

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة البليدة 02 علي لونيبي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون الخاص

آثار الاتفاقيات الدولية على إنشاء الرابطة الزوجية
وانحلالها من خلال قانون الأسرة الجزائري

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الطور الثالث
تخصص: أحوال شخصية

إشراف الأستاذ الدكتور
يخلف مسعود

إعداد الطالبة:
بلعيد نصيرة

السنة الجامعية: 2019/2018

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة البليدة 02 علي لونيبي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون الخاص

آثار الاتفاقيات الدولية على إنشاء الرابطة الزوجية
وانحلالها من خلال قانون الأسرة الجزائري

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الطور الثالث
تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:
بلعيد نصيرة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة البليدة 02	أستاذ	بوشمة خالد
مشرفا ومقررا	جامعة البليدة 02	أستاذ	يخلف مسعود
عضوا مناقشا	جامعة تيبازة	أستاذ	حداد العيد
عضوا مناقشا	جامعة البليدة 02	أستاذة محاضرة "أ"	بن شويخ صارة
عضوا مناقشا	جامعة المدية	أستاذ محاضر "أ"	شندرلي توفيق
عضوا مناقشا	جامعة الجزائر 01	أستاذة محاضرة "أ"	حامي حياة

السنة الجامعية: 2019/2018

الشكر:

أحمد الله تعالى على فضله وأتقدم بالشكر الجزيل والعرفان الجميل إلى جميع أساتذة كلية الحقوق وعمالها وأخص بالذكر منهم الأستاذ الدكتور " يخلف مسعود " الذي قام بالإشراف على هذه الأطروحة.

فهو لم يبخل عليا بالنصائح النيرة والتوجيهات المفيدة والمعلومات القيمة طوال إنجازي لهذا العمل، وطوال سنوات دراستي في مرحلة الدكتوراه.

فله كل الشكر والتقدير.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء اللجنة على قبولهم المناقشة.

الإهداء:

إلى أغلى ما في الوجود: أبي وأمي، أطال الله في عمرهما.
إلى قرتي عيني: ابني عبد الرحيم وابنتي إحسان، حفظهم الله ورعاهم.
إلى زوجي الذي ساندني في إنجاز هذا العمل.
إلى رفقاء دربي أختي، وإخوتي، وأبنائهم.

نصيرة بلعبيد

الملخص

تعتبر الأسرة البنية المكونة للمجتمع وللدولة ككل، ولما لهذه الأخيرة من أهمية بالغة في المجتمع فقد أولتها الشريعة الإسلامية العناية والرعاية الكبيرة.

كما أن المجتمع الدولي حاول مواكبة العصرية وذلك من خلال تضافر جهوده وسعيه لتنظيم حقوق الأفراد في المجتمع فقد قام بإصدار مجموعة من الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الانسان. وعلى اثرها سارعت جل التشريعات الدولية إلى اضافتها على قانونها الداخلي، خاصة منها تلك القوانين المتعلقة بالأسرة، وهذا على غرار المشرع الجزائري الذي حاول تكريس بنود تلك الاتفاقيات التي قام بالمصادقة عليها على قانون الأسرة سعيا منه لتحقيق مبدأ المساواة الذي كرسته تلك الاتفاقيات خاصة منها في المواد المتعلقة بالزواج والطلاق، بذلا جهده للتوفيق بين المرجعية الدينية والدولية لقانون الأسرة الجزائري.

حيث أنه قام بوضع تحفظات على مجموعة من البنود التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. والجدير بالذكر أن جل تلك الاتفاقيات ترمي إلى تحقيق المساواة بين الجنسين في مختلف المجالات، ومن بينها الامور المتعلقة بالأسرة، فحاول المشرع الجزائري تجسيد بنود الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها سواء من خلال سنه لقانون الأسرة رقم 84-11، أو عند قيامه بتعديله بموجب الأمر 05-02، وذلك بإدراج مجموعة من الاحكام التي ترمي الى تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين في الامور المتعلقة بالحياة الأسرية، خصوصا تلك الأمور المتعلقة بمسائل الزواج والطلاق فنجد وقف وقفة متذبذبة بين الأخذ بالمرجعية الدينية أو الدولية نتيجة تعرضه ربما لضغوطات خارجية، حيث حاول تحقيق المقاربة التوفيقية بين المرجعية الدينية والدولية لقانون الأسرة، سعيا منه لتحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين، وما يمكننا قوله أن الاتفاقيات الدولية قد حققت لنا المساواة بين الجنسين، غير أنه الشريعة الإسلامية قد حققت لنا العدالة بين جميع الناس.

قائمة المحتويات:

الشكر

الإهداء

ملخص

قائمة المحتويات

15.....	مقدمة.....
.....	الباب الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على إنشاء الرابطة الزوجية
22.....	الباب الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على إنشاء الرابطة الزوجية
.....	الفصل الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على إبرام عقد الزواج.....
25.....	الفصل الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على إبرام عقد الزواج.....
26.....	المبحث الأول: تفعيل مبدأ المساواة بين الخطيبين في الخطبة.....
27.....	المطلب الأول: مفهوم الخطبة.....
27.....	الفرع الأول: تعريفها، حكمها وطبيعتها.....
28.....	أولاً: تعريفها.....
29.....	ثانياً: حكمها.....
30.....	ثالثاً: طبيعتها.....
30.....	الفرع الثاني: أنواع الخطبة وشروطها.....
30.....	أولاً: أنواعها.....
31.....	ثانياً: شروطها.....
33.....	المطلب الثاني: المساواة في الاعلان عن الخطبة والعدول عنها.....
33.....	الفرع الأول: المساواة في الإعلان عن الخطبة.....
33.....	أولاً: إعلان من طرف المرأة بنفسها.....
34.....	ثانياً: إعلان الخطبة من طرف وليها.....
35.....	الفرع الثاني: المساواة في العدول عن الخطبة وفي أثارها.....
36.....	أولاً: المساواة في العدول عن الخطبة.....

36.....	ثانيا: المساواة في أثار العدول عن الخطبة.....
42.....	المبحث الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج.....
42.....	المطلب الأول: تأثير الاتفاقيات الدولية على ركن الرضا بالزواج.....
42.....	الفرع الأول: الرضا في الموائيق الدولية.....
43.....	أولا: الرضا في الإعلان العالمي لحقوق الانسان.....
43.....	ثانيا: الرضا في العهدين الدوليين.....
45.....	ثالثا: الرضا في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.....
47.....	الفرع الثاني: الرضا في قانون الأسرة.....
47.....	أولا: مفهوم ركن الرضا.....
51.....	ثانيا: عيوب الرضا وأثر تخلف ركن الرضا في الزواج.....
54.....	المطلب الثاني: تأثير الاتفاقيات الدولية على شروط صحة الزواج.....
55.....	الفرع الأول: الأهلية.....
55.....	أولا: الأهلية في الموائيق الدولية.....
56.....	ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة.....
60.....	الفرع الثاني: الولي.....
61.....	أولا: مفهوم الولاية.....
64.....	ثانيا: شرط الولي بين الإبقاء والإلغاء وتأثير الاتفاقيات الدولية عليه.....
66.....	المبحث الثالث: تأثير الاتفاقيات الدولية على الشروط الشكلية لعقد الزواج.....
67.....	المطلب الأول: المساواة بين الخطيبين في إجراءات توثيق عقد الزواج.....
67.....	الفرع الأول: الوثائق الإدارية المكونة لملف الزواج.....
67.....	أولا: الوثائق الإدارية العامة المكونة لملف الزواج.....
68.....	ثانيا: الوثائق الخاصة المكونة لملف الزواج.....
72.....	الفرع الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج.....
73.....	أولا: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج داخل الوطن.....
75.....	ثانيا: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج خارج الوطن.....
77.....	المطلب الثاني: المساواة بين الخطيبين بإلزامهم بتقديم الشهادة الطبية ما قبل الزواج.....

78.....	الفرع الأول: مفهوم الفحص الطبي ما قبل الزواج.
78.....	أولاً: التعريف بالشهادة الطبية ما قبل الزواج.
79.....	ثانياً: فوائد الفحص الطبي.
79.....	ثالثاً: كيفية توثيق الشهادة الطبية ما قبل الزواج.
80.....	الفرع الثاني: تنظيم الشهادة الطبية في قانون الأسرة.
80.....	أولاً: فيما يتعلق بالمرشحين للزواج.
81.....	ثانياً: فيما يتعلق بالطبيب.
82.....	ثالثاً: فيما يتعلق بالموثق وضابط الحالة المدنية.
.....	الفصل الثاني: تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار الناتجة عن عقد الزواج.
86.....	الفصل الثاني: تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار الناتجة عن عقد الزواج.
88.....	المبحث الأول: المساواة في الحقوق بين الزوجين في المادة 36 من قانون الأسرة.
89.....	المطلب الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين في ظل المادة 36.
89.....	الفرع الأول: المساواة في المعاملة والروابط الأسرية.
89.....	أولاً: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
91.....	ثانياً: المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
91.....	ثالثاً: التعاون والتشاور في تسيير شؤون الأسرة.
91.....	رابعاً: الإنجاب.
92.....	خامساً: ثبوت النسب.
92.....	الفرع الثاني: المساواة في أحكام المعاملة والروابط الأسرية بين الزوجين وأهاليهم.
92.....	أولاً: احترام الأبوين والأقارب وحسن معاملتهم.
92.....	ثانياً: زيارة الأهل واستزارتهم.
94.....	المطلب الثاني: تقييم مظاهر المساواة بين الزوجين في الحقوق المشتركة من خلال المادة 36....
94.....	الفرع الأول: على المستوى الدولي.
95.....	الفرع الثاني: على المستوى الداخلي.
97.....	المبحث الثاني: توسيع نطاق المعاملات التعاقدية بين الزوجين تحقيقاً لمبدأ المساواة.
97.....	المطلب الأول: عقد الاشتراط في الزواج.

98.....	الفرع الأول: مفهوم عقد الاشتراط في الزواج.
98.....	أولاً: اقتران الشرط بالعقد.
98.....	ثانياً: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي.
101.....	الفرع الثاني: الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري.
101.....	أولاً اشتراط عدم تعدد الزوجات.
106.....	ثانياً: اشتراط عمل المرأة.
107.....	المطلب الثاني: عقد الاتفاقات المالية.
107.....	الفرع الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجين.
109.....	الفرع الثاني: إمكانية وضع اتفاق مالي مشترك بين الزوجين.
110.....	الفرع الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري.
112.....	المبحث الثالث: بعض الحقوق الملغاة والمضافة المتعلقة بالمرأة تكريسا لمبدأ المساواة.
112.....	المطلب الأول الحقوق الملغاة بموجب الأمر 02-05.
113.....	الفرع الأول: واجب طاعة الزوجة للزوج.
114.....	أولاً: تعريف الطاعة والهدف منها.
115.....	ثانياً: الأسس القانونية الموجبة لحق الطاعة.
115.....	ثالثاً: حدود الطاعة.
119.....	الفرع الثاني: حق القوامة.
119.....	أولاً: تعريف القوامة.
120.....	ثانياً: تكريس حق القوامة في الشريعة الإسلامية.
121.....	ثالثاً: الآثار المترتبة عن مسألة القوامة.
124.....	الفرع الثالث: حق الإرضاع.
125.....	أولاً: حق الإرضاع في الشريعة الإسلامية.
126.....	ثانياً: حق الارضاع في قانون الأسرة الجزائري وتأثير الاتفاقيات الدولية على الغائه.
127.....	المطلب الثاني: توسيع نطاق حقوق المرأة بمنحها الجنسية لأبنائها.
128.....	الفرع الاول: تعريف الجنسية.

الفرع الثاني: تقييد مبدأ المساواة بين الجنسين في منح الجنسية للأطفال في ظل الأمر 70-	86
130.....	
أولاً: اكتساب الأبناء الجنسية بواسطة الأب كأصل عام.....	130
ثانياً: اكتساب الأبناء الجنسية عن طريق الأم استثناء.....	132
الفرع الثالث: حق المساواة بين الجنسين في منح الجنسية للأطفال في ظل الأمر 05-01.....	133
خاتمة الباب الأول.....	137
الباب الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على انحلال الرابطة الزوجية	
الباب الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على انحلال الرابطة الزوجية	139
الفصل الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على صور الطلاق.....	
الفصل الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على صور الطلاق.....	142
المبحث الأول: الطلاق بالتراضي وبالإرادة المنفردة للزوج.....	144
المطلب الأول: الطلاق بالتراضي.....	144
الفرع الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي.....	145
أولاً: تعريف الطلاق بالتراضي.....	145
ثانياً: الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الطلاق بالتراضي.....	146
الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في الاتفاقيات الدولية وتأثيره على قانون الأسرة.....	149
المطلب الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج	151
الفرع الأول: مفهوم الطلاق.....	151
أولاً: تعريف الطلاق.....	151
ثانياً: مشروعية الطلاق، حكمه، وحكمته.....	152
ثالثاً: شروط الطلاق.....	155
الفرع الثاني: القيود القضائية الواردة على سلطة الزوج في إيقاعه الطلاق.....	158
أولاً: الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الطلاق.....	159
ثانياً: محاولة الصلح.....	159
ثالثاً: إثبات الطلاق بحكم قضائي.....	161
المبحث الثاني: توسيع نطاق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق التطلق.....	162

المطلب الأول: مفهوم التطلق.....	163
الفرع الأول: تعريف التطلق ومشروعيته.....	163
أولاً: تعريف التطلق.....	163
ثانياً: مشروعيته.....	166
الفرع الثاني: حكمته.....	167
المطلب الثاني: أسباب التطلق.....	167
الفرع الأول: أسباب التطلق في ظل القانون رقم 84-11.....	168
أولاً: التطلق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.....	168
ثانياً: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.....	169
ثالثاً: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.....	171
رابعاً: الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.....	172
خامساً: الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.....	173
سادساً: كل ضرر معتبر شرعاً لاسيما إذا نجم عنه مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37.....	173
سابعاً: التطلق لارتكاب فاحشة مبينة.....	174
الفرع الثاني: أسباب التطلق المضافة بموجب الأمر 05-02.....	175
أولاً: مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة أعلاه.....	175
ثانياً: التطلق للشقاق المستمر بين الزوجين.....	176
ثالثاً: التطلق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....	177

المبحث الثالث: توسيع نطاق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق الخلع.....	178
المطلب الأول: مفهوم الخلع.....	179
الفرع الأول: تعريف الخلع، مشروعيته، وحكمه.....	179
أولاً: تعريف الخلع.....	179
ثانياً مشروعية الخلع.....	181
ثالثاً: حكمه.....	182
الفرع الثاني: شروط الخلع.....	182
أولاً: قيام الرابطة الزوجية.....	183
ثانياً: الأهلية.....	183
ثالثاً: صيغة الخلع.....	185
رابعاً: بدل الخلع.....	187
المطلب الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على تطور الخلع في القانون والقضاء الجزائري.....	190
الفرع الأول: التكييف القانوني للخلع.....	190
أولاً: اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة.....	190
ثانياً: اعتبار الخلع فسخاً أم طلاقاً.....	192
الفرع الثاني: ارتقاء الخلع إلى حق أصيل للزوجة في التشريع والقضاء الجزائري.....	194
أولاً: حق الزوجة في مخالعة زوجها بين رضا الزوج وعدم رضاه في ظل القانون رقم 84-	
11.....	194
ثانياً: حق الزوجة في مخالعة زوجها دون رضاه في ظل الأمر 05-02.....	196

الفصل الرابع: تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار الناتجة عن انحلال عقد الزواج.....	
الفصل الرابع: تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار الناتجة عن انحلال عقد الزواج.....	199
المبحث الأول: تأثير الاتفاقيات الدولية على الحضانة.....	200
المطلب الأول: مفهوم الحضانة.....	200
الفرع الأول: تعريف الحضانة، مشروعيتها، حكمها، والحكمة منها.....	201
أولاً: تعريف الحضانة.....	201
ثانياً: مشروعيتها، حكمها، وحكمتها.....	203
الفرع الثاني: ترتيب المستحقين للحضانة وشروط استحقاقها.....	205
أولاً: ترتيب المستحقين للحضانة.....	205
ثانياً: شروط استحقاق الحضانة.....	206
المطلب الثاني: الحضانة في الاتفاقيات الدولية وتأثيرها على قانون الأسرة.....	208
الفرع الأول: الحضانة في الاتفاقيات الدولية.....	208
أولاً: الحضانة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.....	208
ثانياً: الحضانة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.....	209
ثالثاً: الحضانة في اتفاقية حقوق الطفل.....	209
الفرع الثاني: أحكام الحضانة في قانون الأسرة ومدى تأثيرها بالاتفاقيات الدولية.....	210
أولاً: ترتيب الحاضنين.....	210
ثانياً: مدة الحضانة، وحق الزيارة.....	212
ثالثاً: مسقطات الحضانة.....	216
المبحث الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على حقوق المرأة المتعلقة بالأبناء.....	219

المطلب الأول: تعزيز المركز القانوني للمرأة من خلال منحها الحق في الولاية على أبنائها.....	220
الفرع الأول: الولاية في الاتفاقيات الدولية.....	221
أولا: الولاية في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.....	221
ثانيا: الولاية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.....	222
الفرع الثاني: الولاية في قانون الأسرة.....	222
أولا: أصحاب الحق في الامتياز في ممارسة حق الولاية في التشريع الجزائري.....	223
ثانيا: أحكام الولاية على النفس طبقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية.....	225
المطلب الثاني: حق المطلقة الحاضنة في مسكن.....	227
الفرع الأول: طبيعة الحق في سكن الحضانة.....	227
الفرع الثاني: سكن المحضونين في اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري.....	229
المبحث الثالث: حق المطلقة في التعويض عن الطلاق.....	234
المطلب الأول: حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي.....	235
الفرع الأول: معايير التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي.....	235
الفرع الثاني: طلاق المريض مرض الموت.....	238
أولا: تعريف مرض الموت.....	238
ثانيا: أحكام طلاق المريض مرض الموت.....	239
المطلب الثاني: التعويض عن التطليق ونشوز الزوجين.....	241
الفرع الأول: حق المطلقة في التعويض عن التطليق.....	241
الفرع الثاني: التعويض لنشوز أحد الزوجين.....	242
خاتمة الباب الثاني.....	246
خاتمة.....	247
قائمة المراجع.....	253
résumé.....	268

مقدمة:

تعتبر الأسرة البنية الأساسية التي ينمو عليها المجتمع، فمتى ترعرع الأطفال في أسرة متساوية، نمت الدولة وتطورت في ظل مجتمع يسوده النظام، ولكي يتجسد هذا وجب تقديم الحماية والرعاية للأسرة، سواء للزوج أو الزوجة وللأطفال وهذا ما حثتنا عليه الشريعة الإسلامية، فقد كانت السبابة من خلال أحكامها لتنظيم أمور الأسرة في المجتمع، فنجدها رفعت من مكانة المرأة وعززتها وقدمت لها الحماية الكفيلة، على اعتبار أنها مربية الأجيال، وأعطت للرجل سلطة إدارة شؤون أسرته. كما حثتنا الشريعة الإسلامية على رعاية الأطفال ومعاملتهم معاملة خاصة وتوفير لهم الجو، من خلال تقديم لهم العطف والحنان والدفء اللازم لنموهم نموا متكاملا، هذا على اعتبار أن الأطفال هم الأساس الذي ينمو ويعطي لنا مجتمعا متكاملا ومتناسقا.

ولما لهذه الأخيرة من أهمية بالغة فقد سارع المجتمع الدولي إلى حمايتها؛ من خلال إضفاء مجموعة من النصوص والاتفاقيات، التي تحمي حقوق الإنسان بصفة عامة وسعت لتنظيم حياته ومحاولة تنميته في بيئة متكاملة.

وعليه سارعت مختلف الدول إلى سن قوانين تتماشى مع تلك الاتفاقيات، على غرار المشرع الجزائري الذي حاول مواكبة الأمر وإضفاء تعديلات تتناسب مع تلك الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي قد صادقت عليها الجزائر، ويعتبر قانون الأسرة الجزائري القانون المنظم للأسرة في الوسط المدني.

وكان أول صدور لقانون الأسرة بموجب القانون رقم 84-11¹، حاول بموجبه تنظيم الأسرة، إلا أنه وبعد مرور واحد وعشرون سنة من العمل به قام بتعديله بموجب الأمر رقم 05-02، حيث حاول بموجبه إضفاء تغييرات وتعديلات وإدراج مواد جديدة من غاياته السعي لتنظيم الأسرة في المجتمع، وتعرف الأسرة في المادة 02 من قانون الأسرة الجزائري على أنها: " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة." كما جاء في المادة

1 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ / الموافق ل 09 يونيو سنة 1984م، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ / الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 م، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 24، بتاريخ 12/06/1984، ص 910.

03 منه تنص على : " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية."

وتكوين الأسرة يكون بالزواج، ولما لعقد الزواج من أهمية فقد سماه الشارع الحكيم في كتابه الكريم بالميثاق الغليظ لقوله تعالى: ﴿وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹.

وغاية الزواج تكوين أسرة على أساس السكن والمودة والرحمة والطمأنينة، وانجاب الأطفال لتفادي انقطاع النسل، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾².

ونجد المشرع الجزائري يعرف الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب."

ولكن بمرور الوقت قد تستحيل الحياة الزوجية مما يستوجب عليهم اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية، فقد أحل الشارع الحكيم هذا الأمر لرفع الثقل على الطرف المتضرر رغم اعتباره أبغض الحلال إلى الله سبحانه وتعالى.

والموضوع الذي أنا بصدد دراسته هو " آثار الاتفاقيات الدولية على إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها من خلال قانون الأسرة الجزائري."

إن للمعاهدات الدولية رباط وثيق بين دولتين أو أكثر في مجال من مجالات التعامل الدولي، اقتصاديا أو سياسيا أو غيرها من المجالات الأخرى، وحتى يحظى العهد أو الميثاق باحترام من كل الأطراف فمن الواجب أن تكون المصلحة مشتركة دونما محاباة لطرف دون آخر، وحتى تكون المعاهدة مثمرة في تحقيق ما جاء فيها من بنود وأحكام كان من الواجب أن تخضع لمبدأ الاستمرارية والتواصل، حتى لا تكون عرضة لنزوات الخرق والانتهاك إذا ما رأت دولة ما أن المعاهدة لم تعد تخدم مصالحها الخاصة، وما هو مقرر أن المعاهدة متى أبرمت صحيحة اكتسبت وصف اللزوم، وكان من الواجب على الدولة الطرف فيها القيام بما تنص عليه أو الإحجام عما تمنعه طيلة مدة سريانها.³

1 سورة النساء الآية 21 .

2 سورة الروم الآية 20 .

3 إبراهيم بن داود، " المعاهدات الدولية في القانون الدولي "، دراسة تطبيقية، طبعة 2010، دار الكتاب الحديث، درارية - الجزائر - ص 19.

وفي موضوع الأسرة يوجد عدة معاهدات ذات الصلة بها صادقت عليها الجزائر وكان لها تأثير على المشرع الجزائري عند قيامه بتشريع قانون الأسرة رقم 84-11، وقيامه أيضا بالتعديل الأخير وهي: (الإعلان العالمي لحقوق الانسان 1948 العهدين الدوليين، " العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية لسنة 1966"، ثم نجد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، وصولا إلى اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989).

إنّ المعاهدات الدولية لا يتم إبرامها إلا بغية تنفيذ محتواها وما تتضمنه من حقوق والتزامات متبادلة بين أطرافها، ولأجل هذا فهي تحتل مكانة هامة ضمن القوانين الداخلية للدول، ولهذا نجد دساتير الدول تكلمت عن المعاهدات والمكانة التي تحتلها.¹

وبالرجوع إلى الدستور الجزائري فإنه أقر بسمو المعاهدات على القانون وهذا ما جاء في نص المادة 150 من الدستور الجزائري الصادر في 06 مارس 2016 والتي نصت على أن: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها، في الدستور تسمو على القانون."²

ففي مثل هذا الوضع تكون المعاهدات في درجة أعلى من القوانين العادية للدولة، وهذا التغيير حتما كان نتيجة العديد من التطورات بالتخلي على الاتجاه الاشتراكي، والانفتاح على واقع العلاقات الدولية، بالإضافة إلى انضمام الجزائر إلى اتفاقية " فيينا " لقانون المعاهدات سنة 1987.³

إنّ الجزائر وبمصادقتها على تلك المعاهدات كان عليها مواكبة التغيير، وذلك بإضافته على القانون الداخلي، وما يهمنا هو اضاؤها على قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده، وبالرجوع إلى الموضوع محل الدراسة، نجده يتمحور حول نقاط ذات أهمية بالغة، ونظرا لأهمية الموضوع فقد حظي العناية والرعاية الخاصة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية، صف إلى ذلك نجد الاهتمام الكبير بالحماية الدولية للأسرة، بالخصوص حماية عقد الزواج.

1 إبراهيم بن داود، " المرجع السابق "، ص 314.

2 المادة 150 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن الدستور الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016، ص 03.

3 إبراهيم بن داود، " المرجع السابق "، ص 329.

إن تلك الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان سعت جاهدة إلى تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين (الرجل والمرأة) في شتى المجالات، فسعت جاهدة إلى تعزيز مكانة المرأة بمحاولة مساواتها مع الرجل في الحقوق والواجبات، ومن بينها تلك الحقوق والواجبات المتعلقة بإنشاء عقد الزواج، وحتى عند انحلاله.

وعليه حاول المشرع الجزائري مسايرة تلك الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها مع تحفظه على الأمور التي تتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، وإضافتها على القانون الداخلي، فحاول استدراك الأمر بسن قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11.

إلا أنه لم يكتفي بذلك الحد فقام بإجراء تعديل عليه بموجب الأمر 05-02 وحاول من خلاله تعميم المساواة بين الجنسين في إنشاء عقد الزواج وفي انحلاله أكثر فأكثر، وهو ما يلاحظ في نصوص قانون الأسرة الجزائري، ونجد القضاء الجزائري قام بالأخذ بهذا المبدأ، فقد حاول التوفيق بين المرجعية الدينية والدولية لقانون الأسرة، وعليه سأحاول دراسة الموضوع من شتى المجالات، وذلك من خلال تطرقي الى موقف الفقه الإسلامي، وكذا موقف الاتفاقيات الدولية ومدى تأثيرها على قانون الأسرة الجزائري، ومدى تطبيق القضاء لذلك.

والهدف من دراستي لهذا الموضوع هو تقصي الحقائق ومعرفة مدى توفيق المشرع الجزائري في قيامه بسن قانون الأسرة، وتعديله من خلال تأثره بالاتفاقيات الدولية، في موضوع إنشاء عقد الزواج وانحلاله، ومدى توفيقه في إحداث المقاربة التوفيقية لازدواجية المرجعية سواء عند إنشاء عقد الزواج، أو عند انحلاله.

هذا على غرار مختلف دول العالم التي سارعت إلى مسايرة الاتفاقيات الدولية في الموضوع محل الدراسة، فأعطى للمرأة حقوقا اضافية سعى منهم لتكريس مبدأ المساواة الذي تعالت الأصوات بالمناداة له من قبل المجتمع الدولي، وذلك بتقديم ضمانات مقررة للمرأة في ذلك، فالمشرع الجزائري وقف بين الأخذ بالمرجعية الدينية والدولية في الموضوع محل الدراسة، وهو ما سيتم دراسته أثناء معالجة موضوع محل الدراسة.

ويرجع سبب اختياري لموضوع " آثار الاتفاقيات الدولية على إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها من خلال قانون الأسرة الجزائري " إلى سببين رئيسيين: أحدهما ذاتي والآخر موضوعي، وأما الذاتي: وهو الميل إلى دراسة كل المواضيع ذات الصلة بقضايا الأسرة، لما لهذه الأخيرة من أهمية بالغة في المجتمع سواء في الشريعة الإسلامية، أو على المستوى الداخلي والدولي. وأما السبب الموضوعي فإنه

يرجع إلى التطور الملحوظ على الصعيد الدولي وتأثيراته على القانون الداخلي في مجال قانون الأسرة، فنظرا للتغيرات التي يفرضها العصر ونظرا لبروز اتفاقيات عدة متعلقة بحقوق الإنسان، ولما لها من تأثير على المشرع الجزائري في سنه لقانون الأسرة، أو أثناء تعديله وأخص بالذكر الموضوع محل الدراسة.

أي الرغبة في معرفة مدى تأثير المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها من خلال قانون الأسرة، وكما نعلم أن جل الاتفاقيات سعت إلى تنديد المجتمع الدولي إلى تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين أثناء الزواج وفي الطلاق، ورغبة مني في البحث أيضا عن مدى تطبيق المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الجنسين في إنشاء وإنهاء الرابطة الزوجية، وصولا إلى البحث عن مدى توفيقه بين المرجعية الدينية والدولية لقانون الأسرة في الموضوع محل الدراسة. وكل بحث علمي، فإن الباحث في أغلب مواضيع بحثه يتلقى صعوبات أثناء دراسته للموضوع، ومن بين الصعوبات التي صادفتها أثناء دراستي للموضوع هو قلة المراجع التي تدرس الموضوع دراسة متخصصة، فنجد المكتبات تعج بالكتب العامة أما الكتب المتخصصة فنادرا ما نجدها متوفرة، فمن بين الصعوبات التي تلقيتها هو ندرة المادة العلمية.

أما عن الدراسات السابقة فنجدها في أغلب الأحيان ركزت على دراسة مبدأ المساواة بين الجنسين التي جاءت بها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (اتفاقية سيداو) ودراسة الحقوق المتعلقة بالمرأة مساواة مع الرجل، دون التطرق للاتفاقيات الأخرى، حيث إنني وأثناء دراستي للموضوع حاولت استدراك هذا النقص بتطريقي إلى كل تلك الاتفاقيات التي لها علاقة بالموضوع محل الدراسة، واسقاطها على مواد قانون الأسرة المتعلقة بإنشاء وانتهاء الرابطة الزوجية، كما أنني سأقوم بدراسة الموضوع دراسة تختلف عن الدراسات السابقة نوعا ما وذلك من خلال إثراء الموضوع بجملته من قرارات المجلس الأعلى واجتهادات المحكمة العليا حول الموضوع والقيام بتحليلها.

ولدراسة هذا الموضوع فإن الإشكالية التي تتبادر إلى أذهاننا هي: ما مدى تأثير الاتفاقيات الدولية على المشرع الجزائري في سنه وتعديله لقانون الأسرة في المواد المتعلقة بالزواج والطلاق؟ وهل وفق بين المرجعية الدينية والدولية في ذلك؟

ولإجابة على هذه الاشكالية اتبعت المنهج التحليلي لتحليل واستقراء المسائل ذات الصلة بالموضوع محل الدراسة وكذا للوقوف عند العديد من الوقائع سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، من خلال استقراء بنود الاتفاقيات الدولية ودراسة مدى تأثيرها على مواد شؤون الأسرة المتعلقة بالزواج

والطلاق والقيام بدراستها دراسة تحليلية وذلك بالتطرق أيضا لتقصي الحقائق من خلال دراسة الموضوع دراسة تطبيقية من خلال استقراء قرارات المجلس الأعلى والمحكمة العليا في الموضوع.

ولإعطاء الموضوع حقه قمت بتقسيمه إلى باين هما:

الباب الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على انشاء الرابطة الزوجية.

الباب الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على انحلال الرابطة الزوجية.

الباب الأول

أثر الاتفاقيات الدولية على

إنشاء الرابطة الزوجية

الباب الأول:

أثر الاتفاقيات الدولية على إنشاء الرابطة الزوجية

نظرا للأهمية البالغة التي أولاها الشارع الحكيم لعقد الزواج، فقد سماه الشارع الحكيم في كتابه الكريم ميثاقا غليظا، وعلى هذا " فقد اهتم الإسلام بالأسرة اهتماما كبيرا وأقامها على أساس المودة والرحمة واعتبرها أساس المجتمع والنواة التي تتكون منها الشعوب والأمم"¹ إن لمفهوم العبادة في الإسلام معنى واسع، فالإسلام يعتبر كل عمل يقوم به المرء يبتغي به وجه الله عز وجل، عبادة يثاب عليها، حتى اللقمة التي يرفعها الرجل إلى فم زوجته، إيناسا واستئناسا له بها أجر، ولهذا فإن الزوجين إذا نويّا بنكاحهما عفاف نفسيهما وإحصانها عن الوقوع فيما حرم الله، وإيجاد دعاة صالحين، يبلغون دعوة الإسلام، فإن زواجهما يكتب لهما صدقة وعبادة²، وعلى هذا الأساس اهتم المشرع الجزائري بعقد الزواج وإفراغه في نمط قانوني وذلك اتباعا لإجراءات لا بد من المرور بها لصحة العقد ونفاذه، ضف إلى ذلك وللحفاظ على حقوق الزوجة والأطفال ألزم الراغبين بالزواج توثيق عقودهم لدى الموظف المختص، حيث أنه يتمتع بالتوثيق في المجتمعات الحديثة بالأهمية البالغة ومكانة هامة فقد منح المشرع الجزائري لأعمال الموثق المصادقية والنقطة، ومنح للمحررات التي يحررها القوة التنفيذية والرسمية، والتوثيق من جهة أخرى يساهم في تحقيق السلم الاجتماعي واستقرار المعاملات بين الأفراد بالإضافة إلى التطور الاقتصادي ونشر الثقافة القانونية.³

وبعد اتمام عقد الزواج تنجر عن هذا الأخير مجموعة من الآثار قد ينفرد كل زوج بها أو تكون مشتركة. والمشرع الجزائري واكب الوقت الراهن وقام بإضفاء تعديلات على قانون الأسرة متأثرا بمجموعة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بمواضيع الزواج، إما تأثرا مطلقا

1 الرشيد بن شويخ، " شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، لسنة 1429 هـ / 2008م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة - الجزائر - ص 21.

2 عبد الحميد خزار، فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام، الطبعة الأولى 1405 هـ / 1985 م - 1047 / 1987 م، دار الشهاب للطباعة والنشر، باتنة - الجزائر - ص 26 و 27.

3 أحمد حمزة، أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية قسم الشريعة تخصص شريعة وقانون، السنة الجامعية 1431/1432 هـ، (2010/2011م)، جامعة الخروبة - الجزائر، ص 7.

وإما تأثراً نسبياً، حيث إن جل هذه المعاهدات والاتفاقيات الدولية كانت تسعى دائماً إلى تحقيق مبدأ (المساواة)¹ بين الرجل والمرأة في شتى الميادين ونجد منها الأمور المتعلقة بالأسرة وكيفية بنائها. فالملاحظ من خلال المواثيق والهيئات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، محاولة التأثير على واقع الشعوب من أجل تحقيق المساواة في واقع الناس، كل هذا بترسانة من القوانين، ومن التحفيزات،² التي في جلها تسعى إلى تحقيق المساواة بين الجنسين في ميادين شتى ومن بينها كل ما تعلق بإبرام عقد الزواج والآثار المنجزة عنه. وقمت بتقسيم هذا الباب إلى:

الفصل الأول تأثير الاتفاقيات الدولية على إبرام عقد الزواج.

الفصل الثاني: تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار الناتجة عن عقد الزواج.

1 المساواة لغة: " المماثلة والتكافؤ في القيمة والقدر والمثابرة والتعادل، ويقال ساوى الشيء إذا عادله، وساويت بين الشيئين إذا عدلت بينهما ويقال هذا لا يساوي هذا أي لا يعادله، ابن منظور لسان العرب، الطبعة الأولى، المجلد 6، دار إحياء التراث العربي، طبعة 1988، ص 444.

أما المساواة اصطلاحاً " فيقصد بالمساواة أن جميع الأفراد متمثلين في المراكز القانونية في اكتساب الحقوق والحريات العامة، والتزامهم بالواجبات على قدم المساواة وبدون تمييز أو تفريق أيًا كان سببه"، وتعرف أيضاً بأنها: " الجميع يتمتع بذات الحقوق ويتحملون ذات الالتزامات إذا ما تساوت إمكاناتهم ومؤهلاتهم" وتعرف أيضاً " غياب كل معاملة تفضيلية بين الأطراف في علاقة قانونية معينة"، وعرفها آخر بأنها: " عدم التمييز والتفاضل بين الأفراد عند معاملتهم والعمل على التسوية بينهم وإتاحة الفرصة لهم دون استثناء". محمد الصلاح بن عומר، "المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، السنة الجامعية، 2015/2016 م، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر - ص 12.

2 سليمان ولد خصال، " حق المساواة في الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية"، مقال منشور بمجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، سداسية محكمة، العدد الرابع، جوان 2014، المركز الجامعي لتمنراست - الجزائر - ص 17.

الفصل الأول

تأثير الاتفاقيات الدولية على

إبرام عقد الزواج

الفصل الأول:

تأثير الاتفاقيات الدولية على إبرام عقد الزواج

"إن المعاهدات الدولية والإقليمية تلقي على عاتق المجتمع والدولة واجب الاهتمام بالأسرة وحمايتها، ولا تتحقق هذه الحماية إلا بتوفير الأسباب التي تضمن لها الثبات".¹

وعلى اعتبار أن الزواج ميثاق غليظ فقد أولاه المشرع الجزائري العناية الخاصة، وذلك بإضفاء تعديلات على قانون الأسرة في المواد المتعلقة بالزواج متأثراً ببعض الاتفاقيات سعياً منه لتحقيق العدالة في المجتمع.

فعقد الزواج يهدف إلى بناء أسرة متماسكة تسودها السكينة والطمأنينة ضمن علاقة زوجية مبنية على أساس المودة والرحمة، حيث يبنى عقد الزواج على شروط موضوعية تتمثل في أركان وشروط صحة الزواج بالإضافة إلى شروط شكلية التي من خلالها يتم تسجيل العقد أمام الموظف المخول له سلطة توثيق عقود الزواج، ولدراسة هذا العنصر قمت بتقسيمه كالاتي:

المبحث الأول: تفعيل مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة

المبحث الثاني: تأثير الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج

المبحث الثالث: تأثير الاتفاقيات الدولية على الشروط الشكلية للزواج

1 الضيف كيفاجي، " حماية الأسرة في المعاهدات والمواثيق الدولية "، مقال منشور بمجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 05، لسنة 2014، تصدرها كلية الشريعة والاقتصاد، بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة -الجزائر- ص241.

المبحث الأول:

تفعيل مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة

" كل عقد له خطر تسبقه مقدمات، وليس أخطر من عقد الزواج ولا أبعد منه أثرا في حياة الإنسان، فهو العقد الذي يلتقي به الرجل بالمرأة على الوجه المشروع ويكونان أسرة، والأصل فيه أنه دائم إلى نهاية الحياة، فكان لابد من مقدمات لهذا العقد، ومقدمات عقد الزوج تسمى شرعا بالخطبة "¹.

إن الخطبة تمثل في تقاليدنا إجراء أوليا يقوم بها الخاطب أو أقاربه للاتصال بالمخطوبة أو أوليائها قصد التعرف على العروس وعلى أسرتها، ومن أجل تبادل الرضا والقبول بين أسرة الخاطب وأسرة المخطوبة بشأن المصاهرة والتزاوج وإقامة العلاقات الطيبة بينهما. ولقد تضمنت قوانين الأحوال الشخصية في معظم الدول العربية نصوصا قانونية تتعلق بالخطبة وأثارها²

هذا على غرار المشرع الجزائري، حيث أن هذا الأخير أضاف تعديلات على المواد المتعلقة بالخطبة في قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 ولعل للاتفاقيات الدولية أثرا لقيامه بإضفاء تلك التعديلات وعليه سأنتقل إلى مفهوم الخطبة ثم تأثير الاتفاقيات الدولية على تعديل النصوص القانونية المتعلقة بالخطبة. ولإعطاء الموضوع حقه وجب عليا التطرق إلى مفهوم الخطبة (المطلب الأول) ثم المساواة في الاعلان عن الخطبة والعدول عنها (المطلب الثاني).

1 لحسين بن شيخ أث ملويا، " المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية "، تعليق على قرارات المحكمة العليا بالاستناد إلى الفقه المقارن وقانون الأسرة، القانون المقارن (تونس، المغرب، سوريا)، علم النفس، ونصوص فقهية للمطالعة من مذهب مالك، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - ص 32.

2 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة 3، لسنة 1999 مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومة للنشر والتوزيع - الجزائر - ص 83.

المطلب الأول

مفهوم الخطبة

لقد أظهرت الشريعة الإسلامية أهمية بالغة لعقد الزواج وذلك نجده مجسد من خلال وضعها لمقدمات قبل انعقاد الزواج، وقد تعارفت الديانات الأخرى أيضا على هذه المقدمات التي تتمثل في الخطبة وفسرت أهمية هذه المقدمة لعقد الزواج.

كما أخذت معظم التشريعات الوضعية في الدول العربية الإسلامية بالشريعة الإسلامية مع وجود بعض الاختلافات في المذاهب الفقهية كما أن القانون الجزائري اعتمد في نصوصه على القرآن الكريم والسنة النبوية.¹

شرعت الخطبة مقدمة لعقد النكاح نظرا لما لهذا العقد من خطورة من بين سائر العقود وأهميته، حتى تتسنى الفرصة لكلا الطرفين أن يتبين أمر الآخر، وأن يكون على هدى من حاله ومعرف بصفاته، فإذا رأى فيه ما يرضيه ويرضي الدين والخلق الكريم، أقدم على الزواج وإلا ترك بدون حرج أو إساءة،² وعليه فسأقوم بدراسة تعريفها، حكمها وطبيعتها (الفرع الأول) ثم انتقل لدراسة أنواعها وشروطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريفها ، حكمها وطبيعتها

سأطرق إلى تعريف الخطبة (أولا) ثم ألتحق إلى حكمها (ثانيا) وصولا إلى طبيعتها (ثالثا).

1 فاروق خلف، " أحكام الخطبة وأثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي " ، مقال منشور بمجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 02 شعبان 1437، جوان 2016، تصدر عن مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي - الجزائر - ص 82.

2 "المسلم الكامل والعاقل الحصيف هو الذي يكون هدفه في ذلك بعيدا عن العبث والاستهتار بأعراض الناس، فإذا تم الزواج على هذا الأساس القويم من التبصير والاختيار أثمر ثمرته المطلوب وفائدته المرجوة". التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى 1430-2009، الطبعة الثانية 1431-2010، دار الوعي للنشر والتوزيع -الروبية - الجزائر، ص83.

أولاً: تعريفها

لضبط تعريف شامل للخطبة ، وجب تعريفها لغة (1)، ثم اصطلاحاً (2)، ثم قانوناً (3)، ثم قضائياً (4).

1-التعريف اللغوي للخطبة:

الخطبة بالكسر تعني طلب النكاح، واختطبوا فلان أي دعوة إلى تزويج صاحبهم¹

2-التعريف الاصطلاحي للخطبة:

عرف الفقهاء الخطبة على أنها " طلب الزواج وإبداء الرغبة في امرأة معينة وقع عليها اختياره، خالية من الموانع الشرعية، بالتقدم إليها أو إلى وليها، ببيان حاله والتفاوض معهم في أمر العقد. "²

3- التعريف القانوني للخطبة:

لم يورد المشرع الجزائري تعريفاً قانونياً للخطبة في قانون الأسرة ، اكتفى باعتبارها وعداً للزواج وأعطى الحق للطرفين في العدول عنها هذا طبقاً لما جاء في المادة 1/5 من قانون الأسرة الجزائري: (الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة).³

4- التعريف القضائي للخطبة:

" لم يورد القضاء الجزائري تعريفاً للخطبة بل سائر المشرع فيما ذهب إليه واصفاً تكليف الخطبة بأنها وعد بالزواج فقط ".⁴

1 محمد صلاح بن عومر، " تجسيد المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بمجلة القانون والمجتمع، ص 199.

2 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري وفقاً لأحدث التعديلات "، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، طبع 2010، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر - ص 29.

3 المادة 01/05 من قانون الأسرة الجزائري.

4 محمد الصالح بن عومر، " تجسيد المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، " المرجع السابق "، ص 200.

جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا مايلي: " من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، ولصحة الزواج لابد من توافر أركانه من رضا الزوجين وولي وشاهدين وصدّق (المادتان 5 و9 من قانون الأسرة الجزائري)".¹

ثانيا: حكمها

تستمد الخطبة مشروعيتها من القرآن والسنة.

1- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾.²

2- من السنة النبوية:

حديث أبي هريرة رضي الله عنها قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم)³، وحديث عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعو إلى نكاحها فليفعل)⁴.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في حكمها، فاعتبرها جمهور الفقهاء (المالكية والحنفية والحنابلة) أنها ليست واجبة أما الشافعية فاعتبروها مندوبة لفعله صلى الله عليه وسلم حيث خطب عائشة بنت أبي بكر، وخطب حفصة بنت عمر رضي الله عنه.⁵

1 قرار في ملف رقم 81129 بتاريخ 1992/03/17 منشور بالمجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 30.

2 سور البقرة الآية 235.

3 أخرجه الترمذي بسند حسن، ذكره البيهقي في (السنن الكبرى) بلفظ: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه..."، في باب (الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي)، برقم: 13259.

4 سنن أبي داود - كتاب النكاح - باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، برقم: 2082

5 أحمد شامي، " المرجع السابق "، ص 29 و 30.

ثالثا: طبيعتها

الخطبة من حيث طبيعتها هي وعد لإنشاء عقد الزواج، ومن ثم ليست لها قوة الإلزام ولو اقترنت بمظاهر أخرى كقراءة الفاتحة وتقديم بعض الهدايا ودفع المهر، ويترتب عن ذلك جواز العدول عنها لأنها غير ملزمة على الإطلاق، فلو قام الخاطب بالعدول عن الخطبة فلا مسؤولية عليه، ما لم يتعسف في استعمال هذا الحق، إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن الخطبة وإن كانت وعد بإبرام عقد الزواج، فلا تطبق عليها أحكام المادة 71 و 72 من القانون المدني فهي وعد ذو طبيعة خاصة من حيث الشروط، ومن حيث الآثار، فهي ليست عقدا ملزما، كما أن مجرد العدول عنها لا يكون سببا موجبا للتعويض، ما لم يفترن العدول بأفعال أخرى، فيكون سبب التعويض هو المسؤولية التقصيرية.¹

إذن بخلاف أحكام القانون المدني تعد الخطبة وعدا غير ملزم وهذا في نص الماد 02/05 من قانون الأسرة الجزائري، وبعد تمامها، لا تعتبر الخطب عقدا ولا زواجا وهذا بإجماع المذاهب الفقهية وإن تمت باتفاق الطرفين لأن الأساس في الزواج هو الرضا والاختيار فإن ألزم الخطيبين على أساس أن الخطبة عقد ملزم، فمعنى ذلك أنهما قد أكرها على الزواج بعقد لا يرضى به أحدهما أو لم يعد يرضى به، وهذا يتنافى مع مبدأ رضائية العقد، ولأن للزواج أركان وشروطا لا يتحقق دونها، فكل ما كان قبل توفر هذه الأركان والشروط لا يعتبر زواجا بل مقدم للزواج.²

الفرع الثاني: أنواع الخطبة وشروطها

تعتبر الخطبة المرحلة التمهيدية للزواج، وللخطبة أنواع (أولا) كما لها شروط (ثانيا).

أولا: أنواعها

الخطبة نوعان خطبة بطريق التصريح (1)، وخطبة بطريق التعريض (2)

1 أحمد شامي، "المرجع السابق"، ص 30 و 31

2 دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الاسرة، انعقاد الزواج، طبعة 1437 هـ/2016 م، دار الخلدونية - القبة - الجزائر، ص 51.

1- **خطبة بطريق التصريح:** " وهي عبارة عن الإفصاح عما في النفس بلفظ يدل صراحة على إرادة الخطبة ولا يحتمل غيرها كقول الرجل لمن يرغب في الزواج بها أريد أن أخطبك أو أتزوجك أو إنني أرغب في الزواج منك.¹

2- **خطبة بطريق التعريض:** " وهي الخطبة بطريق التلميح وهي أن يذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم ضمنيا الرغبة في الخطبة دون أن يصرح بها كأن يقول الرجل للمرأة التي يرغب في الزواج منها إنني أريد أن أتزوج امرأة صالحة وجميلة وصفة كذا وكذا مثلك، أو يقول لها أبحث عن فتاة لكي أخطبها في مثل أخلاقك، وما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد الخطبة.²

ثانيا: شروطها

يشترط لجواز الخطبة شرطان:

1- **الشرط الأول:** أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع زواجه بها في الحال.

لا يجوز خطبة المرأة المحرمة عليه تحريما مؤبدا كابنته وأخته وعمته وخالته، والمحرمة عليه تحريما مؤقتا كزوجة الغير أو المعتدة من طلاق، أو الجمع بين الأختين، والحكمة في ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال كما هو معلوم، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة إلى الحرام حرام أيضا. ولذلك فلا تحل خطبة معتدة غيره من طلاق رجعي لا بطريق التصريح ولا بطريق التعريض، لأنها في حكم زوجة الغير فخطبتها تعتبر تعدي على حق من حقوقه.

أما المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، يرى الأحناف أنه لا تجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً مادامت العدة باقية، هذا راجع لبقاء بعض آثار الزواج، أما المالكية والشافعية

1 جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، طبعة 2008، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر - ص 51.

2 نفس المرجع، نفس الصفحة.

والحنابلة يرو بجواز خطبتها تعريضا، لأن الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج بإرجاع زوجته، أما المعتدة من وفاة فإنه تباح خطبتها تعريضا فقط، ولا تباح خطبتها بالتصريح مادامت معتدة من وفاة.¹

2- الشرط الثاني: ألا تكون المرأة مخطوبة لشخص آخر

إذا كانت المرأة مخطوبة للغير فلا يجوز لأي شخص أن يتقدم لخطبتها² هذا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَنْزِلَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ ، أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ)³ وقوله عليه السلام: (المؤمن أخو المؤمن فلا يحل لمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر)⁴، لأن في خطبة المرأة المخطوبة للغير إيذاء لهذا الغير واعتداء على حقه، كما أنها تورث العداوة والبغضاء بين الخاطب الأول والثاني وربما تمتد إلى أسرتهما لهذا نهى الشارع عن خطبة الرجل على خطبة أخيه، ويراد من منع الخطبة على خطبة هي الخطبة التامة التي أبدى فيها كل من الرجل والمرأة قبوله للخطبة، وعليه فإنه يترتب عن هذا القول أنه لا يجوز خطبة المرأة المخطوبة ما دام عالما بهذه الخطبة أما لو تقدم شخص لخطبة فتاة ورفضت خطبته ففي هذه الحالة يجوز لأي شخص آخر أن يتقدم لخطبتها.⁵

إن فالمرأة إن تقدم شخص لخطبتها أما أن توافق فهذا لا يجوز لأي شخص خطبتها وإما ترفض فإن رفضت صراحة جاز لأي خاطب التقدم لخطبتها لزوال المانع بالرفض.

وإذا سكنت ولم يوجد ما يدل على صريح القبول، ولا صريح الرفض فهذا يختلف الفقهاء فذهب الشافعية إلى جواز خطبتها لأن السكوت يعتبر رفضا ضمنيا، ويرى المالكية والحنفية إلى أنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يتقدم لخطبتها، لأن هذا السكوت لا يدل على الرفض، وربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول وتقدم الخاطب الثاني قد يمنع من استمرارها في التحري ويعتبر هذا بمثابة اعتداء وتشويش على حق الخاطب الأول، وإذا حصلت الخطبة على خطبة فذهب الجمهور إلى جواز العقد

1 الرشيد بن شويخ، " المرجع السابق "، ص 27 و 28.

2 جابر عبد الهادي سالم الشافعي، " المرجع السابق "، ص 54.

