن حق للمحضون حتو ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة".[5]

- أن يكون الزوج قادرا على ضمان السكن: وهو ما يفهم من نص المادة: "..حسب وسع الزوج.."، فيجب أن يكون في إستطاعة الزوج ماديا أن يضمن لها مسكنا.[6]
- أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا: إذ يجب ان يكون للزوج أكثر من مسكن.
- أن لا تتزوج المطلقة ثانية وعدم ثبوت إنحرافها وهذا ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 52 فإن الحضانة تحرم من حقها في السكن إذا تزوجت بعد طلاقها أو إذا ثبت إنحرافها.

ومن خلال دراسة هذه الشروط يمكن الحكم على قانون 11/84 بأنه تشدد في الشروط في مسكن الحضانة خلافا بما جاء به التعديل والذي ألزم فيه المشرع على الزوج توفير مسكن لممارسة الحضانة دون أي شروط لذلك.

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري –ط2–، دار هومة، الجزائر، 1988، ص307.

[2] بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص240.

[3] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة، ج1، الزواج والطلاق، مؤسسة كتاب الجزائر، 1986، ص336.

[4] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في ق.أ.ج.....، المرجع السابق، ص152.

[5] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/03/13، ملف رقم 276760، المجلة القضائية، 2004، العدد1، ص267.

[6] لوعيل محمد أمين، المرجع السابق، ص121.

كما أن المشرع ترك فراغا قانونيا وهذا بعدم نص على أسباب سقوط الحق في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر وكان هذا تعمدا منه إلى جانب عدم توضيحه للحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا ولم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق.[1]

هذا بالنسبة للقانون، أما الفقه الإسلامي فظهر رأيان، رأي أول إتفاق الحنفية والمالكية على وجوب أجرة المسكن للحاضنة والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن.

أما الرأي الآخر كان للشافعية والحنابلة فقد اعتبروا السكن من النفقة فمن تجب عليه نفقة الحاضنة والمحضون يجب عليه إسكانها وهو ما أخذ به الشيخ محمد ابو زهرة.[2]

وفي هذا الصدد يمكن القول أن المشرع ألزم الزوج بتوفير المسكن أو دفع بدل الإيجار، سواء كانت الحاضنة تمتلك مسكنا أو لا، وبغض النظر إذا كان للمحضون مالا أو لا.

كما تجدر الإشارة إليه إلى ان المشرع قد منح الحق في المسكن للحاضنة فقط لأنه نص على صيغة المؤنث دون لفظ المذكر مما يستلزم إبعاد الحاضنين من الرجال فنص في المادة 72 على أن مصطلح الحاضنة يقصد به الأم المطلقة دون غيرها وهذا ما يتضح من خلال قوله: "في حالة الطلاق يجب على الأب.." وكذلك قوله في الفقرة 02 من المادة 72: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية.."

كما أن الغاية من جعل المشرع الحق في المسكن يكون للحاضنة دون غيرها هو حماية المرأة المطلقة بالدرجة الأولى وحق الطفل[3] في المسكن مع أمه بالدرجة الثانية وهو مايؤكده التقرير الدوري للجزائر حيث نص على ما يلي: "..وتمنح المحاكم المدنية الجزائرية في الغالبية الكبرى من الحالات حضانة الطفل أو الأطفال للأم، وتبعا لذلك فإن الأب مطالب وفق الأحكام الجديدة بتوفير مسكن لائق أو عوض عن ذلك بدفع منحة سكن تسمح بتغطية تكاليف إيجار مسكن لكي تتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المسندة إليها في ظروف مقبولة.."[4]

ومنه نرى أن تكريس حقوق المرأة ومساواتها بالرجل كانت واضحة من طرف المشرع وذلك من خلال هذا النص وكذا تطبيقا لأحكام إتفاقية "سيداو" هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نرى ان المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 72 على أنه: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

---

[1] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، 682.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص410.

[3] في إطار الحماية المالية للمطلقة والمحضون فإن النفقة على الأطفال المحضونين واجبة على الأب، ولتعزيز هذه الحماية أمر الرئيس بالتفكير في إنشاء صندوق خاص بالنساء المطلقات الحاضنات لأطفال قصر بقول: "..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 الأساسية للأطفال ويستدعي 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، موقع www.aps.dz

[4] وذلك حسب المادة 16 فقرة "و" سالفة الذكر، التي تنادي بحماية حقوق المرأة بصفتها زوجة وأم مع ترجيح مصلحة الطفل.