3 رواه البخاري (5142) ومسلم (1412)

4 رَوَاهُ مُسْلِمٌ فِي الصَّحِيحِ ، عَنْ أَبِي الطَّاهِرِ ، عَنِ ابْنِ وَهْبٍ . رقم الحديث: 1299

5 جابر عبد الهادي سالم الشافعي، " المرجع السابق "، ص 54.

لأن المنع هو منع ديني وليس قضائي أي يكون الإثم على صاحبه، ويرى المالكية في إحدى الروايات أنه إذا حصل الدخول فإن العقد صحيح، وإذا لم يحصل الدخول فيفسخ العقد.¹

المطلب الثاني

المساواة في الإعلان عن الخطبة والعدول عنها

يتطلب مني هذا العنصر دراسة المساواة في الإعلان عن الخطبة (الفرع الأول) كما أنه يجوز لهما الرجوع عنها على اعتبار أن الخطبة وعد بالزواج وليست زواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المساواة في الإعلان عن الخطبة

قد يتم إعلان الخطبة من طرف المرأة بنفسها (أولاً) كما يمكن أن يتم إعلان الخطبة من طرف وليها أو غيره (ثانياً).

أولاً: إعلان الخطبة من طرف المرأة بنفسها²

توجد أدلة عديدة سواء في الكتاب أو في السنة فنجد:

1- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾.³

1 الرشيد بن شويخ، "المرجع السابق"، ص 28 و 29.

2 محمد الصالح بن عومر، "المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية"، "المرجع السابق"، ص 60.

3 سورة الأحزاب، الآية 50.

2- من السنة النبوية:

ما روى البخاري ومسلم عن سهل بن سعد: أن امرأة جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: (يا رسول الله جئت لأهب لك نفسي.....)¹، وما روى النسائي عن ثابت البناني قال: " كنت عند أنس بن مالك وعنده ابنة له فقال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فعرضت عليه نفسها فقالت: يا رسول الله ألك في حاجة؟ فقالت بنت أنس ما قل حياؤها وسواتاه وسواتاه، قال: هي خير منك رغبت في النبي صلى الله عليه وسلم، فعرضت عليه نفسها".

فمن خلال هذه الأدلة نستنتج بأنه يجوز للمرأة المبادرة في الإعلان عن الخطبة بنفسها.

ثانيا: اعلان الخطبة من طرف وليها

يجوز لولي المرأة أن يقوم بعرضها للزواج على رجل صالح، بل لعل ذلك أمر مستحب، فقد كان يفعل السلف الصالح من الصحابة والتابعين وتابعهم رضي الله عنهم أجمعين.²

ف نجد الأدلة في القرآن الكريم والسنة النبوية.

1- من القرآن الكريم:

قال عز وجل في سورة القصص على لسان شعيب: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُتَكِّحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ ﴾³، وهذا الإعلان من الولي جاء بعد طلب إحدى البنيتين ذلك في قوله تعالى في الآية 26 من سورة القصص: ﴿ يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴾ قال القرطبي في تفسيره لهته الآية هذا دليل على جواز عرض الولي ابنته على الرجل.⁴

1 محمد الصالح بن عومر، " المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية"، المرجع السابق، "، ص 60.

2 محمد الصلاح بن عومر، " تجسيد المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، "، ص 209 .

3 سورة القصص الآية 27.

4 محمد الصلاح بن عومر، " تجسيد المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، "، ص 209 .

2- من السنة النبوية:

روى البخاري بإسناده إلى سالم بن عبد الله أنه سمع عبد الله بن عمر رضي الله عنهما يحدث ((أن عمر بن الخطاب حين تأيمت حفصة بنت عمر من خنيس بن حذافة السهمي وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتوفي بالمدينة فقال عمر بن الخطاب: أتيت عثمان بن عفان فعرضت عليه حفصة فقال: سأنظر في أمري فلبث ليالي، ثم لقيني فقال: بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا قال عمر: فلقيت أبا بكر الصديق فقلت: إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر، فصمت أبو بكر فلم يرجع إلي شيئاً، وكنت أوجد عليه مني على عثمان، فلبثت ليالي. ثم خطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنكحتها إياه، فلقيني أبو بكر فقال: لعلك وجدت علي حين عرضت علي حفصة فلم أرجع إليك شيئاً؟ قال عمر: قلت نعم. قال أبو بكر: فإنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي إلا أنني كنت علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكرها، فلم أكن لأفش سر رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولو تركها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلتها))¹

مما سبق الإشارة إليه من أدلة في الكتاب والسنة نستنتج بأنه الشريعة الإسلامية قد ساوت بين الرجل والمرأة في الإعلان عن الخطبة غير أنه لما جرى عليه العرف ونتيجة لتمييز المرأة بالحياء والحشمة نجد الرجل هو الذي يبادر بالخطبة.

الفرع الثاني: المساواة في العدول عن الخطبة، وآثارها

تعتبر الخطبة وعد بالزواج يجوز لكلا الطرفين العدول عنها وهذا ما نظمته المشرع الجزائري في نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري.² فمجده أعطى لهما الحق مساواة بينهما في العدول عن الخطبة (أولاً) وفي حال العدول فإنه قد ينجر عنها آثار (ثانياً)

1 أخرجه البخاري 5122

2 " الخطبة وعد بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

= لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته". المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: المساواة في العدول على الخطبة

لا تعتبر الخطبة عقداً بل وعداً فقط، ولهذا أجاز المشرع لكلا الطرفين العدول عنها،¹ هذا ما جاء في المادة 01/05 (الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة).² الخطبة ليست عقداً يلتزم بموجبه الطرفين قبل بعضهما بالتزامات لها قوة الإلزام، وغاية ما يمكن أن يقال في الخطبة إذا تمت أنها وعد بعقد، ولكلا الطرفين العدول عن هذا الوعد وعدم المضي في إبرام عقد الزواج وهذا محل اتفاق، وينتج عن القول بخلافه أنه قد ينعقد في أحيان ما بدون رضا الطرفين أو أحدهما، ليس هذا بشأن عقد الزواج لما له من خطر، والمصلحة توجب إعطاء كل من الطرفين التحلل إذا جدّ ما يدعو لذلك.

يوجد رأي شاذ في المذهب المالكي وهو رأي " ابن شبرمة " ومقتضاه أن الواعد يلزم الوفاء بالوعد ويجبر على ذلك بواسطة القضاء، وحسب هذا الرأي لا يجوز للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة أن عدل أحدهما فلا تفسخ الخطبة بل وجب اتمام عقد الزواج، أما قول الجمهور فهو المعتبر لأن المتفق مع الحكمة في الخطبة وهي الاختيار السليم ولأن إلزام أحدهما بإجراء العقد يتضمن الإكراه وهو ما لا يجوز في الزواج.³

والملاحظ أن القضاء الجزائري اتفق مع ما ذهب إليه المشرع فقد صدر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في قرار بملف رقم 81129 بتاريخ 1992/03/17: " من المقرر شرعاً وقانوناً أن الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها."

ثانياً: المساواة في آثار العدول عن الخطبة

يتطلب مني هذا العنصر دراسة ثلاث عناصر أساسية وهي حكم المهر في حال العدول (1) المساواة في التعويض عن ضرر العدول (2)، المساواة في رد الهدايا نتيجة العدول (3).

1 لحسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مدعماً باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014) ملحقات: الموائيق الدولية والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع - الجزائر - ص 27.

2 المادة 02/05 من قانون الأسرة الجزائري.

3 لحسين بن شيخ اث ملويا، المنقّى في قضاء الأحوال الشخصية، التعليق على قرارات المحكمة العليا بالاستناد إلى الفقه المقارن وقانون الأسرة، القانون المقارن (تونس، المغرب، سوريا)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 2011، دار هومة للنشر والتوزيع - الجزائر - ص 33.

1- حكم المهر في حال العدول:

من الثابت أن المهر أو الصداق مرتبط بعقد الزواج، غير أنه قد يبادر الخاطب بدفعه قبل العقد ففي حال العدول فإنه في الفقه الإسلامي للخاطب استرداد ما دفعه من المهر وذلك بأخذ عينه إن كان قائما وإن كان هلك أو استهلك استرد مثله إذا كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا، لأن دفع الصداق هو من آثار عقد الزواج فإن لم يوجد العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحق المرأة منه شيئا، أيا كان سبب العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة. أما في قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 لم يتضمن ما يتعلق بمسألة المهر المقدم خلال فترة الخطبة وقبل انعقاد العقد وحتى بموجب التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: " يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا "، يمكن القول أن الصداق باعتباره من مستلزمات العقد، فعلى المخطوبة رده لأن العقد لم يتم.¹

2- المساواة في التعويض عن ضرر العدول:

على اعتبار أن الخطبة وعد بالزواج فإنه يجوز لكلا الطرفين العدول عنها ولكن في أغلب الأحيان ينجر عن هذا العدول (ضرر إما ماديا وإما معنويا).
لم يتعرض الفقهاء القدامى إلى مسألة التعويض وهذا راجع كون هذه الحالات لم تكن متواجدة في ذلك العصر، لهذا حاول الفقه المعاصر إيجاد أساس للتعويض عن العدول عن الخطبة وإرساء بعض التدابير الشرعية للحد من هذا العدول، حيث إنه أغلبية الفقه يرى أن هذا التعويض ناتج عن المسؤولية العقدية، لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست عقدا.²

1 أحمد شامي، "المرجع السابق"، ص من 37 إلى 39.

2 دليلة فركوس، جمال عياشي، "المرجع السابق"، ص 67.

وقد انقسم الفقه إلى عدة آراء:

1- الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يترتب عن العدول عن الخطبة أي تعويض¹

هذا على اعتبار بأن الخطبة ليست عقدا بل هي وعد للتعاقد غير ملزم، ولأن الطرفين يتوقعان العدول في كل مرحلة من مراحلها، ثم إن فتح الباب أمام التعويض في الخطبة يؤدي إلى كشف أسرار الناس وهذا أمر محظور شرعا وممنوع قانونا.²

واستند أنصار هذا الرأي إلى بعض الحجج والبراهين نذكر منها:

- من المقرر في الفقه الإسلامي أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان " بمعنى كل شخص يمارس حق مشروع لا يكون مسؤولا عما يترتب إثر ذلك من ضرر، والخاطب في حالة عدوله إنما استعمل حقه المشروع.

- يعتبر الحكم بالتعويض إكراه ضمنى على الزواج، وذلك أن أحد الطرفين يكون مقدم على إتمام العقد وهو مكره خوفا من التعويض الذي يرهق كاهله، فيتم الزواج بغير رضا.

قد يتم العدول لسبب نفسي، وذلك بالشعور بالنفور وعدم الارتياح للطرف الآخر في فترة الخطبة، وعقد الزواج هو عقد نفسي قلبي يقوم على المحبة والألفة³ وهذا لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾⁴.

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن العدول عن الخطبة مهما كان سببه يوجب التعويض لما في مجرد العدول من ضرر يلحق بالطرف الآخر.⁵

1 محمد الصالح بن عومر، " المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية"، المرجع السابق، ص 67.

2 دليلة فركوس، جمال عياشي، " المرجع السابق "، ص 67.

3 محمد الصالح بن عومر، " المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية"، المرجع السابق، ص 67 و68.

4 سورة الروم، الآية 21.

5 دليلة فركوس، جمال عياشي، " المرجع السابق "، ص 68.

وحجتهم في ذلك: الضرر ممنوع في الشريعة الإسلامية، على هذا اتجه الفقه إلى منع جميع التصرفات التي تلحق أضرار بالآخرين¹، قد يصدر (تعسف في استعمال الحق) من أحد الخطيئين ونظرا لعدم جوازه فإن " الشريعة الإسلامية " لا تحمي حقا إلا بقدر ما يحقق لصاحبه الغرض الذي شرع له، فالحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله وليس مطلقا وفي هذا يشير أحد الفقهاء إلى أن فسخ الخطبة حق مقيد، وإن إساءة استعماله تستوجب على الطرف المسيء التعويض، ذلك لأن الحق لم يعد سلطة مطلقة يستعمله صاحبه على النحو الذي يراه بل أصبح وظيفة مقيدة بعدم إساءة استعمالها.²

الرأي الثالث: لقد فرق أصحاب هذا الرأي بين ما إذا كان " العدول مجرد عن أي فعل يسبب في ذاته ضررا بالعدول عنه وعندها لا تعويض، وبين كون العدول مصحوبا بفعل يمثل تعديا على شخص العدول عنه وفيه يلزم التعويض عن الفعل لا عن مجرد العدول.

فأساس التعويض إذن ذاك السلوك الخاطئ المرتكب بسبب الخطبة الذي يترتب عليه ضرر للطرف الآخر، وبالتالي يكون التعويض عن الضرر الفعلي الواقع، لا عن مجرد العدول أو الفسخ، ولقد بنى الفقه المعاصر أساس التعويض على حديث³ الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)⁴ أي على أساس أن الضرر يزال.⁵

والمشروع الجزائري نص في المادة 03/05 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض "، فالمشروع الجزائري أقر بالتعويض صراحة وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري وجاء في اجتهاد للمحكمة العليا

1 محمد الصالح بن عومر، " المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية"، " المرجع السابق"، ص 68.

2 محمد الصالح بن عومر، " المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية"، " المرجع السابق"، ص 69.

3 دليلة فركوس، جمال عياشي، " المرجع السابق"، ص 68.

4 رواه مالك في الموطأ

5 دليلة فركوس، جمال عياشي، " المرجع السابق"، ص 68.

أنه: " من المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول عن الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ".¹

3- المساواة في رد الهدايا نتيجة العدول:

من المتعارف عليه في وقتنا الراهن أنه في فترة الخطوبة قد يتبادل الخطيبين الهدايا، ولكن قد ينجر عن هذه الخطوبة عدول أحد الطرفين فهنا اختلف الفقهاء حول حكم الهدايا بعد العدول.

فذهب المالكية في مسألة رد الهدايا إلى ترتيب غلبوا فيه العرف على أي حكم شرعي أو اجتهاد على اعتبار أن المسألة من المصالح المرسلّة التي لم يرد فيها نص صريح ينظمها ويبين حكمها، ليأتي دور الاجتهاد كمصدر شرعي ثان إذا تخلف العرف الملزم بين الناس على التفصيل الموالي:

- إن وجد في مسألة العدول عن الهدايا عرف ملزم في المنطقة، عمل به وترك الاجتهاد.
- إن كان العدول من جانب الخاطب فلا يسترد شيئا من الهدايا سواء كانت مثلية أو قيمية أو كانت قائمة أو مستهلكة.
- إذا كان العدول عن الخطبة من الخطيبة، هنا للخاطب أن يسترد ما قدمه من هدايا إن كانت قائمة استردها وإن كانت مستهلكة استرد قيمتها، وهذا حتى لا يجتمع على الطرف المعدول ألان، ألم الفراق وألم الهدايا.²

أما الحنفية: " يرى الحنفية أن هدايا الخطبة تأخذ نفس حكم للهبة، فاشتروا لنفاذها قبضها. كما أنه يجوز لديهم رجوع الواهب في هبته مالم يكن هناك مانع من موانع الرجوع فيها كهلاكها أو استهلاكها، ولا فرق عندهم إن كان الرجوع من الرجل أو المرأة.³

وعليه فإن الهدايا عند الحنفية تسترد متى كانت قائمة، ولا تسترد إن هلكت أو استهلك.⁴

1 قرار بملف رقم 56097 بتاريخ 1989/12/25، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 4 لسنة 1990، ص 102.

2 دليّة فركوس، جمال عياشي، " المرجع السابق "، ص 63.

3 محمد الصالح بن عومر، " المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية "، "المرجع السابق"، ص 75.

4 دليّة فركوس، جمال عياشي، " المرجع السابق "، ص 64.

أما الشافعية فللخاطب أن يسترد جميع الهدايا التي أعطاه للمخطوبة في حال العدول سواء كانت هذه الهدايا قائمة فيرد عينها أو مستهلكة فيرد قيمتها، والحكم عندهم واحد في حال إن كانت المخطوبة هي التي قدمت الهدايا للخطيب.

أما الحنابلة لم يفرقوا بين عدول الخاطب وعدول الخطيبة والحكم عندهم واحد في الحالتين وهو عدم جواز استرداد الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة لأن الهدية هبة والهبة لا يجوز الرجوع عنها إلا إذا كانت قبل القبض، وبما أنه تم القبض فلا رجوع فيها.¹

- أما المشرع الجزائري فالملاحظ أنه تأثر برأي المذهب المالكي في المادة 05 في الفقرتين 4 و 5 حيث أنه نص على أن استرداد الهدايا يكون من طرف الشخص الذي قام بالعدول عن الخطبة.²

وهذا ما استقر عليه القضاء في العديد من قرارات المحكمة العليا، فقد جاء في قرار لها:

" من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن تراجع عن اتمام اجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."³

1 دليلة فركوس، جمال عياشي، " المرجع السابق "، ص 64.

2 " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته." المادة 4/05-5 من قانون الأسرة الجزائري.

3 قرار بملف رقم 73919 بتاريخ 1991/04/23، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02 لسنة 1993، ص 58.

المبحث الثاني:

تأثير الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج.

كما نعلم أن الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج تتمثل في أركان وشروط عقد الزواج، ولقد نص عليها المشرع الجزائري في نص المادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، حيث اعتبر الرضا الركن الوحيد لإبرام عقد الزواج وهذا ما جاء في نص المادة 09 منه المعدلة: (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين).

أما الشروط فهي خمسة ولقد نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 09 مكرر منه وتتمثل في: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية للزواج) أما قبل التعديل فقد كانت أركان الزواج أربعة بموجب نص المادة 9 من قانون الأسرة القديم وهي: رضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصداق.

ولعل جعل الرضا ركن وحيد لإبرام الزواج في هذا التعديل راجع لتأثر المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وعليه فإنني سأقوم بدراسة تأثير الاتفاقيات الدولية على ركن الرضا بالزواج (المطلب الأول) ثم إلى تأثير الاتفاقيات الدولية في شروط صحة الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تأثير الاتفاقيات الدولية على ركن الرضا بالزواج

نظرا لما لركن الرضا من أهمية في بناء عقد الزواج فقد أعطته جل الاتفاقيات الدولية اهتماما، على غرار المشرع الجزائري، ومنه فإنني سأنتقل إلى الرضا في المواثيق الدولية (الفرع الأول) ثم الرضا في قانون الأسرة الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرضا في المواثيق الدولية

من أهم المواثيق التي ركزت على ركن الرضا نجد، الرضا في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (أولا) الرضا في العهدين الدوليين (ثانيا) الرضا في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (ثالثا).

أولاً: الرضا في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹

عندما نتعمق في قراءة المواد المتعلقة بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان نجد المادة الأولى منه قد ساوت بين جميع الناس في الكرامة والحقوق² حيث أعطى الإعلان العالمي للإنسان الحرية المطلقة في حياته وأقر أنه لا يجوز لأي شخص التدخل في الحياة الخاصة للإنسان بمعنى لكل إنسان الحرية المطلقة في اتخاذ قراراته والقيام بشؤونه دون تدخل أي شخص، بما في ذلك رضا الزوجين في الزواج لأنه من الأمور الشخصية فإن هذا الأخير يسقط عليه، وتدخل الأطراف الأخرى غير المقبلين على الزواج واجبارهم عليه يعتبر تعسف في حق الغير.³

كما جاء في المادة 16 صراحة على أنه : (للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله، لا يبرم عقد الزواج إلا برضى الطرفين الراغبين في الزواج رضى كامل لا إكراه فيه. الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع والدولة).⁴، حيث ساوى بين الطرفين عند الزواج في الحقوق.

ثانياً: الرضا في العهدين الدوليين

يحتل العهدان الدوليان الخاصان بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وبالحقوق المدنية والسياسة المعتمدان من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 مكان الصدارة على رأس المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.

1 اعتمدت هذه الاتفاقية في 10/12/1948، ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 64 بتاريخ 10/09/1963.

2 " يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء "، المادة 01 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

3 (لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملاته على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات) المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان).

4 المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

1- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية¹:

لقد صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 الذي بموجبه تم انضمام الجزائر إلى العهدين الدوليين، حيث جاء في مادته 3/23 أنه الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل والحر للأطراف المقبلة على الزواج.²

2- الرضا في العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية³:

تبنى هذا العهد يعود بالدرجة الاولى للاهتمام المتزايد بالحقوق التي شملها منذ مطلع هذا القرن وعلى خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي لم يتعرض إلا بشكل عرضي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فقد تضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، بشكل أوسع ومتكامل وأشمل مختلف الحقوق التي يحمل اسمها وإلزام الدول المصادقة عليه والمنظمة إليه باحترامها والسعي على تحقيقها وتعزيزها وتكريسها. يمكن حصر أهم الحقوق التي تضمنها هذا العهد في المساواة بين المرأة والرجل في مختلف الحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، في الحق في العمل والتربية والتعليم، والسكن والملبس والضمان الاجتماعي، والراحة، والصحة.⁴

1 وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966، ودخلت حيز التنفيذ في 22/03/1976، وانضمت إليها الجزائر في 16/05/1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89، ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 20 بتاريخ 17/05/1989.

2 المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

3 وافقت عليها الجمعية العامة في 16/12/1966، ودخلت حيز التنفيذ في 30/01/1976، وانضمت إليها الجزائر في 16/05/1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89، ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 20، بتاريخ 17/05/1989.

4 هند مطاري، " اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي، السنة الجامعية 2010-2011 ، معهد الحقوق، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج البويرة، ص13 و14.

كما نجد نص المادة 10 في الفقرة أ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية. فانه يؤكد ضرورة توفر شرط الرضا ووجب أن يكون هذا الرضا الصادر من الطرفين المقبلين على إبرام عقد الزواج رضا حرا لا قيد فيه.¹

ويقصد بالرضا الحر هو أن لا تخضع المرأة لأي ضغط مهما كان نوعه أو مسببه عند إفصاحها بنية قبول الزواج أو رفضه.²

ثالثا: الرضا في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة³

جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة نتيجة لنضالات وكفاح المرأة ضد هيمنة الرجل والتقاليد البالية التي ترسخ احتقار المرأة وتهميشها وعدم إتاحة الفرصة لها للمشاركة في كافة جوانب حياة المجتمع، السياسية، الاقتصادية والاجتماعية.

وقد كان أيضا للاعتراف الدولي بحقوق الانسان منذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الانسان والاتفاقيات والبروتوكولات الصادرة بمقتضاه والتي تدعم عدم التوجه السائد باحترام آدمية الإنسان رجلا كان او امرأة.⁴

تشمل الاتفاقية معظم الدول المنضوية تحت لواء الأمم المتحدة، وفرضت على الدول التي صادقت عليها، اتخاذ التدابير والحد من التقاليد والأعراف لصالح المساواة بين الرجال والنساء ومكافحة الظواهر المتعلقة باستغلال المرأة، وكذلك كافة الجوانب المتعلقة بالمشاركة السياسية والعامة وحققها في التعليم والعمل والرعاية الصحية والاجتماعية والاقتصادية، وخاصة المرأة الريفية، وتحقيق مبدأ المساواة أمام القانون والأسرة بين الرجل والمرأة على أساس العدل والإنصاف والمساواة، ووضعت لذلك عدة آليات تتولى المتابعة والرصد وإعداد التقارير المطلوبة لبيان مدى الالتزام بمضمون الاتفاقية، وجاء في الديباجة أن حقوق المرأة جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان، أي أنها مرتبطة بحقوق الانسان المعتمدة في المبادئ الأساسية للأمم المتحدة التي تتضمن الإيمان بالحقوق الأساسية للإنسان وكرامته

1 المادة 10 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

2 سرور طالبي، حماية حقوق المرأة في التشريع الجزائري مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ص 54.

3 اعتمدت في 1979/12/18، ودخلت حيز التنفيذ في 1981/09/03، انضمت إليها الجزائر في 1996/01/22، منشور بالجريدة الرسمية عدد 06، بتاريخ 1996/01/24.

4 هند مطاري، " المرجع السابق "، ص 21 .

وبالحقوق المتساوية للرجال والنساء على حد سواء، وتؤكد على أنّ مضامين الاتفاقيات والمواثيق المعتمدة برعاية الأمم المتحدة ومنظماتها المتخصصة تعطي الرجال والنساء المساواة في التمتع بالحقوق الواردة بها.

أما معنى التمييز حسب الاتفاقية فإنه يشمل أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويؤثر في تمتع النساء بحقوقهن السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، وأية حقوق أخرى، وذلك بجعلها على قدم المساواة مع الرجل، فكل محاولة للتفرقة في المعاملة بين الرجال والنساء في أي حق من الحقوق الأساسية يعد تمييز ضد المرأة ويمثل انتهاكا للحقوق الأساسية للإنسان أيا كان جنسه.

ولهذا فإن اتفاقية التمييز على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تؤكد على مضامين المساواة بين الرجال والنساء وتدعو إلى تمكين المرأة من الحصول على كافة حقوقها. ويظهر الطابع الإلزامي للاتفاقية في عدة أحكام تدفع بفكرة الإلزامية وذلك من خلال نص المواد: 2، 19، و 2/28 التي تطلب من الدول الأطراف بشجب جميع أشكال التمييز ضد المرأة، من خلال انتهاج سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة وتحقيقا لهذا الغرض فتطالب الاتفاقية الدول بإدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية وتشريعاتها، كما تتضح فكرة الإلزامية من خلال نص المادة 17 التي تدعو لإنشاء لجنة تقوم بمراقبة مدى التقدم الذي أحرزته الدول في تنفيذ أحكام الاتفاقية، كما تتأكد فكرة الإلزامية بشكل واضح في نص المادة 2/28 التي تنص على أنه لا يجوز للدول الأطراف في الاتفاقية أن تبدي أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها.¹

وبالرجوع الى التحدث عن الرضا بالزواج في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإنه قد أقرت الجمعية العامة بالإجماع هذا الإعلان والذي نص في مادته الأولى على القاعدة الأساسية لعدم التمييز كما نص هذا الإعلان في الفقرة الثانية من المادة السادسة على أنه (يراعى وجوب اتخاذ التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي مركز الزوجين وبصفة خاصة، يجب أن تعطى للمرأة مثل الرجل حق اختيار الزوج بكامل حريتها والتزوج بمحض رضاها الحر والتام).

توجت هذه الجهود بالاتفاقية الخاصة بمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1996 بإدراج مجموعة من التحفظات وتعتبر هذه الاتفاقية أهم ما

1 هند مطاري، "المرجع السابق"، ص 21 وما يليها.

توصل إليه المجتمع الدولي في حماية المرأة وضمان مساواتها مع الرجل ومن بين ما تناولته هذه الاتفاقية والتي نصت على حرية المرأة في اختيار الزوج وعدم عقد الزواج إلاّ برضاها الحر والكامل وهذا تطبيقاً للمادة 1/16 التي تنص على أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وتضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل والمرأة الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلاّ برضاها الحر والكامل.

وبهذا يتضح أن حق المرأة في اختيار الزوج وعدم إبرام عقد الزواج إلاّ برضاها الحر والكامل مسألة أساسية طبقاً لما هو منصوص عليه في هذه الاتفاقية الدولية، بحيث يكون للمرأة مثل الرجل وبالتساوي اختيار الزوج أو توكيل وتفويض غيرها لهذا الغرض، وتكون الدول الأطراف في الاتفاقية منتهكة ومخالفة لبنودها في الحالات التالية:

- إذا قيدت حرية المرأة في اختيار الزوج أو أجازت زواجها بغير رضاها الحر والكامل.
- إذا لم تتخذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز القائم ضد المرأة أو اتخذت تدابير تنطوي على التفريق أو التقييد من حريتها في اختيار الزوج وعقد زواجها بالنظر إلى أنوثتها وكان من شأن ذلك المساس بمبدأ تساويها مع الرجل.¹

الفرع الثاني: الرضا في قانون الأسرة الجزائري.

اختلف الفقهاء حول تحديد أركان عقد الزواج فذهب فقهاء الحنفية إلى تحديدها بركن واحد وهو الإيجاب والقبول أي (الصيغة)²، أما عند جمهور الفقهاء فقد اتفقوا على أنها أربعة وهي (الصيغة، الولي، الزوج، والزوجة)³.

وقد ورد في بعض كتب الشافعية أن أركان عقد الزواج خمسة و أضافوا الشاهدان⁴، أما عند المشرع الجزائري فقد وافق الفقه الحنفي و اعتبر أركان عقد الزواج تتمثل في ركن واحد وهو الرضا

1 جيلالي وحياني، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، ص 58 و59.

2 إسماعيل أبا بكر البامرني، "أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق بين الحنفية و الشافعية) دراسة مقارنة بالقانون"، ط1 1429هـ - 2009م دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان - الأردن، ص 78.

3 وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي و أدلته"، ط4 معدلة 1418هـ - 1997م دار الفكر دمشق- سوريا ص6521.

4 إسماعيل أبا بكر البامرني، "المرجع السابق"، ص78.

أي (الإيجاب و القبول) وهذا ما نص عليه من خلال نص المادة 9 المعدلة من قانون الأسرة: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

أما قبل التعديل فقد كانت تنص المادة 9 على أن أركان عقد الزواج أربعة و هي: رضا الزوجين، و ولي الزوجة، و شاهدين، و صديق.

ومنه يتطلب مني دراسة هذا الفرع التعرف على مفهوم ركن الرضا (أولاً) ثم إلى عيوب الرضا وأثر تخلفه في الزواج (ثانياً).

أولاً: مفهوم ركن الرضا

يعتبر الرضا ركن في عقد الزواج و الفقهاء أطلقوا عليه تسمية الصيغة أي (الإيجاب والقبول).

ومن المتعارف عليه أن القانون يعتبر ركن الرضا ركناً في جميع العقود¹، و هذا طبقاً لنص المادة 59 من القانون المدني التي تنص على: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"².

حيث إنه لا يمكن لأي عقد البقاء دون توفر ركن الرضا الذي يعتبر الركن الأساسي في جميع العقود سواء منهما المالية أو الزواج³.

وبعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 أصبح عقد الزواج عقد رضائي يبنى على أساس تبادل الرضا بين الرجل و المرأة⁴.

وعليه ولدراسة هذا العنصر سأنتقل فيه إلى تعريف ركن الرضا (1) ثم إلى طرق التعبير عليه (2) ثم إلى شروط الصيغة (3).

1 العربي بلحاج، " أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، وفق آخر التعديلات و مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ج1، ط1 1433هـ- 2012م، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان - الأردن ص 187.

2 الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975م يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78، بتاريخ 1975/09/30، ص 950.

3 عيسى حداد، "عقد الزواج"، دراسة مقارنة، طبعة 2006، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة - الجزائر - ص 28.

4 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل"، بدون ط، دار هومة للطباعة النشر و التوزيع القبة - الجزائر ص 37.

1- تعريف ركن الرضا:

"هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني و هو عقد الزواج، توافق وتطابق إرادة الخطيبين على إبرام عقد الزواج و تنفيذه وفقا للشرع و القانون"¹.

2- طرق التعبير عن الرضا:

يطلق على الرضا عند الفقهاء تسمية الصيغة و المتمثلة في الإيجاب و القبول، ويعتبر هذان الأخيران طريقا للتعبير عن الرضا و عليه سأنتطرق لكل عنصر على حدا.

أ- الإيجاب: يعرف الإيجاب عند الحنفية هو " ما صدر أولا من أحد العاقدين، بغض النظر عمّن صدر منه سواء كان هو الرجل أو المرأة"²

أما جمهور الفقهاء يعرف الإيجاب عندهم على أنه " التعبير الدال على الرضا الصادر من المملّك"³.

ب- القبول: يعرف القبول عند الحنفية على أنه " هو ما صدر من الطرف الثاني جوابا عن الأول دالا على الموافقة على إيجاب الأول، فإذا قال رجل لآخر زوجتك إبنتي فقال قبلت كان الأول مجيبا والثاني قابلا"⁴، و يعرف القبول عند المالكية على أنه: " التعبير الدال على الرضا الصادر من المتملك"⁵.

أما الشافعية فيعرف عندهم القبول على أنه ما يصدر من الطرف الثاني سواء كان هذا الطرف زوج أو ولي أو وكيل⁶.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1/10 من قانون الأسرة " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر..." العقود والالتزامات يفهم منها أن التعبير عن الرضا يكون بالإيجاب والقبول والملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية.

1 عيسى حداد، " المرجع السابق"، ص 28.

2 اسماعيل أبا بكر البامرني، "المرجع السابق"، ص 78.

3 وهبة الزحيلي، " الفقه المالكي الميسر"، أحكام الأسرة، ج3، ط2 مصححة و منقحة 1423هـ - 2002م دمشق - سوريا، ص 31.

4 إسماعيل أبا بكر البامرني، " المرجع السابق"، ص 78.

5 وهبة الزحيلي، " الفقه المالكي الميسر"، " المرجع السابق"، ص 31

6 إسماعيل أبا بكر البامرني، " المرجع السابق"، ص 79.

3- شروط الصيغة

تتمثل شروط الصيغة عند الفقهاء في الآتي بيانه:

- أ- اتحاد مجلس الإيجاب و القبول¹
 - ب- ينبغي أن يكون الإيجاب و القبول بصيغة مخصوصة
 - ت- أن تكون الصيغة خالية من التأقيت
 - ث- أن تكون هذه الصيغة ملفوظة و مسموعة
 - ج- أن يوافق الإيجاب القبول
 - ح- بقاء الإيجاب صحيحا حتى يقع القبول
 - خ- التجيز في الحال
 - د- أن يصدر الإيجاب و القبول من أهلها
 - ذ- أن يكون محل العقد قابلا لحكمه²
- أما عن شرط الصيغة قانونا فهي تتمثل في الآتي بيانه:
- أ- تطابق الإيجاب و القبول: و يتحقق التطابق بفهم القابل للإيجاب الموجه إليه وإعلان قبوله دون قيد أو شرط و أن يكون في زمان و مكان واحد³.
 - ب- أن يكون الإيجاب و القبول باتين⁴.
 - ت - أن يكون الإيجاب و القبول بأي لفظ يفيد معنى الزواج، و يمكن أن يكون هذا التعبير شفاهة من القادر على الكلام أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة من الطرف الآخر والشاهدين⁵، و هذا طبقا لنص المادة 10 من قانون الأسرة و المادة 1/60 من القانون المدني.

1 إسماعيل أبا بكر البامرني، " المرجع السابق"، ص 79.

2 محمد بشير الشقفة، " الفقه المالكي الميسر في ثوبه الجديد "، ج3، الطبعة 2، 1423هـ/2002م، مزينة ومنقحة، دار القلم، دمشق - سوريا، ص 128.

3 دليل عملي لمدونة الأسرة، سلسلة شروح و دلائل، العدد 1، 2004، ط3 فبراير 2007، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية - المغرب، ص 23.

4 لحسين بن شيخ أث ملويا، "قانون الأسرة"، مفسرا مادة مادة للمبتدئين و الممارسين"، ط1 1429هـ - 2008م دار الخلدونية للنشر و التوزيع القبة- الجزائر ص 24.

5 دليل عملي لمدونة الأسرة، " المرجع السابق"، ص 22 و لحسن بن شيخ آيت ملويا، " المرجع السابق"، ص 24.

ثانيا: عيوب الرضا و أثر تخلف ركن الرضا في الزواج

1- عيوب الرضا

تكلم المشرع الجزائري عن عيوب الرضا في القانون المدني في المواد من 81 إلى 91 وأدرجها كالاتي الغلط، التدليس ثم الإكراه.

أ_ الغلط:

- تعريف الغلط: سأتطرق إلى تعريف الغلط لغة ثم إصلاحا.

*الغلط لغة: غلط في الأمر لم يعرف وجه الصواب فيه¹.

*الغلط اصطلاحا: "هو توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه².

- أنواع الغلط و شروطه:

* أنواع الغلط: تتمثل أنواع الغلط في غلط مادي و جوهري

الغلط المادي: مثل شخص أراد كتابة رقم 10 فكتب 16 و هذا النوع ليس عيبا من عيوب الرضا، لذلك وجب تصحيحه³، و نص عليه المشرع الجزائري في المادة 84 من القانون المدني⁴.

الغلط الجوهري: يعتبر الغلط جوهريا إذا كان شخصية العاقد التي وقع فيها غلط هي محل اعتبار يمكن إبطاله، و هذا طبقا لنص المادة 81 من القانون المدني.

* شروط الغلط:

-أن يكون الغلط جوهريا.

- أن الغلط بالمتعاقد الآخر لأنه لو علم لما أقدم على إبرام العقد⁵.

- الغلط في عقد الزواج: لم يهتم الفقه الإسلامي بالغلط كما اهتم بالإكراه كون الغلط من الصعب إيجاده لأنه شيء نفسي و ذاتي.

1 المنجد في اللغة و الأعلام، ط2 منقحة و مزيدة عليها دار المشرق بيروت - لبنان، ص 557.

2 عيسى حداد، "المرجع السابق"، ص 72.

3 عيسى حداد، "المرجع السابق"، ص 72.

4 تنص المادة 84: " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، و لكن يجب تصحيح الغلط".

5 عيسى حداد، "المرجع السابق"، ص 74.

نص المشرع الجزائري على الغلط في المادتين 81 و 82 من القانون المدني فيمكن طلب إبطال العقد نتيجة لغلط جوهري غير أن الأحكام القضائية الجزائرية المنشورة لم تتعرض لهذا المشكل لأنه عند حدوثه يلجأ مباشرة إلى القضاء و طلب حل الرابطة الزوجية لأنها طريقة سهلة لا تكلف مشقة في الإثبات¹.

ب- التدليس

- تعريف التدليس:

* التدليس لغة: كتم عيب ما يبيعه عن المشتري².

* التدليس اصطلاحاً: "هو استعمال أحد المتعاقدين طرقاً احتيالية لتضليل المتعاقد الآخر وإجباره على التعاقد"³.

- شروط التدليس:

* أن يصدر من المتعاقد أو نائبه أو ممن كان تواطئ معه طبقاً لنص المادة 86 من القانون المدني.

* أن يحمل على التعاقد.

* استعمال طرق احتيالية.

_ التدليس في عقد الزواج: طبقاً لنص المادة 86 من قانون المدني يجوز إبطال العقد الذي يشوبه التدليس، و لقد ورد في المادة 8 مكرر من قانون الأسرة في حالة التدليس على الزوجة يجوز لها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق.

ت _ الإكراه:

على عقد الزواج.

_ تعريف الإكراه:

* الإكراه لغة: هو ما أكرهك غيرك عليه⁴

1 عيسى حداد، "المرجع السابق"، ص 75.

2 أبي الفضل الدين ابن منظور، "لسان اللسان"، تهذيب لسان العرب، ج1، ط1 1413هـ - 1993م دار الكتب العلمية بيروت لبنان ص 417، و المنجد في اللغة و الإعلام، "المرجع السابق"، ص 222.

3 عيسى حداد، "المرجع السابق"، ص 68.

4 أبي الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، "لسان اللسان"، مهذب لسان العرب، ج 2 ط1، 1413هـ - 1993م دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ص 456.

***الإكراه اصطلاحاً:** عرفه الحنيفة بأنه: "اسم لفعل يفعله المرء بغير رضاه، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره، أو يسقط عنه الاختيار".
 أما المالكية قالوا "هو أن يقع على الشخص قول أو فعل مثل التهديد أو الضرب ليقوم بالفعل مكرهاً"
 أما الشافعية قالوا هو "حمل الغير على فعل ما لا يرضاه" وقال الحنابلة في تعريفه هو "أن يقع المكره في عذاب القيام بالفعل"¹.

والملاحظ من تعريفات الفقهاء أنها اتفقت كلها على أن الإكراه هو قيام الشخص بفعل دون رضاه، وقد نص المشرع الجزائري على الإكراه في المواد من 88 و 89 من القانون المدني فيعرف الإكراه طبقاً لنص المادة 88 من القانون المدني بأنه: "تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها في نفسه المتعاقد الآخر كأن يهدده بخطر جسيم محدقاً به أو بأحد أقاربه، أو في النفس أو الجسم أو الشرف، أو المال"، فالمشرع الجزائري أخذ برأي المالكية في تعريفه للإكراه.

– أقسام الإكراه: الإكراه نوعان مادي و معنوي

*** الإكراه المادي:** يستعمل فيه وسائل ضاغطة على حرية الإرادة التي تفقد الشخص حرية الاختيار كالضرب أو إمساك اليد للتوقيع...الخ.

*** الإكراه المعنوي:** هو عنصر شخصي كالتهديد و يخلق في نفسه الهلع و الخوف حيث على إثره يقوم بالفعل و يكون التهديد بخطر محدق به أو بعائلته أو في الجسم أو النفس أو الشرف أو المال.
 _ تأثير الإكراه على عقد الزواج: روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: "يبطل الزواج بالإكراه"، و منه فالإكراه يبطل عقد الزواج.

أجاز المشرع الجزائري إبطال العقد المشوب بالإكراه و هذا طبقاً لنص المادة 1/88 من القانون المدني وورد قرار عن مجلس قضاء قالمة رقم 79، بتاريخ 16/09/1980 حيث أنه قضى ببطالان عقد الزواج حيث أكره الزوج الزوجة على الزواج منه، فيكون قد خالف الشروط الأساسية المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية².

1 عيسى حداد، " المرجع السابق"، ص 52- 53.

2- عيسى حداد، " المرجع نفسه"، ص 50 و ما يليها.

2- أثر تخلف ركن الرضا بالزواج

اتفق الفقهاء على بطلان الزواج عند تخلف ركن الرضا وإذا حصل الدخول وجب التفريق ويثبت عندهم المهر والنفقة والطاعة واختلفوا حول النسب فالجمهور قالوا لا يثبت أمّا الحنفية يثبت عندهم.

ويبطل الزواج إن اختل ركن الرضا طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة، و قد أشارت المحكمة العليا إلى ذلك حيث جاء في قرار لها أنه يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا¹، "وإن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سنّ الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون."²

المطلب الثاني

تأثير الاتفاقيات الدولية على شروط صحة الزواج

شروط عقد الزواج عند الفقهاء أربعة و هي: شروط الانعقاد، الصحة، النفاذ واللزوم³.
أما عند المشرع الجزائري فهي خمسة ولقد نص عليها في نص المادة 09 مكرر منه وجاء فيها (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية للزواج)،
حيث كانت أركان الزواج قبل التعديل أربعة شروط، بموجب نص المادة 9 من قانون الأسرة القديم وهي: رضا، الزوجين، وولي الزوجة، شاهدين، وصداق.
أما الشروط التي كان للاتفاقيات الدولية تأثير على المشرع الجزائري لقيامه بالتعديل فتتمثل في الأهلية (الفرع الأول) والولي (الفرع الثاني).

1 قرار بملف رقم 249128 بتاريخ 2000/07/18 منشور بالمجلة القضائية العدد 2 لسنة 2003، ص 267.

2 قرار بملف رقم 255711 بتاريخ 2001/02/21 منشور بالمجلة القضائية العدد 2 لسنة 2002، ص 424.

3 شروط الانعقاد هي التي يتم العقد بوجودها و ينعدم بانعدامها، أما شروط الصحة هي التي يكون العقد بتحققها صالحا لأن تترتب عليه أحكامه و يفسد العقد عند عدم توفرها، أما شروط النفاذ: هي التي يتوقف ترتب آثار العقد عليها فعلا فإذا فقد شرط منها كان العقد موقوفا و شروط اللزوم تلزم لدوام العقد فعند تحققها يكون العقد غير قابل للفسخ.

- بدران أبو العينين بدران، "المرجع السابق"، ص 46.

الفرع الأول: الأهلية

تعتبر الأهلية من شروط إبرام عقد الزواج، أما المشرع الجزائري فقد نص على شروط صحة الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة و تتمثل في أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج. و عليه فإنني سأطرق إلى الأهلية في المواثيق الدولية (أولا) ثم إلى الأهلية في قانون الأسرة (ثانيا).

أولا: الأهلية في المواثيق الدولية

إنه من الضروري أن يكون الزوجين على درجة معينة من النمو الجسدي والعقلي لتحقيق غايات الزواج، لذا تعمل مختلف التشريعات على تحديد أهلية الزواج بإنابقتها سنا معينة، فيمنع الزواج قبل اكتمال الاهلية نظرا لعدم قدرة الشخص في هذه السن تحمل أعباء الزواج.

فطبقا للأحكام العامة لا يجب إبرام العقد إلا من ذي أهلية وهذا ينطبق على عقد الزواج باعتباره عقدا رضائيا، والذي لا ينعقد إلا بتوفر أهلية الرجل والمرأة وعلى أساسها يتحدد وجود الرضا من عدمه.¹ وقد تم تحديد سن الزواج في الاتفاقية الخاصة بالرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج (1) كما سأطرق للأهلية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (2).

1- الأهلية في اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج².

تحتوي هذه الاتفاقية على 10 مواد، وأهم ما جاء في ديباجة الاتفاقية أن الدول المتعاقدة إذ تود وفقا لميثاق الأمم المتحدة تعزيز الاحترام والمراعاة العالميين لحقوق الانسان وللحريات العامة للناس جميعا دون تمييز بسبب الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين.³

حيث جاء في المادة الأولى من الاتفاق أنه لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين التام والحر⁴، كما جاء من المادة الثانية من الاتفاقية انه تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير

1 جيلالي وحياني، " المرجع السابق "، ص 63.

2 اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، أعلنت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحد في 07 ديسمبر 1962، في نيويورك ودخلت حيز التنفيذ في 09 ديسمبر 1964.

3 هند مطاري، " المرجع السابق "، ص 18.

4 المادة 01 من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج.

التشريعية اللازمة لتحديد الحد الأدنى لسن الزواج ولا يجوز قانونا لمن لم يبلغهما مالم تعفه السلطة المختصة من شرط السن لأسباب جدية وتحقيقا لمصلحة طالبي الزواج.¹

لقد صدرت توصية عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1965 جاء فيها الزام الدول الأعضاء باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين الحد الأدنى لسن الزواج.²

2- الأهلية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

نص إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 1967 والذي أقرته الجمعية العامة بالإجماع وضمنا لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل نص في المادة 3/6 على تحريم زواج الصغار وخطبة الصغيرات غير البالغات وبطالب الدول بأن تحدد حدا أدنى لسن الزواج وأن يجعل تسجيل عقود الزواج في سجلات رسمية إجباريا.

توجت هذه الاتفاقيات التي تنص على تحديد سن الزواج بالاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979 والتي نهت عن ترتيب أي أثر قانوني على خطبة الطفل أو زواجه، وأوجبت اتخاذ الإجراءات الضرورية بما فيها التشريع لتحديد سن أدنى وتسجيل الزواج في سجل رسمي، وبالتالي هذه الاتفاقية قيدت زواج المرأة بتجاوزها مرحلة الطفولة وبلوغها الحد الأدنى لسن الزواج.³

ثانيا: الأهلية في قانون الأسرة

إن التحدث عن شرط الأهلية في الزواج يوجب علينا التطرق إلى مفهوم الأهلية ثم إلى سن الزواج، ثم إلى زواج المجنون والمعتوه و أخيرا إلى الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية.

1- مفهوم الأهلية:

- تعريف الأهلية: لغة: الصلاحية للأمر.⁴

- اصطلاحا: يعرفها الفقهاء على أنها الصلاحية لثبوت الحقوق واستعمالها ووجوب الالتزامات ووفائها.⁵

1 المادة 02 اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج.

2 وحياني جيلالي، " المرجع السابق"، ص 64.

3 جيلالي وحياني، " المرجع السابق"، ص 64.

4 المنجد في اللغة و الأعلام، " المرجع السابق"، ص 20

5 عيسى حداد، "المرجع السابق"، ص 79.

ب- أقسامها: تنقسم الأهلية إلى قسمين أهلية وجوب وأهلية أداء.

وما يهمنا هو أهلية الأداء كون الزواج مرتبط بأهلية الأداء¹ وتنقسم أهلية الأداء إلى قسمين أهلية الأداء القاصرة وأهلية الأداء الكاملة².

2- سن الزواج:

سألتطرق في هذا العنصر إلى تحديد سن الزواج ثم إلى الإعفاء من سن الزواج ثم إلى مخالفة وتجاوز سن الزواج.

أ- تحديد سن الزواج:

لم يتفق الفقهاء على تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية الذكر والأنثى للزواج وقالوا أنها تظهر طبيعياً بعلامات كالاختلام عند الذكر والحيض عند الأنثى، ورغم هذا قدر الجمهور سن البلوغ بـ 15 سنة للجنسين³.

أما المالكية والحنفية فقدره بـ 18 سنة للذكر و17 سنة للأنثى⁴، وعلى هذا فالصبي غير المميز لا ينعقد زواجه بعبارة قولاً واحداً عند أغلب الفقهاء و يتوقف على إجازة وليه⁵.

أما تحديد سن الزواج في قانون الأسرة، حدد سن في المادة 07 المعدلة بـ 19 سنة للجنسين وفي حالة رغبة الزوجين فيما دون بلوغ هذا السن في الزواج لا بد من الحصول على إذن من القاضي، ولقد أحسن المشرع الجزائري حينما وحد سن الزواج للجنسين (الذكر والأنثى) وهو نفس سن الأهلية المدنية التي حددتها المادة 40.

1 تعرف أهلية الوجوب على أنها "صلاحية الإنسان لكسب الحقوق و تحمل الالتزامات"، أما أهلية الأداء: "هي القدرة على مباشرة التصرفات القانونية".

- عبد القادر الغانم، "المدخل لدراسة العلوم القانونية"، مبادئ القانون النظرية العامة للحق، ط 2006، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ص 177، و عيسى حداد، "المرجع السابق"، ص 81.

2 أهلية الأداء القاصرة: "تبنى على القدرة القاصرة من العقل القاصر و البدن الناقص" و أهلية الأداء الكاملة: "تبنى على القدرة الكاملة من العقل الكامل و البدن الكامل".

=- حسين خلف الجبوري، "عوارض الأهلية عند الأصوليين"، ط1، 1408هـ/1988م، جامعة أم القرى مكة المكرمة - السعودية"، ص 115 و 116.

3 بلحاج العربي، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، "المرجع السابق"، ص 156.

4 بلحاج العربي، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، "المرجع السابق"، ص 157.

5 أحمد حمزة، "المرجع السابق"، ص 85.

من القانون المدني ببلوغ 19 سنة ، و يختلف مع سن الرشد الجزائي الذي حدد ببلوغ 18 سنة¹، ويشترط في الشخص الكامل الأهلية ألا يكون مصابا بعارض من عوارض الأهلية كالجنون و العته وصغر السن وهي منصوص عليها في المادة 8 من قانون الأسرة و المواد 42، 43، 44 من القانون المدني².

أما عن تحديد سن الزواج في قانون الأسرة قبل التعديل فقد حدد سن الزواج في المادة 7 منه ببلوغ الرجل 21 سنة و المرأة 18 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة. وبالنسبة عن تحديد سن الزواج في ظل القوانين السابقة فقد مر بعدة مراحل³.

ب- الإعفاء من سن الزواج:

سواء تعلق الأمر بالنصوص السابقة لصدور قانون الأسرة أو بظهور قانون 84- 11 أو بموجب تعديله بالأمر 05- 02، فإنه لا بد من الحصول على إذن مسبق للزواج فيما دون السن القانونية، ولقد نص المشرع الجزائري على ذلك بموجب المادة 7 من الأمر 05- 02، حيث يمنح القاضي الإذن بالزواج للراغبين في الزواج دون بلوغ السن القانونية إذا وجدت في ذلك مصلحة أو ضرورة و متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

ت- مخالفة و تجاوز سن الزواج:

بعد صدور القانون 84- 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري لم يرد نص يتضمن معاقبة الأشخاص الذين يبرمون عقود الزواج دون توفر السن القانونية للزواج و لا يختلف الأمر بموجب

1 المادة 442 من الأمر رقم 69_73 المؤرخ في 16/9/1969 المعدل و المتمم و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 80، بتاريخ 19/09/1969، ص 1187.

2 العربي بلحاج ، " أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد " " المرجع السابق " ، ص 158.

3 تتمثل المراحل التي مر بها عقد الزواج قبل صدور قانون الأسرة بما يلي:

- النص الصادر في أوائل شهر ماي 1930 : حدد سن الزواج ببلوغ 15 سنة للجنسين.

- الأمر رقم 59_274 الصادر في 4 ماي 1959 حدد سن الزواج ببلوغ 18 سنة للذكر و 15 سنة للأنثى.

- قانون رقم 63_224 الصادر في 29 يونيو 1963 حدد سن الزواج ببلوغ 18 سنة للذكر و 16 سنة للأنثى.

قاسم العيد عبد القادر، " السن في الزواج وفق قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية " ، مقال منشور بمجلة الحضارة الإسلامية العدد 10 1425 هـ _2004م، صادر عن كلية العلوم الإسلامية جامعة وهران الجزائر ص،83.

وعبد العزيز سعد ، " المرجع السابق " ، ص 23 و 24.

تعديله بالأمر 05- 02، و لقد ثبت عن المحكمة العليا أنه: "الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح القانون"¹.

ولكن القانون رقم 63- 224 (قانون يحدد السن الأدنى للزواج الصادر بتاريخ 29 يوليو 1963) في المادة 02 نصت على: "معاقبة الأشخاص الذين يعقدون أو يساهمون في عقد الزواج مخالفة لهذا القانون"²، فقررت عقوبة صارمة تتمثل في الحبس من 15 يوما إلى ثلاثة أشهر و الغرامة المالية من 400 إلى 1000 دينار جزائري أو إحدى العقوبتين³.

وجاء في المادة 2/3 الزواج قبل اكتمال الأهلية باطل بطلانا مطلقا، و يمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين أو النيابة أو الطرف الذي له مصلحة. أما بعد الدخول جاء في المادة 3/3 يقع الزواج باطل بطلانا نسبيا و يمكن الطعن فيه من قبل الزوجين فقط⁴.

3- زواج المجنون⁵ والمعتوه⁶

المجنون غير مكلف هذا لحديث النبي صلى الله عليه و سلم: "رفع القلم عن ثلاث: النائم حتى يستيقظ و الصغير حتى يكبر و المجنون حتى يعقل أو يفيق"، والمصاب بخلل في العقل: كالمجنون أو المعتوه يعتبر عديم التمييز و فاقد لحرية الاختيار فيتعذر عليه التعبير عن إرادته وكل تصرف يجروه يقع باطل.

1 قرار بملف رقم 255711 بتاريخ 2001/02/21 منشور بالمجلة القضائية العدد 2 لسنة 2002، ص 424.

2 عبد العزيز سعد، "المرجع السابق"، ص 24.

3 قاسم العيد، "المرجع السابق"، ص 83.

4 العربي بلحاج، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، "المرجع السابق"، ص 154.

5 المجنون: "هو من اختل عقله فضعف إدراكه فيحجر عليه فلا تنفذ تصرفاته المالية إلى أن يبرأ و يعود إليه كمال عقله".

_ أبو بكر جابر الجزائري، "منهاج المسلم"، كتاب عقائد و آداب و أخلاق و عبادات و معاملات، ط 1406 هـ دار الكتب السلفية القاهرة- مصر ص 388.

6 المعتوه: هو آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام بعضه كلام العقلاء و بعضه كلام المجانين"، عمر نواح، "عيوب النظام القانوني لعوارض الأهلية"، دراسة مقارنة ما بين الفقه الإسلامي و القوانين العربية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الأبيار - الجزائر، الدفعة السادسة عشر 2005- 2008، ص 13.

لم يتعرض قانون الأسرة لزواج المصاب بالإعاقة الذهنية مما يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة، و اتفق الفقهاء على تزويجه في حال ما كان هذا الزواج يساعد في علاجه وفيه مصلحة له و لابد من علم الطرف الثاني بالإعاقة و قبوله بها¹.

4- الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية:

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات²، هذا في حالة ما تم الإذن بالزواج طبقا لنص المادة 1/7 من قانون الأسرة، و ترشيد القاصر للزواج يجعله أهلا للتقاضي بنفسه دون الحاجة إلى ولي أو وصي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات³. وهو غير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج هذا النطاق⁴.

الفرع الثاني: الولي

وعليه وجب عليا التعرف على مفهوم الولاية (أولا) ثم التعرف على شرط الولي بين الابقاء والالغاء وتأثير الاتفاقيات الدولية عليه (ثانيا)

1 بلحاج العربي، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، "المرجع السابق"، ص 166 و 177.

2 الرشيد بن شويخ، "المرجع السابق"، ص 60 و 61.

3 تجدر الإشارة إلا أنه تم صدور تقرير عن مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان لسنة 2014 (منع ممارسة تزويج الأطفال والزواج المبكر والزواج القسري، والقضاء على هذه الممارسة).

تكفل المعاهدات الدولية لحقوق الانسان حق جميع الأفراد في عقد الزواج بموافقة كلا الطرفين موافقة حرة وتامة. وينص على هذا الحق العهد الدولي بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الفقرة 1 من المادة 10 منه. وتنص اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج في المادة 1 منها على وجوب أن يعرب الطرفان شخصا على هذه الموافقة بحضور سلطة مختصة. وتلزم المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الدول بأن تضمن، على أساس المساواة بين الرجال والنساء، من جملة أمور، الحق نفسه في حرية اختيار الزوج وعدم عقد الزواج إلا بموافقة حرة وتامة. وقد شددت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ولجنة حقوق الطفل معا على أهمية وضع ضمانات قانونية إضافية لحماية حق جميع الأفراد في حرية عقد الزواج، حتى في حال تعدد النظم القانونية التي تشمل القوانين العرفية والتشريعية معا. وينص أيضا عدد من الصكوك الإقليمية على أن عقد الزواج لا يجوز إلا بموافقة كلا الطرفين موافقة حرة وتامة. لحسين بن شيخ آث ملويا، " المرشد في قانون الأسرة "، " المرجع السابق "، ص 636 وما يليها.

4 لحسين بن شيخ آث ملويا، " قانون الأسرة" مفسرا مادة مادة للمبتدئين والممارسين " الطبعة 1، 1429هـ-2008م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع القبة-الجزائر، ص 14.

أولاً- مفهوم الولاية:

1- تعريف الولاية:

أ- لغة: الخطة والإمارة والسلطان¹.

ب- اصطلاحاً: "هي القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد"²، " والولي هو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة لكونه أباًها أو وصياً عليها، أو كافلاً لها..."³.

2- أقسام الولاية: الولاية ثلاثة أنواع (الولاية على النفس ، الولاية على المال، والولاية على النفس والمال معاً).⁴

وما يهمننا في عقد الزواج هو الولاية على النفس و تنقسم الولاية على النفس إلى ولاية قاصرة وأخرى متعدية.

أ- الولاية القاصرة على النفس: "وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد" واتفق الفقهاء على أنها تثبت للرجل العاقل فإن زوج نفسه صح عقده أما المرأة البالغة فقد اختلفوا حولها فذهب الجمهور إلى عدم جواز ذلك و حجتهم في ذلك قوله تعالى في الآية 221 من سورة البقرة: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَّ﴾ فهذا دليل على سلطة التزويج إليهم و ليس للنساء⁵.

واستدلوا أيضاً بما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: (لا تزوج المرأة المرأة،

1 المنجد في اللغة و الأعلام، "المرجع السابق"، ص 919.

2 وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي و أدلته"، "المرجع السابق"، ص 6690 - 6691.

3 الصادق عبد الرحمان الغرياني، "مدونة الفقه المالكي وأدلته"، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان - ص 556.

4 الولاية على النفس هي تدبير شؤون القاصر الشخصية، أما الولاية على المال فهي تدبير شؤون القاصر المالية أما الولاية على النفس و المال فهي تدبير شؤون القاصر المالية و الشخصية ، وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي وأدلته"، "المرجع السابق"، ص 6991.

5 الرشيد بن شويخ، "الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري"، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، تخصص قانون خاص، السنة الجامعية 2002م/2003م ، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب - البليدة - ص 89 و ما يليها.

ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)¹، هذا بخلاف أبي حنيفة الذي أثبت حق المرأة البالغة في تزويج نفسها متى كان الزوج كفئا و المهر مهر مثل كما لها تزويج غيرها² واستدل بقوله تعالى في الآية 230 من سورة البقرة: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾³ والرأي الراجح في نظر الدكتور الرشيد بن شويخ هو أنه لا بد من عقد الزواج من رضا المرأة ووليها بكرة كانت أو ثيبا لأن الزواج لا يربط بين زوجين فحسب بل يربط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة⁴.

وحسب رأي أنه لا بد أن تكون المرأة المقبلة على الزواج ووليها راضيين معا على الزواج وهذا سواء كانت المرأة بكرة أو ثيبا.

ب- **الولاية المتعدية على النفس:** " وهي سلطة تزويج الإنسان غيره جبرا عنه".

- **أنواعها:** وهي نوعان ولاية إجبار وولاية اختيار⁵.

* **ولاية الإجبار:** "هي سلطة ثابتة شرعا، بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه على الزواج من غير موافقته و رضاه بسبب الصغر أو البكر أو فقدان العقل"⁶.

* **ولاية الاختيار:** "و هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لا بد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج، و يتولى الولي عقد الزواج، و هي تثبت على البالغة سواء كانت بكرة أو ثيبا"⁷.

3- دليل شرعيتها: اتفق الفقهاء على أن ولاية الإجبار على المجنون و المعتوه علتها ضعف العقل والصبي غير المميز سببها الصغر، أما الفتاة البكر وغير البالغة سببها جهلها لأمر الزواج، أما

1 أخرجه ابن ماجه وابن خزيمة في صحيحه، وروي موقوفا من كلام أبي هريرة . رضي الله عنه . ورجح وقفه ابن عبد الهادي.

2 الرشيد بن شويخ، "الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري"، " المرجع السابق "، ص89 وما يليها.

3 سورة البقرة الآية 230

4 الرشيد بن شويخ، "الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري"، " المرجع السابق "، ص89 وما يليها.

5 الرشيد بن شويخ، "شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل"، "المرجع السابق" ص 66.

6 سعيد قاضي، " رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري"، رسالة ماجستير في الشريعة و القانون كلية العلوم الإسلامية السنة الجامعية 1431- 1432/2010-2011م، جامعة الجزائر، ص 121.

7 الرشيد بن شويخ، " الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري"، "المرجع السابق"، ص 91.

التيب فلا ولاية عليها و على وليها أن يستشيرها و يأخذ بموافقتها و قد استدلوا على الولاية بقوله تعالى في الآية 282 من سورة البقرة: ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾

و قوله أيضا: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾ الآية 32 من سورة النور، أما من السنة ما رواه أبو داود في سنته عن أبي موسى، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا نكاح إلا بولي)، و ما روى أبو داود عن السيدة عائشة (رضي الله عنها) قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل)¹.

4- من تثبت له الولاية: ذهب أغلب الفقهاء إلى أنها تثبت للأب و الجد وزاد بعضهم جميع الأقارب الأقرب فالأقرب فإذا لم يوجدوا تنتقل إلى ذوي الأرحام و تنتهي إلى السلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له².

5- شروط الولي: هناك شروط متفق عليها و أخرى مختلف فيها.

أ- الشرط المتفق عليها:

- 1- كمال الأهلية: أن تكون بالبلوغ و العقل و الحرية.
- 2- اتفاق دين الولي و المولى عليه³: بشرط أن يكون مسلما إذا كانت الولاية على مسلم، أما إذا كانت المرأة كتابية فلا يشترط ذلك⁴.

ب- الشروط المختلف فيها:

- 1- الذكورة: لا تثبت عند الجمهور بخلاف الحنفية.
- 2- العدالة: وهي استقامة الدين، وهي شرط عند الشافعية و الحنابلة، و هي ليست شرطا عند الحنفية والمالكية.
- 3- الرشد: معناه عند الحنابلة معرفة الكفء، أما الشافعية عدم تبذير المال فهو شرط عند الحنابلة والشافعية و ليس شرطا عند المالكية والحنفية.

1 العربي بلحاج ، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، "المرجع السابق"، ص 309 و ما يليها.

2 الرشيد بن شويخ، "الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري"، "المرجع السابق"، ص 91.

3 عبد القادر بن حرز الله، "المرجع السابق"، ص 60.

4 إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، "الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية"، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان - الأردن، ص 57.

4- خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة: و هذا شرط عند المالكية¹.

5- عدم الإكراه: و هو شرط عند المالكية فلا يصح زواج المكره و هو شرط لصحة جميع العقود².

6- غياب الولي: إذا غاب الولي الأقرب تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد حتى لا تقوت المصلحة، وإذا عاد الغائب لا يجوز له الاعتراض على مباشرة من يليه لأنه بغيبته اعتبر كالمعدوم³، و هذا رأي الجمهور و تنتقل إلى القاضي عند الشافعية⁴.

ثانيا: شرط الولي بين الإبقاء والإلغاء وتأثير الاتفاقيات الدولية عليه

1- تقييد سلطة الولي في التزويج في الاتفاقيات الدولية

في إطار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة نجدها قد ساوت المرأة والرجل أثناء إنشاء عقد الزواج فقد جاء في المادة 1/16 من الاتفاقية ، أنه من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص من أجل ضمان تساوي المرأة والرجل من حرية اختيار الزوج⁵، حيث جاءت المادة 2 من الاتفاقية أنه لا يتم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل تلتزم الدول الأطراف بتغيير تشريعاتها وتضمين نصوص مواد الاتفاقية في تشريعاتها الداخلية⁶.

وهذا على اعتبار بأنه للمرأة الحرية في اختيار زوجها وهو حق أساسي لحمايتها وكرامتها ومساواتها⁷.

2- الولي بين الإبقاء والإلغاء في قانون الأسرة الجزائري

لقد نظم المشرع الجزائري الولاية في الزواج في مادتين 11 و 13 من قانون الأسرة المعدل وجاء في المادة 11 أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص

1 وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي و أدلته"، "المرجع السابق"، ص 6701 و ما يليها.

2 عبد القادر بن حرز الله، "المرجع السابق"، ص 62.

3 أحمد نصر الجندي، "موسوعة الأحوال الشخصية"، (الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين) ج1، ط 2006، دار الكتب القانونية مصر ص 56.

4 إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، "المرجع السابق"، ص 62.

5 المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

6 المادة 2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

6 وائل أنور بندق، " المرأة والطفل وحقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الاسكندرية - مصر - ص 96.

آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له"، و الملاحظ من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري فرق بين المرأة الراشدة (التي بلغت 19 سنة) و القاصرة، فبالنسبة للمرأة البالغة: يمكن لها أن تختار وليها بكل حرية من بين أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر حتى و لو لم يكن قريب لها¹.

ولكن قبل التعديل من خلال نص المادة 12 كان يتولى زواج المرأة وليها، و لم يسمح لها كما هو واضح بأن تتفرد بإبرام العقد و قد ألغيت هذه المادة بمقتضى التعديل الجديد²، أما بالنسبة للقاصر: لا تتزوج إلا بواسطة الولي و هو الأب أو أحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له، فالولي يعتبر شرطاً بالنسبة للقاصر و لكن لسنا بصدد ولاية إجبار لأنه ليس للولي أن يزوج من هي في ولايته بمن لا تريد الاقتران به وهذا طبقاً لنص المادة 13 من قانون الأسرة³.

تتمثل واجبات الولي في أمرين و هما: الكفاءة بالنسبة لجميع النساء إذ له الحق في الاعتراض على زوج أقل منها كفاءة و كذا الاعتراض عن الصداق إذا كان زهيدا أي دون صداق المثل و كانت المرأة دون السن القانوني و لا يجوز له التدخل في عقد الزواج، فإن كان الزوج كفئاً ووجد مهر المثل والمرأة راشدة فلا يجوز للولي أن يمتنع و في حالة امتناعه يعتبر عضلاً⁴.

وقد أشارت المحكمة العليا إلى أنه "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها.

وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"⁵.

— من خلال نص المادة 11 و 13 من قانون الأسرة يتضح لنا أن حضور الولي شكلي فقط وأعطاه المشرع ولاية اختيار وليست إجبار ، جاء في المادة 2/33 "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

1 لحسين بن شيخ أث ملويا"، "المرجع السابق"، ص 25.

2 الرشيد بن شويخ، "شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل"، "المرجع السابق"، ص 65.

3 لحسين بن شيخ أث ملويا"، "المرجع السابق"، ص 25 و 26.

4 العربي بلحاج ، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، "المرجع السابق"، ص 317 و 318.

5 قرار في ملف رقم 90468 بتاريخ 1993/03/30 منشور بالمجلة القضائية، "الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001.

إن المشرع الجزائري وأثناء قيامه بتعديل المواد المتعلقة بالولي نجده أبقى شرط الولي ووسع حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، حيث أعطى لها الحق في اختيار أي شخص تراه مناسباً ليكون ولياً لها في عقد الزواج ومن وجهة نظري أرى أن المشرع تسرع في حكمه ويعتبر هذا إجحاف في حق الولي من غير اللائق الانقاص من دور الولي في تزويج من هي تحت ولايته والملاحظ أن المشرع سعى لتكريس مبدأ المساواة التي نصت عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

المبحث الثالث:

تأثير الاتفاقيات الدولية على الشروط الشكلية لعقد الزواج

يقصد بالشروط الشكلية لعقد الزواج تلك الضوابط المفروضة قانوناً من أجل إبرام عقد الزواج من الناحية القانونية¹، وتتمثل في مجموعة من الإجراءات الإدارية التي تسبق العقد بالإضافة إلى شروط أخرى يشترطها القانون من أجل تسجيل وإشهار عقد الزواج².

وألزم المشرع الجزائري الأشخاص الراغبين في الزواج مجموعة من المراحل وجب المرور بها تكون سابقة للعقد وتتمثل في جمع مجموعة من الوثائق الإدارية المكونة لعقد الزواج بالإضافة إلى الخضوع إلى الفحص الطبي الشامل و هذا لمعرفة ما مدى خلو الزوجين من الأمراض مهما كانت صفتها سواء خطيرة أو معدية و غيرها ضف إن ذلك وبعد جمع كل الوثائق لابد للزوجين من تسجيل الزواج لدى الضابط المؤهل قانوناً لإبرام عقود الزواج

تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 جاءنا بإجراء جديد وهو الفحص الطبي ما قبل الزواج وهذا ما جاء في المادة 1/7 منه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج". وعليه فإنه يقصد بالشهادة الطبية أنها عبارة عن وثيقة تمنح لطالبي الزواج بعد القيام بفحص طبي للتأكد من خلوهم من الأمراض أو أي عامل قد يشكل عليهم خطر في الزواج بشرط ألا تتجاوز ثلاثة أشهر وهذا طبقاً لنص المادة 1/7. إلا أن الأزواج أصبحوا يتحصلون على هذه الوثيقة دون قيد أو شرط ودون إجراء الفحوصات.

1 الرشيد بن شويخ، "شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل"، "المرجع السابق"، ص 118.

2 العربي بلحاج، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، "المرجع السابق"، ص 341.

وقمت بتقسيم هذا المبحث إلى المساواة بين الخطيبين في اجراءات توثيق الزواج (المطلب الأول) وإلى المساواة بين الخطيبين بإلزامهم بتقديم الشهادة الطبية ما قبل الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المساواة بين الخطيبين في اجراءات توثيق عقد الزواج

" وفقا للمادة 16 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو فإنه يقع على عاتق الدول الأطراف واجب قانوني بأن تتخذ جميع الإجراءات الضرورية لجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا الزاميا، إضافة إلى تأكيد لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أنه على الدول الأطراف اشتراط تسجيل جميع الزيجات، سواء تمت وفقا للإجراءات المدنية، أو العرف، أو الشريعة الإسلامية، وبذلك يمكن للدول الامتثال للاتفاقيات وقرار المساواة بين الشريكين".¹

وتتمثل في مجموعة من الوثائق الإدارية المطلوبة قانونا من أجل إبرام عقد الزواج، فليد من جمع الوثائق المكونة لملف الزواج (الفرع الأول) ثم يتم توثيقه أمام الجهات المختصة بتسجيل عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوثائق الإدارية المكونة لملف الزواج

نجد في هذا مجموعة من الوثائق الإدارية العامة المكونة لملف عقد الزواج (أولا) بالإضافة إلى الوثائق الإدارية الخاصة المكونة لملف عقد الزواج (ثانيا).

أولا: الوثائق الإدارية العامة المكونة لملف الزواج

1- شهادة الميلاد:(رسم الولادة): هي مشترطة في القانون الجزائري إذ نص عليها المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون الحالة، وحددت هذه القوانين البيانات التي يجب أن ينص عليها في هذه الوثيقة و المتمثلة في:

رقم الوثيقة، تاريخ الميلاد و مكانه، الاسم الشخصي، و اللقب العائلي و الجنس و اسم ولقب الوالدين، وتاريخ التسليم، وضابط الحالة المدنية الذي سلمها، بعد القيام، بالتوقيع عليها و وضع ختمه، وفي

1 سمية بوكايس، " المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المعمق، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2013/2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بقايد، تلمسان - الجزائر - ص 23.

حالة التصريح بالولادة من شخص آخر غير الأب يذكر فيها اسم، لقب، عمر، مهنة ومسكن الشخص الذي صرح بالولادة، و لقد اشترط المشرع الجزائري ألا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر¹.

2- بطاقة التعريف الوطنية، الدفتر العائلي للأبوين، الدفتر العسكري: في حالة تعذر على أحد الزوجين تقديم شهادة الميلاد يمكن له تقديم بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين، أو الدفتر العسكري².

وتعتبر هذه الوثائق بمثابة استثناء في حالة عدم التمكن من إحضار شهادة الميلاد ولقد نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 3/74 من قانون الحالة المدنية³.

3- شهادة الإقامة: اشترط المشرع الجزائري في المادة 1/75 من قانون الحالة المدنية استخراج شهادة الإقامة والغرض من ذلك هو إثبات محل الإقامة بالإضافة إلى اختصاص المحكمة أو البلدية⁴.

4- شهادة عدم الزواج و عدم إعادة الزواج: اشترطها المشرع الجزائري وأوجب صدورهما عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، يصادق عليها رئيس البلدية وتتضمن بيانات مدلى بها من طرف المعني والتي تتعلق بأنه لم يسبق له الزواج أو عدم إعادته⁵.

5- شهادة طبية: تم استحداثها بموجب التعديل الأخير ولنا تفصيل فيها في المطلب الثاني

ثانيا: الوثائق الخاصة المكونة لملف الزواج

بالإضافة إلى الوثائق العامة المكونة لملف عقد الزواج هناك وثائق خاصة مكونة لملف عقد الزواج و تتمثل في التراخيص الإدارية (أولا) و التراخيص القضائية (ثانيا).

1 صارة بن شويخ، "نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي"، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، السنة الأولى العدد 1- 1432هـ/2011م، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب- البلدية، ص 220 و 221.

2 عبد العزيز سعد، "نظام الحالة المدنية في الجزائر"، ط2- 1995، دار هومة للنشر و التوزيع، القبة - الجزائر، ص 147 .

3 تنص المادة 3/74 على ما يلي : "إن تعذر على أحد طالبي الزواج فيمكنه أن يقدم بدلا عن ذلك عقد إشهاد يحرر بدون نفقة و عند الاقتضاء بعد كل التحقيقات الضرورية من قبل رئيس المحكمة حول تصحيح مؤيد بيمين الطالب و ثلاثة شهود أو حول تقديم الوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني كالدفتر العسكري أو بطاقة التعريف أو الدفتر العائلي للأبوين...".

4 صارة بن شويخ، "المرجع السابق"، ص 221.

5 نفس المرجع، ص 222.

1- التراخيص الإدارية:

يجب على بعض الأشخاص الحصول على الشهادة الإدارية للسماح بزواجهم وذلك بسبب وضعهم الخاص وتتمثل في شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب وكذا الترخيص الخاص بزواج أسلاك الأمن.

أ- شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب:

أصدر المشرع الجزائري تعليمية بتاريخ 1980/02/11 تقضي بوجوب الإدلاء بالترخيص بالزواج بالنسبة للأجانب، وزعت التعليمات على الولاية و المديرين العامين للأمن الوطني من طرف وزارة الداخلية¹، و لقد تضمنت هذه التعليمات ثلاث حالات و تتمثل في:

- زواج أجنيين حاصلين على بطاقة الإقامة
- حالة كون الزوج أجنبي مقيم مع أجنبي غير مقيم
- الزوج المستقبل للجزائري هو أجنبي

وتضمنت كذلك أن زواج الجزائرية المسلمة من غير المسلم ممنوع منعاً باتاً²، وعليه فإن أراد شخص أجنبي مقيم بالجزائر بصفة دائمة أو مؤقتة أن يعقد زواجا لا بد له الحصول على ترخيص من طرف والي الولاية التي يقيم بها بعد إجراء تحقيق حول ظروفه وأسباب إقامته في تلك الولاية وحول سيرته وسلوكه³.

ب- الترخيص الخاص بزواج أسلاك الأمن:

على الأشخاص الراغبين في الزواج التابعين للسلوك العسكري و كذا شباب الخدمة الوطنية إذا رغبوا في الزواج أثناء الخدمة الوطنية وكذا رجال الشرطة والدرك الوطني والسلوك السياسي والقنصلي التابعين لوزارة الشؤون الخارجية على وجوب حصولهم على ترخيص من المصالح التابعين لها وهذا من أجل إبرام عقد الزواج وهذا زيادة على المستندات التي يجب تقديمها في الحالات العادية⁴.

وجاء النص على الترخيص لموظفي الأمن الوطني في المادة 23 من المرسوم رقم 83- 481 الصادر في 1983/08/13 والمتعلق بالأحكام والقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني، أما

1 صارة بن شويخ، "المرجع السابق"، ص 223.

2 عبد العزيز سعد، "قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"، "المرجع السابق"، ص 62.

3 عبد العزيز سعد، "نظام الحالة المدنية في الجزائر"، "المرجع السابق"، ص 149.

4 عبد العزيز سعد، "نظام الحالة المدنية في الجزائر"، "المرجع نفسه"، ص 148.

رخصة مصالح الدفاع الوطني جاء النص على ذلك في المنشورين الصادرين عن وزارة العدل أحدهما بتاريخ 1967/06/13 يحمل رقم 329، والثاني بتاريخ 1968/06/25 ويحمل رقم 1364¹.

2- التراخيص القضائية

"يقصد بالأذونات القضائية أي (التراخيص القضائية) تلك التراخيص الصادرة عن السلطة القضائية باختلاف مصديها، هذه الأذونات قررتها قوانين الأسرة و أوجبت الحصول عليها لتوثيق عقد زواج بعض الفئات وفق شروط موضوعية و إجراءات خاصة"²، و عليه فسأنتطرق إلى الإذن القانوني بزواج التعدد ثم الإذن القضائي بالزواج ما دون سن الأهلية.

أ- الإذن القضائي بزواج التعدد:

لقد ألزم المشرع الجزائري على الأشخاص الراغبين في تعدد الزوجات الحصول على إذن قضائي بذلك، و لقد نص المشرع الجزائري على نظام التعدد في المواد (8، 8 مكرر، و 8 مكرر 1) من قانون الأسرة فالقاعدة عند المشرع الجزائري هو إباحة تعدد الزوجات في حدود الشريعة الإسلامية و هذا طبقا لنص المادة 8 من قانون الأسرة، حيث أن التعدد في الشريعة الإسلامية يكون في حدود أربعة نسوة و هذا طبقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾³.

فعلى الزوج الراغب في التعدد أن يحصل على ترخيص صادر من رئيس محكمة مكان مسكن الزوجية، و لا يمنحه هذا الأخير الترخيص إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية:

- الحصول على موافقة الزوجة السابقة واللاحقة وتكون الموافقة بواسطة إفراغها أمام الموثق في سند رسمي، ويجب إحضار المرأتين أمام رئيس المحكمة و يقوم هذا الأخير باستجوابها وهذا للتأكد من موافقتها.

- أن يثبت الزوج وجود المبرر الشرعي لإعادة الزواج كمرض الزوجة الأولى أو عدم قدرتها على الإنجاب... الخ

1 عبد العزيز سعد، "قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"، "المرجع السابق"، ص 64 و 66.

2 سارة بن شويخ، "المرجع السابق"، ص 224.

3 سورة النساء الآية 3.

- أن يثبت قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية، و يقصد بذلك العدل في الإنفاق و القدرة على ذلك¹.

ب_ الإذن القضائي بالزواج ما دون سن الأهلية:

لقد أوجب القانون الجزائري على الأفراد بلوغ سن معينة لإبرام عقد الزواج واعتبره المشرع الجزائري ببلوغ 19 سنة للجنسين، و في حال رغبة أحد الأشخاص الزواج دون بلوغه السن القانونية للزواج وجب عليه الحصول على إذن من المحكمة و هذا طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة.

أما عن الحالات التي يمنح فيها القاضي الإذن بالزواج فيما دون السن القانونية فقد حددت المادة 7 من قانون الأسرة سن الزواج ب 19 سنة و للراغبين بالزواج فيما دون هذا السن لابد لهم من الحصول على ترخيص من القاضي بالزواج و يراعي القاضي في ذلك وجود مصلحة أو ضرورة بعد تأكده من قدرة الطرفين على الزواج.

_ **الحالة الأولى: وجود مصلحة:** طبقا للمادة 1/7 المعدلة بموجب الامر 05- 02 منحت السلطة التقديرية للقاضي في منح الترخيص بالزواج للشخص الذي لم يبلغ بعد سن الزواج في حالة وجود مصلحة للزوجين أو المجتمع.

_ **الحالة الثانية: وجود ضرورة:** طبقا للمادة 1/7 بعد التعديل منحت القاضي السلطة التقديرية في منح الإذن بالزواج للأفراد الذين لم يبلغوا بعد سن الزواج في حالة وجود ضرورة و تتمثل هذه الضرورة مثلا في حالة وجود اعتداء أو خطف²، حيث تنص المادة 1/126 من قانون العقوبات "كل من خطف أو أبعد قاصر لم يكمل 18 سنة و ذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة مالية من 500 إلى 2000 دج...". إذا تزوجت القاصرة المخطوفة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلاّ بناءا على شكوى من ذوي الصفة في إبطال الزواج³.

1 لحسين بن شيخ أث ملويا، "المرجع السابق"، ص20.

2 عيسى حداد، "المرجع السابق"، ص 108.

3 المادة 126 من قانون رقم 82- 04 المؤرخ في 13 فبراير 1982 المعدل و المتمم و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 07، بتاريخ 18/12/1970، ص 1570.

ـ إجراءات منح الإذن بالزواج:

حدد المشرع الجزائري سن الزواج للجنسين ببلوغ 19 سنة و أعطى للقاضي السلطة التقديرية في منح الترخيص بالزواج في حالة وجود ضرورة أو مصلحة بعد التأكد من قدرة الطرفين على الزواج وهذا طبقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة.

ويقدم الطرف الراغب في الزواج طلب باسم ولي الطرف المراد ترشيده و يكون هذا الطلب لدى القاضي المختص و لهذا الأخير السلطة التقديرية في منح الإذن من عدمه، فالمشرع قام بتوسيع دائرة الاختصاص بمنح رخصة للقاضي المختص الذي يمنح بدوره الإذن بالزواج و قام بإلغاء تدخل وكيل الجمهورية على الرغم من دوره الضئيل الذي يقتصر على الاستشارة¹ مرفقا بالوثائق التالية:

- شهادة ميلاد الزوجين 12.

- نسخة من بطاقة التعريف لكلا الزوجين وولييهما.

- شهادة طبية تثبت الأهلية الطبية للقاصر المطلوب ترشيده².

ويمنح القاضي الإذن بالزواج بناء على أمر على عريضة بعد الاطلاع على الأسباب والإثباتات الطبية والاطلاع على التماسات النيابة العامة ويصدر هذا الأمر عن رئيس المحكمة ولا يوجد مانع أن يصدر عن قاضي الأحوال الشخصية³.

أما عن زواج المصاب بالإعاقة الذهنية فلا يمكنه الزواج و ورد استثناء لدى فقهاء الشريعة إذ يجوز تزويجه متى ثبت أنه في زواجه مصلحة له، أما في التشريعات المغاربية فقد سكت المشرع الجزائري عن ذلك و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة يجوز تزويجه إذا ثبت وجود مصلحة في زواجه.

الفرع الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج

هناك جهات مختصة تقوم بإبرام و تسجيل عقود الزواج وقد تكون هذه الجهات داخل الوطن (أولا) وقد تكون خارج الوطن (ثانيا).

1 عيسى حداد ، "المرجع السابق" ، ص 111 - 112.

2 حسين بوشينة و نبيل صقر، "الدليل العملي للمحامي في المواد المدنية"، مبادئ عامة في تحرير العرائض 140 نموذج لعرائض مختلفة، ط 2007 دار الهدى للنشر و التوزيع عين مليلة- الجزائر ص 26.

3 لحسين بن شيخ أث ملويا، "المرجع السابق"، ص 14.

أولاً: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج داخل الوطن

1_ ضابط الحالة المدنية:

أ_ **تعريف ضابط الحالة المدنية:** "هو الموظف المؤهل قانوناً لتحريّر عقد الزواج وتسجيله¹، ولقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 1 من قانون الحالة المدنية أنه يتمتع بصفة ضابط الحالة المدنية كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي، نوابه و هذا داخل الوطن كما أنه نص في المادة 2 منه أنه يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي تفويض عون بلدي أو أعوان عديدين قائمين بالوظائف الدائمة لممارسة مهنة ضابط الحالة المدنية بشرط بلوغهم سن 21 سنة، و خولت المادة 2/3 منه لضابط الحالة المدنية الحق في تحرير عقود الزواج.

ب_ **الاختصاص المكاني:** يكون الاختصاص المكاني لضابط الحالة المدنية طبقاً لنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

ج _ **كيفية تسجيل ضابط الحالة المدنية لعقود الزواج:** بعد التأكد من صحة تطبيق المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة أي التأكد من توفر ركن الرضا و شروط الزواج المتمثلة في الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين و انعدام الموانع الشرعية للزواج، و يجب أن يتضمن عقد الزواج البيانات التالية:

- الألقاب والأسماء والتواريخ، ومحل ولادة الزوجين، و صدور الإيجاب والقبول منهما ويكون متمتعان بالأهلية والتميز والاختيار.

- مهنة الأزواج و موافقتهم و توقيعهم.
- ألقاب و أسماء الشهود و توقيعهم.
- اسم الولي و توقيعهم عند الاقتضاء.
- الترخيص بالزواج عند الاقتضاء.
- الإعفاء من السن الممنوحة من طرف رئيس المحكمة إن لزم الأمر.
- تحديد معجل و مؤجل الصداق طبقاً للمادتين 9 مكرر و 15 من قانون الأسرة.
- الشهادة الطبية لكلا الزوجين طبقاً للمادة 7 مكرر من قانون الأسرة.
- بيان حالة الزوجة إما بكر أو ثيب أي مطلقة أو أرملة.

1 العربي بلحاج، "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري"، "المرجع السابق"، ص 136.

- ذكر اشتراطات الزوجين إن وجدت، لسيما اشتراط عدم التعدد أو عمل المرأة أو مسكن مستقل....الخ.

وبعد ذلك يقوم بتسجيل عقد الزواج في سجلاته ويسلم إلى الزوجين دفترًا عائليًا مثبت للزواج وهذا طبقًا للمادتين 1/72 و 117 من قانون الحالة المدنية.

د - جزاء إخلال ضابط الحالة المدنية بالتزاماته: إن سلطة ضابط الحالة المدنية بشأن تحرير عقود الزواج تحكمها نصوص قانونية و لقد نصت المادة 46 من قانون الحالة المدنية، " تبطل العقود عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها و لو أن العقد في حد ذاته كان صحيحًا شكلاً.

كما يجوز أيضا إبطال العقد عندما يكون محررا بصورة غير قانونية و لو كانت بياناته صحيحة". ولقد جاء في المادة 77 أنه يعاقب ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون حصوله على رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين المنصوص عليها في المادة 1/441 من قانون العقوبات، و يعاقب إذا لم يقم بالإجراءات القانونية، بغرامة لا تتجاوز 200 دج، و تعتبر هذه العقوبة عقوبة رمزية¹.

وجاء في نفس المادة تعاقب على هذه الأفعال بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1000 دج أو باحدى هاتين العقوبتين.

2_ الموثق:

أ_ تعريف الموثق: "هو موظف عمومي يتولى إبرام العقود الرسمية بشكل عام"²، و لقد خوله القانون إبرام عقود الزواج و هذا طبقًا للمادة 1/71 من قانون الحالة المدنية والمادة 18 من قانون الأسرة.

ب_ الاختصاص المكاني: لقد حددته المادة 1/71 من قانون الحالة المدنية و هو نفس الاختصاص المخول لضابط الحالة المدنية و الذي يكون بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو محل إقامة أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

ت - كيفية تسجيل الموثق لعقود الزواج: بعد تأكده من وجود أركان و شروط عقد الزواج طبقًا للمادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة فإنه طبقًا للمادة 2/72 من قانون الحالة المدنية: "يحرر الموثق عقدا عندما يتم الزواج أمامه و يسلم إلى المعنيين شهادة، كما يرسل ملخصا عن العقد في

1 العربي بلحاج، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، المرجع السابق، ص 346 و ما يليها.

2 الرشيد بن شويخ، "شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل"، المرجع السابق، ص 118.

أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترًا عائليًا و يكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين".

ث- جزاء إخلال الموثق بالتزاماته: هي نفس العقوبات المقررة لضابط الحالة المدنية والمنصوص عليها في المادة 2/77 من قانون الحالة المدنية و المادة 1/441 من قانون العقوبات.

ثانيا: الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج خارج الوطن

يعقد الزواج المبرم في الخارج إذا كان كلا الزوجين يحملان الجنسية الجزائرية أو أحدهما فقط إما أمام السلطة المحلية بالخارج (1) و إما أمام المصالح القنصلية (2).

1- إبرام عقد الزواج أمام السلطة المحلية بالخارج.

ويعقد الزواج في هذه الحالة أمام ضابط الحالة المدنية و وفقا لقانون مكان الإبرام فيعد هذا الزواج مقبولا إذا تم تسجيله وفقا للشكل المدني.

أما تسجيله وفقا للشكل الديني فيعتبر باطلا و وفقا لأحكام قانون الحالة المدنية فإنّ الجزائريين الذين أبرموا عقود زواجهم أمام ضابط الحالة المدنية بالخارج بإمكانهم تسجيله أمام الهيئات القنصلية وهذا طبقا لنص المادة 103 من قانون الحالة المدنية¹.

ويجب ألا يخالف الزواج المبرم أمام السلطات المحلية بالخارج الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان عقد الزواج طبقا لنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية أي وجوب توفر الشروط الموضوعية المنصوصة في المواد 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة.

2- إبرام عقد الزواج أمام المصالح القنصلية.

ويبرم عقد الزواج طبقا للقانون الجزائري أمام رؤساء البعثات السياسية المشرفون على الدوائر القنصلية ورؤساء المراكز القنصلية بصفتهم ضباط للحالة المدنية للجزائريين المقيمين خارج الوطن، وفي كل قنصلية جزائرية يوجد بها ثلاث سجلات من بينها سجل الزواج و الذي يتكون من نسختين أصليتين حيث أنه يتولى رئيس المركز القنصلي بإرسال نسخة في آخر يوم من السنة إلى وزارة

1 بشرى زلاسي، "الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده و آثاره" بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون - الجزائر ، السنة الجامعية 2000-2001 ، ص 90.

الشؤون الخارجية و يحتفظ هو بالنسخة الأخرى، ضمن محفوظات المركز القنصلي¹، ولكي يصح عقد الزواج لابد أن يبرم طبقا للقوانين الجزائرية و ذلك بمراعاة المواد (96 و 97 و 103 و 104) من قانون الحالة المدنية.

استنتاج:

أما عن إثبات عقد الزواج فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/22 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

والجدير بالذكر أنه في حالة إثبات عقد الزواج الموثق أمام الجهات الرسمية التي خولها القانون الصلاحية في تسجيل عقود الزواج لا يثير أي إشكال، أما عقد الزواج المبرم أمام جماعة من المسلمين دون اللجوء إلى توثيقه، فإن هذا الأخير يطرح جملة من الإشكالات في إثباته .

فالزواج غير الموثق كثيرا ما تصادفه صعوبات وعقبات، كونه قد يعقد لأغراض معينة ، وبمجرد ارتفاع الخلافات فإن الزوج يتهرب من الالتزامات المفروضة عليه و قد ترغب الزوجة في الانفصال عن هذا الزوج، غير أنها تقابل برفض الدعوى ، هذا لعدم وجود وثيقة رسمية تثبت علاقتها بالزوج ولا تجد وسيلة إلا إثبات عقد زواجها بالوسائل المقررة قانونا² فإثبات عقد الزواج يختلف باختلاف نوع عقد الزواج في حد ذاته.

وعقد الزواج الموثق لا يثير أي إشكالات في توثيقه كون النصوص القانونية نصت صراحة على الوسائل التي يثبت بها عقد الزواج الموثق ، و المتمثلة في وثيقة الزواج هذه الأخيرة تعتبر وسيلة إثبات عقد الزواج سواء أبرم داخل الوطن أو أبرم خارج الوطن، بالإضافة إلى الدفتر العائلي والعقد التوثيقي.

1 بشرى زلاسي، "المرجع السابق"، ص 90.

2 كريمة محروق ، " عقد الزواج غير الموثق " ، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة و القانون ، قسم الشريعة و القانون ، تخصص الأحوال الشخصية ، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، قسنطينة . الجزائر، السنة الجامعية 1427/هـ-1428/هـ_2006م/2007م ص 176.

إنّ النص على تسجيل الزواج في قانون الأسر الجزائري له أهمية بالغة في ضمان حقوق الزوجين خاصة المرأة، وبذلك يكون قانون الأسرة مطابقا لاتفاقية سيداو والتي تؤكد على تسجيل الزواج وحماية حقوق المرأة على حد سواء مع الرجل.¹

المطلب الثاني

المساواة بين الخطيبين بإلزامهم تقديم الشهادة الطبية ما قبل الزواج

قام المشرع الجزائري بتنظيم الأسرة من خلال إصداره لقانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يوليو 1984م نظرا لمستحدثات العصر الراهن وتكاثر الأمراض وحماية للمجتمع وللأسرة بصفة خاصة وكذا تكريسا وتأثرا بمبدأ المساواة المنصوص عليه بالمادة 16 من اتفاقية سيداو، قام المشرع بإضافة إجراء جديد لتوثيق عقد الزواج من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر 05-12 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م الشهادة الطبية أي القيام بالفحص الطبي ما قبل الزواج.

وتعتبر فكرة الفحص الطبي إجراء وقائي يحمي الأسرة من الأمراض ومن مختلف أشكال التشتت الأسري ، فهو يحمي الطرفين من مختلف الأمراض التي ربما ستأثر على صحة الزوجين أو على صحة الذرية ، كما يكشف الأمراض التي قد تعيق الزوجين من الوصول إلى مقاصد الزواج من استمتاع وتنازل فمن أهداف الزواج تحقيق الراحة والسكينة والطمأنينة مع العيش في حياة تسودها الرحمة والمودة، فهو يقتصر علة القيام على بعض التحاليل الطبية لمعرفة مدى خلو الطرفين من الأمراض ونص المشرع على ذلك في نص المادة 07 من قانون الأسرة المعدل وقام بتنظيم خطوات القيام بالفحوصات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المنظم للشهادة الطبية في الجزائر ولكن رغم ذلك فإنه قد يتحايّل الطرفان على القانون ولا يقومان بهذا الإجراء وما أصبح متداولاً في الوسط المعاش أنّ الكثير من الأطباء يقومون بتسليم الوثائق الطبية ما قبل الزواج دون إلزام الطرفين بالقيام بالفحوصات، كما أن هناك من الموظفين المؤهلين قانوناً لإبرام عقد الزواج يقومون بتسجيل العقد مع افتقار ملف الزواج من الشهادة الطبية ما قبل الزواج. وعلى هذا الأساس قمت بتقسيم الموضوع إلى:

مفهوم الفحص الطبي ما قبل الزواج (الفرع الأول) ثم اتطرق الى تنظيم الشهادة الطبية في

التشريع الأسري الجزائري (الفرع الثاني)

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 24

الفرع الأول: مفهوم الفحص الطبي ما قبل الزواج.

للتعرف على مضمون هذا الاجراء الجديد وجب علينا تعريف الشهادة الطبية قبل الزواج (أولا)
ثم إلى فوائد الفحص الطبي (ثانيا) ثم الى كيفية توثيق الشهادة الطبية (ثالثا).

أولا: التعريف بالشهادة الطبية ما قبل الزواج.

هي عبارة عن وثيقة تمنح لطالبي الزواج بعد القيام بفحص طبي للتأكد من خلوهم
من الأمراض أو أي عامل قد يشكل عليهم خطر في الزواج بشرط ألا تتجاوز ثلاثة أشهر وهذا طبقا
لنص المادة 1/7¹

ولم تلزم الشريعة الإسلامية الزوجين بالقيام بالفحوصات الطبية قبل الزواج و لكن أعطت لكل
واحد من الخطيبين حق الرد قبل الدخول أو بعد²، و قد أعطى حق التفريق للعيوب للزوجين معا،
وذهب الحنفية إلى أنه يثبت للزوجة الخيار فقط، و العيوب الموجبة للتفريق منها ما هو متعلق بالزوج
و منها ما هو متعلق بالزوجة و منها ما هو متعلق بالزوجين معا، أما العيوب المتعلقة بالزوج فهي
تتمثل في الأمراض التناسلية التي تحول دون الاتصال الجنسي³، و تتمثل هذه العيوب في العنة،
الجب، الخشاء، و الخنثة⁴، أما العيوب الموجبة للتفريق و الخاصة بالمرأة فهي تتمثل في: الرتق،
العفل، الإفشاء، البخر و غيرها من العيوب الجنسية التي ذكرها الفقهاء في بطون مؤلفاتهم، أما عن

1"يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج". المادة 1/7 قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بموجب الأمر.

2 عبد الرحمن هرنان، "محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر"، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى-الجزائر، ط2007، ص 144.

3 العربي بلحاج، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم باجتهادات المحكمة العليا " دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان-الأردن ، ط1433هـ-2012م، ج1، ص 178.

4 العنة: و هو العجز عن الوطء، أما الجب و هو قطع الذكر كله أو بعضه بحيث لم يبق منه ما يبطأ به، و الخشاء وهو قطع الخصيتين أو سلهما، أما الخنثة و هي الذي اجتمع فيه العضوان التناسليان. أنظر د. العربي بلحاج، "الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد"، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2007 ص 112.

العيوب المشتركة بين الزوجين فتتمثل في الجنون، الجذام، البرص و الخنثى¹، وهي عبارة عن أمراض تمنع الجماع².

ثانيا: فوائد الفحص الطبي

للفحص الطبي قبل الزواج أهداف صحية واجتماعية وإنسانية وهذا لحماية الصحة العمومية وتتمثل فوائد الفحص الطبي في الآتي بيانه:

1- يعتبر الفحص الطبي قبل الزواج من الوسائل الوقائية الفعالة و يتمثل ذلك في الحد من الأمراض الوراثية.

2- تمكين الزوجين من معرفة الصحة الخاصة لكل واحد منهما.

3- إخضاع النساء اللواتي مازلن في سن الزواج إلى الفحص المتعلق بداء الحميراء الذي قد تتعرض له أثناء فترة الحمل.

4- التحقق من وجود أو عدم وجود الأمراض المزمنة (كداء السكري و ضغط الدم وغيرها).

5- التأكد من سلامة الخطيبين من الأمراض الجنسية السارية و المعدية.

6- التأكد من قابلية الزوجين للإنجاب³.

ثالثا: كيفية توثيق الشهادة الطبية ما قبل الزواج

يتمتع التوثيق في المجتمعات الحديثة بالأهمية البالغة ومكانة هامة فقد منح المشرع لأعمال الموثق المصدقية والثقة ، ومنح للمحركات التي يحررها القوة التنفيذية والرسمية، والتوثيق من جهة أخرى يساهم في تحقيق السلم الاجتماعي واستقرار للمعاملات بين الأفراد بالإضافة إلى التطور الاقتصادي و نشر الثقافة القانونية⁴

1 الرتق هو انسداد الفرج باللحم، و القرن هو انسداد محل الجماع بعظم، و العفل وهو رغبة تمنع لذة الوطء، والإفضاء هو انحراف ما بين السليبين أي القبل و الدبر من المرأة، أما البخر و هو الرائحة الكريهة للفم، العربي بلحاج، "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، المرجع السابق"، ص 178 و 179.

2 عبد الرحمان هرنان، "المرجع السابق"، ص 145.

3 العربي بلحاج، "الشهادة الطبية قبل الزواج"، المرجع السابق"، ص 108 و ما يليها.

4 أحمد حمزة، "أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية"، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية قسم الشريعة تخصص شريعة و قانون جامعة الخروبة – الجزائر، السنة الجامعية (1431/ 1432هـ / 2010/2011م) ص 7.

والملاحظ مؤخرا تهرب الأزواج من القيام بالفحوصات الطبية ما قبل الزواج تهربا من كشف الأمراض وعليه من الضروري على المشرع إعادة تعديل المواد المنظمة للشهادة الطبية وإلزام الطرفين بالقيام بالفحوصات الطبية ما قبل الزواج وذلك بوضع مكاتب خاصة على مستوى المستشفيات وإدراج طبيب محلف يقوم بذلك. وبعدها يقوم الزوجان بالذهاب إلى الموثق ويقوم هذا الأخير بجميع إجراءات التوثيق بعد التأكد من قيام الطرفين بجميع الفحوصات المنصوص عليها قانونا بعدها يقوم بالتأشير عليها ويتم انعقاد الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا.

الفرع الثاني: تنظيم الشهادة الطبية في التشريع الأسري الجزائري

ألزم المشرع الجزائري الأشخاص المقبلين على الزواج بإجراء فحوصات طبية هذا طبقا لنص المادة 7 مكرر للتأكيد من خلوهما من الأمراض.

وأصدر المشرع الجزائري مرسوم تنفيذي رقم 06-154 جاء في مادته الأولى: "يهدف هذا المرسوم إلى تحديد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المذكور أعلاه".¹

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 06-154 ينظم الشهادة الطبية وقد ضم ثمانية مواد منها ما هو متعلق بالمرشحين للزواج (أولا) ومنها ما هو متعلق بالطبيب (ثانيا) و منه ما هو متعلق بالموثق و ضابط الحالة المدنية (ثالثا).

أولا: فيما يتعلق بالمرشحين للزواج.

ونص عليها في المادة 02 منه و يستنتج منها ما يلي:

1- وجوب تقديم شهادة طبية لا يقل تاريخها عن ثلاثة أشهر تؤكد و تثبت خضوع الزوجين للفحوصات الطبية.

2- وجوب مطابقة الشهادة للمرسوم التنفيذي.

1 المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006 يحدد شروط وكفاءات تطبيق المادة 7 مكرر من القانون رقم 84_11، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 31، بتاريخ 2006/05/14، ص 04.