إستنادا إلى هذه الفقرة التي أوجبت على المطلقة أن تبقى في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الأب للحكم قضائي المتعلق بالسكن، لكن ماذا لو لم ينفذ هذا الحكم القضائي وقد انتهت العدة فإنه لا يجوز لها شرعا هو ربط المشرع خروج المرأة المطلقة من بيت الزوجية فالأشكال في هذه الحالة هو ربط المشرع خروج المرأة المطلقة من بين الزوجية مع تنفيذ الزوج للحكم القضائي لكن ما هي حكمة المشرع من ذلك؟

ومما يمكن ملاحظته من خلال المادة أن هدف المشرع من إبقاء المرأة بمسكن الزوجية إلى حين توفير السكن هو من جهة تنفيذ المرأة لعدتها الشرعية والقانونية بعد الطلاق ومن جهة أخرى وهو الأهم حماية المطلقة وكذا أطفالها من التشرد والضياع إلى حين توفير الزوج للمسكن أو دفع بدل الإيجار وهو ما يتوافق مع إتفاقية "سيداو" والتي تحمي حقوق المرأة والطفل، لكن هل المشرع واصل هذه الحماية للمراة المطلقة بمنحها تعويضا في حالة الطلاق؟

الفرع الثاني: حق المرأة المطلقة في التعويض

سنحاول في هذا المقام إلى دراسة مسألة التعويض في حالة الطلاق وكذا مدى توافق أحكامه مع إتفاقية "سيداو" وهذا من خلال التعرض إلى تعريف التعويض وكذا الضرر الذي يستوجب التعويض، كما سنتطرق إلى دراسة كل من المادة 52 و 53 مكرر وكذلك المادة 55.

قبل التطرق إلى دراسة التعويض لابد لنا من التعرض بالدراسة أولا إلى معرفة الضرر الذي يترتب عنه التعويض.

حيث عرف فقهاء الشرع الضرر بتعريفات متعددة لم يخل كثيرا من المناقشة ومن بين هذه التعريفات تعريف الشيخ عبد الرؤوف (103ه) حيث عرف الضرر بأنه: إلحاق مفسدة بالغير مطلقا".[1]

والضرر لغة هو: ضَرَّهُ، يضره، ضرًّا إذا ألحق به مكروها أو أذى.[2]

تعريف الدكتور عبد الرزاق السنهوري له بأنه "هو الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه".[3]

ومن خلال ما سبق ذكره في مفهوم الضرر وقد تبين إلتقاء كل من اللغة والشريعة والقانون في مفهوم الضرر، حيث اعتبر الجميع في تعريفهم له ما يلحق الشخص من مفصدة مضرة عامة أو خاصة مادية و معنوية.

هذا بالنسبة لمفهوم الضرر، اما بالنسبة لمفهوم التعويض فالعوض في اللغة هو البدل وتستق من مادة العوض عدة اشتقاقات والذي يعنينا منها هنا هو االتعويض وهو البدل أو الخلف مقصودا به الإستقبال.

[1] الغريب إبراهيم محمد الرفاعي، تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة، تأصيل وتطبيق بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص17.

[2] الغريب إبراهيم محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص17.

[3] عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، طبعة 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 1989ن ص958.

أما التعويض إصطلاحا فهو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في النفس أو المال أو الشرف.

أما بالنسبة للقانون فلم يتعرض فقهاء القانون لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه وربما يرجع ذلك إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح.

فالتعويض الذي تستحقه الزوجة وفقا لأحكام المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري هو تعويض مادي يتناسب وحالة الزوج المادية.

أولا: الطلاق التعسفي

تنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وعليه فالطلاق التعسفي هو الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق ولكن إيقاعه دون سبب معقول يبرر وبدون سوء تصرف من الزوجة وبدون طلبها أو رضاها وإنما لمجرد قصد الإضرار بالزوجة[1] وهنا يعتبر الزوج متعسفا في إستعمال حق الطلاق ويتحمل النتائج المترتبة عليه شرعا وقانونا.

كما نجد أن للطلاق التعسفي صورا عديدة لا حصر لها وعليه سنقتصر على أهمها وذلك في صورتين أولهما: الطلاق دون سبب أو مبرر معقول، أما الصورة الثانية فهي طلاق المريض مرض الموت.

1- الطلاق دون سبب أو مبرر معقول

إن للقاضي في هذه الصورة من الطلاق التعسفي سلطة واسعة فله أن يتبين إن كانت الأسباب التعسفية الدافعة إلى الطلاق فعلا مبررة أم هي مجرد أوهام في نفس المطلق، ولا يد للمطلقة فيها، وحتى إذا سكت الزوج المطلق عن ذكر تلك الأسباب أصلا أعتبر كذلك متعسفا يتحمل التعويض وفي ذلك قضت المحكمة بقرار لها في 1999/06/15 بأنه: "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 الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون".[2]

بالعودة إلى القضاء فإن طلاق الزوج لزوجته بسبب إمتناعها عن السكن مع أقاربه أو عدم عذريتها أو بسبب عقمها يعد طلاقا تعسفيا، كما أن هذه الأسباب لا تعتبر بمبرر شرعي لطلاقه لها مما يستوجب حق الزوجة

[1] بوخاتم آسيا، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في بالقانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص44.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/09/15، ملف رقم 223019، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية 2001، عدد خاص، ص103.

في التعويض حيث جاء في قرار بتاريخ 2000/11/21: "إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفيا في حقها وتستحق التعويض جبرا للضرر".[1]

وجاء في قرار آخر بتاريخ 2000/05/23 :"إن عدم اشتراط العذرية في العقد لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض، لأن البناء ينهي كل دفع بعدم العذرية".[2]

أما بالنسبة بسبب العقم فقد جاء في قرر المحكمة العليا بتاريخ 2006/11/15 على أنه: "إن عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج في الطلاق بتظليم الزوجة".[3]

2- الطلاق في حالة مرض الموت

مرض الموت هو المرض الذي يتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ولا تزيد عن السنة، وعليه فإن الطلاق الذي يقع من الرجل في مرض الموت قصد حرمان زوجته من الميراث فغن طلاقه يكون تعسفيا، وعلى الرغم من أن الطلاق حق مشروع للزوج إلا أنه لم يشرع من أجل الإضرار بالزوجة وحرمانها من حقها في الميراث، وهذا ما قررته المحكمة العليا في قرار لها على أنه: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك رفض الطعن".4

كما 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".[5]

ثانيا: التعويض في حالة التطليق

وهو ما جاءت به المادة 53 مكرر بموجب التعديل الأخير فمن خلال هذه المادة نجد أن المشرع اجاز للقاضي الحكم للمطلقة بالتعويض في حالة ما اصابها ضرر جراء التطليق هو ما قررته المحكمة العليا في قرار لها حيث قضت بأنه: "من المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق بتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/11/21، ملف رقم 51682، المجلة القضائية، 2001، عدد 01، ص209.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/05/23، ملف رقم 243417، م.ق، 2002، عدد 1، ص301.

[3] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/11/15، ملف رقم 373707، المجلة القضائية، 2007، عدد01، ص499.

[4] المحكمة العليا، عدد خاص، ص98، مقتبس عن نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص331.

[5] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/07/12، ملف رقم 368660، المجلة القضائية، 2006، عدد01، 483.

لثبوت تضررها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

وبتفحص حالات التطليق التي سبق ذكرها نجد أن الأضرار الناجمة عنها مادية أو معنوية وبالرجوع إلى فقرات المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري من القفرة 2 إلى الفقرة 9 فكلها أضرار تلحق الزوجة وتمنع من استمرار الحياة الزوجية، وكلها أضرار معنوية لأنها تمس الزوجة في عاطفتها وكرامتها وشرفها.[2]

ثالثا: التعويض في حالة الطلاق للنشوز

وقد ورد هذا النوع من الطلاق في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر" وهذا النص الوحيد الذي يتناول فيه المشرع الجزائري طلاق النشوز. إذ انه لم يعط تعريفا لمعنى النشوز ولا شروطا لتحقق حالته بما يجعله أساسا لإستحقاق التعويض لأحد الطرفين والنشوز كما عرفه الأستاذ العربي بالحاج هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك وكما يكون النشوز من الزوجة كأن تمتنع عن الإلتحاق ببيت الزوجية أو تغادر بيت الزوجية دون اي سبب مشروع فإنه قد يكون من الزوج. ومثاله أن يغادر الزوج بيت الزوجية أو أن يتخلى عن الواجبات الزوجية كما يتماطل في إرجاع زوجته إذا صدر حكم بذلك وألزمه بالسعي في إرجاعها وكذا عدم توفيره للسكن الشرعي.[3]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث قضت بموجبه بأنه من المستقر عليه قضاء أن للزوجة الحق في سكن مستقل عن أهل الزوج والثابت في قضية الحال أن الزوج لم يوفر لزوجته سكنا مستقلا عن اهله. مما جعلها ترفض الرجوع إلى بيت الزوجية. وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيحا مما يستوجب رفض الطعن".[4]

ومما يمكن ملاحظته على نص المادة 55 أن المشرع خوّل للزوجة سببا آخر وهو نشوز الزوج كسبب مستقل بالتطليق وكذا التعويض بالإضافة إلى الأسباب السابقة.