ثانيا: فيما يتعلق بالطبيب:

حددت مهام الطبيب في المادتين 03 و 04 من المرسوم التنفيذي 06-154 منها ما جاء بصفة أمرة و منها ما جاء بصفة غير ملزمة.

1_ مهام الطبيب التي وردت بصفة أمرة: و جاءت في المادة 03 منه "لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 02 إلا بناء على نتائج:

- فحص عيادي شامل

- تحليل فصيلة الدم (Abo + Hesus)

الفحص الطبي الشامل: هو فحص غير عادي و قد حددته كتب الطب كالاتي:

- محادثة الطبيب مع المقبلين على الزواج لمعرفة حياتهم الصحية عن طريق أسئلة موجهة لهم.

- فحص كل الأعضاء بما فيها: (الجلد، الرأس، العينان، الأذنان، الفم، الحلق، الرئتان، القلب، ضغط الدم، الجهاز العصبي التناسلي للرجل والمرأة).

* تحليل فصيلة الدم: و يقوم بالتحليل لكلا الزوجين و على الطبيب إخبار الزوجين في حال وجود خطر على الزوجين أو على ذريتهما.

2_ مهام الطبيب التي وردت بصفة مفسرة أي غير ملزمة: نصت عليها المادة 04 من المرسوم، "يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية قصد الكشف عن بعض العيوب أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض.

وزيادة على ذلك، يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها".

ولعل سبب عدم إلزام الزوجين بإجراء هذه الفحوصات يتمثل في عدم إقبال كاهل الزوجين حتى لا يلجأ للزواج العرفي.

3- مسؤولية الطبيب في حال الإخلال بمسؤولياته:

المشرع الجزائري لم ينص على مسؤولية الطبيب في حال الإخلال بمهامه لا في قانون الأسرة ولا في المرسوم التنفيذي رقم 06-154 يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر من القانون رقم

وعلى اعتبار أن الفحوصات الطبية ما قبل الزواج من الأعمال الطبية وجب بنا الرجوع إلى أحكام القانون المدني وتطبيقها عليه ضف إلى ذلك تطبق عليه نفس العقوبات المقررة في حال تزوير الفحص الطبي على اعتبار أن الفحوصات الطبية ما قبل الزواج تندرج ضمن الفحص الطبي.

ثالثا: فيما يتعلق بالموثق و ضابط الحالة المدنية

خصص لهما المشرع المادتين 6 و 7 منه، حيث جاء في المادة 6 منه، لا يجوز للموثق وضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج دون تقديم شهادة طبية، كما جاءت المادة 7 منه بصفة آمرة وحددت المهام التي يقوم بها الموثق و ضابط الحالة المدنية و التي تتمثل فيما يلي:

- الاستماع إلى الطرفين و التأكد من علمهما بنتائج الفحوصات

- التأشير على ذلك في عقد الزواج

وعليه فإن دور الموثق و ضابط الحالة المدنية هو دور مكمل لدور الطبيب¹.

• مسؤولية الموثق وضابط الحالة المدنية في حال إخلاله بمهامه:

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة وفي المرسوم التنفيذي رقم 06-154 عن الجزاءات المقررة في حال قيام الموثق أو ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج بدون الشهادة الطبية أو دون التأكد من خلو الزوجين من الأمراض ولكن بالرجوع الى قانون العقوبات نجد المشرع الجزائري قد قرر عقوبات على الموظف الذي يقوم بالتزوير في بعض الوثائق الإدارية والشهادات وعليه فان تم العقد بدون الشهادة الطبية أو بدون التأكد من خلو الطرفين من الأمراض فانه تطبق على الموظف المؤهل قانونا للتوثيق العقوبات المقررة في حال القيام بتزوير الوثائق الادارية والشهادات على اعتبار أن تزوير الشهادة الطبية يندرج ضمن ذلك.

1 عبد الرحمن هرنان، "المرجع السابق"، ص 139 و ما يليها.

استنتاج:

إن المشرع الجزائري من خلال استحداثه للإجراء الجديد المتعلق باستحداث الشهادة الطبية ما قبل الزواج، قام بإدراج مجموعة من الفحوصات تتمثل في فحوصات طبية عامة وشاملة (سريرية ومخبرية) وذلك من أجل التأكد من مدى سلامة الطرفين من بعض الأمراض المعدية والأمراض العقلية والوراثية والتي بدورها قد تهدد حياة الأطفال.

حيث نظمها بموجب المرسوم 154-06 المؤرخ في 11/05/2006 والمتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر.

حيث أنه من خلال دراستنا لهذا الجزء قمت باستنتاج أن المشرع الجزائري أغفل بعض النقاط نجد من بينها.

- لم يتم بتحديد الطبيب المختص بإجراء الفحوصات هل يتم التأشير على الشهادة الطبية من طرف طبيب عام أو طبيب مختص.

ضف إلى ذلك وجب عليه وضع رقابة صارمة تتمثل في وضع لجان خاصة تتأكد من خضوع الخطيبين إلى إجراء الفحوصات الطبية حيث نلاحظ في وقتنا الراهن أنه في غياب الضمير المهني أصبح الأطباء يقومون بإجراء التأشيرة على وثيقة الشهادة الطبية مؤكدين خلو الطرفين من الأمراض دون القيام بالفحوصات الضرورية المنصوص عليها في المرسوم رقم 154/06 وفي رأبي أعتقد بأن هذه الفحوصات غير كافية لذلك وجب وضع رقابة على الطرفين المقبلين على الزواج من خلال قيامهم بجميع الفحوصات وذلك من خلال وضع مكتب لجان خاصة متواجدة على مستوى المستشفيات العامة.

منه ما يمكن التوصل إليه أن قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 والذي من خلاله قام المشرع الجزائري باستحداث إجراء شكلي جديد والمتمثل في استحداث الشهادة الطبية ما قبل الزواج، قام بتجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين (الرجل والمرأة) فيما يتعلق بالفحص الطبي على قدم المساواة دون تمييز أي طرف على الآخر " وأمام مبدأ المساواة وحقوق الإنسان فهناك من عارض بشدة فكرة الشهادة الطبية وحجتهم في ذلك هو أنه فيها مساس لمبدأ حرية الفرد في الزواج كما أنه لا يجب النظر إلى عقد الزواج من المنظور الاجتماعي والاقتصادي على الاعتبارات الصحيحة بل أن هناك عنصرا آخر بالغ الأهمية والمتمثل في الجانب الأخلاقي وعدم انتشار الرذيلة، وعليه فإن حق المرأة والرجل في الزواج وتكوين أسرة دون قيد، والمساواة بينهما في الانعقاد هو حق مكفول دوليا وتكريس

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 16 فقرة (1) حرف (أ) ومن ثم فإن الخضوع للفحوصات الطبية اجراء يتعارض مع جوهر الحق في الزواج المضمون في الاتفاقية.¹

وما يمكن قوله أنه بالرغم من أن المشرع الجزائري نص على وجوب تقديم الشهادة الطبية في المادة 7 مكرر و أصدر المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الذي يحدد كيفية تطبيق المادة 7 مكرر، فإنه وبالرجوع إلى الواقع نجد كثيرا من الأطباء يملأون الشهادة الطبية دون إجراء الفحوصات وكذا دون توعية الزوجين بالأمراض الخطيرة والمعدية مما يحتم على المشرع الجزائري التدخل وسد الثغرات القانونية وذلك بإدراج مواد جديدة تنظم الفحص الطبي ما قبل الزواج ووضع رقابه صارمة في هذا المجال.

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 36.

الفصل الثاني:

تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار
الناجمة عن عقد الزواج

الفصل الثاني:

تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار الناتجة عن عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج كغيره من العقود ينتج آثار قانونية تترتب بمجرد انعقاده¹، "ويقصد بآثار عقد الزواج الأحكام التي يترتبها أو بمعنى آخر الحقوق والواجبات التي يترتبها عقد الزواج بين الزوجين".² وغيرهما كالأولاد.

يظهر الزواج من حيث آثاره القانونية على أنه عقد لأنه يشمل هياكل تعاقدية ويتشكل مثل اتفاقيات مدنية حيث أن أي إجراء من أعمال الإرادة يتطلب تبادل الموافقات ويفرض على الأطراف التزامات متبادلة³.

ساهم تصديق الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، رغم التحفظات التي أبدتها الجزائر بهذا الخصوص، في زيادة الضغط عليها لأجل إعادة النظر في الأحكام التي تمس المرأة في قانون الأسرة خصوصا وبقيّة القوانين الأخرى عموما، لاسيما ما جاء في المادة 16 من هذه الاتفاقية بخصوص المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات في عقد الزواج وآثاره وإنهائه.

ولأجل ذلك سعت الجزائر لرفع هذه التحفظات ومسايرة التطورات الحاصلة في المجتمع وهو ما تجسد من خلال الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27⁴، وأهم التعديلات التي مست قانون الأسرة الجزائري بخصوص آثار عقد الزواج المادة 36 المعدلة التي ساوت بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات كما تم إلغاء المادتين 38 و39 بالإضافة إلى إدخاله أحكام جديدة فيما يتعلق بالذمة المالية للزوجين.

1 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، طبعة 2010 دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، ص 143.

2 جابر عبد الهادي الشافعي، " أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقضاء "، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، طبعة 2007 دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، ص 277.

3 Ghaouti ben mllha, " le droit algérien de la famille ", 07e édition 1993, office des publications universitaires, ben aknoun –alger- p 48.

4 محمد توفيق قديري، مظاهر المساواة بين مركزي المرأة والرجل في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بمجلة القانون والمجتمع، تصدر عن مخبر القانون والمجتمع، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة أحمد دراية، أدرار – الجزائر - ص 142.

عزّز المشرع الجزائري مكانة المرأة حين نص على حقوق وواجبات مشتركة مستبعدا كل تفاضل لأحدهما على الآخر ولاشك أن هذا يعد مظهرا قويا من مظاهر المساواة بين المرأة والرجل في هذا القانون.¹

وقد قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: المساواة في الحقوق بين الزوجين في المادة 36 من قانون الأسرة.

المبحث الثاني: توسيع نطاق المعاملات التعاقدية بين الزوجين تحقيقا لمبدأ المساواة

المبحث الثالث: بعض الحقوق الملغاة والمضافة تحقيقا للمساواة بين الزوجين.

1 محمد توفيق قديري، ميلود بن حوحو، تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري (قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجا)، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي العدد 15 سبتمبر 2017، ص 273.

المبحث الأول:

المساواة في الحقوق بين الزوجين في المادة 36 من قانون الأسرة.

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري وبموجب القانون رقم 11/84 كانت المادة 36 تميز بين الحقوق والواجبات التي تقع على عاتق الزوجين¹، أما المادة 39 من نفس القانون السالف الذكر فكانت تنص على واجب الزوجة طاعة الزوج باعتباره رئيس الأسرة، ليتم إلغاء هذه المادة في تعديل 02/05².

ضف إلى ذلك وفي تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 تم الخروج من دائرة التمييز بين الحقوق والواجبات المخولة للزوجين إلى مساواة مطلقة في ذلك حيث تنص المادة 36 منه على: " يجب على الزوجين:

- 1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
 - 2-المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة
 - 3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم
 - 4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وفي تباعد الولادات
 - 5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم
 - 6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
 - 7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف."
- وقد قسمت هذا المبحث إلى الحقوق لمشاركة بين الزوجين في ظل المادة 36 (المطلب الأول) وإلى تقييم مظاهر المساواة بين الزوجين من خلال المادة 36 (المطلب الثاني).

1 المادة 36 قبل التعديل: " يجب على الزوجين:

- 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،
 - 2- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،
 - 3- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف."
- 2 جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 72.

المطلب الأول

الحقوق المشتركة بين الزوجين في ظل المادة 36

تتكون الأسرة من مجموعة من الأشخاص الذين تربطهم روابط متبادلة عن طريق القرابة ومن خلالها يكتسب أفراد الأسرة مجموعة من الحقوق والواجبات، تختلف هذه الحقوق والواجبات باختلاف درجة القرابة التي تهم أكثر وحدة الأسرة التي تعني الأشخاص الذين يعيشون تحت سقف واحد¹.

إن الحياة الأسرية بين الزوجين تمنحهم مجموعة من الحقوق المشتركة بينهما على أساس المساواة بينهما وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 36 من قانون الأسرة. وعليه سأتطرق إلى دراسة الحقوق المشتركة بين الزوجين وذلك بالتطرق إلى المساواة في المعاملة والروابط الأسرية بين الزوجين (الفرع الأول) ثم إلى المساواة في أحكام المعاملة والروابط الأسرية بين الزوجين وأهاليهم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المساواة في المعاملة والروابط الأسرية بين الزوجين

لقد ذكرها المشرع الجزائري في الفقرات من 1-4 من المادة 36 من قانون الأسرة، وتتمثل في المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة (أولا) المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة (ثانيا).

أولا: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

لم يحدد المشرع في الفقرة الأولى من المادة 36 ما المقصود بها، غير أنه يمكن القول أنها كل ما يتعلق بالحياة الزوجية المشتركة بين الزوجين² " لعلاقة بين الزوجين علاقة روحية وما يحفظها ويحافظ عليها المعاشرة بالمعروف ولا يتحقق ذلك إلا بمعرفة كل طرف ماله وما عليه "³.

1 patricia vannier , " fiche de droit de la famille " , 4e édition, 2015, édition marketing s.a.2015, 32, rue bargue 75740, paris – France – p5.

2 فائزة مخازني، " مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري "، مقال منشور بدفاتر السياسة والقانون، العدد 11 جوان 2017، ص106.

3 أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، طبعة 2011 منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، ص 160

1- حق الاستمتاع:

" من الحقوق المشتركة التي رتبها عقد الزواج الصحيح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، وعدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي كمرض أو حيض أو نفاس لأن ذلك من مقاصد عقد الزواج وبه تتحقق العفة لكل من الزوجين " ¹.

2- المساكنة الشرعية:

" يترتب عن كون المساكنة الشرعية حقا لكل من الزوجين على الآخر أن يساكنه بيت الزوجية مع ما تقتضيه هذه المساكنة المشروعة من أداء واجبات الحيات الزوجية المعتادة ومنع كل من الزوجين هجره والإخلال بواجب رعاية شؤون الأولاد " ².

3- حق الإعفاف:

أ- **الإعفاف لغة:** " الكف عما لا يحل ولا يجمل، يقال عف عن المحارم والأطماع الدنية يعف عفا وعفا وعفافا وعفافة فهو عفيف وعف أي كف وتعفف واستعفف وأعفه الله " ³ وفي التنزيل قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَغْفِرِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾ ⁴

ب- **العفة اصطلاحا:** ويقصد بها " الابتعاد عن كل ما يدعو للريبة، ومن حقوق الزوج أن تحافظ المرأة على عفتها وشرفها وتضمن عرضها وعرض زوجها وبيتها مما يدنسها ويلحق به العار، وفي هذا السبيل سدت الشريعة الإسلامية أمام كل من الزوجين أبواب الفساد التي قد تؤدي إلى الانحراف " ⁵ قال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ و قوله تعالى: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾ ⁶.

1 جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 332.

2 أحمد أباش، " المرجع السابق "، ص 164.

3 ابن منظور، " لسان العرب "، " المرجع السابق ".

4 سورة النور الآية 33.

5 ربيعة إلغات، "الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، الفرع قانون الخاص، سنة 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1 - الجزائر، ص 250.

6 سورة النور الآية 30 و 31.

ثانيا: المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة

كلا الزوجين مطالب بإحسان العشرة، وعلى كل منهما أن يسعى إلى ما يرضي الآخر من حسن المخاطبة واحترام الرأي والتسامح على، ودفع الأذى والبعد عما يجلب الشقاق والشجار والنزاع¹، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾².

فإن توفر كل هذا سادت حياة الزوجين مبنية على المودة والرحمة والسكينة وهذا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾³.

ثالثا: التعاون والتشاور في تسيير شؤون الأسرة

يعتبر الزواج في الشريعة الإسلامية من أقدس العقود فقد سماه الشارع الحكيم في كتابه الكريم بالميثاق الغليظ، ونظرا لما له من أهمية عظمى أوجب على الزوجين المحافظة على هذه الرابطة الروحية التي أساسها المودة والرحمة، سعيا لتحقيق الاستقرار والاطمئنان فمن واجب الزوجين التعاون المشترك على تسيير شؤون الأسرة والحفاظ على مصلحتها بالتعاون على رعاية الأولاد والسهرة على حسن تربيتهم بزرع الأخلاق الكريمة في نفوسهم، وتقديم لهم كل الحب والدفء العائلي.

رابعا: الإنجاب

لقد سادت ولفترة طويلة فكرة أن الإنجاب هو حق للزوج أكثر مما هو حق للزوجة، غير أنه وبتطور الزمن والأفكار، أصبح حقا لكل طرف على قدم المساواة، يلتزم بموجبه كل زوج بتمكين الطرف الآخر منه، بكل ما يملك كالوطء في فترات التبويض، وعدم استعمال وسائل منع الحمل الخاصة بالرجل كالعزل أو الغلاف العازل، أو الخاصة بالمرأة كالحبوب أو اللولب وغيرها، وهذا متى توفرت القدرة على ذلك، أما لو كان أحدهما مريضا فيجب عليه العلاج إن أمكن، فإن تعذر الإنجاب واستدعت الضرورة اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة، فلا يتم ذلك إلا برضاه ورضاها، وهو حر في الموافقة وعدم الموافقة وذلك طالما كانت الطريقة جائزة شرعا وقانونا، فإن تعذر ذلك جاز للآخر مفارقتها.

1 أحمد أباش، " المرجع السابق "، ص 181.

2 سورة النساء الآية 19.

3 سورة الروم الآية 21.

خامسا: ثبوت النسب

إن أهم ما يترتب عن عقد الزواج من آثار هو إثبات نسب المولود إلى والده، إذ أن نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة المعلومة بغض النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ابن زنا¹، إذن يتمتع كل زوج بحق ثبوت نسب أولاده إليه وإلى زوجه متى ولدوا من صلبهما وليس لأي منهما أن يفرض على الآخر نسب غير أولاده، ولا أن يمنعه من نسب أولاده، وله لإثبات ذلك طرق الإثبات المحددة قانونا، غير أنه قد يوجد اختلاف فقط في شروط النسب، فنسب الأم ثابت لكل مولود لها أما الأب فلا بدّ لثبوت نسبهم توفر شروط قانونية حددها المشرع في المواد 40 وما بعده من تقنين الأسرة²

الفرع الثاني: المساواة في أحكام المعاملة والروابط الأسرية بين الزوجين وأهاليهم

نص عليها المشرع الجزائري في الفقرات 5-6-7 من المادة 36 من قانون الأسرة وألزم الزوجين بما يلي: احترام الأبوين والأقارب وحسن معاملتهم (أولا) ثم زيارة الأهل واستزارتهم (ثانيا) **أولا: احترام الأبوين والأقارب وحسن معاملتهم**

يتعين على كل فرد احترام أقاربه وحسن معاملتهم خاصة أبويه، فلا يؤذيها³ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا﴾⁴، فالفرد ملزم بمعاملة والديه معاملة حسنة مبنية على الاحترام وهذا الالتزام لا ينتهي بالزواج وإنما هذا السلوك دائم، يستمر مع الإنسان طول فترة حياته ضف إلى ذلك بمجرد الزواج وجب على كلا الزوجين احترام والدي بعضهما بعض.

ثانيا: زيارة الأهل واستزارتهم

نص عليها المشرع الجزائري في الفقرات من 05 إلى 07، وعليه وجب التفريق بين الزيارة (1)، والإستزارة (2). ثم التطرق لحرمة المصاهرة (3).

1 مخطارية طفياني، "إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي"، طبعة 2013، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر - ص 57.

2 فايضة مخازني، "المرجع السابق"، ص 107.

3 نفس المرجع، نفس الصفحة.

4 سورة الإسراء الآية 23.

1- الزيارة:

ألزم الزوج على قدم المساواة بزيارة أبويه وأقاربه وأبوي زوجته وأقاربها وكذلك تطالب الزوجة بزيارة أهله وأهلها.

ذهب الحنفية في إحدى رواياتهم أنه لا يملك الزوج منع زوجته من زيارة أهلها وذهب الجمهور من المالكية وشافعية وحنفية في رواية ثانية لهم أنه يحق لها زيارة أهلها دون إذن منه وذلك كل سنة مرة، وقيل كل شهر مرة إن كانوا غير والديها فإن كان مريضا تزوره وتخدمه حسب الحاجة واستدلوا في ذلك بأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. غير أن المالكية اشترطوا لذلك أن يكون الطريق مأمونا، ولا تخاف على نفسها فإن لم يكن كذلك فلا يجوز لها الخروج حتى ولو مع جماعة آمنة، فيما اشترط فقهاء آخرون لصحة زيارتهم أما في غير ذلك فلا يجوز لها أن تخرج من غير إذن زوجها وفي كل الأحوال لا يجوز لها أن تبقيت عند أي من أقاربها إلا بإذن زوجها.

2- الاستضافة أو الاستزارة:

نص عليها المشرع الجزائري في المادة 7/36 من قانون الأسرة الجزائري، فجعلها المشرع من واجب كل طرف استضافة أهله بالمعروف. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يلزم أي زوج باستضافة أهل الزوج الآخر.

3- حرمة المصاهرة:

إن تحقق المصاهرة بتمام عقد الزواج يترتب حرمة فورية بين كل زوج وبعض أقارب الآخر فيحرم بموجبها على الزوج من أقارب زوجته أمها بمجرد إبرام عقد الزواج عليها وابنتها بالدخول بأمرها ولا يكفي العقد، وأختها وعمتها وخالتها طالما كانت الزوجية قائمة. أما الزوجة فيحرم عليها أصول الزوج مهما علو وفروع الزوج مهما نزلوا.

- ولم يتناول المشرع الجزائري هذا الحق ضمن حقوق وواجبات الزوجين ولكنه تناوله ضمنا في موانع عقد الزواج في المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري.¹

1 فائزة مخارني، المرجع السابق، ص 108.

المطلب الثاني:

تقييم مظاهر المساواة في الحقوق المشتركة بين الزوجين من خلال المادة 36.

من خلال هذا العنصر سأقوم بدراسة، مظاهر المساواة في الحقوق المشتركة بين الزوجين على المستوى الدولي (الفرع الأول) ثم إلى مظاهر المساواة في الحقوق المشتركة بين الزوجين على المستوى الداخلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: على المستوى الدولي

تناولت الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة حقوق المرأة ومسؤولياتها في أثناء الزواج، بما تشمله من حقوق غير مالية مترتبة على عقد الزواج، ضمن الإطار العام لأحكام كافة المتمثلة في مكافحة التمييز ضد المرأة وتسويتها بالرجل في الحقوق والمسؤوليات.¹ فقد جاء في المادة 1/16 من الاتفاقية: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة:

- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج.
 - نفس الحقوق في أن تقرر بحرية بشعور بالمسؤولية عدد أطفالها وفترة سن إنجاب طفل وآخر.
 - وفي الحصول على المعلومات والتنقيف.²
- كما جاء في المادة 1/12 من نفس الاتفاقية: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها، على أساس تساوي الرجل والمرأة، بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتخطيط الأسرة.³
- من خلال ما سبق يتضح أن الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة قد حددت حقوق الزوجة غير المالية في إطار المبدأ العام وهو مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع مساواتها بالرجل في الحقوق والواجبات.

1 جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 73.

2 المادة 2/16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

3 المادة 1/12 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

إلى جانب هذا التحديد العام ذكرت ثلاثة حقوق غير مالية للمرأة وهي حقها في تنظيم الإنجاب وحقها في التنقل واختيار مسكنها ومحل إقامتها.

وفيما يخص تنظيم النسل فإن الاتفاقية تحت الدول الأطراف عن عدم النقاس في تسهيل الحصول على المعلومات والتتقيف وتوفير الوسائل الكفيلة في تنظيم الإنجاب، كما لا يجوز لها حظر الإنجاب.

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

كما نصت الاتفاقية المناهضة لجميع أشكال التمييز ضد المرأة على منع الإضرار بالمرأة بمعناه العام.¹

الفرع الثاني: على المستوى الداخلي

إن المشرع الجزائري ساوى بين الرجل والمرأة وجعل كل منهما مسؤولاً نحو الآخر بمجموعة من الواجبات، مستهدفاً بذلك تحقيق توازن بين مركزيهما في الأسرة بحيث تصبح الحياة الزوجية مجالا مشتركا بدلا من المفهوم القديم للأسرة الذي يعتبرها ذات توجه أحادي يقوده الزوج رئيس العائلة.²

تماشيا مع التطورات الحاصلة من حين لآخر اضطر المشرع الجزائري إلى مواكبة التطورات وتأثرا بالاتفاقيات الدولية خاصة منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى تعديل المواد المتعلقة بحقوق وواجبات الزوجين فنجده بموجب القانون رقم 11/84 نجد المادة 36 تتحدث عن الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، أما المادة 37 فكانت تنص على أن واجب الزوج على زوجته، أما المادة 39 فكانت تعطي رئاسة العائلة للزوج وأوجببت على الزوجة طاعته واحترامه. فباستقراء هاته النصوص نجدها كانت تعطي سلطة مطلقة للزوج على عائلته على اعتبار أنه هو المخول له النفقة.

حيث اعتبرت المرأة تابعة له وذلك استنادا إلى مبدأ القوامة، ولقد أثار هذا المبدأ نقاشات حادة خاصة فيما يتعلق بالتناقض بين مفهومه الشرعي الحقيقي والمدلول الاجتماعي، حيث إن هذا المبدأ

1 جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 73 و74.

2 محمد توفيق قديري، مظاهر التوازن بين مركزي المرأة والرجل في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص

في معناه الاجتماعي يهدم مبدأ المساواة في أساسه ويبرز أفضلية الرجل مقابل دونية المرأة، حيث إن للزوج السيادة والرئاسة والمرأة الخضوع والانقياد والطاعة واعتبر هذا مخالفا للمبادئ التي أرسيتها الاتفاقيات الدولية، مما دفع بالمشروع الجزائري إلى تعديل هذا الوضع بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في فيفري 2005 حيث نصت المادة 36 من هذا الأمر على الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين، كما ألغى المادة 39 التي كانت تنص على طاعة الزوجة لزوجها ورعايته باعتباره رئيسا للأسرة وبهذا أصبح للزوجين مركز قانوني متساوي من أجل ضمان نوع من المساواة والتوازن في تسيير شؤون الأسرة، رغم أن رئاسة الزوج للأسرة وطاعة الزوجة لزوجها هي حقوق ثابتة في الشريعة الإسلامية، إلا أنه لا يجب أن نعطيه مفهوما سلطويا أو مدلولاً استغلاليا، وبإلغاء المادة 39 من قانون 11/84 يكون المشروع الجزائري حذا حذو المشروع الفرنسي الذي ألغى رئاسة الأسرة للزوج في سنة 1970، وكذلك المشروع المغربي في مدونة قانون الأسرة لسنة 2004 وبهذا كرست مبدأ المساواة بين الزوجين متماشيا في ذلك مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بصفة خاصة.¹

إن النص على الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين وإلغاء المادة 39 الواردة بقانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 يؤكد أن الفلسفة العامة مبنية على أساس مبدأ المساواة بين الزوجين، إن الأسرة المراد بناؤها هي الأسرة القائمة على المسؤولية المشتركة بين الزوجين.²

1 وحياني جيلالي، " المرجع السابق "، ص 76 و 77.

2 جيلالي وحياني، المرجع نفسه، ص 77.

المبحث الثاني:

توسيع نطاق المعاملات التعاقدية بين الزوجين تحقيقاً لمبدأ المساواة

عقد الزواج متى انعقد صحيحاً تنجر عنه حقوق لكلا الزوجين وفي إطار المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات نجد حقوق غير مالية وأخرى مالية أما الحقوق غير مالية فقد تم التطرق إليها في المبحث الأول أما الحقوق المالية فتتطرق إليها في هذا المبحث ففي إطار المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات المالية نجد " حق التوارث "¹ وهو حق شرعي خوله الله سبحانه وتعالى للطرفين وكذا حق المساواة في استقلالية الذمة وحرية التصرف في الأموال وما يهمنها في إطار تأثير الاتفاقيات الدولية على آثار عقد الزواج في إطار الحقوق المالية المشتركة على قدم المساواة هو حق المساواة في استقلالية الذمة وحرية التصرف في الأموال، وقمت بتقسيم هذا المبحث إلى عقد الاشتراط في عقد الزواج (المطلب الأول) وإلى عقد الاتفاقات المالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عقد الاشتراط في الزواج

جاء التشريع الإسلامي بمنهج سليم ميسر، لينظم حياة المجتمع الإسلامي، من حيث المعاملات الجارية بين الناس وجعل من حق المتعاقدين أو أحدهما الاشتراط في العقد أنى كانت،² فأعطي للزوجين الحق في الاشتراط أثناء عقد الزواج أو بموجب عقد لاحق، يتم من خلاله إضفاء مجموعة من الاشتراطات التي يتم تقييدها سواء من طرف الزوجة أو من طرف الزوج، أو كلاهما معاً، يتم تقييدها وفقاً لإجراءات منصوص عليها في القانون، وقمت بدراسة هذا الجزء بتطريقي إلى مفهوم

1 " جعل الله تبارك وتعالى للزوجين أن يرث كل منهما الآخر بعد وفاته ولو كانت قبل البناء، ما لم يوجد مانع شرعي يمنع منه لأن عقد الزواج لما أحل المتعة والعشرة بينهما أوجد صلة تربط بينهما كصلة القرابة. وحق التوارث بين الزوجين حق من حقوق الله تعالى، وهو من صميم النظام العام الذي لا يملك أحد أن يغيره بأي وجه من الوجوه " أحمد أباش، " الأسرة بين الجمود والحداثة "، " المرجع السابق "، ص 165.

2 خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الحقوق الشريعة والقانون عمادة الدراسات الجامعية الإسلامية بغزة-فلسطين - 1428 هـ / 2007 م، ص 6 .

الاشتراط في عقد الزواج (الفرع الأول) ثم إلى الاشتراط في ظل الاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني) ثم إلى الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج

سأنتطرق إلى تعريف اقتران الشرط بالعقد (أولا) ثم إلى الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي (ثانيا)

أولاً: تعريف اقتران الشرط بالعقد

من حق المتعاقدين الاشتراط في العقد، حيث إنه ازدادت حاجة الناس في هذا العصر إلى الاشتراط، وذلك لحفظ حقوقهم وتقاديا للمنازعات التي قد تحدث بعد العقد حيث إن هذه الشروط قد تنوعت من حيث جوازها وعدمه ومدى تأثيرها على صحة أصل العقد ، وشروط أخرى غير جائزة قد تعود على العقد بالإبطال ، إذ تحدث العلماء عن هذه الشروط خاصة الشروط المقترنة بعقد النكاح وذلك لأنه عقد له خصوصية وقد احتاطت له الشريعة الإسلامية لأنه رباط مقدس شرعه الله عز وجل لسعادة الأفراد وحفظ الإنسان وتنشأ أهمية الشروط أنه في كثير من الأحيان قد يسبق عقد الزواج وعود وعهود من قبل الأولياء ، أو من قبل الأزواج أنفسهم، ثم تجدهم لا يوفون بها بعد الزواج، فينشأ عن ذلك منازعات وخلافات وتسوء العشرة لذلك كانت الحاجة إلى توثيق الشروط في عقد الزواج.¹

ثانياً: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي

تضم الشروط المقترنة بعقد الزواج كل الشروط التي يقتضيها عقد الزواج والشروط الملائمة لعقد الزواج والمؤكد لمقتضاه، إضافة إلى الشروط التي جرى بها العرف عند الأحناف باعتبارها من الشروط الصحيحة.

1- الشروط الصحيحة:

أ- الشروط الموافقة لمقتضى العقد:

- الشروط التي يقتضيها العقد: هي كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى ولو لم تذكر فيه لأنها تعد حكماً من أحكام عقد الزواج، وأثر من آثاره مثال: اشتراط الزوجة على زوجها الانفاق،

1 خديجة أحمد أبو العطا، " المرجع السابق "، ص 6.

المعاملة الحسنة، أو اشتراط الزوج على الزوجة الطاعة وعدم الخروج إلا بإذنه، فهذه الشروط لا تزيده إلا تأكيداً وتذكيراً لا غير،¹ حكمها هي صحيحة باتفاق الجمهور لأنها لا تضر عقد النكاح بشيء²

- **الشروط الملزمة لعقد الزواج والمؤكددة لمقتضاه:** وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد في الأصل فهي ليست واجبة بمقتضى العقد ولا توجب الفساد وإنما هي شروط يستوثق بها صاحبها للحصول على أثر من آثار العقد.

واعتبرت شروط صحيحة ومقبولة مثل أن تطلب الزوجة كفيلاً يضمن حقها في المهر وأن يكون والد الزوج ضامناً للنفقة، والمهر كأثر من آثار عقد الزواج باعتبارهما يترتبان عن الزوج فاشتراط الكفالة بهما يؤكد حصولهما، ويحكم على هذه الشروط بالصحة لجواز اقترانها بالعقد، ومنه يتعين على الزوج الوفاء بها وهي شروط صحيحة باتفاق الفقهاء³

- **شروط جرى بها العرف:** يعتبر الحنفية المذهب الوحيد الذي يضيق حرية الاشتراط في عقد الزواج الذي يعتبر العرف مصدر للشرط الصحيح بخلاف المذاهب الأخرى كالشافعية الذين يرون أن العرف لا يمكن أن يؤثر على حكم شرعي.

إذ يعتبر العرف في المذهب الحنفي المصحح للشروط التي تعتبر في الأصل مفسدة للعقد، فالعرف يؤدي إلى نفي النزاع مراعاة منهم للقاعدة الفقهية التي مفادها أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص. لكن بشرط تحكيم العرف بأحكام الشريعة الإسلامية وعليه متى خالف العرف أصل من أصول الشريعة الإسلامية كان باطلاً. لهذا اعتمد المذهب الحنفي على العرف لتوسيع حرية الاشتراط، وعليه متى جرى العرف بتعجيل المهر واشترطه الزوجة كان لها ذلك.

أ- **الشروط التي أجازها الشارع:** تعتبر الشروط التي أجازها الشارع ليست من مقتضيات العقد، أو مؤكدة لمقتضاه، لكن وردت بها نصوص شرعية تدل على اعتبارها بمعنى أنها شروط ثابتة من الكتاب والسنة والإجماع أو ورد بها أثر من الشارع وهي شروط اتفقت المذاهب الفقهية على صحتها مثل اشتراط الزوجة أن لا يكون الطلاق بيدها أو اشتراط التوارث بعد موت أحدهما.⁴

1 إيمان لعريبي، "الشروط المقترنة بعقد الزواج"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، السنة الجامعية 2013/2014، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 - الجزائر - ص 7.

2 ابن حزم، "مراتب الإجماع"، دار ابن حزم ط 1، 1998 بيروت - لبنان - ص 124.

3 إيمان لعريبي، المرجع السابق، ص 8.

4 إيمان لعريبي، "المرجع السابق"، ص 8 و 9.

2- الشروط الباطلة: وهي كافة الشروط غير الصحيحة التي تخرج من دائرة القسم السابق الذي بيناه، بمعنى كل شرط لا يعتبر من الشروط الموافقة لمقتضى العقد، ولم يجرها الشارع بموجب دليل يقضي بصحتها وهي قسمين شروط منافية لمقتضى العقد وشروط ورد بها نهي من الشارع.

- **الشروط المنافية لمقتضى العقد:** ويقصد بها كافة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج لمنافستها لمقتضى العقد ومقاصده مثل: أن يشترط الزوج على زوجته ألا مهر لها وأن لا ينفق عليها، أو اشتراط المرأة على زوجها ألا تطيعه، أو أنها تخل بما ينافي المقصود الأصلي من الزواج وهو المعاشرة الزوجية، كأن يشترط الزوج على زوجته أن يتزوجها بشرط عدم معاشرتها معاشرة الأزواج. وحكم هذه الشروط باطل عند الفقهاء.

- **الشروط المنهي عنها شرعا:** وهي جميع الشروط التي تقوم النصوص على عدم شرعيتها مثل طلب المرأة طلاق ضررتها لتحل محلها.¹ هذا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها فإنما لها ما قدر لها).²

هذا الشرط باطل عند المذاهب بالاتفاق، إلا أن أثر هذه الشروط غير الصحيحة على عقد الزواج يختلف من مذهب لآخر منها ما يبطل الشرط دون العقد ومنها ما يبطل الزواج كله، ذهب الحنفية إلى إبطال الشروط وإبقاء الزواج صحيحا أما الشافعية قسموا الشروط الباطلة إلى قسمين شروط مخالفة لمقتضى العقد وشروط تخالف المقصود الأصلي للنكاح بالنسبة للنوع الأول فحكمها هو البطلان لكن هذا البطلان لا تأثير له على عقد الزواج أما النوع الثاني فهي شروط باطلة ومبطللة لعقد الزواج.³

ويرى المالكية أن الشروط المنافية لمقتضى العقد أو التي تناقض النصوص صراحة كاشتراط المرأة طلاق ضررتها لتحل محلها تعد شروط باطلة في المذهب المالكي، أما بالنسبة لأثرها على عقد الزواج فيفرقون بين اشتراطه قبل الدخول أو بعده، وعليه وإن وقع شرط منها فسخ العقد قبل الدخول، أما إن دخل بها صح العقد وألغي الشرط ويبطل المسمى ووجب للمرأة مهر المثل.⁴

1 إيمان لعربي، " المرجع السابق "، ص 10 و 11.

2 رواه البخاري، كتاب الشروط، باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح، الحديث رقم 2723، دار السلام، ط 1 1999، السعودية ص 445.

3 إيمان لعربي، المرجع السابق، ص 13 و 14.

4 نفس المرجع، ص 15.

3- الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وفيها منفعة: مثل أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو من بيت أهلها في حين أنها ملزمة بالطاعة في الأصل أو كاشتراط الزوج على زوجته ألا مهر لها.

أما عن حكمها فقد ذهب الحنفية والشافعية إلى إبطالها، وذهب الإمام مالك وأصحابه إلى أنها مكروهة وأشدّها كراهة ما انعقد عليها النكاح فحكم العقد صحيح ولا يحكم بفسخه سواء قبل الدخول أو بعده أما الوفاء بها، أما الأصل في اشتراطها مكروه.¹

الفرع الثاني : الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

بعد قراءة كل بنود الاتفاقيات الدولية لم نجد نصا صريحا يتحدث عن الاشتراط في عقد الزواج، فبموجب تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 نجد المشرع الجزائري نص في المادة 19 من قانون الأسرة للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون. " فقد أعطى للزوجين الحق في الاشتراط في عقد الزواج حيث خصص شرطين لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، فللزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون."

أما قبل التعديل وبموجب القانون رقم 84-11 فقد تركها عامة " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها مالم تتنافى مع هذا القانون، وعليه سأنتقل إلى اشتراط عدم تعدد الزوجات (أولا) ثم إلى اشتراط عمل المرأة (ثانيا) .

أولا: اشتراط عدم تعدد الزوجات

حاول المشرع الجزائري مواكبة الاتفاقيات الدولية خاصة منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي سعت لتحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين وتكريسا لهذا المبدأ وعلى غرار بعض التشريعات العربية والغربية حاول المشرع الجزائري تجسيد المبدأ من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، وذلك بفرضه قيود وتضييقه من دائرة التعدد بوضعه معايير

1 إيمان لعريبي، المرجع السابق، ص 19 و 22.

تثقل كاهل الزوج لقيامه بالتعدد، ومن بينها نجد أنه أعطى للمرأة الحق في اشتراط عدم تعدد الزوجات وذلك من خلال نص المادة 19 من قانون الأسرة.

وتعريف التعدد " هو أن يتزوج الرجل أكثر من امرأة جامعا بينهما على ألا يزيد عددهن عن الأربعة." أو أن يتزوج أكثر من امرأة رجلا واحدا مجتمعات عليه على ألا يزيد عددهن على الأربعة، وذلك بمراعاة كلمة زواج وهي: عقد بين رجل وامرأة لإباحة المتعة الزوجية بينهما.¹

ولا يمكن اعتبار الإسلام أول من شرع التعدد إذ عرف منذ العصور القديمة وعليه سأنتقل إلى نظام التعدد وفقا للآتي:

فقد كانت الديانة اليهودية تبيح التعدد بدون حد وأنبياء التوراة جميعا بلا استثناء كانت لهم زوجات كثيرات، وقد ورد في التوراة أن النبي سليمان كان له سبعمائة امرأة من الحرائر وثلاثمائة من الإماء.²

ويقول نيو فلد صاحب كتاب " قوانين الزواج عند العبرانيين الأقدمين: " إن التلمود والتوراة معاهد أباحا تعدد الزوجات على إطلاقه، وإن كان بعض الرابانيين ينصحون بالقصد في عدد الزوجات، وإن قوانين البابليين وحيرانهم من الأمم التي اختلط بها بنو اسرائيل جميعا على مثل الشريعة في اتخاذ الزوجات والإماء.³

ولم يرد في الديانة المسيحية نص صريح يمنع التعدد، وإنما نجده قد ورد فيه على سبيل الموعظة، أن الله خلق لكل رجل زوجة، وهذا لا يفيد على أبعد الاحتمالات إلا الترغيب. بأن يقتصر الرجل على زوجة واحدة في الأحوال العادية، ويوافق الاسلام مثل هذا القول، ونجد في بعض رسائل بولس ما يفيد أن التعدد جائز، كما أنه ثابت في التاريخ أن المسيحيين الأقدمين من كانوا يتزوجون أكثر من واحدة، وفي آباء الكنيسة قديما من كان لهم أكثر من زوجة واحدة، ونجد بعض العلماء في تاريخ الزواج ذكروا

1 أحسن زقور، " تعدد الزوجات في قانون الأسرة "، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 44 جوان 1433هـ/2018م، تصدر عن كلية أصول الدين بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة - الجزائر، ص 68.

2 محمد حسين مقبول، " تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية "، مقال منشور بمجلة المعيار، مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية والاجتماعية، تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد التاسع، جمادى الأولى 1425/جويلية 2004م، قسنطينة - الجزائر - ص 173.

3 محمد الصالح بن عومر، " تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير "، مقال منشور بمجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلة سداسية محكمة، العدد الثاني جوا 2012، تصدر عن المركز الجامعي لتمرناست - الجزائر - ص 30.

أن التعدد استمر إلى القرن السابع عشر ميلادي باعتراف الكنيسة كما أن تعدد الزوجات لم يكن مجهولا بين رجال الدين أنفسهم.¹

وتعترف المسيحية المعاصرة بالتعدد في إفريقيا السوداء، فقد وجدت الإرسالية التبشيرية نفسها أمام واقع اجتماعي وهو تعدد الزوجات لدى الإفريقيين الوثنيين، حيث رأوا أن الإصرار على منع التعدد يحول بينهم وبين الدخول في النصرانية، فنادوا بالسماح للإفريقيين المسيحيين بالتعدد.

كما وجدت الشعوب الغربية المسيحية نفسها أمام تزايد مستمر في عدد النساء على الرجال. وخاصة بعد الحربين العالميتين وقد كان من بين الحلول التي برزت إباحة تعدد الزوجات.² لا يختلف الأمر عنه في الإسلام في الديانتين اليهودية والمسيحية فقد جاء الإسلام فوجد التعدد فاشيا في العرب وفي سائر الأمم، فلم يمنعه ولم يتركه كما هو بدون قيد أو ضابط يحد من مفسده وأضراره الخطيرة التي غالبا ما تمس المرأة دون الرجل، ورحمة الإسلام وسماحته تأبى أن تقر مثل هذه الأنظمة حتى ولو كانت فاشية متجذرة، غير أنها منبوذة ومستنكرة ممن لا يفكرون بشهواتهم وهواهم وإنما بعقولهم، فراعى جانب المصلحة فيه فأقر مشروعيتها كما راعى جوانب المفسدة فيه فقام بتهذيبه وقيده بشروط وضوابط.³

التعدد مشروع في القرآن الكريم وفي السنة النبوية.

من القرآن الكريم:

نجد قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾⁴ وقوله أيضا: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُلْعَقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾⁵.

1 محمد حسين مقبول، " المرجع السابق "، ص 173.

2 محمد الصالح بن عומר، " تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير "، ص 31 و32.

3 صالح بويشيش، " أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري "، دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مقال منشور بمجلة المعيار، دورية علمية محكمة عني بالدراسات الإسلامية والاجتماعية تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر، العدد التاسع 1425هـ/2004م، قسنطينة - الجزائر - ص 113.

4 سورة النساء الآية 03.

5 سورة النساء الآية 129.

من السنة النبوية:

ما رواه عبد الله بن عمر أنه قال (أسلم غيلان الثقفي وتحتة عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً)¹

إن التعدد كما كان مقرراً في الشرائع السماوية، فهو كذلك في حكم التشريعات الوضعية تقريباً عنه كل الأمم القديمة، عند (الأتنيين، الصينيين، الهنود، البابليين، المصريين) ولم يكن له عندهم عدد محدود، فقد سمح قانون ليكي الصيني بتعدد الزوجات إلى مائة وثلاثين امرأة، وقد استمر العمل بنظام تعدد الزوجات إلى حين القرون الوسطى، وبمطلع القرن 17م بدأ التحول يطبع قوانين الناس وأعرافهم حيال التعدد، فشرع في سن القوانين وإصدار الأحكام بمنع التعدد ويقر بمعاقبة الشخص الذي يقدم على فعله فكانت سائر الأمم تمنع التعدد منعاً باتاً وتحت أي ظرف كان وخاصة الغربية منها، وفي هذا يقول المؤرخ الفرنسي غوستاف لوبون بالرغم من أن القوانين الغربية تمنع التعدد ولكن الغربيون قلما تقيدوا بهذه القوانين وخرقوها بعلاقاتهم السرية الآثمة.

كما أنه ثبت أنه نشرت بجريدة الأهرام بتاريخ 1960/12/13 أنه قد اكتشفت وثيقة بخط يد مارتن جورمان نائب هتلر، كان قد كتبها في عام 1944 يقول فيها أن هتلر كان يفكر جدياً في أن يبيح للرجل الألماني الزواج من اثنتين شرعاً لضمان مستقبل قوة الشعب الألماني.²

ولقد ألزم المشرع الجزائري على الأشخاص الراغبين في تعدد الزوجات الحصول على إذن قضائي بذلك، ولقد نص المشرع الجزائري على نظام التعدد في المواد (8، 8 مكرر، و 8 مكرر 1) من قانون الأسرة فالقاعدة عند المشرع الجزائري هو إباحة تعدد الزوجات في حدود الشريعة الإسلامية و هذا طبقاً لنص المادة 8 من قانون الأسرة، حيث أن التعدد في الشريعة الإسلامية يكون في حدود أربعة نسوة و هذا طبقاً لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾³.

فعلى الزوج الراغب في التعدد أن يحصل على ترخيص صادر من رئيس محكمة مكان مسكن الزوجية، و لا يمنحه هذا الأخير الترخيص إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية:

1 جامع الترمذي 1128 - سنن ابن ماجه 1953

2 صالح بويشيش، " المرجع السابق "، ص 114 و 115.

3 سورة النساء الآية 3.

-الحصول على موافقة الزوجة السابقة و اللاحقة و تكون الموافقة بواسطة إفراغها أمام الموثق في سند رسمي، و يجب إحضار المرأتين أمام رئيس المحكمة و يقوم هذا الأخير باستجوابها وهذا للتأكد من موافقتها.

-أن يثبت الزوج وجود المبرر الشرعي لإعادة الزواج كمرض الزوجة الأولى أو عدم قدرتها على الإنجاب...الخ.

-أن يثبت قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية، و يقصد بذلك العدل في الإنفاق و القدرة على ذلك¹.

- فالملاحظ من خلال قيام المشرع الجزائري بتعديل قانون الأسرة الجزائري أنه قام بإضفاء شروط جديدة تقيد تعدد الزوجات وهذا ما نصت عليه المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري²، حيث في مجملها توجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بذلك صف إلى ذلك وجب عليه الحصول على رخصة من طرف رئيس المحكمة حيث يمنح هذا الأخير الرخصة بناء على تأكده من موافقة الزوجين وثبوت وجود المبرر الشرعي وقدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة.

ونجد النص القديم من المادة 08 ينص على: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا."

ومنه فإن المشرع الجزائري وأثناء تنظيمه للمواد المتعلقة بالتعدد وضع قيودا تثقل كاهل الزوج تقف في طرق قيامه بالتعدد فنجد المشرع سعى إلى تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين التي ضمنها اتفاقية سيداو وألقى على عاتق رئيس المحكمة سلطة تقديرية في منحه الإذن بالتعدد من عدمه.

1 لحسين بن شيخ أث ملويا، "المرجع السابق"، ص20.

2 " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية . " المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: اشتراط عمل المرأة

ما يفهم ضمنيا من هاته المواد أن المشرع عندما أعطى للمرأة الحق في اشتراط عملها في عقد الزواج فانه قد تأثر بنص المادة 11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تنص: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما:

الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا للجميع، هذا من أجل وحدة وانسجام الأسرة والحفاظ على المجتمع وتماشيا مع كافة القرارات والإعلانات والاتفاقيات والتوصيات الصادرة من الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة والرامية إلى القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة"¹

استنتاج:

نجد المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون الأسرة نص على بطلان كل الشروط التي تتنافى ومقتضيات عقد الزواج والتي تنص على: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد "

كما نص المشرع في المادة 35 منه: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا. "

من خلال هذه النصوص نستخلص النتائج التالية:

- الملاحظ بأن المشرع وبموجب نص المادة 19 من قانون الأسرة قد أخذ بالرأي القائل بحرية الاشتراط عموما مالم تتصادم تلك الشروط مع نصوص القانون أو مقتضيات عقد الزواج، وهذا الرأي ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية بدرجة أقل.
- إن حق الاشتراط ليس مقصورا على أحد الطرفين إنما هو حق يتمتع به كلا الطرفين سواء تعلق الأمر بالزوج أو بالزوجة على حد سواء في إطار مبدأ المساواة بين الزوجين.
- أعطى المشرع إمكانية الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه الذي جمع بينهما أو من خلال عقد رسمي لاحق وفي ذلك تأكيد لضرورة الالتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين وواجب الوفاء شريطة إتباعها، على أن مسألة اتباع هاته الشروط ليس عسيرا باعتبار أن وضعها إما أن يكون أثناء

1 المادة 11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

عقد الزواج وبحضور الشاهدين اللذين يتطلبهما هذا العقد حسب ما نصت عليه المادة 09 مكرر من الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، وإما بعقد رسمي لاحق.

- أعطى المشرع لكل من الزوجين حرية الاشتراط بشكل مطلق مالم تتعارض تلك الشروط مع أحكام قانون الأسرة أو مقتضيات عقد الزواج كاشتراط مثلا عدم الصداق.¹

المطلب الثاني

عقد الاتفاقات المالية

لقد تعرضت قوانين الأسرة العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية إلى جملة من التعديلات تصب في تطبيق مبدأ المساواة من جهة أو حماية حقوق الإنسان من جهة أخرى²، وفي إطار تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 وتأثرا بالاتفاقيات الدولية تم إدراج المادة 37 المعدلة التي أقرت على أنه يتمتع الزوجين باستقلالية الذمة المالية، غير أنه يمكنهما وضع نظام مالي مشترك للأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية³ وعليه سأنتقل إلى استقلالية الذمة المالية للزوجين (الفرع الأول) ثم إلى إمكانية وضع اتفاق مالي مشترك بين الزوجين (الفرع الثاني) ثم إلى تقييم موقف المشرع الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجين

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

" الذمة المالية في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلا للالتزام صالحا لأن يكون له حقوق وتترتب عليه واجبات مالية، وهي بهذا المفهوم وثيقة الصلة

1 جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 71 و72.