كما نجده مقابل ذلك منح للزوج الطلاق لنشوز الزوجة مع تعويض عن الضرر وهذا ما يؤدي بنا إلى القول أن المشرع قد اخذ بمبدأ المساواة بين الزوجين في الحق في التعويض.

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/07/21، ملف ر قم 192665، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص116.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص239.

[3] بالحاج العربي، المرجع السابق، ص309 وما بعدها.

[4] أ م ع.غ.أ.ش 1999/02/06، ملف رقم 213669، الإجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص219.

وإسقاطا على ما سبق فإن منح المشرع للمرأة حق التعويض في حالة التضرر في أكثر من حالة بموجب المواد 52 و 53 مكرر و 55 هي سياسة تشريعية سلكها من أجل حماية حقوق المرأة وذلك نتيجة التأثر بما جاء في إتفاقية "سيداو" والتي تنادي بالمساواة والقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه: "..كل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبر الضرر، وتترتب على عدم تنفيذ حكم التعويض ملاحقات جنائية لا مناص منها ولا سيما ضد الزوج المتعنت والسوابق القضائية للمحاكم الجنائية صارمة جدا في هذا الشأن".[1]

كما يضاف إلى ما سبق الحق في الميراث وهو حق أعطاه المشرع للزوجين في حالة وفاة أحد الزوجين بعد الطلاق إلى أن إستحقاق الزوجين للميراث مقيد بشروط نصت عليها المادة 132 من قانون الأسرة بقولها: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور حكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق إستحق الحي منهما الإرث".

ويتضح من خلال هذا النص أنه لا يمكن التوارث بين الزوجين إلا في حالتي الوفاة قبل صدور الحكم بالطلاق أو الوفاة قبل انتهاء فترة العدة.

وبالنتيجة فإن المطلقة إذا مات زوجها في عدتها ترث كغيرها من الزوجات فلها نصيبها الذي فرضه الله لها ولا يجوز النقص منه، أو المساومة عليه.

[1] أنظر التقرير اللدوري الجامع للتقريرين 3 و 4 للجزائر أمام لجنة القضاء..، المرجع السابق، ص19.

الخـــــــاتمة

الخاتمة

بالدراسة المقارنة والتحليلية لموضوع مدى تأثير إتفاقية "سيداو" على أحكام قانون الأسرة سواء من حيث التعارض أو التوافق إستنتجنا أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الجنسين خاصة بعد التعديل الأخير، وهو ما جعل المشرع يتبع سياسة تشريعية خاصة من خلال محاولة التوفيق بين ما جاءت به الشريعة الإسلامية ونصت عليه الإتفاقية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

ومن ثمّ ففي ما يخص الخطبة والزواج، فإن المشرع كرس المساواة بين الرجل والمرأة ودليل ذلك ما جاء به من مواد تدعم المركز القانوني والإجتماعي للمرأة وذلك من خلال ما يلي:بدءا بالخطبة، فكل من الجنسين حق المبادرة أوة الإعلان أو الرغبة في التعاقد مع الآخر، كما حرص المشرع الجزائري على استمرار هاته المساواة حتى في العدول عن الخطبة. فيمكن لكل من لجنسين أن يعدلا عنها.

أما بخصوص الزواج فتم تركيز التشريع على مسألة الرضا وجعله الركن الوحيد لإنعقاد الزواج، وبذلك فإن عقد الزواج يتماشى ومبدأ سلطان الإرادة، فالمرأة الراشدة لها كامل الإرادة لاختيارها للزوج، وكذا اختيارها للولي الذي يتولى عقدها. ولا مجال لإجبار القاصرة على الزواج بمن لا ترغب به زوجا لها. مع المساواة في أهلية الزواج بين الرجل والمرأة وتحديدها 19 سنة.

منح لكل من الزوجين حق اشتراط ما يناسبه في عقد الزواج مع التأكيد على حق المرأة في العمل وفي اشتراط عدد التعدد وتقييد هذا الأخير بقيود قضائية صارمة يصعب على الرجل تحقيقها.

- ضمان التوازن بين حقوق وواجبات الزوجين مع تكريس مبدأ التشاور في تسيير الأسرة وإلغاء مبدأ القوامة والطاعة الزوجية

أما فيما يخص الطلاق، فنستخلص أن المشرع قد عمل على ضمان المساواة بين الرجل والمرأة وذلك من خلال ما جاء به من نصوص جديدة تهدف إلى تقوية مركز المرأة فنص على تقييد حرية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة بفرض إجراءات معينة مع إجباره على التعويض في حالة تضررها من الطلاق وكذلك فتح باب التطليق على مصراعيه أمام المرأة وذلك بتكثيف الأسباب المؤدية إلى طلبه مع إقرار حق التعويض لها في حالة تضررها.

أما الخلع فتم الإرتقاء به من الرخصة الجوازية إلى مرتبة الحق الأصيل الذي يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة.

تحقيق توازن بين الرجل والمرأة في الحضانة يجعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة في حق ممارسة الحضانة وإلزام الأب بتوفير مسكن محترم ولائق للممارسة حضانة الأم لأبنائها، مع بقائهم في بيت الزوجية لحين توفيره.

- إعطاء حق الولاية للمرأة الحاضنة مع تأكيد ان عمل المرأة لايسقط حقها في الحضانة.
- وبالرغم من أن المشرع قد كان موفقا في الغالب في حماية حقوق المرأة وتحقيق التوازن و المساواة بينها وبين الرجل في كل ما يتعلق بالزواج والطلاق وكذا آثارها، لكن هذا أدى به إلى فتح المجال الواسع للنقاش والإنتقاد لأنه في بعض النصوص قد ابتعد تماما عما جاءت به الشريعة الإسلامية. حيث أن معظم النصوص التي جاء بها المشرع كانت مخصصة لحماية حقوق المرأة، هذا ما أدى إلى عكس ما أراد الوصول إليه، ويعود السبب في ذلك إلى أنه أخذ من الإتفاقية ما يساعده فقط من أجل إرضاء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وتبنيه لمبدأ المساواة مسايرة لاتفاقية "سيداو"، هذا من ناحية، ومن ناحية 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.
- وأخيرا يمكنه القول أن المشرع لم يصل إلى ما يسمى بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة التي تنادي به إتفاقية "سيداو" الخاصة بشؤون الأسرة، وذلك راجع إلى تحفظه على بعض بنود المادة 16 من الإتفاقية، إلا أنه أقام العدل بينهما في العديد من الأمور المتعلقة بالزواج وكذا الطلاق وآثارهما، لكن هل سيبقى المشرع متمسكا بتحفظاته على نص المادة 16 من الإتفاقية أم أنه يتنازل عنها مثل بقية تشريعات دول أخرى التي أخذت بنص المادة 16 دون تحفظ؟

قائمة المراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولا: المراجع العامة

1- إبن المنظور، لسان العرب بتنسيق علي شيري، الطبعة الأول، مجلد 06، دار إحياء التراث العربي، 1988.

2- إبن حيان والبيهقي والسناني وأحمد، مسلم، الأجامع الصحيحة، ج2، رقم 1434، ابن سيان، صحيح ابن حيان، ج9، رقم 4041.

3- أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ مالك، ج5، ط1، دار رالكتب العلمية، لبنان، 1999، محمد ابن رشد القرطبي.

4- أبو داوود الساجستاني، سنن أبي داوود، كتاب النكاح، حديث رقم 2696، ج2، ط1، دار الحزم، بيروت، 1994.

5- أبو عبد الله ابن اسماعيل البخاري، كتاب الطلاق، باب الطلاق، الإكراه والكره، حديث رقم 5269، ج3.

6- أبو عبد الله البخاري، كتاب النكاح، بابا الشروط التي لا تحل في النكاح، رقم الحديث 5152.

7- أبو عبد الله محمد ابن أحمد الأنصاري القرطبي، جامع أحكام القرآن، ج5، ط1، لبنان، 2006.

8- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، باب إذن زواج أبنته وهي كارهة، حديث رقم 4845.

9- أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، الدار الجامعيةن بيروت، 1987.

10- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

11- أمير فرج يوسف، موسوعة حقوق الإنسان الدولي، دار رالمطبوعات الجامعية، الإسكندريةن 2008.

12- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرةن دار الهدى، عيم مليلة-الجزائر، 2012.

13- بالحاج العربي، أحكام الزواج والطلاق في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر تعديلات مدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر، عمان، 2012.

14- بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة الزواج الطلاق الميراث الوصية، ج01، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

15- البخاري محمد ابن اسماعيل عبد الله الجعفري، الجامع الصحيح المختصر، رقم 4971، ج5.