2 فاطمة الزهراء لقشيري، " العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون "، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الحادي عشر، جوان 2017، ص 787.

3 المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري المعدل: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما."

بأهلية الوجوب التي تعطي صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فهي مترتبة على وجود الذمة وكلاهما تلازم الإنسان منذ ميلاده، مع العلم أن الجنين تكون له ذمة مالية قاصرة إلا أنها تختلف عن الذمة المالية في كونها تتعلق بالالتزامات عامة. "

ومن صميم تنظيمها لأموال الأسرة فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بأموال الزوجين وأولتها أهمية بالغة بل أحاطتها بالترتيبات اللازمة منذ مرحلة ما قبل الزواج، ومن المعلوم أنه من المبادئ الأساسية المعمول بها استقلال الذمة المالية للزوجين¹ وذلك بقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ﴾²، فالزواج في الإسلام لا أثر له على أموال الزوجين سواء كانت منقولة أو عقارا اكتسب قبل الزواج أو بعده، فالمهر المفروض للزوجة هو خالص لها يثبت بمجرد إبرام عقد الزواج وليس لأحد في شيء منه سواء الزوج أو غيره³ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجُلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾⁴ وبهذا فإن المرأة لها ذمة مالية مستقلة مثلها مثل الرجل ولها الحق في جميع المعاملات لأجل إثراء هذه الذمة، وتمتع الزوجة بذمة مالية مستقلة هو سبيل لإقرار العدل والمساواة وتحمل أعباء الحياة الزوجية والاستفادة المشتركة من الحقوق التي تربط بها⁵ إذا كان الرجل يتمتع

1 جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 78.

2 سورة النساء الآية 32.

3 جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 78 و 79.

4 سورة البقرة الآية 229.

5 الشريعة الإسلامية كانت السبابة في الاعتراف للمرأة باستقلال الذمة المالية، وتتكون الذمة المالية للزوجة من:

- الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج.
- الديون المستحقة لها اتجاه الغير والديون التي في ذمتها لفائدة الغير
- ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي
- ما تحضره لببيت الزوجية من أثاث وأمتعة ومجوهرات ومواد أخرى.

أما بالنسبة للزوج فتتكون من:

- الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبها قبل الزواج
- الديون المستحقة على الغير
- ما قد يؤول إليه عن طريق الهبة أو الإرث.

جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 79 و 80.

بذمة مالية مستقلة عن غيره فإن المرأة أيضا تتمتع بذات الاستقلالية عن أي شخص آخر سواء كان أبا أو أخا أو قريبا، وحرية التصرف في أموالها كما تشاء، وليس لزوجها التدخل ولو في أعمال الإدارة إلا برضاها وهو ما تنبأه المشرع الجزائري عندما أقر باستقلالية الذمة المالية التامة بين الزوجين حسب المادة 1/37 من تقنين الأسرة التي جاء فيها: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر" حيث يكون لكل زوج الحرية الكاملة في التصرف في أمواله التي يمتلكها بكافة التصرفات القانونية.

ولا يؤثر على هذه الاستقلالية حق التوارث الذي يثبت لكلا الزوجين بمجرد عقد الزواج، حيث ترث الزوجة زوجها كما يرثها هو وفق أنصبة محددة شرعا وقانونا، الوضع النظري والقانوني يحميان الزوجة ويساويانها بالرجل، غير أنه من الناحية الواقعية والتطبيقية تتعقد الأمور في غالب الأحيان لتحرم الزوجة من حقها ويتولى زوجها في أحسن الأمور إدارة أموالها فقط، ليبقى القانون نظريا والواقع تطبيق آخر إلى حين امتلاك المرأة الوعي والقوة للدفاع عن حقوقها¹.

يرى بعضهم أن المساواة بين الرجل والمرأة هي مساواة نسبية على اعتبار أن المرأة نفقتها واجبة على الرجل متى تحققت كل الشروط شرعا، ضف إلى ذلك لها الحق في أخذ من مال زوجها في حال تقاعسه عن الإنفاق عليها كما لها الحق في رفع دعوى قضائية ضده والمطالبة بالنفقة ضف إلى ذلك بإمكانها طلب التطليق في حال عدم الإنفاق، في حين أن الرجل لا يمكنه التصرف في أموالها في كل الأحوال. ولكن في رأيي وجهة النظر هذه بعيدة كل البعد عن الصواب لأنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها. لذلك وجب على الزوج الانفاق على زوجته طبقا لما حدده لنا الشرع.

الفرع الثاني: إمكانية وضع اتفاق مالي مشترك بين الزوجين

جاء في المادة 2/37: " يجوز للزوجين أن يتفقا بعقد رسمي حين إبرام عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".²

فهذه الفقرة تجيز للزوجين وضع نظام مالي مشترك بينهما يحددان بموجبه كيفية اقتسام ونسبة كل منهما من الأموال التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، على أن يكون ذلك في عقد الزواج، أو في

1 فائزة مخازني، المرجع السابق، ص 107 و 108.

2 المادة 02/37 من قانون الأسرة الجزائري.

عقد رسمي لاحق، وهذا لا يتم إلا باتفاق إرادتيهما معا دون أي إكراه أو إجبار مادي أو معنوي لكليهما، ويعتبر هذا الحكم تحصيل حاصل لحرية التصرف التي يتمتع بها الطرفان.¹

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

وبهذا فإن قانون الأسرة أقر قاعدة اختيارية تخضع لإرادة الزوجين، وهذا النص جاء نتيجة إدخال مبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات الأسرية.²

الفرع الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري

جاء في المادة 1/37 (لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجاوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما).³

وعلى هذا النحو يكون المشرع قد أكد على استقلالية الذمة المالية للزوجين المستمدة من الشريعة الإسلامية والتي تظل فيه الزوجة سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملك قبل الزواج ولكل مايؤول إليها بعده من منقول أو عقار، ولها مطلق الحرية في إدارته والتصرف فيه كما تشاء دون تدخل من الزوج، ولا تسأل عما يتعاقد عليه الزوج من ديون وليس عليها أن تساهم في أعباء المعيشة ولا في مصاريف تربية الأبناء من أموالها الخاصة إذ الزوج هو المسؤول الوحيد عن ذلك.⁴

لكل من الزوجين ذمة مستقلة وله الحرية في التصرف في ماله الخاص، فلم تنبذ الزوجة تحت وصاية زوجها لأنها ليست بالقاصرة، لكن تحقيقا لحسن تسيير مالية الأسرة يجوز للزوجين الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق يبرم بعد الزواج أمام الموثق بشأن تسيير الأموال المشتركة بينهما، كأن يقوموا بمشروع تجاري أو اقتصادي أو حرفي، وكذا بشأن الأموال التي تدخل في الذمة المالية لكل منهما أثناء الحياة الزوجية سواء بسبب المجهود الفردي أو المشترك أو بسبب التلقي من

1 فائزة مخازني، المرجع السابق، ص 110.

2 جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 80.

3 المادة 1/37 من قانون الأسرة الجزائري.

4 محمد توفيق قديري وميلود بن ححو، تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري، (قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجا)، المرجع السابق، ص 274.

طرف الغير كما هو الحال عليه بالنسبة للهبات أو الوصايا أوفي حالة الميراث، وتحدد في العقد الرسمي النسب التي تؤول إلى كل منهما، كما يجوز أن يتفقا على تركها مشتركة فيما بينهما.¹

وبهذا ندرأ المشاكل التي قد تفسد العلاقات الزوجية ولا يقع ما هو واقع عمليا من شكوى نساء يستولي أزواجهن على أموالهن ثم يرموهن إلى الشوارع والقضاء يطالبهن بالإثبات وجوبا بالكتابة فإن عدمت تكون قد ضاعت حقوقهن ، فوجب تقنين حماية هذه الحقوق دون اصطدام مع الشريعة الإسلامية وتندرج ضمن باب الشروط بين الزوجين.

وبهذا يكون قانون الأسرة قد كرس حماية المرأة وكرس مبدأ المساواة بين الزوجين في حق الملكية وحق التصرف في أموالها الخاصة، كما أن التعديل الذي عرفه قانون الأسرة من خلال إلغاء المشرع للمادة 39 وكذا ما نصت عليه المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري الأخير والتي نصت على حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين ألغت التبعية الشخصية للزوجة حيث كانت في قانون 11/84 تبعية شخصية واستقلالية مالية تعيق المرأة في حرية التصرف في أموالها.²

نعتقد أن المشرع الجزائري وفق في هذا التعديل الذي حاول من خلاله حماية حقوق الزوجين المالية، خاصة بالنسبة للزوجة، لأنه في الواقع غالبا ما تساهم الزوجة خاصة العاملة مع زوجها في مصاريف الأسرة. واكتساب الأموال سواء كانت منقولة كالسيارة أو الأثاث الذي غالبا ما تنفرد الزوجة بشرائه، أو عقارية كالبيت أو الأرض، فإذا حصل طلاق بينهما فقدت الزوجة هذه الحقوق، خاصة وأنه من الناحية القانونية تكون الأموال غالبا باسم الزوج، لأن علاقتها الزوجية في الغالب تمنعها أدبيا من إدراجها كمالكة رسمية بوجوده، ورغم أن المشرع حاول مراعاة هذه المسألة في إثبات بعض التصرفات القانونية. وجودا وانقضاء، والتي يشترط إثباتها بالكتابة فقط بالاكتهاء باشتراط شهادة الشهود إذا وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي حسب المادة 1/336 من التقنين المدني.³

1 لحسين بن شيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014)، ملحقات الموثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، الطبعة الثانية، 2015، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - ص 88 و89.

2 جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 80 و81.

3 فائزة مخازني، المرجع السابق، ص 110.

المبحث الثالث:

بعض الحقوق الملغاة والمضافة المتعلقة بالمرأة تفعيلا لمبدأ المساواة بين الجنسين

قام المشرع الجزائري بإلغاء بعض الحقوق وإضافة حقوق أخرى، فنجده قام بإلغاء كل من حق الطاعة والإرضاع بإلغائه للمادتين 38 و 39 من قانون الأسرة، وعند إلغائه لحق الطاعة فإنه يلغى معه حق القوامة ذلك على اعتبار أنه متصل بحق الطاعة اتصالاً وثيقاً، وخروجاً عن قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري قد أعطى للمرأة حقاً جديداً على اعتبار أنه من آثار عقد الزواج في قانون الجنسية المعدل بالأمر 05-01 وذلك تفعيلاً منه لمبدأ المساواة بين الجنسين، فقام بتوسيع نطاق الحقوق المتعلقة بالمرأة الناتجة عن عقد الزواج وذلك بمنحها الحق في إعطاء الجنسية لأبنائها مساواة مع الأب.

إن قيام المشرع الجزائري بإلغائه لتلك الحقوق تارة وإضافته لحقوق جديدة متعلقة بالمرأة إنما هو راجع لتأثره ببنود الاتفاقيات الدولية خاصة منها اتفاقية سيداو وسعيها منه لتحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين وعليه وجب علينا دراسة الحقوق الملغاة بموجب الأمر 05-02 (المطلب الأول) ثم التطرق لتوسيع نطاق حقوق المرأة بمنحها الجنسية لأبنائها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحقوق الملغاة بموجب الأمر 05-02

قام المشرع الجزائري بإلغاء كل من المادتين 38 و 39 من قانون الأسرة الجزائري،¹ إن هذه الحقوق متعلقة بحقوق خاصة بالمرأة، ولعل المشرع الجزائري عند إلغائه لهذه الحقوق قد سعى إلى تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين الذي أقرته وكرسته ولا زالت تدافع عنه اتفاقية القضاء على جميع

1 " للزوجة الحق في:

- زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف
- حرية التصرف في مالها " المادة 38 من قانون الأسرة الجزائري
- " يجب على الزوجة:

- 1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة
- 2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم
- 3- احترام والدي الزوج وأقاربه" المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري

أشكال التمييز ضد المرأة، فنجد المادة 38 منه كانت تنص على حق الزوجة في زيارة أهلها واستضافتهم بالمعروف، ضف إلى ذلك كانت تمنح الحرية للمرأة في التصرف في مالها، غير أن تلك الحقوق لم تلغ نهائيا إنما أعيد صياغتها في مواد أخرى حيث نجده أخرج حق زيارة الزوجة لأهلها واستضافتهم وتم ادراجها ضمن الحقوق المشتركة للزوجين المنصوص عليه في المادة 7/36 من قانون الأسرة الجزائري، حيث أعطى لكلا الزوجين الحق في زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف فانقلبت من حق مخول للزوجة إلى حق مشترك للزوجين تكريسا لمبدأ المساواة بين الجنسين المنصوص عليه ضمن اتفاقية سيداو. ضف إلى ذلك نجده قد أدرج حرية المرأة في التصرف في أموالها ضمن المادة 1/37 منه¹ على أساس أنه لكلا الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج الآخر.

كما نجده أخرج حق احترام والدي الزوج وأقاربه المنصوص عليه ضمن المادة 3/39 وأدرجها هي الأخرى ضمن الحقوق المشتركة في المادة 5/36 حيث أنه بموجبها على كلا الزوجين حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

تجسيدا لمبدأ المساواة المنصوص عليه ضمن اتفاقية سيداو قمت بالتطرق إلى هاته الحقوق ضمن المبحث الأول من الفصل الثاني.

أما عن حق الطاعة وحق الإرضاع فقد قام المشرع الجزائري بإلغائها نهائيا من قانون الأسرة ولعل هذا راجع إلى أن حق الطاعة والقوامة والارضاع يتنافى مع ما كرسته اتفاقية سيداو، فمن الحقوق الملغاة بموجب الأمر 02-05 نجد حق الطاعة (الفرع الأول) بالإضافة إلى حق القوامة (الفرع الثاني) وكذا حق الارضاع (الفرع الثالث)

الفرع الأول: واجب طاعة الزوجة للزوج

إنه من بين الركائز التي تبنى عليها العائلة وتتجج " الطاعة الزوجية " فقد أولتها الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا لما لها من دور فعال في بناء الأسرة والتي بتوفرها يسود العائلة الهدوء وتستمر الحياة في استقرار.

ولما لهذه الأخيرة من أهمية وجب عليا التطرق إلى تعريف الطاعة والهدف منها (أولا) ثم إلى الأسس القانونية الموجبة لحق الطاعة (ثانيا) وصولا إلى حدود حق الطاعة (ثالثا).

1 " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر "

أولاً: تعريف الطاعة والهدف منها

سأنتقل إلى تعريف الطاعة لغة (1) ثم أنتقل إلى الهدف من وجوب الطاعة الزوجية (2).

1- تعريف الطاعة:

أ- تعريف الطاعة لغة:

الطاعة في اللغة هي الانقياد والموافقة إذ يقال أطاعه وأطاع له، إذ انقاد له، فإذا فُضي لأمره فقد طاعه والطاعة اسم من أطاعه طاعة.¹

ب- تعريف الطاعة اصطلاحاً:

" اتفقت تعاريف الفقهاء للطاعة من حيث المعنى، وإن اختلفت من حيث اللفظ، وقد عرفوها بأنها موافقة الأمر، فعل المأمورات ولو ندبا وترك المنهيات، الإتيان بالمأمور به والانتهاز عن المنهي عنه.

وعلى ضوء هذه التعريفات يمكن تعريفها كالآتي: موافقة الزوج والامتثال له على الوجه الذي يقره الشرع ويحميه"²

ويمكن تعريفها أيضاً: " موافقة المرأة لزوجها باستجابتها لرغباته وطلباته، وطلب مرضاته في غير معصية الله تعالى ".³

2- الهدف من وجوب الطاعة الزوجية

وجوب طاعة المرأة لزوجها بالمعروف بما يأمرها به الزوج في حدود استطاعتها وما تقتضيه الشريعة الإسلامية، وهذه الطاعة أمر طبيعي تقتضيه الحياة المشتركة بينهما، ولا شك أن طاعة الزوجة لزوجها يحفظ كيان الأسرة من التصدع والانحيار، وتبعث إلى محبة الزوج القلبية لزوجته وتعمق رابطة التآلف والمودة بين أعضاء الأسرة وتقضي على آفة الجدل والعناد التي تؤدي في الغالب إلى المنازعة والخلاف.⁴

1 ابن منظور، " لسان العرب "، المرجع السابق "، ص 9.

2 ربيعة إلغات، " المرجع السابق "، ص 191 و192.

3 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 62.

4 ربيعة إلغات، " المرجع السابق "، ص 193.

ثانيا: الأسس القانونية الموجبة لحق الطاعة

بمجرد أن يتم إبرام عقد الزواج بين الرجل والمرأة، ويقوم الزوج بدعوة زوجته إلى بيت الزوجية فإنه على المرأة أن تطيع زوجها.¹

يعتبر حق الطاعة من حقوق الزوج التي أجازتها مختلف التشريعات منذ القدم، والتي ألزمت الزوجة به بصفة مطلقة وفي جميع الأمور، ليكون الزوج هو الأمر الناهي فيما تلتزم هي بالطاعة والامتثال فحسب، غير أن الشريعة الإسلامية تبنت هذا الواجب مع تهذيبه وتحديد ضوابطه، وقد كان المشرع الجزائري يتبناه أيضا قبل التعديل في المادة 39 منه، مما عرضه لانتقادات شديدة ومطالبات بحذفه، لأنه اعتبر تسليطا للرجل على المرأة، وأنه متناقض مع هدف إنشاء العلاقة الزوجية المبنية على الاحترام المتبادل والتعاون من أجل بناء الأسرة وهو ما حاول تجنبه عند تقنين الأسرة في 2005، حيث حذف المادة 39 وأعاد ترتيب حقوق الزوجين دون الإشارة إلى حق الطاعة مما يوحي بأنه قد ألغاه خاصة في ظل عدم منح رئاسة الأسرة للزوج، غير أن هذا غير صحيح لأنه لم يبلغه بنص صريح بل ألغى المادة التي كانت تتناولها وسكت عنه مما يجعلنا نلجأ إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا في حالة السكوت إلى الشريعة الإسلامية التي تلزم الزوجة بطاعة زوجها.²

إذن في إطار واجب الطاعة نجد الجزائر قد تحفظت على المادة 15 فقرة 4 من اتفاقية سيداو بقولها : " تعلن الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنه لا يجب تفسير أحكام الفقرة 4 من المادة 15 لاسيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مقر إقامتها ومسكنها بمفهوم يتعارض مع أحكام الفصل الرابع من قانون الأسرة الجزائري، أي أن حق المرأة في التنقل مرتبط بواجبها في طاعة زوجها، إلا أنه ألغى واجب الطاعة، مما يؤكد بأن المشرع قد تراجع بصفة غير مباشرة على تحفظه على المادة 15 فقرة 4.³

ثالثا: حدود الطاعة

يقتضي حق الطاعة التزام الزوجة بالانقياد والموافقة للزوج فيما يتعلق بالحقوق الزوجية إلا أن هذا الانقياد لا يعني الاستجابة لكل ما هو مطلوب وإنما هو طاعة لما هو مباح⁴ وذلك لقوله صلى

1 ربيعة إلغات، " المرجع السابق "، ص 193

2 فايزة مخازني، " المرجع السابق "، ص 114 و 115.

3 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 65.

4 نفس المرجع، ص 62 و 63.

الله عليه وسلم (السمع والطاعة على المرء فيما أحب وكره، مالم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة)¹، إضافة إلى ذلك فإن الطاعة يجب أن تكون في شؤون الحياة الزوجية ولا تتجاوزها إلى ما يتعلق إلى أمور المرأة الخاصة كتصرفها في مالها بما تراه أصلح لها، حيث إنه ليس لزوجها الحق في أن يطلب منها أن تتصرف بمالها على نحو خاص يرغب هو فيه.²

ووجوب حق الطاعة ثابت في الكتاب لقوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَّمْنَنَ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَّمْنَنَ دَرَجَةً وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾³، أي ولهن على الرجال من الحق مثل ما للرجال عليهن فليؤد كل منهما إلى الآخر ما يجب عليه بالمعروف وقوله تعالى: ﴿ وَلِلرِّجَالِ عَلَّمْنَنَ دَرَجَةً ﴾ أي في الفضيلة والخلق، والمنزلة وطاعة الأمر، والإنفاق، والقيام بالمصالح، والفضل في الدنيا والآخرة، وقوله: ﴿ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ أي عزيز في انتقامه ممن عصاه أو خالف أمره، حكيم

في أمره وشرعه وقدره، إضافة إلى أن الله تعالى أمر بتأديب الزوجات عند عدم الطاعة ونهى عن ذلك بقوله في الآية 34 من سورة النساء: ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴾ وهو ما يدل على لزوم طاعة الزوجة لزوجها⁴، ومن السنة النبوية قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لو كنت أمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها)⁵، وعليه فلو صح السجود لغير الله لكانت المرأة مأمورة به، مما يوحي بأنها مأمورة بطاعة زوجها فيما يطلبه منها.⁶

ومن بين أهم الأمور التي تبين حدود حق الطاعة الزوجية نجد منها القرار في البيت (1) والحفاظ على حرمة البيت (2).

1- القرار في البيت:

إن قرار المرأة في بيت زوجها الذي أعده لها بعد أن أوفاهها معجل مهرها، وكان مسكنا شرعيا تتوفر فيه أسباب الراحة والاستقرار وعدم خروجها منه إلا بإذنه حق من الحقوق التي رتبها الشارع

1 رواه البخاري برقم 6725.

2 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 62 و 63.

3 سورة البقرة الآية 228 .

4 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 63 و 64.

5 رواه ابن ماجه (1853).

6 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 63 و 64.

على عقد الزواج، فعقد الزواج رابطة تتضمن تعهد كل من الزوجين بالقيام بكل مطالب الزوجين، منها ما يقتضي قرار الزوجة في المنزل حتى تستطيع التفرغ لما شرع له الزواج من انجاب الأولاد والعناية بهم وتوفير وسائل الراحة لهم ولزوجها.

والخطأ الفادح هو أن تهجر المرأة بيتها وتهمل رسالتها وتعتقد أن حريتها ناقصة إذا حيل بينها وبين الخروج من البيت كما نشاء. فهذه هي الفوضى التي تحطم دعائم الأسرة وتضر بالمرأة، وعلى المرأة المسلمة أن لا تقلد غيرها وتتحرّف في تيار الانحلال الأخلاقي باسم العصرية أو التطور الحضاري ويمكن القول أن حق القرار في البيت ليس حكما على الزوجة بالحبس وحرمانها من الحياة خارجة البيت، وإنما يفضي هذا الحق إلى تنظيم مسؤوليات الأسرة وتأكيد مفهوم القوامة وأن تؤدي رسالتها على أكمل وجه، وما أعظم من رسالة التنشئة والتربية وليس كالأم من يقوم لها.¹

2- الحفاظ على حرمة البيت

من حق الزوج على زوجته أن تأذن لأحد بدخول بيت الزوجية إلا بناء على إذن مسبق من طرف زوجها، فمما لاشك فيه أن للبيت حرمة ينبغي على الزوجة الصالحة مراعاتها والمحافظة عليها، والتي لا تأذن دخول بيت الزوجية إلا من يرتضيه زوجها وخاصة أثناء غيابه²، ومستند هذا الحق قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، وتأذن في بيته إلا بإذنه.)³ ويدل هذا الحديث على أنه ليس للمرأة أن تدخل أحد بيت زوجها رجلا كان أو امرأة، إلا بإذنه فإذا علمت بأن زوجها يكره دخول أحد إلى منزله، فوجب عليها عدم إدخاله، حفاظا على العلاقات الطيبة بينها وبين زوجها واستدامة العشرة بينهما.

ويجب على الزوجة أن تستأذن لمن تريد الدخول من النساء إلى بيت الزوجية، لأن الحديث الشريف يشمل النساء كما يشمل الرجال، وذلك للزوم إذن الزوج، فإذا لم يحصل هذا الإذن صراحة أو ضمنا لم يجز لها أن تأذن لهن، ويدخل نطاق هذا الحديث الشريف أقارب الزوجين من غير المحارم كأخ الزوج أو ابن عمه أو أبيه، وكابن عم الزوجة وابن خالها. فلا يجوز لها أن تأذن لهم بدخول البيت الزوجية أثناء غياب زوجها.⁴

1 ربيعة إلغات، " المرجع السابق "، ص 198.

2 نفس المرجع، ص 198 و 198.

3 رواه البخاري برقم 4899.

4 ربيعة إلغات، " المرجع السابق "، ص 198 و 198.

حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ الْخَلَّالُ ، حَدَّثَنَا الْحُسَيْنُ بْنُ عَلِيٍّ الْجُعْفِيُّ ، عَنْ زَائِدَةَ ، عَنْ شَيْبِ بْنِ غَزْدَةَ ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْأَحْوَصِ ، قَالَ : حَدَّثَنِي أَبِي ، أَنَّهُ شَهِدَ حَجَّةَ الْوَدَاعِ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَحَمِدَ اللَّهَ ، وَأَثْنَى عَلَيْهِ ، وَذَكَرَ وَوَعَّظَ ، فَذَكَرَ فِي الْحَدِيثِ قِصَّةً ، فَقَالَ : " أَلَا وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا ، فَإِنَّمَا هُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ لَيْسَ تَمْلِكُونَ مِنْهُنَّ شَيْئًا ، غَيْرَ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ، وَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ، أَلَا إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا ، وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا ، فَأَمَّا حَقُّكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ ، فَلَا يُوطِئُنَّ فُرُشَكُمْ مَنْ تَكْرَهُونَ ، وَلَا يَأْذَنَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِمَنْ تَكْرَهُونَ ، أَلَا وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ ، أَنْ تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ " . قَالَ أَبُو عِيسَى : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ : عَوَانٌ عِنْدَكُمْ يَعْنِي : أَسْرَى فِي أَيْدِيكُمْ ¹.

استنتاج:

إذا كان علينا أن نسلم بأن الأسرة هي الخلية الأساسية لنمو المجتمع وبنائه على قواعد تعتمد على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة ونبذ الآفات الاجتماعية كما ورد ذلك في المادتين الثانية والثالثة من قانون الأسرة ، وإن من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون فإن ذلك لا يأتي للزوجين إلا بالاعتراف لأحدهما بحق الاشراف على هذه الأسرة ورعايتها وإطاعته فيما يأمر به أو ينهى عنه في إطار ما أمر به الله تعالى وما نهى عنه، وإن الشخص المؤهل لتحمل المسؤولية عن إدارة الأسرة ورعايتها طبيعيا وقانونيا هو الزوج، وهو الذي تجب طاعته لأنه لا يمكن تصور مجتمع ما، مهما قل عدد أفراده دون أن يكون له رئيس مسؤول يرجع إليه عند الحاجة ويؤخذ برأيه في الملمات، ولذلك فإنه من حق الزوج على زوجته أن تطيعه وأن تحترم رأيه طالما كان رأيه شرعيا وقانونيا، وإن حق طاعة الزوج على زوجته لا ينفي أبدا أن تستشار هي أيضا فيما يتعلق بمصالح الأسرة والحفاظ على ترابطها، وأن يكون رأيها رأيا معتبرا يستعين به الزوج في اتخاذ قراراته كرئيس أسرة.² وهذا هو المقصود من الآية ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾³.

1 جامع الترمذي برقم 1079

2 عبد العزيز سعد، " الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري "، الطبعة الثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية،

1996، دار هومه للنشر والتوزيع -الجزائر- ص 203

3 سورة النساء الآية 34 .

وما يمكننا قوله أنه لا بد على الزوجة الامتثال لأوامر الزوج وطاعته ماعدا الأمور التي فيها معصية للخالق، كما يقول صلى الله عليه وسلم (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق) ¹ وقوله أيضا (الطاعة في المعروف) ²

إذن فالطاعة واجبة على الزوجة اتجاه زوجها، وما يمكن قوله أن إلغاء المادة التي كانت تنص على حق الطاعة بدون معنى، لأنه وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فإن حق الطاعة مكرس ومضمون. وهذا طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي فتحت لنا مجالا للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل مسألة لم يرد عليها نص. والملاحظ أن المشرع الجزائري قام بإلغائها نتيجة تأثيره بينود اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وسعيا منه لتحقيق مبدأ المساواة الذي كرسه الاتفاقية.

الفرع الثاني: حق القوامة

سأتطرق الى تعريف القوامة (أولا) ثم إلى تكريس حق القوامة في الشريعة الإسلامية (ثانيا) ثم إلى الآثار المترتبة عن مسألة القوامة (ثالثا).

أولا: تعريف القوامة:

1- تعريف القوامة لغة:

" القوامة في اللغة من قام على الشيء يقوم قياما: أي حافظ عليه وراعى مصالحه، ومن ذلك القيم وهو الذي يقوم على شأن شيء ويليّه، ويصلحه، والقيم هو السيد وسائس الأمر، وقيم المرأة هو زوجها أو وليها لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج، والقوام على وزن فعال للمبالغة من القيام على الشيء، والاستبداد بالنظر فيه والرعاية والحفظ ". ³

2- تعريف القوامة اصطلاحا:

تعرف القوامة في الاصطلاح الشرعي على أنها قيام الزوج على زوجته بالحماية والرعاية والحفظ. ⁴

1 المحدث: الدارقطني- المصدر: تاريخ بغداد - 362/3

2 أخرجه البخاري (4340) ، ومسلم (1840)

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

4 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 65.

ثانيا: تكريس حق القوامة في الشريعة الإسلامية

إن مسألة القوامة أعطت وبصورة تتماشى مع الفطرة والتكوين الجسدي، فكل منهما له مميزات تخصه، فالمرأة وهبها الله أشياء لا توجد في الرجل والرجل وهبه الله أشياء لا توجد في المرأة.¹ فنجد مسألة قوامة الرجل على المرأة قد أسالت الكثير من الحبر، واعتبر ذلك انتهاكا لحقها وتعديا على شخصها، والحقيقة أن بيت الزوجية أشبه بإدارة حكومية تتمثل فيها جميع المصالح، وهي تتطلب مديرا حازما يقطا، مضطلعا بمسؤوليته، أمينا على مائتته عليه، ولا يستطيع القيام بهاته المهمة إلا رجلا.²

جعل الله عز وجل الرجال قوامين على النساء بما أودع الله فيهم من قوة بدنية وعقلية فالرجل هو الذي يرفع شؤون البيت، فهو الذي يقوم بالإنفاق ويدفع الصداق ويتولى مصاريف التمرس والعلاج إن اقتضت الضرورة إلى ذلك، وتحمل كل المشاق فلا عجب أن جعل الله القوامة والمسؤولية في إدارة وتسيير البيت للرجل.³ قال الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁴.

وقد نبه الله سبحانه وتعالى في آية أخرى إلى دور المرأة، أن لديها من حقوق وعليها من مسؤوليات ما للرجل. فقد جعل للرجل عليها درجة يتميز ويختص بها وهي القوامة.⁵ فقال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁶

وتظهر قوامة الرجل عندما تختلف وجهات النظر، وأما في الأمور العادية فكل منهما مسؤول عن الأسرة في حدود مسؤوليته، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " كلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته، فالإمام راع، وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله، وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها، وهي مسؤولة عن رعيته "، هذا ونجد الإسلام قد جعل رئاسة الرجل في البيت مبنية على

1 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "، المرجع السابق "، ص 164.

2 محمد حيدرة، " مركز الرجل والمرأة في الحياة الأسرية " - دراسة لمبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية - مقال منشور بمجلة الحقيقة العدد 43 لسنة 2018، ص 203.

3 ربيعة إلغات، " المرجع السابق "، ص 194.

4 سورة النساء الآية 34.

5 ربيعة إلغات، " المرجع السابق "، ص 195.

6 سورة البقرة الآية 228.

التشاور وليست استبدادية كما يظن البعض، وهذه الرياسة في الحقيقة يجب أن تقوم على المحبة والمودة والتعاون وتبادل الرأي، والاحترام المتبادل، ولم ينص القانون الجزائري في التعديل الجديد على أي حق يختص به الزوج اتجاه زوجته، بعد أن كان حق الطاعة مجسد في المادة 39 الملغاة.¹

فلما كانت مسؤولية البيت بحكم الله تعالى مسندة للرجل، كانت الطاعة واجبة على الزوجة في المعروف الذي لا يكون فيه معصية لله ولا انتهاك حدوده وبين الله سبحانه وتعالى هذه الطاعة في قوله في الآية 34 من سورة النساء: ﴿فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَیْهِمْ سَبِيلًا﴾ سئل عليه الصلاة والسلام أي النساء خير؟ فقال (الذي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر) فتمام طاعة استحققت في أن تؤدي الأمر بكل سرور ورضى، أما إذا أدته متبرمة متأسفة يعلو وجهها العبوس والغضب في أمارات الكراهية والضيق، فإن هذه الطاعة كعدمها، فإن القوامة هنا هي أن يتصرف فيها المروءوس بإرادته مراقبا في أعماله من مرشده، وليس معنى القوامة أن يكون المروءوس مقهورا لا يعمل إلا ما يطلبه منه رئيسه، فهذا الأمر لا غضاضة فيه على المرأة، وليس فيه انتقاص من حقها بأنه تقرير لأمر واقع تسلم به العقول النيرة والفضيلة السليمة، ففي الرجال قوة في النفس والطبع ما ليس في النساء، وهي قوامة مقررة بحكم الواقع وتقرير الفطرة.²

ثالثا: الآثار المترتبة عن مسألة القوامة

يترتب عن مسألة القوامة ثلاث مسائل أساسية وهي:

نسب الابن لأبيه (1)، منح الجنسية للابن (2)، حق ولاية الاب على أبنائه القصر (3).

1- نسبة الابن لأبيه:

يقصد بالنسب الشرعي رابطة الدم والسلالة التي تربط الشخص بأصوله وفروعه وحواشيه، وتترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وبنوية، فنجد الإسلام قد وجه قسطا كبيرا من عنايته نحو تدعيم الأسرة وتخليصها من شوائب الضعف، وإحاطتها بما يكفل لها الصلاح والاستقرار، ولما كانت الأنساب هي قوامة القرابة في الأسر، ودعامة الرابطة بين أفرادها فقد حرص الإسلام على حمايتها من كل ما يؤدي إلى اختلاطها أو يومن حرمتها³ قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا

1 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "، المرجع السابق"، ص 164.

2 ربيعة إغاث، " المرجع السابق"، ص 195 و 196.

3سديد بلخير، " الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري " - دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، 1430 هـ/2009 م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر - ص 71 و 72.

وَصَهْرًا وَكَانَ رُبُّكَ قَدِيرًا¹، فالمحافظة على النسب من الأمور الجبلية، ولن تجد إنسانا إلا وهو يحب أن ينسب إلى أبيه وجده، كما أن كل إنسان يحب أن يكون إليه أولاد ينسبون إليه ويقومون بعده مقامه ويحفظون اسمه، واستقراء مقصد الشريعة الإسلامية في النسب يرشدنا إلى أنها تهدف إلى نسب لا شط فيه ولا محيد به عن طريق النكاح بخصائصه المتقدمة، لذلك اهتمت الشريعة بإبطال الروابط التي من شأنها أن يتطرق الشك إليها.²

إن الشريعة الإسلامية وضعت ضوابط محددة لحماية حق الطفل في ثبوت نسب الطفل من أبيه وأمه، فأوضحت أن ثبوت نسب الطفل من أمه يتم بمجرد ولادته دون حاجة إلى إثبات سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد، أو من غير زواج أصلا كالولادة من سفاح أو من دخول بشبهة، ومتى ثبت النسب بالولادة كان لازما فلا يمكن نفيه بعد ذلك، أما ثبوت النسب من أبيه فيثبت بواحد من ثلاث أمور: الفراش، الإقرار، والبينة.³

1 سورة الفرقان الآية 54.

2 سديد بلخير، " المرجع السابق "، ص 72.

3 يثبت النسب بالفراش في الزواج الصحيح، والمراد الزوجية القائمة وقت ابتداء الحمل فمن حملت وكانت حين حملها زوجة، فإن هذا الحمل ينسب لزوجها الثابتة زوجيتها به وقت حملها دون حاجة إلى بيينة منها أو إقرار منه وهذا النسب يعتبر شرعا ثابتا بالفراش، ومع ذلك هناك أمور وجب مراعاتها حتى ينسب الولد للفراش وهي: إمكانية حمل الزوجة من زوجها، أقل مدة حمل، أقصى مدة حمل.

- إمكانية حمل الزوجة من زوجها تأتي بأن يكون هذا الزوج بالغا وقادرا على التلقيح الجنسي بزوجه .

أما عن أقل مدة حمل فالفقهاء متفقون على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وذلك لقوله تعالى في الآية 15 من سورة الأحقاف ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ وقوله تعالى في الآية 14 من سورة لقمان ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ فإن الآية الأولى قد حددت مدة الحمل والفظام ثلاثين شهرا، وحددت الآية الثانية مدة الرضاعة وهي عامين فيكون الباقي من إجمالي المدة ستة أشهر وهي أقل مدة يمكن أن يتكون فيها الجنين وتتميز أعضاؤه ويولد بعدها حي. ولقد اتفق الفقهاء على أنه أقصر مدة للحمل هي ستة أشهر.

- أما عن أقصى مدة للحمل فقد اختلف الفقهاء حول ذلك، فذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة للحمل هي سنتان. وذهب المالكية والشافعية إلى أن أقصى مدة حمل هي أربع سنوات يثبت النسب بالإقرار، والإقرار هو الإخبار بما عليه من الحقوق، والإقرار بالنسب نوعان:

- إقرار ينسب على المقر، وهو الإقرار بقرابة لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، وهي: الأبوة والبنوة والأمومة.
- إقرار ينسب على غير المقر، وهو الإقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، كما إذا أقر شخص لآخر أنه أخوه أو عمه، وبعبارة أخرى إقرار فيه تحميل النسب على الغير.

أما عن نسبة الابن لأبيه في الاتفاقيات الدولية وقانون الأسرة الجزائري فإن الطفل ينسب لأبيه عند المشرع الجزائري بالزواج الصحيح، وعليه لم يطرأ أي تغيير على ذلك ، وهي من الأمور التي تجعل الجزائر متمسكة بالتحفظ على المادة 16 من اتفاقية سيداو، والتي تمنح الزوجة الحق في نسبة ابنها إليها ، وبمفهوم المخالفة فإن هذه الاتفاقية تعترف بولد الزنا وتلزم الدول بعدم حظر مثل هذه الأمور، الأمر الذي يخالف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة المستتب من مبادئها. لأنه بنسبة الابن لأمه فإنه يعتبر الابن بذلك ولدا غير شرعي. وبالتالي فإن اعتبارات البنوة هنا تعتبر كسبب كافي لتبرير حظر الزنا.

وفي إطار تمسك الجزائر بالتحفظ على المادة 16 نجد أن الرجل بمجرد العقد على امرأته فإنه يمنحها قانونا وشرعا اسمه العائلي مع احتفاظها باسمها الأصلي وهو ما يخالف اتفاقية سيداو التي تنص في مادتها 16 أنه: "... نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة..." اذ تعلق لجنة القضاء على التمييز على هذا النص قائلة: "... ينبغي أن يكون لكل من الشريكين الحق في اختيار اسمه الذي يحافظ به على فرديته وهويته في المجتمع المحلي، ويميزه عن غيره من أفراد المجتمع، وعندما تضطر المرأة بموجب القانون أو العرف إلى تغيير اسمها عند الزواج أو عند فسخه، فإنها تحرم من هذه الحقوق".¹

2- منح الابن جنسية الأب:

فيما يتعلق بالجنسية فقد كان قانون الجنسية يمنح للابن جنسية أبيه فقط، إلا أن الجزائر تراجعت عن ذلك، من جهة عن طريق تعديل الأمر 89/70 المتضمن قانون الجنسية بموجب الأمر 01/05 المؤرخ في 2005/02/27، ونصه في المادة 07 فقرة 02 على أنه: " يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر...، الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون

=يثبت النسب كذلك بالبينة، ويقصد بالبينة شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرأتين عدول، فإذا ادعى شخص على آخر أنه ابنه أو أبوه، وأنكر المدعى عليه دعواه فإن للمدعي أن يثبت النسب الذي ادعاه بالبينة الكاملة.

الشحات ابراهيم المنصور، " المرجع السابق "، ص 29 ومايليها.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حدد أقل مدة حمل وأقصاها في نص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة."

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 69.

بيانات أخرى تمكن من اثبات جنسيته، ومن جهة أخرى، من خلال سحبها للتحفظ الوارد على المادة 09 فقرة 2² من اتفاقية سيداو بموجب الأمر الرئاسي 08-426 المؤرخ في 2018/12/28.¹

3- ولاية الأب على أولاده القصر:

بالتحدث عن حق الوالد في ولايته على أبنائه القصر فإن المشرع الجزائري نجده قد أبقى على هذا الحق وهذا ما جاء في نص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري ، ولكن بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005 قد أضاف فقرتين حيث تنص الفقرة الثانية: " ... وفي حالة غياب الأب أوحصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة ... " ترى بذلك أنه قد أعطى للأم كذلك حق الولاية على أولادها في حال غياب الأب أو حصول مانع له وذلك بهدف استحداث المسؤولية العائلية المشتركة.²

الفرع الثالث: حق الإرضاع

اهتمت الشريعة الإسلامية بالطفل اهتماما بالغاً، وأفردت له أحكاماً لا نظير لها في القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية، فوجد الإسلام قد اهتم بالمعاملة الحسنة والتربية السليمة للطفل واعتبرها نوعاً من العبادة وجعل لها حيزاً كبيراً من التشريعات والحقوق التي تكفل حماية الطفل من سوء المعاملة والإهمال، سواء ما ورد منها في القرآن الكريم أو في السنة النبوية أو ما استنبطه الفقهاء المجتهدون، وسواء ما كان منها على نطاق الأسرة أو على نطاق المجتمع. وهذه الحقوق التي أوجبها الشريعة الإسلامية على نطاق الأسرة تتنوع على حسب ورودها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة إلى نوعين: حقوق مالية وحقوق معنوية تسبق مولد الطفل فتواكب نشأته وتستهدف حفظ بدنه ونفسه وصحته وإنماء ذهنه وتحسين خلقه، حتى يبلغ الحلم ويتحمل تبعات التكليف الشرعية بالإيمان والعمل الصالح، فيساهم في تطوير مجتمعه وتحقيق الخير لذاته وأمته، وتشمل حقوق الطفل المعنوية في الشريعة الإسلامية خمس حقوق وهي الحق في النسب، الحق في الرضاع، الحق في الحضانة، الحق في النفقة، الحق في الولاية.³

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 70.

2 نفس المرجع، نفس الصفحة.

3 ابراهيم صبري الأرناؤوط، " حقوق الطفل والمرأة في الإسلام والاتفاقيات والمعاهدات الدولية "، - دراسة فقهية مقارنة - جامعة المجمعية - السعودية- ص 2 و3.

وما يهمننا هنا حق الارضاع وسأنتطرق إلى حق الرضاع في الشريعة الاسلامية (أولا)، ثم الى حق الإرضاع في قانون الأسرة الجزائري وتأثير الاتفاقيات الدولية على إلغائه (ثانيا).

أولاً: حق الرضاع في الشريعة الاسلامية

من حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية هو إرضاع الطفل، أي تغذيته بواسطة حليب أمه، ولما كانت الأم هي أقرب الناس إلى ولدها وتعتبر أيضاً أشفق الناس عليه من سواها، وعليه فإنها أحق من غيرها بإرضاعه متى أرادت ذلك، ومن الخير والمصلحة للطفل أن ترضعه أمه بنفسها لكونها أكثر الناس حناناً ورفقاً واهتماماً به، وليس للأب أن يمنعها من ذلك، لأن حق التربية والعناية به ثابت لها وفي انتزاعه منها وإعطائه لمرضعة غيرها فيه مضار لها مادامت تريد إرضاعه بنفسها.¹ قال تعالى: (لا تضار والدة بولدها).²

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد اختلاف فقهي بين المذاهب حول وجوب الإرضاع بالنسبة للأم، فبالنسبة للمالكية قال أبو بكر ابن العربي: (هو - أي الرضاع - عليها - أي الأم - في حال الزوجية، وهو عليها إن لم يقبل غيرها، وهو عليها إذا عدم الأب لاختصاصها به.) ومنه على الأم الإرضاع عند المالكية في حال قيام الزوجية، إذا كانت في عدة طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى، في حال انعدام الأب أو لم يقبل غيرها رضاعه.

أما المذهب الشافعي فقال بن حجر العسقلاني - وهو شافعي - في قوله تعالى في الآية 06 من سورة الطلاق ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسْتَزَوُّعٌ لَهُ أُخْرَى﴾.

(وإن تعاسرتم فستزوع له أخرى)، أن: (فيها الإشارة إلى أن الارضاع لا يتحتم على الأم)، أي أن الأم ليست ملزمة بإرضاع الولد.

أما بالنسبة للحنابلة قال ابن قدامة: (رضاع الولد على الأب وجده، وليس له إجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة).³

أما الحنفية فذهبوا إلى أن الارضاع يجب على الأم في ثلاث حالات، إذا لم يكن للطفل ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة بإرضاعه، إذا لم توجد من ترضعه غيرها بأجر أو بغير أجر وإن كان للأب أو للابن مال، إذا وجدت مرضعة ولكن الطفل لا يقبل غير ثدي أمه.

1 ابراهيم صبري الأرناؤوط، المرجع السابق، ص 4.

2 سورة البقرة الآية 233.

3 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 71.

والرأي الراجح هو أن: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾ - الآية 233 من سورة البقرة -، وأن لا ضرر ولا ضرار فالرضاع حق واجب للطفل وهذا لقوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ ، فحق الولد هنا مقدم على كل حق، قال محمد بن مسلم بن شهاب الزهري: (نهى الله ان تضار والدة بولدها وذلك أن تقول الوالدة لست مرضعته وهي أمثل له غذاء وأشفق عليه وأرفق به من غيرها فليس لها تأبى بعد أن يعطيها من نفسه ما جعل الله عليه).

وعليه فإن الإرضاع واجب على الأم ولكن عند الاستطاعة، وذلك لأن الأم هي أقرب الناس لولدها وحليبتها هو أفضل غذاء له وهو جزء من حنانها لذا لا يجوز لها حرمانه من هذا الحنان.¹

ثانيا: حق الارضاع في قانون الأسرة الجزائري وتأثير الاتفاقيات الدولية على إلغائه

كان حق الإرضاع مخول في قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري وذلك بموجب نص المادة 39 منه² وبتعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02 فانه تم إلغاء المادة 39. فعلى اعتبار أن الارضاع حق للطفل وواجب يقع على عاتق الأم فانه قد ألغي وتم الاستغناء عنه، ولعل هذا الإلغاء جاء نتيجة للمصادقة على اتفاقية سيداو ومحاولة تكييف نصوص قانون الأسرة بما يتوافق ومبدأ المساواة بين الجنسين، وأهم أهداف هذا الإلغاء هو تكريس مبدأ المساواة في العمل وحرية المرأة في ذلك، حيث أن للمرأة الخروج للعمل دون أن تكون ملزمة بإرضاع ابنها فلها أن تستغني عن حليبها وتستبدله بالحليب الاصطناعي، أما ثاني أهداف الاستغناء عن الإرضاع هو المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بالأولاد وتربيتهم، حيث بعدم إلزام الأم على إرضاع الأولاد وكذا إمكانية استبدال حليبها بالحليب الاصطناعي فلأب كذلك أن يرضعهم، فيكون بذلك على حد سواء من حيث واجبهما نحو أبنائهما فيصبح واجب الإرضاع واجبا مشتركا بين الأب والأم.³

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 71 وما يليها.

2 " يجب على الزوجة:

1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.

2- ارضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم.

3- احترام والدي الزوج وأقاربه. " المادة 39 ملغاة بموجب الأمر 02/05 الصادر المؤرخ في 18 محرم 1426

هـ/الموافق ل 27 فبراير/2005 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 73.

المطلب الثاني

توسيع نطاق حقوق المرأة بمنحها الجنسية لأبنائها

كل شخص لديه جنسية ، باستثناء الحالة الاستثنائية للأشخاص عديمي الجنسية، فالجنسية عنصر هام لتحديد الهوية تستمد منه العديد من الحقوق والالتزامات ، مثل حق الإقامة وحق التصويت أو الوصول إلى بعض المسابقات وبعض المهن.¹

منذ الاستقلال عكفت الجزائر على تأسيس دولة تقوم على أساس العدالة الاجتماعية والمشاركة الوطنية واحترام حقوق الأفراد وحريات الأساسية، ومختلف الدساتير الجزائرية كرست وأعلنت هذه المساواة انطلاقاً مما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وميثاق الأمم المتحدة.

إلا أن مبدأ المساواة بين الجنسين يختلف من دولة إلى أخرى وليس له مفهوم واحد محدد وعالمي، فنجد بعض الدول تساوي في الحقوق والواجبات بين الجنسين في جميع الميادين ومنهم من تقرر بمبدأ المساواة وتتقيد في بعض الأحيان ببعض القيود التي تفرضها عليها العادات وتقاليد المجتمع والبيئة المعاشة، وكذلك يوجد نوع آخر من الدول التي تعترف وتقرر بمبدأ مساواة المرأة مع الرجل في حدود أحكام الشريعة الإسلامية، ونجد الجزائر قد صادقت على الاتفاقية، فنجدها قد قامت بتعديل القانون أحكام القانون الداخلي.²

إن للتغيرات الطارئة على المجتمع ومواكبته للعصرنة وللاتفاقيات الدولية التي في جلها تندد بتحقيق المساواة بين الجنسين نجد المشرع الجزائري قد أضاف بعض الحقوق للمرأة ناتجة عن قيام الرابطة الزوجية ومن بينهم هذه الحقوق نجده قد كرس لها حق جديد وفي المساواة مع الرجل وهو الحق في منح الجنسية لأطفالهما كما نجده قد أعطى لها حق جديد في قانون الأسرة المعدل وهو منحها الحق في الولاية على الأبناء القصر.

لاشك أن الجنسية أصبحت تمثل في العصر الحديث لازمة من لوازم الفرد، وصار عدم انتماء الفرد إلى دولة معينة بمثابة حرمان له من العديد من الحقوق الأساسية اللازمة لحياته في

1 patricia vannier , " fiche de droit des personnes" , 2e édition, 2014, édition marketing s.a.2014, 32, rue bargue 75740, paris – France – p119.

2 هند مطاري، " المرجع السابق "، ص 96.

المجتمع،¹ وعليه فقد عرف قانون الجنسية منذ الاستقلال ثلاث تعديلات، الأول بعد استرجاع السيادة الوطنية سن قانون مؤرخ في 1963/03/27 تحت رقم 63-96 غير أن التحولات الاجتماعية التي عرفت الجزائر كان لها الأثر في إلغاء هذا القانون واستبداله بالأمر 70-86 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون الجنسية، وعلى ضوء هذه التحولات على الصعيد الوطني والدولي فبات من الضروري مسايرة التطور الذي عرفه المجتمع تماشياً مع الأنظمة

في مجال الجنسية لاستيعاب حالة المجتمع تماشياً مع الأنظمة في مجال الجنسية لاستيعاب حالة الأشخاص والتكفل بها، ف جاء الأمر 05-01 المؤرخ في 2005/02/27 يعدل ويتم الأمر 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري، ولعل للاتفاقيات الدولية دور هي الأخرى لسعي المشرع الجزائري لمواكبة العصرنة وعليه فسأنتطرق إلى تعريف الجنسية (الفرع الأول) ثم إلى تقييد مبدأ المساواة بين الجنسين في منح الجنسية للأطفال في ظل الأمر 70-86 (الفرع الثاني) ثم إلى حق المساواة بين الجنسين في منح الجنسية للأطفال في ظل الأمر 05-01 (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الجنسية

هي رابطة سياسية وقانونية تنشئها الدولة بقرار منها تجعل الفرد تابعا لها أي عضو فيها² حيث ضمنت الاتفاقيات الدولية حق الطفل في اكتسابه الجنسية وهذا ما نجده مخول في نص المادة 07 من اتفاقية حقوق الطفل.³

والجنسية حق هي حق أساسي لأنه يخلق صلة رسمية بين الفرد والدولة، ويحدد التزامات الدولة تجاه رعاياها المتمثلة في حماية حقوقهم ومن هذا المنطلق، إذا كان هناك شخص عديم الجنسية فلا يعتبر جزء من أي دولة، وهذا الوضع قد تترتب عليه عواقب خطيرة تنصب على الرعاية القانونية

1 نور الدين بوسهوة، " المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية"، مقال منشور بمجلة دراسات وأبحاث، العدد 25، ربيع الأول 1438/ ديسمبر 2006، تصدر عن جامعة زيان عاشور، الجلفة - الجزائر، ص 65.
2 ليلي هواري، " حماية حق الطفل في الجنسية في التشريع الجزائري "، مقال منشور بمجلة القانون، العدد 07، ديسمبر 2016، تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة بغيلزان - الجزائر - ص 111.

3 " يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب الجنسية " المادة 07 من اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت في 1989/11/20، ودخلت حيز التنفيذ في 1990/09/02، انضمت إليها الجزائر في 1992/11/19.

والاقتصادية والاجتماعية لعدم الجنسية كونه ليس وطنيا أو أجنبيا، وأكدت المعاهدات الدولية على أهمية حق المواطنة من أجل تجنب هذا الوضع، وحظي بالذكر أن هذا الأمر ترك للدول من أجل تسوية وضع كل شخص ينتمي إليها، وذلك للقضاء على حالات انعدام الجنسية على نحو فعال، خاصة الأطفال، حتى يستفيد الطفل من الحماية الفعالة لحقه في الجنسية، وبالتالي التمتع الكامل بالحقوق التي تمنحها دولته، ومن واجب الدول أن تتخذ جميع التدابير المناسبة لمنع انعدام الجنسية كنتيجة طبيعية لحق كل فرد في التمتع بجنسية دولة ما، وهو ما أكدته خبراء في مجلس أوروبا، " الدول لديهم التزام دولي لمنع حالات انعدام الجنسية " ¹

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري وأثناء قيامه بتعديل قانون الجنسية بموجب الأمر 01-05 فإنه أدخل تعديلات جديدة على بنود قانون الجنسية حيث قام بتوسيع نطاق حصول الطفل على الجنسية وتكريسا لمبدأ المساواة المنصوص عليه في اتفاقية سيداو فإنه أعطى للمرأة على قدم المساواة مع الرجل الحق في منحها الجنسية للأبناء وهذا ما سنتعرف عليه لاحقا.

كما عرفت محكمة النقد الدولية في أحد أشهر أحكامها في قضية نوتوبوهوم في 6 أبريل 1955 بأنها رابطة قانونية تقوم على أساس روابط اجتماعية وواقعية وعلى التضامن في المعيشة والمصالح والمشارع، غير أن الفقه مجمع على أن الجنسية تمثل رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، فهي سياسية بالنظر لارتباط الفرد بوحدة سياسية تتمثل في الدولة، وبالتالي سوف تتميز الجنسية عن فكرة اجتماعية تخلق بها وهي فكرة الأمة أو القومية، وهي سياسية كذلك لأن أساسها سيطرة الدولة وسيادتها في تحديد ركن من أركانها وهو شعبها، كما أنها سياسية بالنظر إلى جملة الحقوق والواجبات ذات الصبغة السياسية والمتبادلة بين الفرد والدولة.

والى جانب كونها سياسية، فهي أيضا رابطة قانونية، أي انها علاقة تنشئها الدولة بالقانون، وهذا الأخير هو من يحدد من يستحق حمل الجنسية ويحدد الشروط الواجب توافرها للحصول على الجنسية ويبين مختلف الآثار القانونية المترتبة عليها، وبصفة عامة يتولى القانون التأطير القانوني للجنسية من بداية تكوينها إلى غاية فقدانها، وتأكيد الطابع القانوني للجنسية يجعلها تتميز عن الجنسية الواقعية، حيث تستند هذه الأخيرة إلى فكرة اجتماعية تعبر عن تبعية الفرد إلى جماعة من الناس. ²

1 ليلي هواري، " المرجع السابق "، 111 و 112.

2 صلاح الدين بوجلل، " محاضرات في مادة الجنسية "، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2013/2014، جامعة سطيف - الجزائر - ص 02.

الفرع الثاني: تقييد مبدأ المساواة بين الجنسين في منح الجنسية للأطفال في ظل الأمر 70-86.¹

يعتبر قانون الجنسية من التي بادرت الجزائر إلى تشريعها عقب الاستقلال وذلك بموجب القانون رقم 63-96 المؤرخ في 27 مارس 1963، حيث تميز هذا القانون بسهولة إجراءات اكتساب الجنسية الجزائرية ومن ثم جاء قانون 70-86 المؤرخ في 17 ديسمبر 1970 والذي كان بمثابة رد فعل على القانون السابق والذي شدد في إجراءات منح الجنسية الجزائرية، ويتضح هذا الأمر أننا قراءة نصوص هذا القانون لسيما منها ما تعلق بمنح المرأة الجنسية لزوجها أو لأبنائها.²

يكون التمتع بالجنسية الجزائرية بصفة أصلية عن طريق رابطة الدم أو رابطة الإقليم وإما بصفة لاحقة وهذا بفضل القانون أو عن طريق التجنس أو عن طريق الاسترداد، والجنسية الجزائرية الأصلية هي تلك التي تثبت للشخص منذ ميلاده حتى ولو أقيم الدليل عليها في تاريخ لاحق على الميلاد، ولا تحتاج لثبوتها تقديم طلب ولا لموافقة السلطة وتبني هذه الجنسية إما عن طريق حق الدم كأصل عام عن طريق حق الإقليم كاستثناء.³

ونظرا لشساعة الموضوع فإنني سأتطرق الى الجزء الذي يهمننا وقمت بحصر البحث في دراسة مدى توفيق المشرع الجزائري في تحقيق مبدأ المساواة بين الزوجين أي الأب والأم في منح الجنسية للأبناء، منه قمت بتقسيم هذا العنصر إلى اكتساب الأبناء الجنسية بواسطة الأب كأصل عام (أولا) وإلى اكتساب الأبناء الجنسية عن طريق الأم استثناء (ثانيا).

أولا: اكتساب الأبناء الجنسية بواسطة الأب كأصل عام

جاء في الفقرة الأولى من المادة 06 من قانون الجنسية ما يلي : " يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب، الولد المولود من أب جزائري..." وهذا مهما كانت جنسية أمه ومهما كان ميلاده فيعتبر بمثابة أصل عام، سواء كان الميلاد بالإقليم الجزائري أو بالخارج، ومهما كانت جنسية الأب سواء أصلية أو مكتسبة، فيأخذ الولد جنسية أبيه الجزائرية التي كان يحملها وقت ميلاد الولد ولو كانت جنسية الأب أجنبية عند حمل الأم به.

1 هند مطاري، " المرجع السابق "، ص 97.

2 محمد توفيق قادييري، ميلود بن حوحو، " المرجع السابق "، ص 278 .

3 هند مطاري، "المرجع السابق"، ص 98.

ولا يشترط لثبوت الجنسية الجزائرية الأصلية أن يكون الأب حيا فيكفي أن يكون متمتعاً بها عند وفاته، ولا يؤثر في ذلك كون أم الولد أجنبية لأن الولد يعتبر دائماً مولوداً لأب جزائري، وبكفي لثبوت الجنسية الجزائرية الأصلية أن تكون العلاقة الزوجية قائمة وقت الحمل بالولد لغاية الولادة وأما انقطاعها بعده فلا يؤثر في ثبوت الجنسية الجزائرية، وعليه فإن حدث الطلاق بين الزوجين في الفترة الممتدة بين الحمل والولادة فإن ذلك لا يؤثر في ثبوت الجنسية الأصلية للولد.

ولا تكفي ولادة الطفل من الجزائري حتى تثبت له الجنسية الجزائرية الأصلية، وإنما اشترط المشرع زيادة على ذلك ثبوت نسبه منه ثبوتاً قانونياً.¹

وتجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري نص في المادة 40 من قانون الأسرة على طرق ثبوت النسب، إما بالزواج الصحيح، أو بالإقرار أو بالبينة، أو بـنكاح الشبهة، أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول.² كما أنه يثبت نسب الابن وينسب لأبيه بالزواج الصحيح متى أمكن الاتصال بين الزوجين ولم ينفه بالطرق المشروعة،³ فيفهم من هذان النصان أنه لكي يثبت النسب وجب أن تكون العلاقة شرعية وما هو في إطار غير شرعي لا يثبت فيه النسب، وهذا ما استقر عليه القضاء، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبـنكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقاً سليماً للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - إذا الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي ينص عليها قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج وإثبات نسب البنات قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك، استوجب رفض الطعن.⁴

1 هند مطاري، "المرجع السابق"، ص 98 و99.

2 "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بـنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. "المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.

3 المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري.

4 قرار بملف رقم 74712 بتاريخ 1991/05/21، منشور بالمجلة القضائية العدد 2 لسنة 1994.

ثانيا: اكتساب الأبناء الجنسية عن طريق الأم استثناء

الحالات التي يمكن للأم منح الجنسية لأبنائها في ظل قانون رقم 70-68 منصوص عليها في الفقرتين 2 و3 في المادة 06 منه وتتمثل فيما يلي: حالة ما إذا كانت الأم جزائرية وأب مجهول(1) والحالة الثانية: إذا كانت الأم جزائرية وأب عديم الجنسية (2).

1- حالة ما إذا كانت الأم جزائرية وأب مجهول:

يقصد المشرع الجزائري بالأب المجهول، الأب غير المعروف قانونا بغض النظر عن كون هذا الأب معروفا من الناحية الواقعية ، وفي ذلك حماية للأبناء غير الشرعيين من البقاء بدون جنسية،¹ كما يأخذ الطفل جنسية أمه بناء على رابطة الدم حيث كان مكان الميلاد، ولأن المادة 6 لم تشترط أن يولد الطفل بالجزائر فحتى لو قامت الأم بولادته فوق إقليم دولة أخرى، فإنه تثبت له الجنسية، وحتى وإن كانت هذه الدولة تأخذ برابطة الإقليم، فالجنسية الأخرى لا تأخذ بعين الاعتبار.² وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 22 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

2- حالة ما إذا كانت الأم جزائرية والأب عديم الجنسية:

يقصد المشرع الجزائري في هذه الحالة أنه الأب موجود ومعروف ولكنه عديم الجنسية، ففي هذه الحالة نجد المشرع الجزائري يحمي الطفل من انعدام الجنسية فيمنحه الجنسية الجزائرية بمجرد ولادته من أم جزائرية.³

فنجد المشرع الجزائري منح للأم في هذه الحالة الحق في إعطاء جنسيتها لولدها، ذلك لأن اعتماد الجنسية على رابطة الدم من جهة الأب عديم الجنسية، ولتجنب ذلك لا مفر من الاعتماد على الدم من جهة الأم متى كانت جزائرية فيثبت لولدها الجنسية الجزائرية الأصلية، لكن في حالة ما إذا اكتسب الأب عديم الجنسية لجنسية دولته وبعد ميلاد ولده، فإنه في هذه الحالة يبقى الولد محتفظ بالجنسية الجزائرية وذلك بناء على رابطة الدم من جهة أمه فلا تتأثر باكتساب والده لجنسية دولته الأجنبية.⁴

1 محمد توفيق قادييري، ميلود بن ححو، " المرجع السابق "، ص 279 .

2 هند مطاري، " المرجع السابق "، ص 99.

3 محمد توفيق قادييري، ميلود بن ححو، " المرجع السابق "، ص 279 .

4 هند مطاري، " المرجع السابق "، ص 100.

كما نجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 07 فقرة 02 الحالات التي يكتسب فيها الجنسية الجزائرية بالولادة: " يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر، الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية ومن أب أجنبي نفسه الولد المولود في الجزائر...."¹

إن الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية ومن أب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر، إذ تسمى هذه الحالة بالميلاد المضاعف، بحيث نجد المشرع الجزائري قد جمع بين حق الدم من جهة الأم، وحق الإقليم من جهة الولد وأبيه، ويشترط لمنح الجنسية الجزائرية الأصلية وفقا لهذه المادة ثلاث شروط:

- أن تكون ولادة الطفل في الجزائر.
- أن تكون ولادة الأب في الجزائر
- أن تكون الأم جزائرية سواء كانت جنسيتها أصلية أو مكتسبة.

إذا وكقاعدة عامة يتضح لنا أن المشرع الجزائري منح الأب الحق المطلق في منح الجنسية لأطفاله، فلم يقيد المشرع بأية قيود ولا استثناءات، فبمجرد إثبات أن العلاقة الزوجية قائمة فلوالد الحق في منح جنسيته لولده، حتى وإن كانت الزوجة أجنبية، وحتى وإن ولد خارج الجزائر، إذا فيعتبر هذا هو الأصل، وأما في حالة عدم وجود الأب، فقد منح المشرع الجزائري للأم الحق في إعطاء جنسيتها لأطفالها كاستثناء وهذا ما اعتبرته لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تمييزا ضدها، لأن المشرع الجزائري لم يساوي بين الأب والأم في منح الجنسية للأطفال.²

الفرع الثالث: حق المساواة بين الجنسين في منح الجنسية للأطفال في ظل الأمر 05-01³

لقد قام المشرع الجزائري بتعديل المادة 06 من قانون الجنسية لسنة 1970 وذلك بموجب الأمر 05-01، حيث أصبحت المادة 06 تنص على أنه: " يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري وأم جزائرية"، فمن خلال هذه المادة يتضح لنا بأن المشرع الجزائري انتهج سياسة المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية للأولاد، وذلك عكس ما كان منصوص عليه في المادة 06 قبل التعديل،

1 المادة 2/6 من الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390، الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، والمتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 105 بتاريخ 1970/12/18، ص 1570.

2 هند مطاري، " المرجع السابق "، ص 100 و 101.

3 نفس المرجع، ص 100 و 101.

فلاحظ أن المشرع الجزائري لم يقيد ثبوت الجنسية من جهة الأم بأية قيود أو شروط، فكل ولد يولد لأم جزائرية فهو جزائري الأصل ولا يهم مكان ميلاده ولا حتى جنسية أبوه.¹

يثار التساؤل حول مدى التعارض بين نص المادة السادسة قبل تعديلها سنة 2005 والتزامات الجزائر الدولية الواردة بموجب نصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 180/34 بتاريخ 1979/12/18 وانضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 1996/01/22.

فهناك من يرى أن النص الجديد للمادة السادسة من قانون الجنسية الجزائرية قد أزال التعارض فيما بين نصوص قانون الجنسية الجزائرية، وهذه الاتفاقية خصوصا وأن المادة 2/9 من هذه الاتفاقية نصت على أن (تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها)، لكن الثابت أن الجزائر قد تحفظت على هذا النص، وكذلك نص المادة 4/15 والمادة 16 إعمالا لنص المادة 28 من الاتفاقية التي تجيز للدول إيداء تحفظات على ما ورد بها من مواد، وبالتالي ترى أنها غير ملزمة ببعض أحكامها، وعلى هذا الأساس وبعد تعديل قانون الجنسية الجزائرية سنة 2005 يفترض أن تقوم الحكومة الجزائرية بسحب تحفظاتها عن طريق إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة الذي يقوم بإبلاغه لجميع الدول تطبيقا لنص المادة 3/28 من الاتفاقية وهو مآثم بالفعل سنة 2008 حيث قامت الجزائر برفع تحفظها حول المادة 2/9 من الاتفاقية ، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 426/08 المؤرخ في 2008/12/28.²

كما يلاحظ أن المادة المعدلة لم تشترط النسب سواء بالنسبة للولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية وهذا من أجل تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين، فمن كل هذا يتضح بأن المشرع الجزائري من جهة كرس المبدأ الدستوري المتعلق بالمساواة في موضوع ثبوت الجنسية الأصلية من جهة الأب والأم، ومن جهة أخرى ساهم في الحد أو التقليل من ظاهرة انعدام الجنسية، ومما يتضح لنا أن المشرع الجزائري عندما عدل المادة 06 من قانون الجنسية القديم، جعلها تتسجم مع القوانين الأعلى منها درجة.³

1 هند مطاري، " المرجع السابق "، ص 101

2 نور الدين بوسهوه، " المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية"، " المرجع السابق "، ص 73.

3 هند مطاري، " المرجع السابق " ص 102.

نتيجة:

إن المساواة بين الرجل والمرأة في منح الجنسية للأولاد بموجب التعديل الأخير لقانون الجنسية فإنه من خلال المادة 06 منه نجد المشرع الجزائري أعطى على قدم المساواة لكلا الطرفين الرجل والمرأة الحق في منح الجنسية للأولاد فنجد نص المادة 06 قبل التعديل كان ينص على اكتساب الجنسية على أساس رابطة الدم، أما بعد التعديل فأعطى لكلا الزوجين الحق في منح الجنسية للأولاد، فالجديد في محتوى المادة 06 المعدلة أنه يكفي أن يكون أحد الوالدين جزائرياً لاكتساب الولد الجنسية الجزائرية والاعتراف بحق الأم في نقل الجنسية إلى أبنائها، حيث نجد النص الجديد يتوافق مع النص القديم ففي كلا النصين شرطان لاكتساب المولود الجنسية، لابد أن يكون الولد المولود من أب جزائري وأم جزائرية.

أما عن أوجه الاختلاف: ففي الفقرة السابقة الشرط أن يكون المولود من أب جزائري أو من أم جزائرية وأب مجهول أي غير معلوم وغير معروف فيما إذا كان جزائرياً أو غير جزائري، المهم هو عدم المعرفة عنه وكذلك لابد أن يكون الولد من أم جزائرية أو أب عديم الجنسية يعني ليس معه جنسية، وهذا لتجنب انعدام جنسية طفله، فيعتمد على الدم من جهة الأم إن كانت جزائرية فتثبت لولدها الجنسية الجزائرية.¹

أما في المادة المعدلة أنه يكفي أن يكون أحد الوالدين جزائرياً لا اعتبار الولد جزائري الجنسية كما أن الجديد هنا الاعتراف بحق الأم في نقل الجنسية لأبنائها.

إذن المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-01 قام بتعديل المادة 06 المذكورة آنفاً، والهدف الذي ابتغاه من خلال هذا التعديل هو تحقيق مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في صورة الأب والأم وكذا حماية حقوق الطفل في حالة الزواج المختلط وهذا تطبيقاً لنصوص المواثيق والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر والتي تؤكد على المساواة بين مركزي المرأة والرجل وعلى حماية حقوق الطفل وأهم هذه المواثيق والاتفاقيات العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966، والتي وافقت عليه الجزائر بموجب القانون 89-05 المؤرخ في 25/04/1989 وأيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل 1989 والتي وافقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي 92-06 المؤرخ في 19/12/1992 والمرسوم الرئاسي 92-461 المؤرخ في 19/12/1992 واتفاقية الأمم المتحدة

1 جمال محي الدين، " وقفة قانونية بين قانوني الجنسية الجزائري 1970 و 2005، مقال منشور بمجلة دراسات وأبحاث، العدد 25، ربيع الأول 1438/ ديسمبر 2006، تصدر عن جامعة زيان عاشور، الجلفة - الجزائر، ص18.

لمناهضة جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 والتي وافقت عليها الجزائر بموجب الأمر 03-69 المؤرخ في 1996/01/10 وهذه الأخيرة تضمنت حكيم بشأن الجنسية أحدهما خاص بأثر الزواج على جنسية المرأة والثاني يتعلق بمساواة المرأة مع الرجل في الحقوق بالنسبة للجنسية.¹

¹توفيق قاديبي، ميلود بن حوحو، " المرجع السابق "، ص 280.

خاتمة الباب الأول:

بعد دراستي للباب الأول والذي تمحور عنوانه حول " تأثير الاتفاقيات الدولية على إنشاء الرابطة الزوجية وأثارها "، توصلت إلى أن المشرع الجزائري حاول مواكبة الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها خصوصا منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) التي في مجملها دعت الى تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين، فحاول المشرع الجزائري مواكبتها مع اجراء تحفظات على ما يخالف احكام الشريعة الاسلامية، فقد حاول التوفيق بين المرجعية الدينية والدولية في ذلك.

فقد قام بإضفاء تعديلات على قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02-05 ومن بينها قام بالمساواة بين الخطيبين في التعويض عن الضرر اللاحق بأحد الخطيبين، كما أن المشرع الجزائري أنقص من دور الولي في تزويج من هي تحت ولايته، فأعطى للراشدة والقاصر ولاية اختيار، كذلك قام بتوحيد سن الزواج، وحماية لعقد الزواج قام بتنظيم توثيق عقد الزواج، كما أنه ومن بين الشروط الشكلية أدخل شرطا جديدا ألا وهو وجوب تقديم كلا الخطيبين وثيقة طبية تثبت خلوهما من الأمراض المعدية والخطيرة والوراثية، وذلك بعد إجراء تحاليل طبية ويتم المصادقة عليها من قبل الطبيب. وكما نعلم أنه لعقد الزواج الصحيح مجموعة من الآثار وهي الأخرى قام المشرع الجزائري بإضفاء تغييرات عليها، فنجد أنه قد أدرج نص المادة 36 وقام بتحديد مجموعة من الحقوق المشتركة بين الزوجين على أساس المساواة بينهما.

كما قام بإضفاء عقود جديدة تعزيزا لمكانة المرأة نجد منها عقد الاشتراط في الزواج، فأعطا لكلا الزوجين الحق في اضعاء مجموعة من الاشتراطات سواء في عقد الزواج أو في عقد لاحق، كما أنه بموجب نص المادة 37 المعدلة قد أقر بأنه لكلا الزوجين ذمة مالية مستقلة وفي الشطر الثاني منها جاءنا بجديد ألا وهو عقد الاتفاقات المالية، والذي بموجبه يمكن للزوجين القيام بعقد من خلاله يتفهمان على مصير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية.

وتكريسا لمبدأ المساواة قام بإلغاء بعض الحقوق ونذكر منها حق الطاعة وحق القوامة وحق الإرضاع. كما أنه وسع من دائرة الحقوق المتعلقة بالمرأة فنجد أنه قد أعطى لها الحق في قانون الجنسية بمنح جنسيتها لأبنائها.

الباب الثاني

أثر الاتفاقيات الدولية على

انحلال الرابطة الزوجية

الباب الثاني:

أثر الاتفاقيات الدولية على انحلال الرابطة الزوجية

هناك سببين هامين لانحلال الرابطة الزوجية، الأول ليس لأي من الزوجين دخل فيه وهو الوفاة، إذ بالوفاة تتحل الرابطة الزوجية، وأما الثاني فلإرادة الطرفين دخل في إنهاء الرابطة الزوجية، ولا يهم إن كان الانهاء بإرادة الزوج وحده، أو باتفاق الطرفين أو بطلب من الزوجة¹ حيث نص المشرع الجزائري في المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري على أنه لانحلال الزواج صورتين إما عن طريق الطلاق أو الوفاة.²

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " حيث أنه لما كانت الدعوى التي أقامها الزوج المتوفى استهدفت الحكم بالطلاق ولم تتعلق بإثبات الطلاق كواقعة بأثر رجعي، وكان الطلاق أحد الحقوق الشخصية غير القابلة للانتقال فإن الخصومة بذلك تكون قد انقضت بوفاة المدعي، وأن المحكمة جانبت الصواب عندما اعتبرت الخصومة في حالة انقطاع، مما يتعين نقض القرار مع تمديد النقض إلى الحكم المستأنف وبدون إحالة، وإعادة الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها قبل رفع دعوى الطلاق لأن قرار المحكمة العليا بما فصل فيه من نقاط قانونية لم يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه"³، نستنتج من هذا القرار أن الخصومة تنقضي بوفاة المدعي (أي بوفاة الزوج تكون قد انقضت الخصومة)

حيث أنه قبل صدور قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، صدر أمر عن المشرع الجزائري بتاريخ 04 فيفري 1959 تحت رقم 274/59 والمتعلق بالزواج المبرم بالجزائر والواحات والساورة والذي طبق على جميع الأشخاص ماعدا الإباضيين حيث جاءت المادة السادسة تنص على

1 الرشيد بن شويخ، " شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "، " المرجع السابق "، ص 171.

2 " تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة "، المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري.

3 قرار بملف رقم 653324 بتاريخ 10 نوفمبر 2011، نشر بمجلة المحكمة العليا عدد 02، لسنة 2012، ص

أنه في حالة الوفاة تتحل الرابطة الزوجية بحكم قضائي، إذ أنه بناء على طلب أحد الزوجين يصدر حكم من طرف القاضي المختص بذلك.¹

إذن وبصفة عامة وطبقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 فإن الرابطة الزوجية تتحل إما بالوفاة أو الطلاق وما يهم دراستنا هو الطلاق.

ولعل قيام المشرع الجزائري بإضفاء طابع خاص على انحلال الرابطة الزوجية من خلال توسيعه في نطاق الطلاق بالخصوص فتح مجال للمرأة وتوسيع دائرة فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة راجع لتأثره الكبير بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية نذكر منها على وجه الخصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

وقمت بتقسيم هذا الباب إلى:

الفصل الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على صور الطلاق.

الفصل الرابع: تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار الناتجة عن انحلال عقد الزواج.

1 " في غير حالة الوفاة، لا ينحل الزواج إلا بحكم قضائي، ويصدر الحكم من القاضي المختص بناء على طلب أحد الزوجين " المادة من الأمر رقم 274/59 الصادر بتاريخ 1959/02/04 والمتعلق بالزواج المبرم في الجزائر والواحات والساورة.

الفصل الثالث

أثر الاتفاقيات الدولية على

صور الطلاق

الفصل الثالث:

أثر الاتفاقيات الدولية على صور الطلاق

تعتبر الرابطة الزوجية من أهم أسس عقد الزواج، إلا أن هذه الرابطة لا تستمر في كل الأحوال، فقد يتعرض عقد الزواج للفشل مما يضع حدا للحياة الزوجية، وعليه حرص قانون الأسرة الجديد على وضع القواعد اللازمة، فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية لانحلال هذه الرابطة، والمتمثلة في زيادة أسباب التطليق، وتعديل أحكام الخلع.¹

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها كما أعطت للرجل الحق في فك رباط الزوجية بإرادته المنفردة باعتبار أن العصمة بيده، فإن الشريعة الإسلامية أجازت للمرأة بل وأعطتها الحق في فك رباط الزوجية إذا كان في دوام هذه الرابطة مضرة لها وأن الحياة أصبحت لا تتطابق مع هذا الزوج.²

إن فقه الطلاق من أهم الأبواب الشرعية التي أولاها أهل العلم على اختلاف مراتبهم وعلى تنوع تخصصاتهم عناية خاصة لما يتطلب على مسائل هذا الباب من خطورة كبيرة في الأحكام المختلفة التي رفع فيها الخلاف قديما وحديثا بين علماء الأمة وجهابذتها³

إذن من خلال نص المادة 47 من قانون الأسرة السالفة الذكر، يتضح لنا أنه تتحل الرابطة الزوجية إما عن طريق الوفاة وإما عن طريق الطلاق، وموضوع دراستي هنا يتمحور حول انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، وطبقا للأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ومن خلال مادته 48 فإنه يتم الطلاق إما بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة.⁴

1 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " ، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، كلية الحقوق ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر - ص 201.

2 محمد أمين لوعيل، " المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري " ، الطبعة الثانية، 2006، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة - الجزائر - ص 93.

3 عمرو عبد المنعم سليم، " الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته "، بدون طبعة، دار الضياء ، ص 05.

4 " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون. " المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

ونجد في المادة 49 أنه على القاضي قبل إثبات حالة الطلاق المرور بمحاولة الصلح.¹

ولعل هذا التعديل الذي قام به المشرع الجزائري يرجع إلى تأثره الفعال ببنود الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وعلى الخصوص اتفاقية سيداو التي سعت في فحواها إلى تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين وعليه فإنني قمت بتقسيمه إلى:

المبحث الأول: الطلاق بالتراضي وبالإرادة المنفردة للزوج.

المبحث الثاني الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق التطليق.

المبحث الثالث: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق الخلع.

1 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه، مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة." المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول:

الطلاق بالتراضي وبالإرادة المنفردة للزوج

قد يكون للزوجان من النضج ما يجعلهما يتفقان على الطلاق دون مزيد من التباحث والشقاق، وقد يكون في الواقع أحدهما متضررا لكنه قد يكون غير قادر على إثبات مضرته أو غير راغب في التمسك بها فيحصل الاتفاق بين الزوجين على طلب الطلاق، وعادة ما يتفق الزوجان

لا على الطلاق فقط، ولكن يتفقان على فروع الطلاق من نفقة الزوجة ونفقة الأبناء والحضانة والمسكن ونلاحظ أن الإجراءات في هذه الصورة تكون أسرع من الإجراءات في بقية الصور الأخرى للطلاق فهي تكاد لا تطرح إشكالا خاصا،¹ وهذا ما يطلق عليه في قانون الأسرة الجزائري بالطلاق بالتراضي، كما أنه قد يستعمل الزوج سلطته إما متعسفا أو غير متعسف ويقوم بفك الرابطة الزوجية بناء على إرادته المنفردة، ومنه سأقوم بدراسة الطلاق بالتراضي (المطلب الأول) ثم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الطلاق بالتراضي

يمكننا أن نشير إلى أن صور الطلاق هي ثلاث صور إما الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أي الطلاق بدون رضا الزوجة وإما الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة أي التطليق وذلك عند وجود سبب من الأسباب المنصوص عليها ضمن المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري فللزوجة طلب التطليق بالإضافة إلى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق الخلع وهذا بدون رضا الزوج.

وقد استحدث المشرع صورة رابعة وتتمثل في الطلاق بالتراضي وعليه فسأتطرق إلى مفهوم الطلاق بالتراضي (الفرع الأول) ثم الطلاق بالتراضي في الاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني).

1 ساسي بن حليمة، "محاضرات في قانون الأحوال الشخصية"، طبعة 2011، مركز النشر الجامعي - تونس - ص

الفرع الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي

وجب عليا ضبط تعريف الطلاق بالتراضي (أولا) ثم البحث عن الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الطلاق بالتراضي (ثانيا) .

أولا: تعريف الطلاق بالتراضي

1- التعريف الاصطلاحي للطلاق بالتراضي:

يقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أضحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.

فمنذ الوهلة الأولى يتبين أن هناك اختلافا بسيطا من حيث المفهوم بين هذه الصورة والصور الأوضح المتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة، والاختلاف يمكن أساسا في موافقة الزوجة على الانفصال وودية إحداث الأمر، عكس ما نلاحظه في الصورة الأولى، إذ عادة ما يلجأ الزوج للطلاق في ظل رفض الزوجة الانفصال.

غير أن هذه التفرقة لا تغير في المسألة شيئا، وليس ضروريا أن تكون صورة تتضمن طلاقا بالتراضي طالما أن العصمة الزوجية أعطيت للزوج وإرادته لوحدها كافية لإحداث الأثر القانوني دون الرجوع إلى موافقة الزوجة من عدمها، فإرادة الزوجة في الطلاق ليست محل اعتبار وتوافرها من عدمه لا يغير في الموقف شيء، ومع ذلك فاستحداث هذه الصورة كان من أجل عديد الفوائد.¹

إذا كانت إرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج بالتراضي فيما بينهما فإنه من الأولى أن تحترم هذه الإرادة عند الرغبة في إنهاء هذا العقد، وذلك بعد التأكد من استحالة العشرة عملا بقوله تعالى في الآية 130 من سورة النساء ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ إذن فالطلاق بالتراضي هو " الاتفاق ما بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة ذلك أن

1 باديس ديابي، " صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة "، طبعة 2012، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة - الجزائر - ص28.

استمراريتها أصبح أمرا مستحيلا لأي سبب من الأسباب فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني وهو الطلاق "، فهو يتم بالمعروف والاحسان بين الزوجين، وقد أباحتها الشريعة الإسلامية.¹ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾².

2- التعريف القانوني للطلاق بالتراضي:

يمكن طلب الطلاق بشكل مشترك من قبل الزوجين،³ وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده قد نص على الطلاق بالتراضي في المادة 48 منه: (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون)، كما يعرفه قانون الاجراءات المدنية والادارية في المادة 427 على أنه: (الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة).⁴

3- التعريف القضائي للطلاق بالتراضي:

عرفته المحكمة العليا في قرار لها: (من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو اشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية، ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير).⁵

ثانيا: الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الطلاق بالتراضي

في حالة الطلاق بالتراضي بين الزوجين فإنه يتم تقديم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين، تودع بأمانة الضبط، حيث إنه يجب أن تتضمن العريضة ما يأتي:

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 94.

2 سورة البقرة الآية 227 .

3 patricia vannier , " fiche de droit de la famille " , 4e édition, 2015, édition marketing s.a.2015, 32, rue bargue 75740, paris – France – p126.

4 المادة 427 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 24 فبراير 2008م، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21، بتاريخ 2008/04/23، ص 03.

5 قرار بملف رقم 243943 بتاريخ 2000/05/23، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001 ص 112.

- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب.
- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما
- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر
- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق، يجب أن يرفق مع العريضة شهادة عائلية ومستخرج من عقد الزواج.

يقوم أمين الضبط الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض، ثم يقوم القاضي بالتأكد من التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً، وينظر بعد ذلك مع الزوجين أو وكلاهما في الاتفاق، وله أن يحذف أو يعدل عند الاقتضاء في الشروط التي يتبين له أنها تتعارض مع مصلحة الأطفال أو مع النظام العام، يصدر القاضي حكماً يكرس فيه إرادة الزوجين، ويصادق على الاتفاق النهائي مع التصريح بالطلاق.

وتجدر بنا الإشارة إلى أنه لا يمكن تقديم أي طلب للطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين قد وضع تحت التقديم، أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية من شأنه أن يمنعه من التعبير عن إرادته، حيث أنه يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من طرف طبيب مختص.

أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف، حيث يسري فيها الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم، كما أنه لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم.¹

يجري القاضي قبل النطق بالحكم عدة محاولات للصلح بين الزوجين لا تقل عن محاولتين دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من يوم رفع الدعوى، ويحرر القاضي محضراً يبين فيه المساعي التي بذلها ونتائج محاولاته، وإذا باءت محاولاته بالفشل فإنه يذكر في المحضر أعلاه وينطق بالطلاق أو التطليق أو الخلع حسب الحالات.²

1 المواد من 428 إلى غاية 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 لحسين بن شيخ أث ملويا، " المرشد في قانون الأسرة "، " المرجع السابق "، ص 134.

ولقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتبعة في محاولة الصلح والتي تتمثل فيما يلي:

تعتبر محاولة الصلح وتتم في جلسة سرية، في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد، ثم معا، ويمكن بناء على طلب الزوجين، حضور أحد أفراد الأسرة والمشاركة في محاولة الصلح، إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حصل مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، فإن القاضي يحرر محضرا بذلك.

يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة الضرورية بموجب أمر غير قابل لأي طعن، في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من رفع دعوى الطلاق.

يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت رقابة القاضي، يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط، حيث أنه يعتبر محضر الصلح سندا تنفيذيا، في حالة الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة التي أمر بها، مالم يتم الفصل في الموضوع، ويعتبر هذا الأمر غير قابل لأي طعن، وتسجل أحكام الطلاق في الحالة المدنية وجوبا، وتسعى النيابة العامة في ذلك لكون الأمر يتعلق بالنظام العام.¹ (بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك، ولم يتعرض له بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح، وأن المادة 49 من قانون الأسرة تنص صراحة أنه: " لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح "، وإذن فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون

1 المواد من 439 إلى غاية 445 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد لهذا الاجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له، الأمر الذي يستوجب نقضه.¹

حيث إنه بالاطلاع على ملف قضية الطعن، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة.²

حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة الصلح بين الزوجين، وعقد لذلك جلسة بتاريخ 30 نوفمبر 2008، تمسك فيها الزوجان بمطالبهما، وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استتفاؤه ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى. مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض.³

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في الاتفاقيات الدولية وتأثيره على قانون الأسرة

بالرجوع إلى نص المادة 16 فقرة 1 حرف (ج) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فإننا نجد أنها تنص على أنه (... نفس الحقوق والواجبات نفسها أثناء الزواج وفسخه...) فنجد أنها قد أقرت مبدأ المساواة بين الجنسين الرجل والمرأة في الطلاق وهو ما يتطابق مع الطلاق في قانون الأسرة في حالة الفرقة بالإرادة المشتركة للزوجين، وفي هذه الحالة يكون لكلا 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، ويستمتع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضاها... "

وعليه فكما أكدت كل من الاتفاقية وقانون الأسرة على ضرورة توافر الحرية والإرادة الكاملة لدى الطرفين عند عقد الزواج، فإنهما أكدا على ذلك خلال انحلال الرابطة الزوجية وهو ما يتجسد من

1 قرار بملف رقم 75141 بتاريخ 18 يونيو 1991، المجلة القضائية عدد 01 لسنة 1993، ص 67 و 68.

2 قرار بملف رقم 96688 بتاريخ 18 يناير 1994، المجلة القضائية عدد 05 لسنة 1997، ص 83.

3 قرار بملف رقم 620084، بتاريخ 14 أبريل 2011، المجلة القضائية ، عدد 01، لسنة 2012، ص 301.

خلال النوع الأول للفرقة بين الزوجين وهو الطلاق بالتراضي.¹ فالمشرع الجزائري وتكريسا منه لمبدأ المساواة بين الجنسين أعطى للزوجين الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي وهذا ما جاء في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

استنتاج:

يذكر رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا السيد الهاشمي هويدى -رحمه الله- في توضيح له نشر بالمجلة القضائية لغرفة الأحوال الشخصية -العدد الخاص- أن كثيرا ما يحدث الطلاق بالتراضي بين الأقارب والعائلات التي تفضل المحافظة على العلاقات التي بنيت بينهما، ويتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين ويضيف أنه على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تم بشأنها الاتفاق لأن هذا الأخير لا يشار شأنه أي طعن باعتباره مجرد إلهاد، فالهدف من هذه تقصير الطريق والكف عن النزاع القضائي الطويل الأمد من أجل التوصل إلى اتفاق يخص جميع الآثار المترتبة عن الطلاق والتي تحظى بموافقة الطرفين فتوحيد إرادة كلا من الزوج والزوجة على الطلاق مع الموافقة على آثار يحول القاضي إلى موثق يوثق إرادة الطرفين في حكم يعد إلهاد لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة.²

وللطلاق بالتراضي عدة محاسن إذ أنه إذا أصبح الطلاق أمرا حتميا على الزوجين، فإن هذا الأسلوب يعتبر أفضل أسلوب للافتراق سواء من حيث إن الإجراءات تكون بسيطة وسريعة، وهذا بدون بذل جهود قد ترهق الطرفين نفسيا، أو من حيث إن الطلاق اللطيف يحافظ على العلاقات الطيبة التي ربطت الزوجين يوما والأكثر من ذلك فإن تراضي الزوجين يساعد على توازن نفسية الأطفال إن وجدوا، حيث إنهم لا يعيشون صدمة الخلافات بين أبويهما، فتبقى في أذهانهم نفس الصورة الحسنة.³

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 96.

2 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 29.

3 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 95 و 96.

المطلب الثاني

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

قد يقوم الزوج بفك الرابطة الزوجية بناء على طلبه باستعمال إرادته المنفردة أي دون إرادة الزوجة وذلك لسبب ما قد يرى من خلاله استفحال مواصلة الحياة الزوجية ولكن قد يتعسف الزوج في استعمال هذا الحق وذلك في حال قيامه بفك الرابطة بدون مبرر شرعي.

قمت بتقسيم هذا المطلب إلى مفهوم الطلاق (الفرع الأول) وإلى شروط الطلاق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الطلاق

سنتعرف من خلال دراستي لهذا العنصر على تعريف الطلاق (أولا) ثم على مشروعية الطلاق، حكمه، وحكمته (ثانيا) .

أولا: تعريف الطلاق

1-التعريف اللغوي للطلاق:

" الطلاق لغة مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك بعد الإمساك فيقول طلقت المرأة فهي طالق أي أنه رفع قيدها سواء كان هذا القيد ماديا أو معنويا".¹

2-التعريف الاصطلاحي للطلاق:

هو قول مخصوص أو ما في معناه من شخص مخصوص يرتفع به النكاح أو ينتلم²، رفع القيد في الاصطلاح يكون بلفظ خاص يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو إشارة، والهدف منه هو رفع أحكام الزواج وإيقاف استمراريته، معنى ذلك أن رفع القيد في الأنكحة الفاسدة لا يسمى عند الفقهاء طلاقا وإنما

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 97.

2 نور الدين أبو لحية، " حق الزوجين في حل عصمة الزوجين "، طبعة 1428هـ/2007م، دار الكتاب الحديث، القاهرة - مصر - ص 7.

يسمى فسخا، والاختلاف بين المصطلحين من حيث الآثار، وتعريف الطلاق متلخص أيضا في حل الزواج إنهاء للعلاقة الزوجية.¹

ويعرف أيضا على أنه: " رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص أي إنهاء للرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا. " فقد يجد الزوج في سلوك زوجته مالا يقبله، الأمر الذي يؤدي به إلى النفور منها وعدم القدرة على البقاء معها، لذلك أبيح له الطلاق شرعا وقانونا، إلا أن ذلك لا يكون إلا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق من موعظة حسنة، وهجر في المضجع وضرب بغرض التأديب، وكذا محاولة الصلح.² وذلك لقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ۝﴾³.

ثانيا: مشروعية الطلاق، حكمه، وحكمته

1- مشروعية الطلاق

نجد الشريعة الإسلامية قد أباحَت الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجين، فهو مشروع في الكتاب والسنة.

أ- من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ۝﴾⁴

وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ۝﴾⁵

وقال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا ۝﴾⁶.

1 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 11.

2 سمية بوكايس، " لمرجع السابق "، ص 97.

3 سورة النساء الآية 34.

4 سورة البقرة الآية 236.

5 سورة الطلاق الآية 01.

6 سورة البقرة الآية 229.

ب- من السنة النبوية:

أما مشروعية الطلاق من السنة فإنه جاء في صحيح مسلم عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر ابن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " مره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعدها، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء."¹

2-حكم الطلاق:

بعد إجماع المسلمين في زمن النبي صلى الله عليه وسلم على مشروعية الطلاق، اختلف أهل العلم في الحكم التكليفي للطلاق فقد ذهب الجمهور إلى أن الأصل في الطلاق الإباحة، والأولى عدم ارتكابه - لما فيع من قطع الألفة - إلا لعارض، وقد يخرج عن هذا الأصل في أحوال؛ وذهب آخرون إلى أن الأصل فيه الحظر في أحوال، والعمدة عندهم حديث: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) وهو حديث ضعيف. وعلى كل فإن الفقهاء متفقون - في النهاية - على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة بحسب الظروف والأحوال وهي: (محرما، مكروها، مباحا، مستحبا، وواجبا).²

أ-محرّم: وهو الطلاق من غير حاجة إليه، وإنما كان حراما، لأنه ضرر بنفس الزوج، وضرر بزوجه، وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة فكان حراما.³

ب-مكروه: وهو عند عدم الحاجة إليه مع استقامة الزوجين، وربما يكون هذا محرما عند بعضهم.

ت-مباح: ويكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها.

1 رواه مسلم برقم 1471

2 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة "، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة عشر، 2012م، دار التوفيقية للطباعة- مصر - ص 233 و234.

3 الشيخ سيد سابق، " فقه السنة "، طبعة جديدة مخرجة الأحاديث مع الحكم للعلامة ناصر الدين الألباني رحمه الله، الطبعة الأولى 1424هـ/2003م، المجلد الثاني، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان - ص 262.

ث- **مستحب:** ويكون عند تفريط المرأة في حقوق الله تعالى الواجبة عليها كالصلاة ونحوها، ولا يمكنه إجبارها عليها، أو تكون امرأته غير عفيفة، لأن في إمساكها نقصا لدينه، ولا يؤمن إفسادها لفراشه، وإلحاقها به ولدا ليس هو منه، ولا بأس بعضلها في هذه الحال والتضييق عليها لنقتدي منه، قال تعالى في الآية- 19 من سورة النساء: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَنْدَهُبُوا بِبَعْضٍ مَّا أَتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾.

قال ابن قدامه: يحتمل أن يكون الطلاق في هذين الموضعين واجب.¹

د- **واجب:** كالمولي، إذا أبى الفينة إلى زوجته بعد التريص (على قول الجمهور)، وكطلاق الحكامين في الشقاق إذا تعذر عليهما التوفيق بين الزوجين ورأيا الطلاق.²

3- حكمته:

يتصور الكثير من محدودي النظر، الذين يعيشون بأجسادهم في مستنقعات من الدناءة، ويعقولهم في عوالم من المثال، بأن تشريع الطلاق جريمة من الجرائم وإثم من أكبر الآثام.

وهذه النظرة كالنظرة للتعدد أو الحجاب أو غيرها من أحكام الدين - نظرة لا علاقة لها بالواقع؛ لأن الدراسة المتمعنة للواقع وللفطرة البشرية لابد أن تهدي إلى ضرورة إباحة الطلاق وتشريع القوانين التي تحفظه من التعسف، وتحفظ الآثار من الضياع.

أما الإسلام فإنه (يشرع لأناس يعيشون على الأرض، لهم خصائصهم، وطباعهم البشرية، لذا شرع لهم كيفية الخلاص من هذا العقد، إذ تعثر العيش، وضاق السبل، وفشلت الوسائل للإصلاح، وهو في هذا واقع كل الواقعية، ومنصف كل الانصاف لكل من الرجل والمرأة. فكثيرا ما يحدث بين الزوجين من الأسباب والدواعي، ما يجعل الطلاق ضرورة لازمة، ووسيلة متعينة لتحقيق الخير، والاستقرار العائلي والاجتماعي لكل منهما، فقد يتزوج الرجل والمرأة ثم يتبين أن بينهما تباينا في الأخلاق، وتتافر في الطباع، فيرى كل من الزوجين نفسه عن الآخر، نافرا منه، وقد يطلع أحدهما من

1 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص234، والشيخ سيد سابق، " المرجع السابق "، ص 262 و263.

2 نفس المرجع، ص 235.

صاحبه بعد الزواج على ما لا يحب، ولا يرضى من سلوك شخصي ، أَوْخفي، وقد يظهر أن المرأة عقيم لا يتحقق معها اسمى مقاصد الزواج، وهو لا يرغب في التعدد أو لا يستطيع، إلى غير ذلك من الأسباب والدواعي، لهذا شرع الطلاق وسيلة للقضاء على تلك الشرور، وليستدل كل منهما بزواجه زواجا آخر، قد يجد معه ما افتقده مع الأول.¹

ثالثا: شروط الطلاق

هناك شروط متعلقة بالمطلق (1) وشروط المتعلقة بالمطلقة (2) وشروط متعلقة بصيغة الطلاق (3).

1-الشروط المتعلقة بالمطلق:

أ-أن يكون المطلق زواجا راشدا عاقلا:

أي أن يكون المطلق بالغا، إذ لا يجوز طلاق الصبي وإن كان مميزا وأجاز الحنابلة طلاق الصبي المميز الذي يعقل الطلاق شرط أن يعلم أن زوجته تحرم عليه إذا طلقها.²

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده قد حدد أهلية الزواج طبقا لنص المادة 07فقرة 02 بتسعة عشرة سنة كاملة فالزوجين طبقا لهذه المادة يكتسبان أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج.³ فبعد التمعن في قراءة نص المادة نجد المشرع الجزائري قام بترشيد القاصر في الأمور المتعلقة بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ولكنه لم ينص على ترشيده والسماح له برفع دعوى الطلاق عند بلوغه سن الرشد أي 19 سنة كاملة.

وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري فكيف يقوم بترشيده في آثار الزواج دون ترشيده للتقاضي في الطلاق.

1 نور الدين أبولحية، " المرجع السابق "، ص 13 و14.

2 نور الدين أبو لحية، " المرجع السابق "، ص 100.

3 " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات." المادة 07 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري.

ب-أن يكون المطلق قاصدا للطلاق:

أي ناوبا إيقاعه وعازما عليه فإذا نوى الزوج تطليق زوجته في قلبه أو طلقها في نفسه دون أن يلفظ به فإن طلاقه لا يقع عليه فلا بد من القصد واللفظ من أجل إيقاع الطلاق وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء،¹ لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تكمل أو تتكلم."²

2-الشروط المتعلقة بالمطلقة:

وتتمثل في شرطين أساسيين وهما أن تكون الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة أو حكما (أ) وأن يعين الزوج المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية (ب).

أ-أن تكون الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة أو حكما:

كأن تكون المطلقة زوجة للمطلق، أو معتدة من طلاقه الرجعي، فإذا كانت معتدة من طلاق بائن أو فسخ، فذهب الجمهور إلى عدم وقوع الطلاق عليها لانقضاء النكاح بالبينونة والفسخ.³

هذا ويجب ألا تكون الزوجة المطلقة قبل الدخول، إذ لا يقع طلاق من تزوجت زواجا صحيحا وطلقت قبل الدخول، وأن لا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثا لأن هنا الزوج استنفذ حقه في إيقاع الطلاق، أما عند الحنفية يقع طلاق المرأة أثناء عدتها وحجتهم لبقاء بعض الأحكام كوجوب النفقة.⁴

ب-أن يعين الزوج المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية: فان عين المطلقة بالإشارة والصفة والنية وقع عليها الطلاق اتفاقا. كأن يقول لزوجته التي اسمها زينب مشيرا إليها قاصدا طلاقها يا زينب انت طالق، كذلك لو أشار إلى واحدة من نسائه دون أن يصفها بوصف، ولم ينو غيرها يقع الطلاق اتفاقا، وكذلك إذا وصفها بوصفها دون الإشارة ودون قصد غيرها، كأن يقول سلمى طالق، فإذا قال (إحدى نسائي طالق) ونوى واحدة ولم يشر إلى إحداهن، فإنها تطلق دون غيرها، وإن أشار إلى واحدة

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 102.

2 رواه مسلم برقم 127.

3 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 250.

4 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 103.

ووصف غيرها كان يقول لزوجته سلمى أنت طالق يا زينب وكانت زينب زوجته أيضا طلقت المشار إليها سلمى.¹

3-الشروط المتعلقة بصيغة الطلاق:

الأصل في الطلاق أن يعبر عنه باللفظ (أ)، وقد يستعاض عن اللفظ في بعض الأحوال بالكتابة أو الإشارة (ب).

أ-التعبير عن الطلاق باللفظ: في هذه الحالة يوجد طريقتين للتعبير عن الطلاق إما صراحة أوكناية.

-الطلاق الصريح: هو كل لفظ لا يستعمل في العرف إلا في حل عقد الزواج، عربيا كان أو غير عربي، وقد اتفق الفقهاء على أن ما اشتق من مادة (ط.ل.ق) كطلقتك، وأنت طالق وغيرها، صريح في الطلاق، واقتصر الحنفية والمالكية في صريح الطلاق هذا، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ (الطلاق، والسراح، والفرق)، وجمهور الفقهاء على أن الطلاق يقع بمجرد التلفظ بصريح الطلاق، ولا يحتاج إلى نية، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط النية حتى في حالة التلفظ باللفظ الصريح ومنهم الإمام أحمد.