16- بدران أبو عينين بدران، أحكام الزواج والطلاق، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط 02، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.

17- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، درا الهلال للخدمات الإعلانية، عدد خاص.

18- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط01، دار الخلدونية، 2008.

19- طاهر الراوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب.

20- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

21- عبد الرحمان البرقوقي، أوضح المسالك شرح أسهل المسالك، ط04، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.

22- عبد الرزاق سنهوري، نظرية العفو، ج02، ط02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 1989، ص958.

23- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط02، دار هومه، الجزائر، 1988.

24- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومه الجزائر، 2007.

25- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، ب.س.ن.

26- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر، الجزائر، 2010.

27-الغربي إبراهيم محمد الرفاعي، تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام في التعاملات المعاصرة، تأصيل وتطبيق بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعين الإسكندرية، ط01، 2007.

28- فوضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج02، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

29- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائي والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدية والإجتهاد القضائي، ط02، دار هومه، الجزائر، 2012.
30- مالك ابن أنس، الموطأ، ط01، دار الإمام مالك، الجزائر، 2002.
31- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
32- محمد محدة، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط02، دار الشهاب، الجزائر، 2000.
33- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2012.
34- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار حمدي، عين مليلة- الجزائر، 2008.
35- وحياني الجيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة على ضوء الإتفاقيات، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.
36- وهيبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ط02، دار الفكرن دمشق، 1984.

ثانيا: المراجع المتخصصة

I. المؤلفات

1- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2008.
2- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2006.
3- محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط01، دار المكتبي، سورية، دمشق، 1998.
4- مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية.

II. أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير وإجازات المدرسة العليا للقضاء

أ- أطروحات الدكتوراه

1- آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارن، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي ووز، 2014.

2- بن صغير محفوظ، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه واصوله، جامعة حاج لخضر، باتنة، 2009.

3- بن عومر محمد صالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاصن جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

4- حميدو زكية، مصلحة المحضون في قوانين المعاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبة بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

5- داودي عبد القادر، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2004-2005.

6- ربيعة الغات، الحقوق الزوجية على ضوء الجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون خاص، الجزائِر، 2011.

7- مسعود نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج، دراسة مقارتة، رسالة دكتوراه في القانن الخاص جامعة أبة بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

8- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة ابو بكر بلقايدن تلمسان، 2006.

9- منادي مليكة بريكة، أحكام الأسرة بين الثابت والمتغير في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، 2005-2006.

ب- مذكرات الماجستير

1- بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.

2- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الإتفاقية، تلمسان، 2013-2014.

3- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الوادرة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، 2009-2010.

4- رتيبة عياش، أحكام النفقة الزوجية بين الشريعى الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، الجزائر، 2007.

5- صفوان محمد عصيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية، ماجستير في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر، ط02، 2011.

6- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، بشار، 2007.

7- وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، تلمسان، 2009.

ج- مذكرات ليسانس

1- بلفضل فاطيمة، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ليساتس، جامعة إبن خلدون، تيارت، 2008-2009.

2- بوراس باجي، الإشتراط في عقد الزواج، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، شهادة ليسانس، 2011-2012.

3- حمدي خديجة، أحكام الخلع بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، جامعة ابن خلدون 2011-2012.

د- إجازات المدرسة العليا للقضاء

- كيسيو اسماء، حق المطلقة في مسكن الزوجية وإشكالاته المثارة امام القضاء، مذكرة نهاية تكوين المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2004.

III. المقالات

1- بالحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، 2007، عدد 01.

2- تشوار الجيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، عدد 12.

3- تشوار الجيلالي، ثغرات تشريعية في بعض مسائل الزواج، عدالى قانونية أم قضائية، مجلة ع.ق.أ.س، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

4- تشوار حميد زكية، عمل المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية المغاربية والإتجاهات الفقهية والقضائية، مجلة المحكمة العليا، قانون الأسرة، الجزائر، 2002، عدد 02.

5- دنوني هجيرة، إجحاف قانون الأسرة بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، الجزائر، 2000، عدد 03.
6- رابحي أحمد، حرية الإشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دراسات قانونية، مجلة سياسية تصدر عن مخبر ق.خ.أ، جامعة أبة بكر بلقايد، تلمسان، 2010، عدد07.
7- نهى القرطاجي، قراءة إسلامية في إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان، أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات والإعلانات الدولية، جامعة طنطا-مصر، 7-9 أكتوبر 2008، الموقع الإلكتروني: www.iicw.org
8- هدى عبد المنعم، دراسة الوثائق الدولية من جوانبها المختلفة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان: أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات والإعلانات الدولية، جامعة طنطا-مصر، 7-9 أكتوبر 2008، الموقع الإلكتروني: www.iicw.org

ثالثا: النصوص القانونية

1- الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1989.
2- إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر2016.
3- الأمر 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 49 المؤرخة في 1966/06/11 المعدل والمتمم.
4- 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.
5- دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07 ج.ر 76، المؤرخة في 1996/12/08 المعدل بقانون 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 والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر 53 المؤرخة في 07 مارس 2016.
6- القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 المؤرخة في 2008/04/24.

7- 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.
8- قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
9- المرسوم التنفيذي 154/06 مؤرخ في 2006/05/11 يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، ج.ر 31 الصادرة بتاريخ 2006/05/14.

رابعا: التقارير والتوصيات

1- التقرير الأولي للجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 01 سبتمبر 1998.
2- التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عن تنفيذ إتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 ماي 2009.
3- التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشرة 1992.
4- التوصية العامة رقم 29 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بشأن المادة 16 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 2013/10/30.
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 13 فبراير – 02 مارس 2012.
6- نص التحفظات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 22 ماي 1996.

الملاحق

الملحق(01)

نص التحفظات و الإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

التحفظات

المادة 02:

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

المادة 09:

تودّ حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن تعرب عن تحفظاتها بشأن أحكام الفقرة 02 من المادة 09 التي تتنافى مع أحكام قانون الجنسية الجزائري و قانون الأسرة الجزائري وقانون الجنسية الجزائري لا يسمح للطفل باكتساب جنسية الأم إلا متى:

- كان الأب غير معروف أو عديم الجنسية.
- كان الطفل قد ولد في الجزائر لأم جزائرية وأب أجنبي ولد في الجزائر.

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

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

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

المادة 15 فقرة 04:

تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام الفقرة 04 من المادة 15 المتعلقة بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها وسكنها، ينبغي أن لا تفسر على نحو يتعارض مع أحكام الفصل الرابع المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري.

المادة 16:

تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج وعند فسخه على السواء، ينبغي ألا يتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

المادة 29:

إن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة 01 من المادة 29. التي تنص على أن أي خلاف ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق الإتفاقية. ولا يسوى عن طريق المفاوضات، يعرض بناء على طلب واحدة من هذه الدول للتحكيم أو على محكمة العدل الدولية فحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ترى أنه ال يمكن عرض أي خلاف من هذا القبيل للتحكيم أو إحالته إلى محكمة العدل الدولية إلا بموافقة جميع أطراف النزاع.

الملخص

ساوى المؤسس الدستور الجزائري في الحقوق والمراكز القانونية لكل المواطنين بغض النظر عن الجنس أو اللون أو العرق، ومن ذلك حرص المشرع في قانون الأسرة على تعزيز المساواة بين الرجل والمرأة وفي إبرام عقد الزواج وذلك تماشيا مع المواثيق الدولية وخاصة إتفاقية "إلغاء كافة أشكال التمييز ضد المرأة CEDAW" التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ، فعلى مستوى الخطبة يجوز للمرأة أن تبادر بالإعلان عن الخطبة، كما وحد المشرع السنّ القانونية بـ 19 سنة كاملة لكلا الجنسين، وأنزل ركن الولي منزلة الشرط في عقد الزواج على أساس الأهلية القانونية الكاملة للمرأة في إبرام عقد زواجها بنفسها على غرار باقي العقود الأخرى، من غير أي وصاية عليها من طرف الولي. كما أضاف قيود جديدة لتعدد الزوجات من أجل عدم إنتشاره في المجتمع سعيا منه لأحادية الزوجة.

أما بالنسبة للطلاق فقد منح للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع والإرتقاء به كحق أصيل بعدما كان جوازيا، وكذا الحق في طلب التحقيق والتوسيع من اسبابه لتسهيل الأمر على الزوجة طالبة الطلاق وإلغا ء سبب عمل المرأة كسبب من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة.

كلمات مفتاحية

المساواة، الرجل، المرأة، الخطبة، سن الزواج، الولي، الخلع، "سيداو".