-الطلاق بالكناية: هي كل لفظ يدل على الطلاق وغيره، ويقسمونها إلى ظاهرة (كالبتة، وحبلك على غاربك، وخلية، وبرية)، وخفية نحو(اذهبي، وانطلقي، وانصرفي) واختلف الفقهاء في إيقاع الطلاق بالكناية، ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الطلاق يقع بالكناية بالنية أو بدلالة القرائن على أن يريد الطلاق بذلك اللفظ الذي تلفظ به، بينما ذهب المالكية والشافعية إلى أنه لا يقع الطلاق بالكناية إلا بالنية.²

1 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 251.

2 مبروك المصري، " الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية "، دراسة فقهية مقارنة، طبعة 2010، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - ص 115 و117.

ب-التعبير عن الطلاق بالكتابة والإشارة:

-**التعبير عن الطلاق بالكتابة:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بالكتابة المستبينة التي تكتب على الورق أو ما يشبهه، لا على الهواء والماء، ثم اختلفوا في النية هل تشترط أم لا؟ فذهب مالك والشافعي إلى اشتراط النية، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يقع بدون نية كأحمد بن حنبل.

-**الطلاق بالإشارة:** الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان، وعليه فإشارة الأخرس المفهمة التي تدل على الطلاق صريحا، وقد ذهب المالكية إلى أن الطلاق يقع بالإشارة المفهمة، ولو من غير الأخرس، وقد أوجب بعض الحنفية والشافعية حتى تقوم الإشارة مقام اللفظ، أن لا يكون الأخرس يعرف الكتابة، إذا كان كذلك لا يقع طلاقه بالإشارة.¹

وبالرجوع إلى قانون الأسرة فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على الألفاظ التي يعبر عليها عن الطلاق. وعليه وجب علينا الرجوع نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد لنا أي المذاهب يرجع إليها، فمن المستحسن وكاقتراح وجب إعادة النظر في نص المادة وتحديد أي مذهب يعتمد عليه وهذا لتسهيل مهمة القضاء.

الفرع الثاني: القيود القضائية الواردة على سلطة الزوج في إيقاعه الطلاق

وضع القضاء قيودا قانونية تقع على سلطة الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فوجب على الزوج المرور بمجموعة من الإجراءات القانونية ليتم الطلاق. بدءا بمجموعة من الإجراءات لرفع دعوى الطلاق والتي نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية(أولا)، ضف إلى ذلك أوجبه بالمرور بعدة محاولات صلح (ثانيا) وفي حال عدم جدوى محاولة الصلح فإنه يتم اثبات الطلاق بحكم قضائي (ثالثا).

1 مارك المصري، " المرجع السابق "، ص 120.

أولاً: الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الطلاق

هي نفسها إجراءات رفع دعوى الطلاق بالتراضي، ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعوى، وعندما يكون الزوج ناقصاً للأهلية، يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة. يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه، ويجوز له أيضاً تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط.¹

ثانياً: محاولة الصلح

" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه، مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة." المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

" يجري القاضي قبل النطق بالطلاق عدة محاولات للصلح بين الزوجين لا تقل عن محاولتين دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من يوم رفع الدعوى. ويحرر محضراً يبين فيه المساعي التي بذلها ونتائج محاولته، وإذا باءت محاولاته بالفشل فإنه يذكر ذلك في المحضر أعلاه وينطق بالطلاق أو بالتطليق أو الخلع حسب الحالات، وتسجل أحكام الطلاق في الحالة المدنية وجوباً، وتسعى النيابة العامة في ذلك لكون الأمر يتعلق بالنظام العام. ويعتبر حكم القاضي في حالة الطلاق بإرادة الزوج المنفردة كاشفاً عن الطلاق ودوره هو إثبات الطلاق، في حين أنه يعتبر منشئاً للطلاق في حالة التطليق بطلب من الزوجة أو الخلع. والطلاق الذي ينطق به القاضي يعتبر بائناً، سواء كان بناءً على طلب الزوج أو الزوجة، أو خلعاً.² ومحاولات الصلح طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وجوبية، وتتم في جلسة سرية.

1 المواد 437، 436، و 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 الحسين بن شيخ أث ملوياً، " قانون الأسرة "، مفسراً مادة مادة للمبتدئين، " المرجع السابق "، ص 54 و 55.

وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح، إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه، إذا تخلف أحد الزوجين

عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر، رغم تبليغه شخصيا، يحزر القاضي محضرا بذلك.

يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

وفي جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحزر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، ويوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط، يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا.

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة، يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة وحسب الظروف أن يلغي أو يعدل أو يتم التدابير المؤقتة التي أمر بها، ما لم يتم الفصل في الموضوع، هذا الأمر غير قابل لأي طعن.

إذا لم يثبت أي ضرر في الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة، يقوم القاضي بإطلاع الحكمين بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة، 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 تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.¹

1 المواد من 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مما يعني أن محاولات الصلح هو اجراء وجوبي وجوهري أقره المشرع من أجل جعل الطلاق بإرادة الزوج تحت رقابة القاضي.¹

ثالثا: إثبات الطلاق بحكم قضائي

نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أنه: ".... لا يثبت الطلاق إلا بحكم..." يفهم من خلال المادة هو أن طلاق الزوج بإرادته لا يكون نافذا ولا يعتد به إلا بصدر حكم قضائي، وأن أي طلاق عرفي يقع شفاهايا ضمن قواعد الفقه الاسلامي لا يحتج به قانونا، ولا حتى في مواجهة الغير، فيهم أيضا أن الزوج إذا طلق زوجته بحكم قضائي ثم راجعها دون توثيق عقد الزواج الجديد، فإن هذا الزواج الجديد لا يعتد به قانونا اتجاه الغير وذلك من حيث ترتيب الآثار القانونية، فمن جهة يمكن القول أن حكم القاضي هو حكم منشئ وذلك بسبب وجود الصلح لأن الزوج يرفع الدعوى والقاضي يقوم بمحاولات الصلح وعلى هذا الأساس يصدر حكما بالطلاق ويكون بذلك هذا الحكم منشئا للطلاق، ومن جهة أخرى يمكن أن يكون الحكم كاشفا، فالزوج قد يكون تلفظ بالطلاق شرعا، ويلجأ إلى القاضي من أجل إثبات هذا الطلاق قضائيا وقانونيا فقط. وهذا ما أثار نقاشا قانونيا وللد من هذا النقاش وجب تعديل المواد المتعلقة بهذه المسألة وذلك من أجل التوضيح والتدقيق إذ من المستحسن أن يتم التفرقة بين حالة تلفظ الزوج بالطلاق من عدمه، فيتم النص صراحة على أنه تلفظ الزوج بالطلاق ولجأ إلى المحكمة مباشرة فإنه لا يقع الطلاق إلا بصدر هذا الحكم المنشئ ولا يترتب أي آثار الطلاق إلا من تاريخ التصريح بالطلاق من قبل القاضي.

وبذلك نقول أن اثبات الطلاق بحكم صادر من قاضي شؤون الأسرة يعتبر كقيد على إرادة الزوج في الطلاق إذ أنه ورغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء، وتبعاً لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق.²

وأمام هذا فقد نص قانون الأسرة ضمن المادة 52 على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" وعليه فإن المشرع الجزائري قد قيد الزوج

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 111.

2 سمية بوكايس، " المرجع نفسه "، ص من 105 إلى 108.

بتسبب الطلاق وفي حالة عدم تقديم سبب للطلاق أو كان السبب تافها، فإنه جعل للقاضي السلطة التقديرية المطلقة في الحكم على الزوج بالتعويض إذا طلبته الزوجة، ومن أمثلة التعسف في الطلاق، الزوج الذي يطلق زوجته خلال مرضه مرض الموت قصد حرمانها من الميراث، أو بسبب مرضها وذلك قصد التهرب من رعايتها، وبصفة عامة يعتبر الزوج متعسفا كلما توافرت نية الإضرار، ويعتبر عدم تبرير الطلاق قرينة على التعسف.

وبهذا يمكن القول أن المعنى الحقيقي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يوجد في قانون الأسرة محاولة من المشرع تكريس المساواة بين الجنسين حسب اتفاقية سيداو.¹

المبحث الثاني:

توسيع نطاق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق التطليق

إن الزوج وبحكم مسؤوليته، تقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات المادية والمعنوية حتى يحقق مقاصد الحياة الزوجية ماديا بالإنفاق على زوجته ومعنويا بإعفافها وعدم الانفاق عليها، لأن تواجده مطلب ضروري له أثره على كيان الحياة الزوجية فإذا أخل الزوج بهذه الالتزامات أوتضرت الزوجة من جراء ذلك فلها الحق أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التطليق،² إن الإسلام رغم عترافه بحق المرأة في حل الرابطة الزوجية إن استحال استمرارها ودوامها قد رهب المرأة من الطلاق إلا بحق وسبب مشروع يدعوها إلى ذلك.³ كما أننا نجد المجتمع الدولي سارع لسن قوانين واتفاقيات ومعاهدات تحمي حقوق المرأة ومن بينها حماية المرأة من كل ضرر قد يلحق بها من جراء الزواج، فأعطى لها الحق في طلب التطليق، هذا على غرار المشرع الجزائري الذي قام بإعطائها مجموعة من الأسباب بموجب

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 111 و 112.

2 نورة منصوري، " التطليق والخلع وفق القانون والشرعية الإسلامية"، طبعة 2012، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة - الجزائر - ص 10.

3 سمية عبد العزيز، " طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشرعية الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، السنة الجامعية 2014/2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه في القانون الأساسي والعلوم السياسية تيزي وزو، جامعة العقيد أكلي محند الحاج، البويرة - الجزائر - ص 128.

المادة 53 من قانون رقم 84-11 والتي بمقتضاها يعطى الحق للزوجة في طلب التتطبيق، ولم يكتف بهذا الحد بل تجاوزته وقام بتوسيع الاسباب المؤدية بالزوجة لطلب التتطبيق بموجب الأمر 05-02 ولعل هذا راجع لتأثره ببنود الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليه الجزائر، وقمت بتقسيم هذا المبحث إلى مفهوم التتطبيق (المطلب الأول) وإلى (أسباب التتطبيق).

المطلب الأول

مفهوم التتطبيق

إن إرادة الزوج في إحداث الطلاق لم يبق على إطلاقه، إذ جوبه عن طريق الفقه والقانون بصورة أخرى تتمثل في الطلاق عن طريق القاضي أو بما اصطلح على تسميته (التتطبيق) وبناء على هذه الصورة يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها ليس بإرادة منفردة، وإنما عن طريق القاضي، إذا ما أثبتت سببا مشروعاً يجعل الحياة الزوجية مستحيلة.¹

وقمت بتقسيم هذا الجزء إلى تعريف التتطبيق ومشروعيته (الفرع الأول) وإلى طبيعة التتطبيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التتطبيق ومشروعيته

قمت بتقسيم هذا الفرع إلى تعريف التتطبيق (أولاً) ثم إلى مشروعيته (ثانياً).

أولاً: تعريف التتطبيق

1- اصطلاحاً: هو منح الزوجة حق طلب التتطبيق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستناد إلى القانون.

1 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 35.

يقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء وذلك بناء على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون، فهو طلاق بناء على إرادة الزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له، طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملاً بقواعد العدالة والإنصاف.¹

فالأصل أن الطلاق يكون للزوج وحده، وقد يقوم به غيره بإنيابته كما في الوكالة والتفويض، أوبدون إنيابة كالقاضي في بعض الأحيان كحالة التطليق.²

2- قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري التطليق في قانون الأسرة الجزائري وإنما اكتفى بذكر الأسباب التي بموجبها يحق للزوجة رفع دعوى التطليق حيث جاء في المادة 53 منه المعدلة بموجب الأمر 02-05: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون،

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

5- الغيبة بعد مرور سنة من دون عذر ولا نفقة،

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه،

7- ارتكاب فاحشة مبينة،

8- الشقاق المستمر بين الزوجين،

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

1 سمية بوكايس، "المرجع السابق"، 113.

2 نورة منصوري، "المرجع السابق"، ص 11.

10- كل ضرر معتبر شرعا.¹

بقراءة المادة 53 المعدلة ومقارنتها بالنص القديم نجد أن المشرع الجزائري قد وسع من دائرة الأسباب التي تخول المرأة طلب التطلاق، فبعدما كانت سبعة أسباب أصبحت عشرة. والغاية من ذلك هو محاولة المشرع الجزائري التوفيق بين الطلاق بإرادة الزوج والطلاق بإرادة الزوجة، وذلك عملاً بالمساواة في الطلاق حسب اتفاقية سيداو، وهو ما أكدته التقرير الجامع للتقريرين الدوريين 3 و 4 المقدم الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه "... بموجب أحكام القانون الجديد تم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية، ولاسيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب انتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج أي عقد مبرم لاحقاً..."² وعليه فالتطلاق يعرف بأنه إنهاء لرابطة زوجية بحكم من القضاء وبناء على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون، كإضرار أحد الزوجين بالآخر أو مرضه أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما استناداً إلى حالة من الحالات المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.³

1 المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02 أما قبل التعديل فيموجب القانون رقم 84-11 كانت تنص المادة 53 منه " يجوز للزوجة طلب التطلاق للأسباب الآتية:

1- عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80. من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة."

2 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 114.

3 سمية عبد العزيز، " المرجع السابق "، ص 75.

3- قضائيا:

لقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1984/12/03 يحاول أن يعطي تعريف للتطليق جاء فيه: (من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، والتطليق حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية).¹

على الرغم من التعريف الذي أعطته المحكمة العليا إلا أنها لم تعط تعريفا دقيقا وشاملا بحيث إنها لم تبين ما المقصود بالمرأة المتضررة، أو كان على الأقل أن تعطي أمثلة عن ذلك.²

ثانيا: مشروعية التطليق

1- في القرآن الكريم:

لم ترد آيات في القرآن الكريم تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمنا على أن للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها ضرر منه،³ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁵

2- في السنة النبوية:

أما من السنة، عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار)⁶

1 قرار بملف رقم 35026، بتاريخ 1984/12/03 ، مجلة قضائية العدد 04، لسنة 1989، ص 86.

2 سمية عبد العزيز، " المرجع السابق "، ص 76.

3 نفس المرجع، ص 77.

4 الآية 231 من سورة البقرة.

5 سورة النساء الآية 19.

6 سمية عبد العزيز، " المرجع السابق "، ص 77.

الفرع الثاني: حكمته

منح المشرع للزوجة الحق في طلب التطليق، تلجأ من خلاله للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها استنادا لأسباب محددة، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها.¹ فإذا كان غاية الطلاق مع كل أهميته رفع الضرر على الزوجين معا أو على أحدهما، إذا اوصدت كل الأبواب في وجه الصلح والتفاهم بينهما، فإن هدف التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج، إذا توفرت أسبابه على أن تكون هذه الأسباب والمبررات شرعية، وحق الزوجة في طلب التطليق ثابت شرعا وقانونا هذا من جهة، ولكن من جهة أخرى الزواج عقد أبدي لازم ونعمة، والطلاق والتطليق قطع لهذه النعمة إلا للضرورة، وعليه فالحكمة من طلب الزوجة التطليق يكمن فيما يلي:

- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، ضف إلى ذلك أن الله تعالى قرن الحقوق بالواجبات حتى لا تبقى المرأة تتلقى فقط دون أن تقدم شيئا للمجتمع، ولو أن الله تعالى لم يأمرها بشيء، لكان ذلك مساس بكرامتها ونقصان من قيمتها.
- تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي والفيزيولوجي عليهن.
- تحريم كل أساليب الإضرار أو الإيذاء بمختلف الصور من عدم الإنفاق أو العيب أو الغياب أو الفاحشة وبالتالي يتحطم طغيان الرجل عندما يعلم بحقها في طلب التطليق بدون موافقته.²

المطلب الثاني

أسباب التطليق

كم تم الإشارة إليه قام المشرع الجزائري بتوسيع نطاق طلب الزوجة للتطليق وذلك تأثرا بمبدأ المساواة الذي كرسته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وذلك بزيادة أسباب التطليق، وعليه فإنني سأتطرق إلى أسباب التطليق في ظل قانون رقم 84-11 (الفرع الأول) ثم أتطرق إلى أسباب التطليق المضافة بموجب الأمر رقم 05-02 (الفرع الثاني).

1 نورة منصوري، " المرجع السابق "، ص 16.

2 سمية عبد العزيز، " المرجع السابق "، ص 78 و 79.

الفرع الأول: أسباب التتطبيق في ظل القانون رقم 84-11.

نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 53 من قانون الأسر فنجد: التتطبيق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج (أولا) العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج (ثانيا) ثم الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر (ثالثا) ثم الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج (رابعا) ثم الغيبة بعد مضي سنة بدون غدر ولا نفقة (خامسا) ثم كل ضرر معتبر شرعا (سادسا) وصولا إلى ارتكاب فاحشة مبيينة (سابعا).

أولا: التتطبيق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.

النفقة واجبة على الزوج بمجرد العقد على الزوجة، ويتأكد هذا الواجب بالدخول أو بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، حيث أنه يستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة، ومالم تكن الزوجة ناشزا، ولا يجوز للزوج أن يتمتع عن الإنفاق على زوجته إلا لعذر مقبول، إلا أنه نجد النص يطلب في حالة الامتناع عن النفقة صدور حكم بوجوب النفقة،

ضف إلى ذلك نجد النص قد أشار إلى أنه إذ كانت الزوجة تعلم بإعسار زوجها قبل الزواج، فإنه لا يجوز لها طلب الطلاق لأنها رضيت به زوجها وهو معسر.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " المبدأ القانوني: لا يمكن الحكم بالتتطبيق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، وأن يتمتع الزوج عن تنفيذ ذلك".¹ بمعنى أنه لا يمكن للزوجة طلب الطلاق لعدم انفاق الزوج إلا بعد ثبوت حكم يقضي بوجوب النفقة على الزوجة.

كما أنه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية يتجسد عدم الإنفاق على الزوجة بمرور مدة تزيد عن الشهرين متتابعين ليكون سببا مبررا لطلب التتطبيق وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: " متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التتطبيق عن زوجها وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله عاجز عن كسوة كمثلته. فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة

1 قرار بملف رقم 118475 بتاريخ 1995/05/02، نشرة قضائية عدد 49 .

الإسلامية وإذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفذة فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن.¹

وعليه لكي تطلب الزوجة التطليق وجب توفر شرطين:

- أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي
- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج.²

ثانيا: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

قد يحدث بأحد الزوجين عيب يمنع من تحقيق مقاصد عقد النكاح كلها أو بعضها أو يؤدي إلى النفرة أو عدم استتباب الحياة الزوجية، فهنا هل يحق لأحدهما طلب الطلاق بسبب العيب الموجود في الزوج الآخر؟

ذهب جمهور الشافعية والحنبلية والمالكية، إلى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب إلا أنهم اختلفوا في كونه حق ثابت للزوجين معا أم للزوجة وحدها، كما أنهم اختلفوا في العيوب التي يتم بها التفريق بين الزوجين واحتجوا في ذلك بالسنة النبوية الشريفة بما رواه الإمام أحمد عن جميل بن زيد قال حدثني شيخ من الأنصار ، ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: " تزوج امرأة من بني عقار، فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش فأبصر بكشها، بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئا وأجيب على هذا الحديث بأنه في سنده جميل بن يزيد وهو ضعيف.

وعليه دل الحديث على مشروعية رد النكاح بالعيوب الذي يكون بالمرأة مما تعافه النفس، فإن ثبت هذا بالنص، فما سواه أو كان أشد منه من العيوب يقاس عليه بل إن هذا الأخير يكون الرد به من باب أولى.

وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (أيما امرأة غر بها رجل بهل جنون أو جذام أوبرص فلها مهرها بما أصاب منها، وصادق الرجل على وليها الذي غره).

1 قرار بملف رقم 34971، بتاريخ 19/11/1984.

2 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 37.

ويرأي الشافعية والحنبلية والمالكية أخذ المشرع الجزائري بجواز التطلق للعيوب استنادا لنص المادة 02/53 من قانون الأسرة قبل التعديل أو بعده وبموجبه أعطى المشرع الجزائري الحق للزوجة طلب التطلق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأنه يملك حق الطلاق طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.¹

ومنه ولكي يعتبر العيب سببا للتطلق يجب أن يحتوي جملة من الشروط، إذ يجب أن يكون العيب في الزوج وليس في الزوجة، لأن الزوج خول له القانون الطلاق بالإرادة المنفرد بدون حتى ذكر السبب، وأن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والهدف هو إحسان الزوجين والنسل، وقد ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية في معرفة هل العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج من عدمه، هذا وعلى القاضي أن يتأكد من وجود ما تدعيه الزوجة وذلك بالاستعانة بالخبرة والأطباء وبأي وسيلة أخرى كالإقرار.

وفي الواقع العملي فإن القضاء يمنح الزوج أجل سنة من أجل القيام بالعلاج.²

ولقد أشار إلى ذلك قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1984/11/19 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة الزوجة يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة إلى جانب بعلمها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية."³

كما تجدر بنا الإشارة إلى أنه عقم الزوج بعد معاشرته لزوجته لمدة طويلة يعتبر عيب لأنه يحول دون تحقيق الهدف من الزواج وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: والذي يقضي:

"المعاشرة بين الزوجين في -قضية الحال- كانت طويلة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلق لتضررها بعدم الانجاب، وعليه إن

1 سمية عبد العزيز، "المرجع السابق"، ص 136 و 137 و 138.

2 سمية بوكايس، "المرجع السابق"، ص 117.

3 قرار بملف رقم 43784، بتاريخ 1984/11/19، مجلة قضائية عدد 3 لسنة 1989، ص 73.

قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً.¹

ثالثاً: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

بداية ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر المنصوص عليهما في القرآن الكريم:

الأول: جاء بغرض التأديب لقوله تعالى في الآية 34 من سورة النساء: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ ، أما الثاني جاء بغرض الإيلاء، وهو الهجر المصحوب بالقسم، بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر،² والمشار إليه في قوله تعالى في الآية 226 من سورة البقرة: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾³

وبقراءتنا للنص المادة 3/53 يفهم بأن المشرع الجزائري يقصد الهجر لغرض الإيلاء وليس بغرض التأديب وكان من الأجدر على المشرع أن يضيف كلمة الإيلاء وهذا للتوضيح.

وعليه يشترط في الهجر للمضجع ثلاثة شروط وهي:

الشرط الأول: ويمثل العنصر المادي والسلوك اللامشروع والمتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي ومقبول بحيث يهجر الزوج زوجته في الفراش ويدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج.

الشرط الثاني: ويمثل العنصر الزمني والمتمثل في أربعة أشهر متتالية ومتواصلة غير منقطعة

الشرط الثالث: ويمثل العنصر المعنوي والمتمثل في نية الإضرار بالزوجة وليس له ما يبرره من الناحية الشرعية والقانونية، وهو ما يسمى بالهجر غير المشروع الذي يتجاوز حدود الحق.⁴

ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16 والمتعلق بالطلاق قبل البناء

1 قرار بملف رقم 213571، بتاريخ 1999/02/16، غرفة الأحوال الشخصية عدد خاص، لسنة 2001، ص 119.

2 الرشيد بن شويخ، " شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "، " المرجع السابق "، ص 197.

3 سورة البقرة الآية 226.

4 سمية عبد العزيز، " المرجع السابق "، ص 104 و 141.

(من المقرر شرعا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء العقد وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون.¹

وتأسيسا لما جاء في الديباجة أكد القرار أن المدة الطويلة التي عقد فيها الطاعن القران على المطعون ضدها لم يتم بإتمام إجراءات الزواج، لاسيما فيما يتعلق بالبناء وفي ذلك أقر بضرر الزوجة معنويا وماديا، وعدم البناء بها لمدة طويلة يجسد الأساس القائل بهجر الزوج زوجته وتقاعسه عن تحصينها، سيما من الناحية الشرعية والرسمية، فبقاء الزوجة على ذمة زوجها لمدة طويلة دون الدخول بها ومعاشرته أمر فيه ضرر شرعي، فالملاحظ على هذا القرار أنه تطرق لمسألة الهجر وعدم القيام بواجب التحصين من طرف الزوج بسبب عدم الدخول بها، إلا أنه تعمد عدم ذكر الأساس بوضوح واكتفى كسابقه باعتبار الأساس هو الضرر المعتبر شرعا، تسهila على نفسه في تركية الحكم المنتقد.²

رابعا: الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 04/53 من قانون الأسرة، فللزوجة طلب التطليق للحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية وذلك حسب النص الأصلي والذي كان يجيز للمرأة طلب التطليق إلا إذا حكم على الزوج بعقوبة شائنة مقيدة لحرية لمدة أكثر من سنة وفيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة، وعليه لا يقبل طلب الزوجة التطليق إلا إذا حكم على الزوج بعقوبة، ولمدة أكثر من السنة، إلا أن قانون الأسرة الجديد، عدل هذه الفقرة وجعل للمرأة طلب التطليق لمجرد إدانة المحكمة الزوج بالحبس وحتى مع وقف التنفيذ.

1 قرار بملف رقم 217179، بتاريخ 16/03/1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 122.

2 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 44.

وعليه فشرط التطلاق لهذا السبب حسب التعديل هي: صدور حكم نهائي وبات قد استنفذ جميع طرق الطعن العادية وغير العادية ويدين الزوج، وعلى الزوجة إثبات ذلك من خلال تقديم نسخة من هذا الحكم النهائي أمام المحكمة لطلب التطلاق، ويجب أن تجعل هذه الجريمة استمرارية العشرة مستحيلة.¹

خامسا: الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

نصت عليها المادة 05/53 من قانون الأسرة قبل التعديل ، إن الأصل في الزواج أن يكون مؤبداً، وإن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج، فإذا حدث وأن غاب الزوج عن زوجته وطالت غيبته، وقد تكون في ظروف غامضة أو في حالات يغلب عليها مظنة هلاكه، فإنه مما لا شك فيه تضرر الزوجة في هذه الحالة، وشعورها بالوحدة والوحشة، وقد تتعرض للفتنة، وسبيلها الوحيد في ظل هذا الظرف أن تلجأ إلى القضاء وتطلب التفريق.²

سادسا: كل ضرر معتبر شرعا لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37.

أجازت الشريعة الإسلامية للمرأة طلب التطلاق للضرر وهذا لقوله تعالى في الآية 321 من سورة البقرة (ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه) والمقصود بالضرر هنا التضيق على الزوجة وإيذاؤها بالقول أو الفعل أو إهمالها من الجانب المادي والمعنوي، فقد تتضرر أحد الزوجات من ظلم زوجها لكونه أهملها بسبب هذا أو أنه أضر بها بشكل من الأشكال حتى إن كانت هي الزوجة الوحيدة لديه. ولذلك أجاز العديد من الفقهاء خصوصا فقهاء المالكية للزوجة أن تطلب التطلاق للضرر، ويتعين عليها أن تثبت أمام القاضي حصول الضرر بكافة الطرق.³

تختلف المشاكل الزوجية من عائلة إلى أخرى وقد تتضرر الزوجة في غالب الأحيان منها ولقد وضع لنا المشرع مجموعة من الاسباب التي يمكن للزوجة أن تطلب فيها التطلاق وتوسيعا لنطاق حرية الزوجة في ذلك قام بإدراج امكانية المرأة طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا وهذا ما جسده

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 119 و 120.

2 نفس المرجع، ص 121.

3 الرشيد بن شويخ، " المرجع السابق "، ص 207.

المشرع الجزائري في ظل المادة 06/53 من قانون رقم 11/84 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله.

ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا، أما تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

متى تبين في قضية الحال أن الزوجة المتضررة من عدم الإنفاق والضرر الذي تعرضت إليه من طرف الزوج، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.¹

سابعا: التطلاق لارتكاب فاحشة مبينة.

نصت عليها المادة 07/53 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل واعتبرت أن للزوجة الحق في طلب الطلاق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة على اعتبار أنه يعتبر سببا من الاسباب التي يجوز للمرأة أن ترفع دعوى تطلاق لأجلها، غير أن المشرع الجزائري لم ينص لنا عن معنى الفاحشة المبينة.

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

وفي الحقيقة فإن الفاحشة بمدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، وإنما تتعداها إلى الجرائم التي أقر لها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعينة تسمى (الحدود) وهذه الجرائم هي الزنا، القذف، السرقة، السكر، والردة والبغي، بهذا إذا أتى الزوج بفاحشة جاز للزوجة طلب التطلاق بسبب ارتكاب الزوج للفاحشة.²

1 قرار بملف رقم 222134، بتاريخ 18/15/1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 126.

2 جيلالي وحياني، " المرجع السابق "، ص 95.

الفرع الثاني: أسباب التطلاق المضافة بموجب الأمر رقم 05-02

قام المشرع الجزائري باضافة اسباب جديد تعطي للزوجة الحق في طلب التطلاق وجاءت في نص المادة 53 المعدلة بموجب الأمر 05-02 وهي التطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة أعلاه (أولا) التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين (ثانيا) التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج (ثالثا).

أولا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة أعلاه.

استحدثت هذه الصورة بموجب التعديل الأخير والي كانت في وقت قريب مرتبطة بفقرة الضرر المعتبر شرعا، وكذا المادة 37 قبل التعديل والمرتبطة بعدم النفقة الشرعية والعدل بين الزوجات، ذلك بأنه بموجب التعديل بالأمر 05-02 ارتقى بها المشرع إلى مرتبة الفقرة المستقلة عن غيرها من الفقرات الأخرى لاسيما ما يتعلق بفقرة الضرر المعتبر شرعا واعتبر مخالفتها سببا كافيا ومطلقا لطلب الزوجة التطلاق.¹

حيث جاء في المادة 08 المعدلة بموجب الأمر 05-02 (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.)

بعد استقراءنا لنص المادة نجد في حال قيام الزوج بالتعدد وجب توفر الشروط التالية:

- التعدد يكون في حدود الشريعة الاسلامية أي عدم تجاوز أربعة نسوة.
- وجود مبرر شرعي يستدعي به التعدد.

1 سمية عبد العزيز، " المرجع السابق "، ص 151.

- إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بذلك
- تقديم طلب الترخيص بالزواج لرئيس المحكمة ولهذا الأخير السلطة التقديرية في منحه الترخيص أو عدم منحه.

ففي حالة تخلف أي شرط من الشروط السالفة الذكر فإنه للزوجة الحق في رفع دعوى قضائية تطلب من خلالها التطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة أعلاه.

ثانيا: التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين.

استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير واعتبر المشرع الجزائري أن الخصام والشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق من القاضي، ومصدر مصطلح لشقاق مستمد من قوله تعالى في الآية 35 من سورة النساء: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾، والشقاق هو استحكام العداء والخلاف الذي يعرض الحياة الزوجية للانهايار والضياع.¹ ولعل جعل المشرع الجزائري التوسيع من دائرة الاسباب هو تكريسا لمبدأ المساواة بين الزوجين، ضف إلى ذلك وجود مجموعة من اجتهادات للمحكمة العليا في مجملها سعت لمناقشة هذه النقطة ونذكر منها قرار صادر بتاريخ 15/06/1999 والذي جاء فيه ما يلي: (من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطلاق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

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 بتطلاق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون).²

1 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 54.

2 قرار بملف رقم 224655، بتاريخ 15/06/1999، المجلة القضائية العدد 01، لسنة 2001، ص 128.

إن هذا الاجتهاد حظي بعناية المشرع وارتقى لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصصت له المادة 08/53 وأضحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا.¹

ثالثا: التطبيق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

هذه الفقرة استحدثت بموجب التعديل الجديد، ومصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الاسرة المعدلة هي الأخرى التي تنص على ما يلي: (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل الزوجة مالم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)، الواضح أن المشرع الجزائري لم يأت بجديد يذكر قياسا بالمادة 19 القديمة، إلا أنه أراد توضيح عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة.

في الواقع أن ما أورده المادة المعدلة في ايضاح للشروط لم يكن على سبيل الحصر، بل كان على سبيل المثال، لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا في عقد زواجهما أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية.²

إذن لقد أجاز القانون للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطا تكون فيها فائدة مادامت لاتحل حرام أو تحرم حلالا، ومادامت لا تنافي أو تتناقض مقاصد عقد الزواج، فإذا تضمن العقد شرطا من هذه الشروط، وكان هذا الشرط لمصلحة الزوجة، فقد أجاز لها أن تلجأ إلى القاضي طالبة التطبيق على هذا الزوج، زما يمكن رؤيته أنه ليس بمجرد عدم تنفيذ الزوج لشرط المتفق عليه يكون سببا من أسباب التطبيق، ولكن تبقى السلطة التقديرية للقاضي.³

ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا: (من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا، ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي عندما قضى بتطبيق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب خمس سنوات، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، باعتبارها

1 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 55.

2 نفس المرجع، ص 55، 56.

3 أحمد شامي، " قانون الأسرة طبقا لأحدث التعديلات "، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، " المرجع السابق "، ص 213.

خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.¹

المبحث الثالث:

توسيع دائرة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق الخلع

يعتبر الطلاق أسلوبا اجتماعيا لإنهاء العلاقة الزوجية، ووقف التفاهم بين الزوجين في الزواج الفاشل، وهو إن كان نهاية مؤلمة، فإنه أسلوب في إنهاء الزواج الذي خلى من المودة والرحمة، واشتد فيه الصراع والخصام والتعاضد بين طرفيه، واشتد فيه الصراع والشقاق وسادته العداوة والبغضاء، حيث يغدو انفصال الزوجين وحل عقد زواجهما أفضل من الحياة الزوجية التعيسة.²

بعد أن أعطى المشرع للزوج الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة مقابل هذا أعطى للزوجة الحق في حل الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة عن طريق التطليق كما قمنا بدراسته سابقا تم توسيع نطاق إنهاء الزوجة للرابطة الزوجية بوضع صورة أخرى وهي الخلع.

ف نجد اتفاقية سيداو قد ركزت على جعل المرأة في نفس مرتبة الرجل في خصوص إنهاء الرابطة الزوجية ويعتبر الخلع أكبر مظهر من مظاهر المساواة بين المرأة والرجل.³

وقمت بتقسيم هذا المبحث إلى مفهوم الخلع (المطلب الأول) وإلى آثار الاتفاقيات الدولية على تطور الخلع في القانون والقضاء الجزائري (المطلب الثاني).

1 قرار بملف رقم 75588، بتاريخ 1991/02/20، المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1993، ص 78.

2 لحسين بن شيخ أث ملويا، "رسالة في طلاق الخلع"، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، سلسلة دراسات قانونية، طبعة 2016/2017، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - ص 9.

3 محمد توفيق قادييري، "المرجع السابق"، ص 155.

المطلب الأول

مفهوم الخلع

تعتبر الرابطة الزوجية من أهم أسس عقد الزواج، إلا أن هذه الرابطة تستمر في كل الأحوال، ذلك أن الزواج قد يتعرض للفشل فيضع حد للحياة الزوجية،¹ ونجد من بين الصور التي يمكن ان تنتهي بها الرابطة الزوجية الخلع وعليه فسأتطرق إلى تعريف الخلع، مشروعيته، وحكمه (الفرع الأول) ثم إلى شروط الخلع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الخلع، مشروعيته، وحكمه

سأتطرق إلى تعريف الخلع (أولا) ثم إلى مشروعيته (ثانيا) وصولا إلى (حكمه)

أولا: تعريف الخلع

1- تعريف الخلع لغة:

الخلع في اللغة من خلع ثوبه ونعله وقائده وخلع عليه خلعة، كله من باب قطع، وخلع امراته خلعا بالضم والخلع الوالي عزل، وخلعت المرأة بعلها أرادته على طلاقها ببذل منها له، فهي خالع.²

2-تعريفه اصطلاحا:

هو إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة مع العوض.

عرفته الحنفية على أنه: " إزالة ملك النكاح المتوقفة مع قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه."

أما المالكية فقالوا: " اسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها."

1 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 201.

2 ابن منظور، " لسان العرب "، الجزء الثامن، دار لسان العرب، بيروت - لبنان - ص 76.

وعرفه الحنابلة بأنه: " فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته، أو غيرها بألفاظ مخصوصة."¹

" الخلع يجيئ على السنة فقهاء الشريعة، فيراد به أحيانا معنى عام وهو الطلاق على مال تقتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها سواء كان بلفظ الخلع أو المبرأة أو كان بلفظ الطلاق، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن وأحيانا يطلق ويراد به معنى خاص، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع، أو ما في معناه كالمبارأة، وهذا كان شائعا على السنة المتقدمين من الفقهاء."²

ومن هذه التعريفات يمكن إعطاء التعريف الآتي للخلع هو حل العدة الزوجية بالتراضي بين الزوجين سواء كان المقابل الممنوح من الزوجة أقل من المهر أو أكثر.³

ويمكن تعريفه أيضا: هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها، ولهذا أجاز لها الشرع الإسلامي أن تقدي نفسها رفعا للحرَج الذي أصابها.⁴

3-تعريف الخلع قانونا:

لم يورد قانون الأسرة تعريفا صريحا للخلع حيث جاء في نص المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة: (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها مقابل تعويض. وإذا لم يتفق الزوجان على مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل عند صدور الحكم).⁵

1 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 215.

2 لحسين بن شيخ أث ملويا، " رسالة في طلاق الخلع "، " المرجع السابق "، ص 14 و 15.

3 كريم داودي، " رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة "، مقال منشور بمجلة الحضارة الاسلامية، العدد 29، رمضان 1437 هـ/ جوان 2016 م، ص 214.

4 الرشيد بن الشويخ، " شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "، " المرجع السابق "، ص 208.

5 المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

أما قبل التعديل فكانت تنص: (يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه.....) المادة 54 من قانون 84-11 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

ويفهم من نص المادة أنه يجوز للزوجة مخالعة زوجها بمقابل مالي، وفي حال عدم التفاهم حول هذا المقابل المالي فإن القاضي يحكم بما لا يتجاوز صداق المثل عند صدور الحكم.

ثانيا: مشروعية الخلع

1- من الكتاب الكريم:

قال تعالى: ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾¹.

2- من السنة النبوية:

عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، أما إني ما أعيب عليه في خلق ولا في دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"²

3- من الاجماع:

فقد أجمع جمهور الفقهاء على مشروعية الخلع.³ وقال الامام مالك بهذا الصدد لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا وأن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسيئ إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما افتقدت به، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم.⁴

1 الآية 229 من سورة البقرة.

2 رواه البخاري برقم 4971

3 أحمد شامي، "قانون الأسرة الجزائري"، "المرجع السابق"، ص 216.

4 نورة منصور، "المرجع السابق"، ص 109.

ثالثاً: حكمه

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حوله، يرى الحنفية أن الخلع جائز وهو تطليقة بائنة، وحبثهم في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديثه: " إقبل الحديقة وطلقها تطليقة " لأن النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ، وفي مسألة الزواج الفاسد قالوا: إذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً فإن الخلع لا يصح له لأنه فاسد إذ هو إزالة ملك النكاح والعقد الفاسد لا يترتب عليه ملك النكاح.

أما الشافعية فقد صنفوا الخلع ضمن أنواع النكاح بالطلاق والتي تنقسم إلى:

-ألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية

-الخلع

-فرقة الايلاء

- فرقة الحكمين

أما المالكية فقالوا أن الخلع طلاق بعوض وتعريف الطلاق عندهم يشمل الطلاق بأنواعه وهو الصريح والكناية الظاهرة أي لفظ آخر بنية الطلاق.

أما الحنابلة، فقد اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع، في رواية أنه فسخ وهذا قول ابن عباس، وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور، وأحد قولي الشافعي.

وفي رواية ثانية أنه طلقة بائنة، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقييسة وشريح والمجاهد وأبي سلمى ابن عبد الرحمان والنخاعي والشعبي والزهري.¹

الفرع الثاني: شروط الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها واكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي عند خلافهما على مقداره، بحيث لا

1 نورة منصوري ، " المرجع السابق " ، ص 110 وما يليها.

يتجاوز مهر المثل.¹ وعليه فسأطرق لشروط الخلع بداية بقيام الرابطة الزوجية (أولا) ثم إلى الأهلية (ثاني) ثم إلى الصيغة (ثالثا) ثم بدل الخلع (رابعا) .

أولا: قيام الرابطة الزوجية

يشترط في الخلع قيام رابطة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها وتربطها به رابطة غير الزوجية، بل لا بد من توفر عقد زواج صحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة، فلا يقع الخلع، وإذا كانت قائمة من عقد صحيح ولم يقع دخول أو طلاق، فإن الخلع يقطع هذه الرابطة ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة وملكية الاستمتاع بها لم ترفع من جهة أخرى.²

ثانيا: الأهلية

إنه لكل عقد شروط ومن بين شروط الخلع الأهلية زوجا وزوجة،³ إذ لا بد لصحة إيقاعه وجوازه قانونا أن يكون من يصدر عنه بالغا عاقلا، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء وهي " كل من صح طلاقه صح خله " ⁴

ذهب الحنفية إلى أن الأهلية ضرورية فلا يصح خلع المجنون ولا المعتوه ولا المغمى عليه، بخلاف السكران والمكره، أما إذا اختلعت الصغيرة من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها، لأن الزوج من أهل الإيقاع وإيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها، وقد تحقق القبول منها فيقع كما لو قال لها اذا تكلمت فأنت طالق فتكلمت ولكن لا يلزمها المال لان التزام المال من الصبية لا يصح.

أما المالكية، فيشترطون أهلية المرأة ، ذلك بأنه يجوز للرشيدة مخالعة نفسها، وكذلك السفينة مع وليها عند من يرى الحجر، قال مالك يخالع الأب ابنته الصغيرة كما ينكحها، ونفس الشيء بالنسبة

1 نفس المرجع، ص 115.

2 نورة منصوري ، " المرجع السابق "، ص 115 و 116.

3 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، ص 224.

4 نورة منصوري، " المرجع السابق "، ص 116.

للأبن الصغير لأنه عنده يطلق عليه بخلاف الشافعي وأبو حنيفة قالوا لا يجوز لأنه يطلق عليه عندهم. أما المريضة فخلعها جائز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها.¹

أما الشافعية: قالوا يشترط في الزوج أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً، لأن الخلع طلاق فالزوج ركن لا شرط، وكونه يصح طلاقه شرط في الزوج، فلا يصح من الصبي والمجنون والمكره، أن يكون له مطلق التصرف في ماله فلا يكون محجوراً عليه حجر السفه، وللحجر أسباب خمسة ذكر المصنف منها ثلاثة: الرق والسفه والمرض، وأسقط الصبا والجنون لأن الخلع معهما لغو، أما المريضة مرض الموت فيصح أن تخالع زوجها، لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها بخلاف السفهية، ولهذا يقال أن المريضة مرض الموت مطلقة التصرف في العوض الذي يساوي مهر المثل، وما زاد عن ذلك تجري عليه أحكام الوصية.

أما الحنابلة، قالوا إنه يشترط في المرأة أن تكون أهلاً للتصرفات المالية، فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه، ولو بإذن الولي، لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات وقد أجاز البعض إذا في ذلك مصلحة، أما شروط الزوج المخالعة فهي شروط المطلق فيصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه، فيصح خلع المسلم والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق ويفعله والرشد والسفيه لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه فيصح خلعه.²

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد حدد سن الزواج ببلوغ 19 سنة كاملة للجنسين وهذا ما نص في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل حيث أنه قبل التعديل كان ببلوغ الرجل 21 سنة والمرأة 18، وبموجب التعديل ساو المشرع بين الجنسين وترك سلطة تقديرية للقاضي في منحه الإذن بزواج القصر أو عدم منحه ذلك الإذن. فلكي يعتبر الزوجين أهلاً للتصرف فلبد من بلوغ سن 19 سنة كاملة وهذا قياساً لنص المادة 40 من قانون المدني التي اعتبرت سن الرشد ببلوغ 19 سنة كاملة.³

1 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 224 وما يليها.

2 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 226 و 227.

3 كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة " . المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

كما أنه كل شخص غير مميز لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية هذا طبقا لنص المادة 42 من القانون المدني.¹ وعليه يشترط الأهلية عند مخالعة الزوجة لزوجها أي أن تكون متمتعة بقواها العقلية، وغير محجور عليها طبقا لنص المادة 75 من قانون الأسرة والتي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، وإلا وقع تصرفه باطلا ولا ينتج أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذو أثر مالي يحتاج إلى أهلية التصرف وبغيابها ينوبه وليه طبقا للمادة 02/10 من قانون الأسرة.

اذ أن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أ الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع.

يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج، إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن وباعتماد القاعدة الفقهية " كل من صح طلاقه صح خله " فإن من يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الخلع إلا بإذن، أما بالنسبة للمريضة مرض الموت هنا عرض الزوجة للمخالعة مقبول وتكون ملزمة ببذل الخلع، لأنها أهل لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها عندئذ بحكم قضائي.²

ثالثا: صيغة الخلع

لا بد للخلع نم صيغة فلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أن يقول لها، " اختلي على كذا "، فيقول لها " خلعتك على ذلك "، فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه، أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، وإن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفا.³

قالو بشأن الأحكام التي تتعلق بالصيغة أنه يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع واعتبروا يمينا من جانب الزوج، فلو ابتدأ الخلع بقوله: " خالعتك على مائة " مثلا، فإنه

1 " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة." المادة 42 من القانون المدني الجزائري.

2 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 227 وما يليها.

3 نفس المرجع، ص 229.

لا يملك الرجوع عنه، وكذا لا يملك فسخه، ولا نهى المرأة عن قبوله وله أن يعلقه على شرط، ويضيفه إلى وقت، أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال، لأنها تعطي الرجل مالا ملكا له في نظير الطلاق، وذلك معنى المعاوضة بين اثنين، أحدهما يعطي مالا لغيره على سبيل الملك، وثانيهما يعطي بدلا في نظير تمليك ذلك المال، فإن كان كذلك يصح لها أن ترجع قبل القبول، وببطل بقيام أحدهما عن المجلس قبل القبول، ولا يصح للزوجة أن تعلقه على شرط ولا أن تضيفه إلى وقت، كما يشترط الحنفية مطابقة الإيجاب للقبول.

أما المالكية فيشترطون في الصيغة ثلاثة شروط:

- أن تكون لفظا، بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سوء كان صريحا أو كناية فإذا عمل عملا يدل على الطلاق بدون نطق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا جرى به العرف.
 - أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علقه الزوج بالأداء أو الإقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس.
 - أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال.¹
- أما الشافعية قالوا صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية، ويصح بكنائيات الطلاق مع النية، أما شروط الصيغة عندهم هي:
- أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه الحاضرين.
 - أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب.
 - أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي.
 - أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام.
 - أن يتفق الإيجاب مع القبول.
- أما الحنابلة فيشترطون في صيغة الخلع مايلي:

1 نورة منصورى، " المرجع السابق "، ص 124 وما يليها.

- أن تكون لفظاً، فلا يصح الخلع بالمعاطاة ولو نوى بها الطلاق، بل لا بد فيه من إيجاب وقبول.
- أن يكون الإيجاب والقبول في المجلس.
- ألا يضيف الخلع إلى جزء منها، فإذا قال لها " خالعت يدك أو رجلك بكذا " وقبلت كان لغوا.
- ألا يعلقه على شرط.¹

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري لم ينص في المادة 54 من قانون الأسرة على صيغة الخلع سواء قبل التعديل أو بعده، وعليه يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: " كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

ونذكر أنه ما يعاب على المشرع الجزائري أنه عند رجوعنا لإحكام الشريعة الإسلامية لم يحدد لنا أي مذهب يعتمد علي مما أثقل كاهل القضاء. وعليه ندعو إلى إعادة صياغة نص المادة وتحديد أي مذهب يعتمد عليه.

رابعاً: بدل الخلع

هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلص نفسها منه.²

ويمكننا القول أنه كل ما يصح أن يكون مهراً يصح أن يكون بدلاً للخلع من مال

أو ما في حكمه وفي هذا اتفاق بين الفقهاء.³

يجوز شرعاً أن يأخذ الزوج مالا أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة مه، ولا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ فإذا كان البدل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى وهذا بإجماع الفقهاء

1 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 231 وما يليها.

2 نفس المرجع، ص 237.

3 سمية عبد العزيز، " المرجع السابق "، ص 163.

لكن اختلفوا فيما اذا كان البذل أكثر مما قدم إليها من مهر، وفي هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه،¹ انقسم الحنفية إلى روايتين أولهما: أن أخذ الزيادة جائز، لا شيء فيه لإطلاق الآية السابقة: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ والتي رفعت الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء، من غير فصل بين ما إذا كان هذا البذل مساويا للمهر أو زائدا عليه، واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

إذا أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بدل الخلع) قل أو كثر، واستدلوا بقصة الربيع بنت معوذ - رضي الله عنها - (أخبرنا) أبو الحسن بن أبي المعروف الإسفرائيني بها ، أنا أبو عمرو بن نجيد ، نا محمد بن إبراهيم البوشنجي ، نا أمية بن بسطام ، نا يزيد بن زريع ، نا روح ، عن عبد الله بن محمد بن عقيل ، عن الربيع بنت معوذ بن عفراء قالت : تزوجت ابن عم لي فشقي بي وشقيت به ، وعني بي وعنيت به ، وإني استأديت عليه عثمان - رضي الله عنه - فظلمني وظلمته وكثر علي وكثرت عليه وإنها انفلتت مني كلمة أنا أفندي بمالي كله . قال : قد قبلت . فقال عثمان - رضي الله عنه : خذ منها ، قالت : فانطلقت فدفعت إليه متاعي كله إلا ثيابي وفراشي ، وإنه قال لي : لا أرضى وإنه استأداني على عثمان - رضي الله عنه - فلما دنونا منه قال : يا أمير المؤمنين الشرط أملك قال : أجل فخذ منها متاعها كله حتى عقاصها ، قالت فانطلقت فدفعت إليه كل شيء حتى أجفت بيني وبينه الباب². لأن الخلع معاوضة والبذل فيها يرجع إلى تراضي الطرف فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون على طيب خاطر، لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾.

وثنيهما: أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة الذكر: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ لأن آخر الآية مردودها إلى أولها والتي تنهي الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما اتوهن من مهر، واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " أتردين عليه حقيقته؟" فقالت نعم وزيادة، فقال:

1 نورة منصورى، " المرجع السابق "، ص 135 و 136.

2 رواه البيهقي برقم 14389

" أما الزيادة فلا " ¹ وبذلك نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها. ² يرى المالكية أنه ما يجوز أن تختلع به الزوجة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقهما إذا كان النشوز من قبلها، ويمثله وبأقل إذا كان النشوز منه، ويرى بعض المالكية أنه ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاه على ظاهر حديث ثابت بن قيس بسائر الأعواض في المعاملات.

أما الشافعية قالوا أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر، ولا فرق أن يكون البذل عينا أو دينا أو ضعفه، وضابطه أن " كل ما جاز

أن يكون صداقا جاز أن يكون عوضا في الخلع " لعموم قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

أما الحنابلة قالوا إنه يستحب للزوج أن لا يأخذ أكثر مما أعطاه، ويصح الخلع بأكثر من الصداق إن تراضيا على ذلك، وهو قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس أنهما قال لو اختلعت إمراه من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزا، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمر وابن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاه، وهو ما اختاره أبو بكر وقال فإن فعل رد الزيادة، ³ واستدلوا بحديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " أتردين عليه حقيقته؟ " فقالت نعم وزيادة، فقال: " أما الزيادة فلا " وبذلك نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها. ⁴

أما عند المشرع الجزائري فمن خلال نص المادة 54 السالفة الذكر نجد المشرع الجزائري نص على أنه يجوز للزوجة مخالعة نفسها مع تقدم مال لزوجها يتم الاتفاق عليه وفي حال عدم الاتفاق على بدل الخلع فإن القاضي يحكم بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

ولكن نجد نص المادة لم يحدد لنا ما يجوز أن يكون بدلا للخلع مما يستوجب علينا الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ونذكر أن المشرع الجزائري

1 رواه البخاري برقم 4971

2 نورة منصوري، " المرجع السابق "، ص 136 و 137.