فهرس المحتويات

شكر وتقدير

إهداء

قائمة المختصرات

مقـــــدمة **1**

الفصل الأول: تأثير إتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" على قانون الأسرة في مسائل الزواج **6**

المبحث الأول: تأثير اتفاقية "سيداو "على المركز القانوني للمرأة أثناء الزواج **8**

المطلب الأول:الوضعية القانونية للمرأة أثناء فترة الخطبة 8

الفرع الأول: تعريف الخطبة و طبيعتها القانونية 8

أولا: تعريف الخطبة 8

ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة 9

الفرع الثاني: حق العدول عن الخطبة 10

أولا: حق الطرفين في العدول عن الخطبة 10

ثانيا: التعويض عن ضرر الذي قد يترتب نتيجة العدول 11

ثالثا: رد الهدايا عند العدول عن الخطبة 12

المطلب الثاني: الوضعية القانونية للمرأة أثناء عقد الزواج 14

الفرع الأول: أركان عقد الزواج 15

أولا: التراضى 15

ثانيا: الأهلية 18

ثالثا: الولي 20

الفرع الثاني: شروط عقد الزواج 23

أولا: الفحص الطبي قبل الزواج 23

ثانيا: تسجيل عقد الزواج وتوثيقه 26

ثانيا: تسجيل الزواج مابين بنود الإتفاقية وأحكام القانون 26

الفرع الثالث: الإشتراط في عقد الزواج 28

أولا: الإشتراط في الفقه الإسلامي 28

ثانيا: حرية الإشتراط في قانون الأسرة 29

المبحث الثاني: أثر اتفاقية "سيداو" على الحقوق و الواجبات الزوجية **37**

المطلب الأول: الحقوق و الواجبات غير المالية 37

الفرع الأول: الحقوق و الواجبات المشتركة للزوجين 37

أولا: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة 38

ثانيا: حق المعاشرة بالمعروف 39

ثالثا: احترام كل من الزوجين لأهل الزوج الآخر 40

رابعا: التشاور في تسيير شؤون الأسرة والتباعد بين الولادات 40

الفرع الثاني: الحقوق و الواجبات الملغاة بموجب الأمر 02/05 41
أولا: واجب طاعة الزوجة لزوجها 41
ثانيا: حق قوامة الزوج على زوجته 42
المطلب الثاني: الحقوق و الواجبات المالية 44
الفرع الأول: حق الزوجة في النفقة 44
الفرع الثاني: حق المرأة في التصرف في مالها 46
أولا: المقصود بالذمة المالية 47
ثانيا: الاتفاق على الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية 48
الفصل الثاني: مدى تأثير إتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" على قانون الأسرة في أحكام فك الرابطة الزوجية..... **50**
المبحث الأول: مدى حرية الزوجين في فك الرابطة الزوجية **52**
المطلب الأول: الطلاق بالتراضي وإرادة الزوج 52
الفرع الأول: الطلاق بالتراضي 52
الفرع الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة 54
1-مشروعية الطلاق بالإرادة المنفردة 54
2-الطلاق بالإرادة المنفردة وفقا لقانون الأسرة الجزائري 56
3-كيفية إثبات طلاق الإرادة المنفردة بحكم قضائي 57
4-الصلح كمحاولة جوهرية لإتمام الطلاق 58
المطلب الثاني: مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية 59
الفرع الأول: التطليق 59
أولا: ما يجب إثباته كسبب من أسباب التطليق قبل الزواج 60
ثانيا: الحالات التي أضافها التعديل كأسباب للتطليق 66
الفرع الثاني: الخلع 69
أولا: الخلع في الفقه الإسلامي. 70
ثانيا :الخلع في قانون الأسرة الجزائري 71
المبحث الثاني: تأثير انفاقية "سيداو" على الحقوق المترتبة عن فك الرابطة الزوجية **75**
المطلب الأول: الحقوق المعنوية للطلاق 75
الفرع الأول: الحضانة 75
أولا: أحكام الحضانة 76
ثانيا: الأب كمرتبة ثانية مباشرة بعد الأم بحضانة أولاده 78
ثالثا: عمل المرأة لا يؤدي إلى سقوط الحضانة 80
الفرع الثاني: الولاية 81
المطلب الثاني: الحقوق المادية 83
الفرع الأول: حق المرأة المطلقة في المسكن 83
الفرع الثاني: حق المرأة المطلقة في التعويض 86
أولا: الطلاق التعسفي 87
ثانيا: التعويض في حالة التطليق 88
ثالثا: التعويض في حالة الطلاق للنشوز 89
الخـــــــاتمة **91**

قائمة المراجع 94
الملاحق 102
الملحق(01) نص التحفظات و الإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 103
الملخص 105
فهرس المحتويات 106