3 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 238 و 239.

4 رواه البخاري برقم 4971

أغفل نقطة مهمة في نص هذه المادة كونه لم يحدد لنا أي مذهب يعتمد عليه، وعليه أقترح إعادة صياغة نص المادة بإضافة فقرة جديدة يحدد من خلالها أي مذهب يعتمد عليه، وهذا لتسهيل عمل القضاء.

المطلب الثاني

أثر الاتفاقيات الدولية على تطور الخلع في القانون والقضاء الجزائري

عند التحدث عن تطور الخلع في القانون والقضاء وجب علينا التطرق إلى التكييف القانوني للخلع (الفرع الأول) ثم التطرق إلى ارتقاء الخلع إلى حق أصيل للزوجة في التشريع والقضاء الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التكييف القانوني للخلع

سأتطرق من خلاله إلى التكييف القانوني للخلع في مسألتين مهمتين اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة (أولا) بالإضافة إلى اعتبار الخلع فسخا أو طلاقا (ثانيا).

أولا: اعتبار الخلع يمينا أم معاوضة

عرف الفقهاء الطلاق على أنه يمين، سواء أوقعه الزوج أو الزوجة، في حين لو كان الطلاق يشترك فيه الزوجان ولا يتم إلا بإرادتهما مجتمعة فهنا هل يعتبر يمينا منهما أم مختلف كل منهما عن الآخر؟

الحنفية يرون أن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج لأن الزوج الذي يقول لزوجته (خالعتك على مائة دينار) يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع مائة دينار وكأنه قال لها:

(إن دفعت لي مائة دينار خالعتك)، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء، لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج، أما بالنسبة للزوجة يعتبر معاوضة، لأنها بقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج، مقابل افتداء نفسها من قيود الزوجية وكأنها قالت له (رضيت أن أشتري عصمتي منك بهذا البدل).

في حين يهب جانب من الفقه وفي مقدمتهم الظاهرية إلى اعتبار الخلع ليس بعقد بين الزوجين من أجل تقرير مصير الزوجة بخلعها من عدمه بل هو حق أصيل للزوجة يحق لها اللجوء إليه متى شاءت وأنى أرادت إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة الزوجية رفقة زوجها يعد ضربا من المحال، وهي بذلك لا تحتاج إلى مجلس عقد ولا إلى إيجاب الزوج في مخالعتها، وعليه فالقول بأن الخلع عقد بين الزوج والزوجة مستبعد من طرف هذا الرأي.¹

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإننا نجده عرف مرحلتين في تحديد رؤية بشأن الخلع كيمين أم معاوضة، ففي قانون رقم 84-11 المؤرخ في 04 جوان 1984 لم يتعرض المشرع الجزائري إلى التكييف الفقهي للخلع في كونه عقد يتعين على الزوج اليمين، وعلى الزوجة المعاوضة، كما أورده الفقهاء في كون الخلع يعد يمينا من جانب الزوج، لأنه يرتبط بالطلاق ويعد معاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض.²

حيث جاء في نص المادة 54 من قانون الأسرة: (يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه...)³، وقد حاول شراح القانون المتبنين لرأي ألا خلع بدون إرادة الزوج شرح نص المادة 54 على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة. ولكن الرأي تغير بعدها حيث قام المشرع الجزائري بالفصل في مسألة التكييف الفقهي للخلع في ظل التعديل الأخير⁴ في نص المادة 54 المعدلة وجاء فيها: (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي)⁵

وفي ذلك تأثير واضح لما ذهب إليه الظاهرية في اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يمكن لها اللجوء إليه أنى شاءت إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة

1 باديس ديابي، "المرجع السابق"، ص 67 و68.

2 نفس المرجع، ص 70.

3 المادة 54 من القانون رقم 84-11 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

4 باديس ديابي، "المرجع السابق"، ص 70 و71.

5 المادة 54 معدلة بموجب الأمر رقم 02-05 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الزوجية ضرباً من المحال، وبذلك فلا حاجة لمجلس العقد ولا أي إيجاب في مخالعتها ولا قبول الزوج.¹

ثانياً: اعتبار الخلع فسخاً أم طلاقاً

اختلف الفقهاء أيضاً حول اعتبار الخلع فسخاً أم طلاقاً.

فالذين قالوا أنه فسخ ومنهم أحمد وداود هو قول ابن عباس وعثمان وهم صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم استندوا إلى قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ ثم بعد ذلك ذكر الله الافتداء في الآية 230 من سورة البقرة إذ قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ مكنان الافتداء طلاقاً لزيادة عدد الطلقات على ثلاث.

أما الذين قالوا أن الخلع طلاق، فإنه روي عن عثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين الخلع يعد طلاقاً وفي ذلك قول أبو حنيفة ومالك والشافعي وهذا الحكم مؤكد سواء كان خلع على مال أم كان بغير ذلك لأن الله شرع الخلع كي تملك الزوجة نفسها، وهذا ما يتنافى مع الطلاق الرجعي، ومتى اعتبر الخلع طلاقاً احتسب من عدد الطلقات وأدلة الخلع على أنه طلاق هي: -حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (ردي عليه حديثه)، ومعنى الرد المفارقة والتخلية ولا يقع إلا بطلاق.

-ما حدث به الباقي بن مانع قال: حدثنا أحمد بن الحسن عبد الجبار، قال حدثنا أبو همام قال: حدثنا الوليد عن أبي سعيد قال سمعت رفقة بن أبي عبد الرحمان قال سمعت عن سعيد بن المسيب قال: (جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة)

وثمره هذا الخلاف تظهر في الاعتداد بالطلاق، فمن رأى أنه طلاق احتسبه طلاقاً بائناً، ومن رأى أنه فسخ لم يحتسبه، فمن طلق امرأته طليقتين ثم خالعهما ثم أراد أن يتزوجها فله ذلك وإن لم تنكح زوجاً غيره، ولأنه ليس له تطليقتين والخلع لغو.

1 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 71.

ومن كون أجل الخلع طلاقا قال لم يجز له أن يراجعها حتى تتكح زوجا غيره، لأنه بالخلع كملت الطلاقات الثلاث.¹

المشرع الجزائري كان واضحا منذ الوهلة الأولى بتبنيه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقا لا فسخا وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث تبيان كنه الطلاق ومعنى الفسخ، هو الترتيب الذي دعم هذا الرأي.²

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع قد نص على الفسخ في الفصل الثالث من الباب الأول بعنوان النكاح الفاسد والباطل ونظمه في المواد من 32 إلى 35 منه حيث جاء في نص المادة 32 منه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد."³

ونجد المادة 33 تنص: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل."⁴ أما المادة 34 " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء."⁵ وجاءت المادة 35 تنص:

" إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا."⁶

نجد المادة 33 منه قد أوضحت أن ركن الرضا المهم والأساسي في إقامة الزواج إذا اختل بطل الزواج والمفهوم هنا أن البطلان مطلق، أما الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، ونجد المادة 34 اعتبرت الزواج بإحدى المحرمات فاسد يوجب فسحه قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء، وفي المادة 35 أكدت إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان العقد صحيحا والشرط باطلا.

1 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 68 وما يليها.

2 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 71.

3 المادة 32 من قانون الأسرة.

4 المادة 33 من قانون الأسرة.

5 المادة 34 من قانون الأسرة .

6 المادة 35 من قانون الأسرة.

كما أنه ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج وذلك في المادة 47 التي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة، ثم تطرق في الفصل الأول المعنون " بالطلاق " من المادة 48 التي نصت على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من نفس القانون.

ونجد أن المادة 54 التي تنص على الخلع كصورة من صور فك الرابطة موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق وهو يؤكد التأثير الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بأن الخلع طلاقا لا فسخا، على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضياته بينما الأمر يختلف عليه في الخلع، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف ما خارجة تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق.

وقد أكد ذلك اجتهاد المحكمة العليا في قرار شهير مؤرخ في 1969/02/05 حينما نوه أنه (لا يلحق بالطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح)¹.

الفرع الثاني: ارتقاء الخلع إلى حق أصيل للزوجة في التشريع والقضاء الجزائري

سأطرق إلى حق الزوجة في مخالعة زوجها بين رضا الزوج وعدم رضاه في ظل قانون رقم 11-84 (أولا) ثم اتطرق إلى حق الزوجة في مخالعة زوجها دون رضاه في ظل الأمر 02-05 (ثانياً).

أولاً: حق الزوجة في مخالعة زوجها بين رضا الزوج وعدم رضاه في ظل قانون رقم

11-84

صدر القانون رقم 11-84 ينظم قانون الأسرة الجزائري حيث تضمن نص المادة 54 منه والتي نصت على أنه (يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه.....) لم

1 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 71 و 72.

تحدد نص المادة ما إذا كان الخلع يكون برضا الزوج أو بدون رضاه فنجدها قد تحدثت فقط على أنه يجوز للزوجة مخالعة زوجها بتقديم بدل الخلع أي بتقديم مال يتم الاتفاق عليه.

وعليه فهذا الغموض في النص القانوني أدى كذلك إلى تضارب القرارات القضائية فقد كانت القرارات تقضي في بداية الأمر بأنه لا يجوز الخلع إلا بموافقة الزوج،¹ وجاء في قرار للمحكمة العليا: : ومن المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولم يكن لها سبب فيه وأظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة.²

غير أنه استقرت قرارات المحكمة العليا على أنه يجوز للزوجة مخالعة زوجها دون موافقة الزوج. وجاء في قرار للمحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم...وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "³

كما أنه جاء في قرار آخر للمحكمة العليا، بتاريخ 1999/03/16، والذي اعترف بالخلع للزوجة دون موافقة الزوج.⁴

فالملاحظ أن اجتهادات المحكمة العليا تغيرت واستقرت بجواز الخلع دون موافقة الزوج.

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 132.

2 المجلس الأعلى، قرار بملف رقم 51728، بتاريخ 1988/11/21، المجلة القضائية العدد 03، لسنة 1990، ص 120.

3 قرار بملف رقم 83603 بتاريخ 1992/07/21، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2001 ص 134.0

4 قرار بملف رقم 216239، بتاريخ 1999/03/16، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 138.

ثانيا: حق الزوجة في مخالعة زوجها دون رضاه في ظل الأمر 05-02.

بعد استقرار القضاء على أن الخلع يتم بإرادة الزوجة وحدها دون حاجة لموافقة الزوج فإن المشرع الجزائري قام بتعديل نص المادة 54 بموجب الأمر 05-02 حيث جاء في نص المادة 1/54 من قانون الأسرة الجزائري " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي " فالملاحظ أن المشرع الجزائري قام بالفصل في الخلع حيث ارتقى حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بدون رضا الزوج وهو ما يقابل حق الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وهذا حسب ما لا حظناه لعل لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الدور الفعال الذي أدى بالمشرع للقيام بهذا التعديل وهذا عيا منه لتجسيد اتفاقية سيداو التي من خلالها سعى لتحقيق المساواة بين الزوجين في منح فرص الطلاق.

حيث صدر قرار عن المحكمة العليا قام بتأكيد هذا الأمر حيث أن مبدؤه يتمثل في: " الخلع حق إرادي، يقابل حق العصمة للزوج"¹.

حيث نجد هذا التعديل قد جعل الخلع حقا أصيلا للزوجة تستطيع من خلاله مخالعة نفسها سواء رضي الزوج أو حتى بدون رضاه.

وسبب جعل الخلع دون موافقة الزوج حقا للزوجة مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو محاولة ضبط النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق بما يتماشى ومبدأ المساواة المنصوص عليه ضمن اتفاقية سيداو، وهو ما أكدته ردود الجزائر على الملاحظات التي أبدتها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حول محدودية مبررات الطلاق للمرأة.²

نتيجة:

تبنى المشرع الجزائري نظرية وحدة القانون مع سمو القانون الدولي على القانون الداخلي وجعله في مرتبة أدنى من الدستور طبقا لنص المادة 132 والتي تنص على ذلك، فالاتفاقية بعد المصادقة عليها من طرف رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون،

1 قرار بملف رقم 656259، بتاريخ 2011/09/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 01 لسنة 2012، ص 318.

2 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 134.

ولقد وقعت الجزائر على جميع الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الانسان، خاصة منها ما تعلق بحقوق المرأة، ولعل أكثر الاتفاقيات تأثيرا في قانون الأسرة نجد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي دعت للمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع الميادين، وقد صادقت الجزائر مع جملة من التحفظات على بعض مواد الاتفاقية التي تخالف قانون الأسرة، وأمام اسرار سيداو على رفع التحفظات قامت الجزائر برفع بعض التحفظات التي تخص مركز المرأة ومساواتها بالرجل خصوصا ما تعلق بالأسرة، وعلى رأسها حق المرأة في مخالعة زوجها دون رضاه عن طرق الخلع، ومن ثم أصبح للزوجة الحق في حل العدة الزوجية عن طريق الخلع الذي جاء في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.¹

وما يمكننا قوله وأمام مساعي المشرع الجزائري لتحقيق المساواة بين الجنسين قام بمنح الزوجة الحق في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج وهذا مقابل حق الزوج في حل الزواج بإرادته المنفردة، وهذا راجع لمصادقة الجزائر على بعض الاتفاقيات وعلى رأسها اتفاقية سيداو والتي في مجملها سعت لتحقيق المساواة بين الجنسين. وربما يعتبر هذا رضوخ من المشرع الجزائري لمساعي هذه الاتفاقيات.

ويجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قام بالتطرق إلى الخلع في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، حيث تعتبر هذه المادة الوحيدة غير كافية للتطرق إلى شتى الثغرات الفقهية والقانونية والقضائية للخلع، وعليه أدعو المشرع الجزائري لمراجعة هذا الأمر وإضفاء مواد جديدة تنظم الخلع.

1 كريم داودي، " رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري "، مقال منشور بمجلة الحضارة الاسلامية، العدد 29، رمضان 1437 هـ/ جوان 2016 م - الجزائر - ص 221 و222.

الفصل الرابع

تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار
الناجمة عن انحلال عقد الزواج.

الفصل الرابع:

تأثير الاتفاقيات الدولية على الآثار الناتجة عن انحلال عقد الزواج.

إن الطلاق حقيقة اجتماعية وشرعية تترتب عنه آثار والتزامات على الزوجين وعليه أقر قانون الأسرة الجزائري مجموعة من الحقوق لصالح المرأة تستفيد منها أثنا وقوع الطلاق.¹

إن حرص قانون الأسرة في تعديله الجديد على تنظيم الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية وكذلك أحكامها الاجرائية، يستتبعه بالضرورة تنظيم الآثار الناجمة عن انحلال الرابطة الزوجية، وهذا ما جاء في التعديل الجديد من حيث التنظيم القانوني.²

والملاحظ أن المشرع الجزائري قام بتسوية المرأة مع الرجل في بعض الأمور المتعلقة بآثار فك الرابطة الزوجية خصوصا منها ما تعلق بالأولاد، ولعل هذا راجع لمصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان وخاصة منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي يطلق عليها تسمية " سيداو " فبعد مصادقة الجزائر عليه في سنة 1996، وأمام تأثير المشرع الجزائري قام بإدخال بعض التعديلات على قانون الأسرة الجزائري وهذا تكريسا لمبدأ المساواة بين الزوجين ومن بين تلك الأمور نجد ما تعلق منها بآثار فك الرابطة الزوجية. وسأعرض من خلال دراستي لهذا الفصل إلا أهم النقاط التي قام المشرع الجزائري بتعديلها تأثرا بتلك الاتفاقيات الدولية خاصة منها اتفاقية سيداو.

وقمت بتقسيم هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: تأثير الاتفاقيات الدولية على الحضنة

المبحث الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على حقوق المرأة المتعلقة بالأبناء

المبحث الثالث: حق المطلقة في التعويض عن الطلاق

1 جيلالي وحياني، " المرجع السابق "، ص 102.

2 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 299.

المبحث الأول

تأثير الاتفاقيات الدولية على الحضانة

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لما تخلفه من آثار ايجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع، لأنه تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة، وإذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، فإن موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معا ويشكل مباشر على تربية الأولاد باعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير.

وفي حال الطلاق بين الزوجين فإن مشكل الحضانة يطرح بحدة وكثيرا ما يتنازع الزوجان على حق الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير.¹

لهذا نجد الشريعة الإسلامية أولت الموضوع عناية كبيرة، كما سارع المشرع الجزائري إلى تنظيمه في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول، كما أنه قان بتعديل بعض المواد المتعلقة بالحضانة بموجب الأمر 02-05 ولعل هذا راجع لتأثره ومصادقته على بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان خاصة منها اتفاقية سيداو التي دعت لتحقيق المساواة المطلقة بين الجنسين. وقسمت هذا المبحث إلى مفهوم الحضانة (المطلب الأول) وإلى الحضانة في الاتفاقيات الدولية وتأثيرها على قانون الأسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الحضانة

تعتبر الطفولة من أهم مراحل التكوين ونمو الشخصية وهي مرحلة من مراحل نمو الانسان الحافلة بالتغيرات الجسمية والفيزيولوجية والاجتماعية والانفعالية، حيث تمثل مرحلة الطفولة المدة التي يقضيها الصغير في النمو حتى يصل سن البلوغ، ويعتمد الطفل في هذه المرحلة علة والديه في تأين

1 الرشيد بن شويخ، " شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "، " المرجع السابق "، ص 253.

بقائه.¹ غير أنه قد يحصل الطلاق بين الوالدين مما يستوجب أن يعرض الطفل للحضانة وعليه سأطرق إلى تعريف الحضانة، مشروعيتها، حكمها، والحكمة من مشروعيتها (الفرع الأول) ثم أتطرق إلى شروط الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحضانة، مشروعيتها، حكمها، والحكمة منها.

سأتطرق إلى تعريف الحضانة (أولا) ثم أتطرق إلى مشروعيتها، حكمها، والحكمة منها (ثانيا)

أولا: تعريف الحضانة

1-تعريف الحضانة لغة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما، مأخوذة من الحزن، مأخوذة من الحزن: ما دون الإبط إلى الكشح وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمال الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها، والحزن الجنب وهما حضنان، حضنا الليل وهما جنباه، وحزن الجبل: ما يطيف به، وحضنه وحضنه أيضا أصله، ويقال أيضا حزن الطائر بيضه وعلى بيضه يحضن حضنا، وحضانة وحضانا وحضونا إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، والحضانة: مصدر الحاضن، والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه.²

2-تعريف الحضانة اصطلاحا:

عرفها الفقهاء: بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير، أو الصغيرة، أو المعنوه الذي لا يميز، ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضره، وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا، كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها. والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة، لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع.³

1 خضرة وحشي، وكريمة محمدي، " الحماية القانونية لحقوق الطفل "، طبعة 1439هـ/2018م، دار الكتاب الحديث - الجزائر - ص 19.

2 أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، " لسان العرب "، المجلد 13، طبعة 2003، دار صادر، بيروت - لبنان - ص 122 و 123.

3 الشيخ سيد سابق، " المرجع السابق "، ص 328.

وتعرف الحضانة أيضا على أنها: " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته عما يهلكه أو يضره " ولا يرد تطبيق أحكام الحضانة - غالبا - إلا في حال الفرقة بين الزوجين ووجود أولاد دون السن التي يستغني فيها الصغير عن النساء، وذلك أن الولد يحتاج إلى نوع من الرعاية والحماية والتربية والقيام بما يصلحه، وهذا ما يعرف بالولاية.¹

3-تعريف الحضانة قانونا:

نظم المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في المواد من 62 إلى غاية المادة 72، وعرف الحضانة في المادة 62 منه على أنها: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بها.²

3- تعريف الحضانة قضاء:

نجد قضاء المحكمة العليا قد ساير التعريف القانوني للحضانة، حيث جاء في قرار لها:

(من المقرر فقها وقانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه).³

1 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 414 و 415.

2 المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

3 قرار بملف رقم 53578 بتاريخ 1989/05/22، المجلق القضائية عدد 4، لسنة 1991، ص 99.

ثانيا: مشروعيتها، حكمها، والحكمة منها.

1-مشروعيتها:

أ- من القرآن الكريم:

قوله تعالى ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾¹

المعنى أي : لا تكلف المرأة الصبر على التقدير في الأجرة، ولا يكلف الزوج ما هو إسراف، بل يراعي القصد، وهذه الآية دليل لمالك على أن الحضانة للأم فهي في الغلام إلى البلوغ، وفي الجارية إلى النكاح، وذلك حق لها وبه.²

ب- من السنة النبوية: استدلو أن الحضانة للأم بما رواه أبو داود عن الأوزاعي قال: حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تتكحي "³

ت- من الإجماع: يروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما، فرأه في الطريق فأخذه فذهبت جدته أم مه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاه إياه، وقال لعمر الفاروق: " ريحها وسمها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك، فهذا الحكم الصادر عن الخليفة الأول لرسول الله صلى الله عليه وسلم حضره عدد من الصحابة ولم ينكره أحد منهم فكان ذلك إجماعا على أن الأم أولى برعاية ولدها من غيره ولو كان الأب .

أما من ناحية المنطق والمعقول فلقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمداد للمحضون بالحُب والعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى

1 سورة البقرة الآية 233.

2 التواتي بن التواتي، " المرجع السابق "، ص 862.

3 نفس المرجع نفس الصفحة.

بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره.¹

2- حكمها: الحضانة واجبة، لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من الهلاك.

والحضانة عند - المحققين - تتعلق بها ثلاثة حقوق معا: حق الحاضنة، وحق المحضون، وحق الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الأمور وجب المصير إليه، وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره ويتفرع على هذا الأحكام التالية:

- تجبر الحاضنة على الحضانة إذا تعينت عليها، بأن لم يوجد غيرها.
- لا تجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تتعين عليها، لأن الحضانة حقها، ولا ضرر على الصغير لوجود غيرها من المحارم.
- لا يصح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة، ويعطيه لغيرها إلا لمسوغ شرعي.
- إذا كانت المرضعة غير الحاضنة للولد، فعليها إرضاعه عندها حتى لا يفوت حقها في الحضانة.²

3- حكمها: لما كان الإنسان بعد ولادته في حاجة إلى من يقوم بحفظه وتربيته وكل ما يلزمه في حياته ومعيشته لكونه عاجز وغير مدرك لمصلحته، ولما كان الولدان أقرب الناس إليه وأكثرهم شفقة عليه ورعاية لمصالحه، فقد جعل الشارع لها الولاية عليه، وقد راعى الشارع ما هو الأصلح والأأنفع للصغير، فجعل أمر تربيته وتدبير شؤونه والعناية به في المرحلة الأولى من حياته إلى الأم، لأنها أرفق به من غيرها، حتى إذا بلغ سنا يستغني فيها عن خدمة النساء جعل الإشراف التام عليه للأب، لأن الطفل بعد مرحلة الصغر يكون في حاجة إلى من يقوم بالإشراف على تعليمه وتهذيبه وصيانته من عوامل الانحراف، ولا شك أن الأب أقدر على ذلك من الأم لكمال رأيه وحسن تصرفه. ولهذا

1 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 303.

2 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق " ص 115.

المعنى جعل الشارع حق حضانة الصغير والصغيرة أولاً إلى النساء، فإذا وجد من قريبات الطفل من تصلح للقيام بهذا الحق ثبت لها دون أقاربه من الرجال، وإلا انتقل هذا الحق إلى عصبته من الرجال.¹

الفرع الثاني: ترتيب المستحقين للحضانة وشروط استحقاقها

سأطرق إلى ترتيب المستحقين للحضانة (أولاً) ثم أتطرق إلى شروط استحقاق الحضانة (ثانياً).

أولاً: ترتيب المستحقين للحضانة.

إذا كانت الحضانة للأم ابتداءً، فقد لاحظ الفقهاء أن قرابة الأم تقدم على قرابة الأب،² ولنا تفصيل في هذا بالتطرق إلى رأي المذاهب الأربعة (الحنفية، المالكية، الشافعية، والحنابلة).

يرى الحنفية أنه تقدم الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العمات ثم العصباء، بترتيب الإرث.³

أما المالكية: عن مالك أن الحضانة للأم ثم الجدة للأم، ثم الخالة ثم الجدة للأب، ثم أخت الصبي، ثم عمه الصبي، ثم ابنة أخ الصبي، ثم الأب، ثم للوصي ثم للأفضل من العصبية.⁴

أما عند الشافعية: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصباء على ترتيب الإرث، فهم قد وافقوا الحنفية.

أما الحنابلة فيرتب عنده المستحقين للحضانة وفقاً للآتي: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم لأب، ثم خالة لأبوين، ثم لأم ثم لأب، ثم عمه، ثم خالة أم، ثم خالة أب، ثم عمته، ثم بنت أخ، ثم بنت عم أب، ثم باقي العصبية الأقرب فالأقرب.

1 الشحات إبراهيم محمد منصور، " المرجع السابق " ص 42.

2 الشيخ سيد سابق، " المرجع السابق "، ص 329.

3 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 416.

4 التواتي بن التواتي، " المرجع السابق "، ص 869. وأبو مالك بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 416.

ولعل سبب وجود هذا الاختلاف في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة راجع لعدم وجود نص قطعي في المسألة، لكننا نلاحظ تقديم أكثرهم أقارب الأم على أقارب الأب عند التساوي في القرب ولعلمهم استندوا في هذا إلى تقديم الأم على الأب فأخذوا منه تقديم جنس نساء الأم على نساء الأب.¹

ثانياً: شروط استحقاق الحضانة.

اشتراط الفقهاء في الحضانة شروطاً لا بد من توفرها، وإلا سقط حقها في الحضانة، وتتمثل هذه الشروط في:

1-العقل والبلوغ: فلا حضانة لمجنون، ولو يفيق في بعض الأحيان ولا لمن به خفة عقل وطيش، لأنه لا يحسن القيام بحفظ الولد ورعايته إذا ثبتت له، بل إنه قد يخشى على الولد منه.²

فلا حضانة لمعتوه أو مجنون أو صغير ولو كان مميزاً لأنهم في حاجة إلى من يتولى أمرهم ويحضنهم، فلم يتولوا أمر غيرهم.³

2-اتفاق الحاضنة والمحضون في الدين: فلا حضانة لكافر على مسلم، لوجهين:

الأول: أن الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه فيصعب على الطفل بعد ذلك أن يتحول عنه، وهذا أعظم ضرر يلحق بالطفل،⁴ وهو ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: " كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه " ⁵ فلا يؤمن على دين الطفل مع كون الحاضن كافر.

1 أبو مالك بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 416.

2 التواتي بن التواتي، " المرجع السابق "، ص 878.

3 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 418.

4 نفس المرجع، نفس الصفحة.

5رواه البخاري برقم 1302

الثاني: أن الحضانة ولاية¹ وقد قال الله تعالى من سورة النساء: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾²، ولذا جرى العمل على أنه إذا أسلم أحد الأبوين فالولد مع المسلم منهما.³

3- القدرة على التربية: فلا حضانة لكفيفة، أو ضعيفة البصر، ولا لمريضة مرضا معديا، أو مرضا يعجزها عن القيام بشؤونها، ولا لمتقدمة في السن تقدا يحوجها إلى رعاية غيرها لها، ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له، بحيث يخشى من هذا الإهمال ضياع اطفال وإلحاق الضرر به، أو لقاطنة مع مريض مرضا معديا، أو مع من يبغض الطفل، ولو كان قريبا له، حيث لا تتوفر له الرعاية الكافية، ولا الجو الصالح.⁴

4- الأمانة والخلق (العدالة): لأن الفاسقة غير مأمونة على الصغير، ولا يوثق بها في أداء واجب الحضانة، وربما نشأ على طريققتها ومتخلقا بأخلاقها،⁵

5- الحرية: وقد اشترطها الجمهور في الحاضن، قالوا: لأن المملوك لا ولاية له على نفسه فلا يتولى غيره، والحضانة ولاية.^{6*}

6- أن لا تكون الأم متزوجة: لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (انت أحق به مالم تتكحي)⁷، كما اشترط أهل العلم أيضا في الحاضنة غير الأم ذلك قياسا للحديث السابق، ولأنه يعامل الطفل بقسوة وكراهية، ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج.

بخلاف إذا كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون.⁸

1 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 418.

2 سورة النساء الآية 141.

3 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 418.

4 الشيخ سيد سابق، " المرجع السابق "، ص 331.

5 نفس المرجع، نفس الصفحة.

6 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 420.

7 سنن أبي داود برقم 22

8 أبو مالك كمال بن السيد سالم، " المرجع السابق "، ص 419.

المطلب الثاني

الحضانة في الاتفاقيات الدولية وتأثيرها على قانون الأسرة

إن مسألة الحضانة باعتبارها من الآثار المترتبة على الطلاق، وكونها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا، مما اشترط المشرع في المادة 62 من التقنين وهي أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك، وعليه فالحضانة والتي هي اكتساب السلطة الأبوية على الأطفال بحيث يكون الوالد الحاضن، مسؤولا عن تصرفات محضونه القاصر اتجاه الغير، كما يكون مسؤولا عن تربيته وتعليمه وحراسته،¹ وعلى اعتبار أن المشرع الجزائري قد نظم الحضانة في المواد من 62 إلى غاية 72 من قانون الأسرة الجزائري وقد قام بإضفاء بعض التعديلات عليها بموجب الأمر 05-02، ولعل هذا راجع لمصادقة الجزائر على بعض الاتفاقيات الدولية، وعليه فسأتطرق إلى الحضانة في الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول) ثم أتطرق إلى أحكام الحضانة في قانون الأسرة ومدى تأثيرها بالاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحضانة في الاتفاقيات الدولية.

سأتطرق إلى الحضانة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (أولا) ثم أتطرق في الحضانة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (ثانيا) وصولا إلى الحضانة اتفاقية حقوق الطفل (ثالثا).

أولا: الحضانة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

تنص المادة 4/23 منه على " تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم."

1 عبد الفتاح تقيّة، " قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية "، دراسة مقارنة، طبعة 1433هـ/2012م، دار الكتاب الحديث - الجزائر - ص 246.

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

نصت المادة 16 من اتفاقية (سيداو) في الفقرة (و) على المساواة بين الزوجين في الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال، كما نصت الفقرة (د) على اعطاء الزوجين نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتهم الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما.

إذن الحضانة هي حق للطفل، ومسؤولية الزوج والزوجة بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتهم الزوجية، ويقرر القانون الدولي المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بمسؤوليتهم عن حضانة أطفالهما ورعايتهم والولاية عليهم أثناء الزواج أو بعد فسخه وانتهاء العلاقة الزوجية.¹

ثالثا: الحضانة في اتفاقية حقوق الطفل.

لقد حثت اتفاقية الطفل جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل في جميع القوانين والإجراءات التي تتعلق بالطفل، وحضانة الطفل هي من أهم الأوليات التي وجب على المجتمع مراعاتها، تحقيقا للتعهد الواقع على عاتق الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل بالمادة الثالثة فأوصت بضرورة ضمان الحماية والرعاية اللازمين لرفاهية الطفل مع مراعاة حقوق وواجبات الوالدين والالتزام الواجب على كل دولة بأن تتخذ جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة لذلك.

فمن خلال استقراء الاتفاقيات السالفة نلاحظ بأن القانون الدولي يساوي بين الزوجين في حقوقهما ومسؤوليتهما نحو أطفالهما أثناء الزواج أو في حالة الانفصال أو الطلاق، والمعيار الوحيد في تفضيل أحدهما.²

1 جيلالي وحياني، " المرجع السابق "، ص 104 و 105.

2 جيلالي وحياني، " المرجع نفسه "، ص 104 و 105.

الفرع الثاني: أحكام الحضانة في قانون الأسرة ومدى تأثيرها بالاتفاقيات الدولية.

سأنتقل إلى ترتيب الحاضنين (أولا) ثم أتطرق إلى مدة الحضانة وحق الزيارة (ثانيا) ثم إلى مسقطات الحضانة (ثالثا).

أولا: ترتيب الحاضنين

بعد أن تعرفنا على ترتيب الحاضنين عند فقهاء الشريعة في الفرع الثاني من المطلب الأول سأنتقل في هذا العنصر إلى ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري، تنص المادة 64 المعدلة بموجب الأمر 02-05 على ترتيب الحاضنين وجاء فيها: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي، عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

إن الملاحظ من قراءتنا لنص المادة 64 نجد المشرع الجزائري قد رتب أصحاب الحق في الحضانة كالآتي: الأم، ثم الأب، ثم الجدة لأم أي (أم الأم)، ثم الجدة لأب أي (أم الأب)، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

أما قبل التعديل فقد كانت نصت المادة 64 على مايلي: " 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."

فالملاحظ أن المشرع الجزائري قام بتغيير مراتب الحاضنين حيث قام بتغيير مرتبة الأب بعد أن كان قبل التعديل في المرتبة الرابعة، أصبح بعد التعديل في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة.

كما قام بتغيير مرتبة الخالة لتنتقل من المرتبة الثالثة قبل التعديل إلى المرتبة الخامسة بموجب التعديل الجديد، كذلك الجدة لأب بعدما كانت في المرتبة الخامسة أصبحت تحتل المرتبة الرابعة، مع ادخال العمة في المرتبة السادسة بموجب التعديل الأخير.

سار المشرع الجزائري بشأن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة وفق ما أجمع عليه المذاهب الأربعة (المالكي، الحنفي، الشافعي، والحنبلي) وذلك وفقا للمادة 64 قبل التعديل، غير أنه أحدث

انقلاباً في نص المادة 64 بموجب التعديل الوارد في الأمر رقم 05-02، فالتعديل جاء مخالف لما ورد في السابق، وجاء معاكساً لما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.¹

إن ظاهر النص يوحي بأن المشرع قد جانب الصواب بإسناد حضانة الطفل إلى الأب الذي سيدفع به حتماً إلى زوجته للقيام بشؤونه، متقدماً بذلك على أم الأم والخالة، وهن بدون أدنى شك أحن على الصغير من زوجة أبيه، إلا أن هذه المخاوف يمكن للقاضي أن يحد منها بل يقضي بها متى رأى أن مصلحة المحضون لا تتحقق مع أبيه، لأن القاضي ملزم بإسناد الحضانة لمن يراه أجدر بالقيام بأعبائها حماية لمصلحة المحضون.

إن المشرع الجزائري لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة وجوبياً على القاضي يتقيد ولا يملك الحياد عنه، بل جعله موجهاً له فحسب، فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضى بذلك استجابة لنص المادة 64 نفسه الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون دائماً. وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها وهو قرار بملف رقم، 75171 بتاريخ 18/06/1991، غير منشور: (من المقرر قانوناً وشرعاً بأن الحضانة يراعي في اسنادها توفر مصلحة المحضون وهذه يقدرها قضاء الموضوع).

إن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجاً عن أحكام الشريعة الإسلامية ، بما للأب من دور في تربية المحضون.²

فقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يؤكد ذلك فنجد فيه: (من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤيد ذلك، فإن قضاء الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون).³

1 باديس ذيابي، " المرجع السابق "، ص 140 و 149.

2 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري وفقاً لأحدث التعديلات "، " المرجع السابق "، ص 309 و 310.

3 قرار بملف رقم 39203، بتاريخ 18/06/1991، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1998، ص 39.

وما يمكننا قوله أن رغم التغيير الذي قام به المشرع الجزائري في ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، لا يعد ترتيبا مطلقا مادام النص ترك السلطة التقديرية للقاضي في منح الحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، إذ أنه متى تبين للقاضي وجود مصلحة للمحضون جاز له أن يحكم بإسنادها لأي شخص يرى أن مصلحة المحضون معه، فله السلطة التقديرية في هذا الموضوع.

ثانيا: مدة الحضانة وحق الزيارة.

سأتطرق إلى مدة الحضانة (1) ثم إلى حق الزيارة (2).

1- مدة الحضانة: جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون. "

يقصد بالحضانة هنا حضانة الأم أو الجدة لأم أو الخالة أو الجدة لأب، فباستطاعة القاضي تمديد حضانة الأم لابنها الذكر لغاية بلوغه ست عشرة سنة بشرط أن لا تكون قد تزوجت ثانية. غير أن مصلحة المحضون في كل الأحوال هي الواجب مراعاتها من طرف القاضي سواء عند اسناد الحضانة أو الحكم بإنهائها أو بتمديد¹.

ومن خلال قرأتنا لنص المادة نجد بأن تمديد فترة الحضانة للذكر إلى سن (16) سنة، بشرط أن تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا: (من المقرر قانونا أنه يمكن للقاضي تمديد فترة الحضانة بالنسبة للذكر إلى ست عشرة سنة إذا كانت الحاضنة أمه، ولم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين - من القرار المطعون فيه - أن الحاضنة للطفل ليست أمه التي تزوجت

1 لحسين بن شيخ آث ملويا، " المرشد في قانون الأسرة "، مدعم باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014) ، " المرجع السابق "، ص 220.

بشخص غير محرم، فإن الشروط المطلوبة غير متوفرة، ويتعين بذلك القول أن الدفع المثار غير مؤسس ويرفض.¹

كما جاء في قرار للمحكمة العليا: (لأن الأبناء (المحضونين) تجاوزوا سن العاشرة وهم تحت رعاية الأب، رفض الطعن. إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن (16) إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة).²

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية: (من المقرر قانونا طبقا للمادة 65 من قانون الأسرة تنتضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، ويقضاء قضاء الموضوع بانتهاء حضانتها لتجاوزها سن 10 سنوات قد أخطئوا في تطبيق القانون لما لم يراعوا المصلحة، الأمر الذي يتعين معه الاستجابة للوجه المثار...)³.

أما حضانة البنت فتنتضي ببلوغها سن الزواج، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا جاء فيه: (تنتضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها)⁴، وما يعاب على المشرع الجزائري لم يحدد لنا سن الزواج المقصود من المادة هل هو سن الرشد المنصوص في القانون المدني والمحدد ب 19 سنة أو بالدخول بالبنت. وعلي أقترح إعادة صياغة نص المادة 65 وإضافة المقصود بسن الزواج بالنسبة للأنثى.

2- حق الزيارة: يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون

1 قرار بملف رقم 66552 بتاريخ 10/12/1990، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1995.

2 قرار بملف رقم 123889 بتاريخ 24/10/1995، نشرة القضاء، العدد 52، ص 111

3 قرار بملف رقم 691-08 بتاريخ 11 يونيو 2008، غير منشور، نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، " المرشد في قانون الأسرة "، مدعم باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014)، المرجع السابق، ص 222.

4 قرار بملف رقم 347914 بتاريخ 04/01/2006، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2006.

بالحضانة ضحية هذه الخلافات، فإذا اسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات، فإذا اسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية بحيث تمنعهم من رؤية الأب وكذلك الشأن إذا اسندت الحضانة للأب.¹

كما جاء في المادة 64 من قانون الأسرة أن القاضي عندما يحكم بالحضانة يحكم أيضا بحق الزيارة. وحق لزيارة المشار له في النص ليس من حق الاب والأم فقط بل يتعداه إلى كل شخص من شأنه مراعاة مصلحة المحضون.

ولقد جاء قرار للمحكمة العليا يعطي حق الزيارة للجد المحضون يعد تطبيقا صحيحا للقانون، وجاء فيه: (من المقرر شرعا أنه كما يجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة، يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن قضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).²

فالمحكمة العليا من خلال هذا القرار وإن عللت أحقية الجد لأب في زيارة بالنفقة، إلا أنها توصلت في الأخير أن الجد أصل، وما يحق للفرع يحق للأصل، وأن المادة 64 حينما أعطت حق الزيارة لم تحصر ذلك في أب المحضون أو أمه فحسب، بل تركت اللفظ العام ومن يحق له شرعا الزيادة كان له ذلك.

أما عن مكان الزيارة فيكون ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، لذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر لمسكن المطلقة مثلا لأنها أصبحت أجنبية عنه.³

1 الرشيد بن شويخ، " شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، " المرجع السابق"، 258.

2 قرار بملف رقم 189181، بتاريخ 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 192.

3 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 160.

وهذا ما قام بتأكيدهِ قرار للمحكمة العليا جاء فيه: (من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة. ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار).¹

أما عن مدة الزيارة لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمنا ومكانا.

المشرع الجزائري لم يخصص في مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها، وما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة تمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية، ومسألة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية والموسمية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، أي خلال العطلة الأسبوعية، وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبنى من طرف القضاء.²

ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا اعتبر هذا القرار المطعون فيه من قبل الأب القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، حيث جاء في هذا القرار:

(متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه).³

1 قرار بملف رقم 214290، بتاريخ 15/12/1998، ص 194.

2 باديس نياي، " المرجع السابق "، ص 160 و 161.

3 قرار بملف رقم 59784، بتاريخ 16/04/1990، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991.

ثالثا: مسقطات الحضانة

نظمها المشرع الجزائري في المواد من 66 إلى غاية 70 من قانون الأسرة الجزائري وسنتطرق لها وفقا للآتي:

1- الزواج بقريب غير محرم: يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم¹ ، كما أنه تجدر بنا الإشارة بأنه يسقط حق الجدة والخالة في الحضانة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.²

2- التنازل عليها: تسقط الحضانة بالتنازل عليها ما لم يضر بمصلحة المحضون.³

3- اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه: تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.⁴

حيث جاء في المادة 62 منه السالفة الذكر أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، حيث أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك. وما يمكن قوله في حال اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري فإنه تسقط الحضانة.

وتجدر بنا الإشارة إلى أنه لا يمكن لعمل الأم أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون.⁵

4- بعدم المطالبة بها: تسقط الحضانة إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.⁶

1 المادة 66 / 1 من قانون الأسرة الجزائري.

2 المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري.

3 المادة 66/2 من قانون الأسرة الجزائري.

4 المادة 67/1 من قانون الأسرة الجزائري.

5 المادة 67/2 و 3 من قانون الأسرة الجزائري.

6 المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري.

5- **في حال السفر:** إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

6- **ارتكاب فاحشة أو جريمة الزنا:** تعد ارتكاب فاحشة أو جريمة الزنا مسقطا للحضانة، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: (من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة.¹

كما أن سقوط حق الأم في الحضانة يسقط حق أمها في الحضانة وهذا راجع لفقدان الثقة فيهما معا، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا وجاء فيه: (من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم، لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقدان الثقة فيهما معا.²

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا: (حيث أن جريمة الزنا، من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا، إلا بالنسبة للولد الصغير الذي، لا يستطيع الاستغناء عن أمه)³، بالرغم من ارتكاب الحاضنة للزنا، إلا أن القاضي أبقى حقها في ممارسة الحضانة، بالنظر لمصلحة المحضون، وبجدة أن الولد الصغير في السنوات الأولى لا يستطيع الاستغناء عن أمه، وقد أكد القضاء الجزائري في تسبيب حكمه، وذلك باعتماده على التحقيق القضائي، وكذا سماع الشهود، حتى يحكم بإسقاط الحضانة،⁴ وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: (أن فاحشة الزنا لا تثبت بمجرد القرائن، وإن تعددت، لخطورتها، وإنما تثبت بإقرار مرتكبها، أو شهادة أربعة شهود، شاهدوا ارتكاب الجريمة في آن واحد، أو بحكم حاكم، هذا هو المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي والقضاة، لما لم يلتفتوا للوثائق المدلى بها،

1 قرار بملف رقم 171684، بتاريخ 1997/09/30، المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001، ص 169.

2 قرار بملف رقم 31997، بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1989، ص 73.

3 قرار بملف رقم 171684، بتاريخ 1997/09/30، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 170.

4 كمال صمامة، " مسقطات الحضانة في التشريعات المغربية "، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، السنة الجامعية 2014/2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي - الجزائر - ص 90.

من طرف الطاعن كانوا عملوا بهذا المبدأ، أما الحضانة فهي حق للأم بالدرجة الأولى، ما لم يتم مسقط من مسقطاتها، والطاعن لم يأت بدليل على أن المطعون ضدها، لم تتوفر فيها شروط الحضانة المطلوبة شرعا، ولذلك يجب رفض طلب النقص.¹

استنتاج:

بعد دراستنا لأحكام الحضانة نستنتج أن المشرع الجزائري قد تأثر بالاتفاقيات الدولية خصوصا منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حين قام بالتعديل نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري حيث بموجب الأمر 05-02 غير مراتب الحاضنين ليصبح الأب مباشرة في المرتبة الثانية، أي تسند له الحضانة مباشرة بعد الأم، وفي رأيي هذا مخالف للواقع حيث إن الطفل يحتاج دائما رعاية خاصة، وتقديم الحنان والدفع للصغير لا يتوفر إلا من جهة النساء القربيات منه، ولعل جهة الأم دائما تكون أحن على الصغار من جهة الأب، فالأب غالبا ما يتزوج بعد الطلاق وفي حال عاش معه الأبناء فإنهم يكونون عرضة لزوجة الأب والتي غالبا ما تعامل أبناء زوجها معاملة سيئة، مما يدفعهم للخروج والهروب من البيت ويتعرضون لشتى أنواع الآفات الاجتماعية، وعليه أقترح على المشرع إعادة صياغة المادة وإرجاعها كما كان النص القديم.

1 قرار بملف رقم 245123، بتاريخ 2000/07/18، غير منشور.

المبحث الثاني:

أثر الاتفاقيات الدولية على حقوق المرأة المتعلقة بالأبناء

إنه من بين الآثار المنجرة عن فك الرابطة الزوجية تكتسب المرأة مجموعة من الحقوق متعلقة بالأبناء خولها لها القانون نذكر منها حق المرأة في الولاية على أبنائها بالإضافة إلى حقها في مسكن لممارسة الحضانة، والولاية تندرج ضمن النيابة الشرعية، فالنائب الشرعي - الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم - له الولاية على مال من عين عليه نائبا شرعيا وعلى شخصه في بعض الأحيان،¹ حيث كانت الشريعة الإسلامية سباقة لحماية القاصر وذلك من خلال ممارسة حق الولاية للشخص المخولة له، بالإضافة إلى قانون الأسرة الجزائري.

جاء في المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري: " من كان فاقد الأهلية لصغر السن، أوجنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا." كما أنه تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على: " يخضع فاقدوا الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط والقواعد المقررة في القانون "، ومنه فإن كل شخص فاقد للأهلية يستوجب علينا وضع ولي، أو وصي، أو قيم يقوم بتسيير شؤونه.

بالإضافة إلى الولاية تطرح المحاكم العديد من الإشكالات القانونية المتعلقة بالحضانة والتي قمنا بدراستها سابقا ولكن يندرج حق المرأة بموجبه وجب على المطلق توفير سكن للمطلقة لممارسة الحضانة فيه، والملاحظ أن هذه الحقوق قد توسعت في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بموجب الامر 02-05، ولعل هذا راجع لتأثر المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر والتي في محتواها سعت إلى حماية كل الحقوق المتعلقة بالإنسان وعلى وجه الخصوص تلك الحقوق المتعلقة بالمرأة والطفل، وعليه فإنني سأنتقل إلى تعزيز المركز القانوني للمرأة من خلال منحها الحق في الولاية على أبنائها (المطلب الأول) ثم أنتقل إلى حق المطلقة الحاضنة في مسكن (المطلب الثاني).

1 أحمد نصر الجندي، " شرح قانون مدونة الأسرة المغربية "، طبعة 2010، دار الكتب القانونية - مصر - ص

المطلب الأول

تعزيز المركز القانوني للمرأة من خلال منحها الحق في الولاية على أبنائها

لقد نص المشرع الجزائري على الولاية في الفصل الثاني من الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية ونظمها في المواد من 87 إلى غاية 91 من قانون الأسرة الجزائري.

فالولاية هي تدبير شؤون القاصر الشخصية والمالية، والقاصر هو من لم يستكمل أهلية الأداء سواء كان مميزا أو فاقد للتمييز.¹

كما نعلم أن الولاية نوعان ولاية عامة وهي ولاية الحاكم على رعيته وولاية خاصة وهي تتعلق بالسلطة التي تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب أثارها دون أن يتوقف ذلك على رضا الغير ولقد ذهب الأحناف الى تقسيم الولاية الخاصة إلى ولاية على النفس، وولاية على المال، أما جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة هي نوع واحد فالولي على المال هو الولي على النفس، تشمل الولاية على النفس مجموعة من التصرفات المتعلقة بشخص المولى عليه وهي بهذا المعنى تخوله الحق في حضائنه وتربيته وتأديبه وتعليمه والعناية به، في حين تشمل الولاية على المال سائر التصرفات المالية المتعلقة بالقاصر،² فالولاية على المال: هي نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من هو تحت ولايته جبرا، لعجزه عن النظر فيها، تحقيقا لمصلحة المولى عليه أو مصلحة الغير الذين لهم حقوق على أمواله، بمعنى أنها سلطة يمنحها الشرع لشخص على آخر فتكون تصرفاته نافذة حتى دون رضاه.³

وما يهم دراستنا هو التعديل الذي قام به المشرع هو الولاية التي تمنح للحاضن في حال حصول الطلاق بين الزوجين، ولعل قيام المشرع بهذه الخطوة راجع لتأثره بظروف خارجية ومن أهمها

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 147.

2 سناء قندوز، " الرقابة القضائية على امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة: عن الولاية والوصاية "، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13/ العدد 01-2016 - الجزائر - ص 154.

3 أحمد عيسى، " الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر "، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب البليدة، ص 80.

مصادقته على الاتفاقيات الدولية، ومنه سنتعرف على مدى تأثيره ببنود الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر واضفائها على التعديل الأخير.

وعليه سأطرق إلى الولاية في الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول) ثم أتطرق إلى الولاية في قانون الأسرة الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الولاية في الاتفاقيات الدولية.

الشخص قبل كمال أهليته يكون إما ناقص الأهلية، وإما فاقدا لها - وهو في كلا الحالتين يحتاج من يساعده الحياة - بسد حاجاته وإدارة تصرفاته ومن أجل لك كانت النيابة الشرعية عن القاصر،¹ كما نعلم أنه في حال وقوع فك للرابطة الزوجية بين الزوجين فانه من أثارها الحضانة، بالإضافة إلى الولاية.

وكتذكير الولاية هي قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية.² وللمشرع الجزائري رؤية في الموضوع على غرار الاتفاقيات الدولية وعليه فسأطرق إلى الولاية في الاتفاقيات الدولية.

سأطرق في هذا العنصر إلى دراسة الولاية في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (أولا) ثم أتطرق إلى الولاية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (ثانيا).

أولا: الولاية في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

جاءت المادة 4/23 منه تنص على أنه " تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم."

1 أحمد نصر الجندي، " شرح قانون مدونة الأسرة المغربية "، " المرجع السابق "، ص 285.

2 نفس المرجع، نفس الصفحة.

فالملاحظ من خلال قراءتنا لهذا النص يفهم منه أن الزوجين متساويين في حقوقهم وواجباتهم عند الاقبال على الزواج أو خلاله أو عند انحلاله بمعنى أن الزوجين متكافئان في كل الأمور المتعلقة بالأبناء ومن بينها الولاية على الأبناء. وما يمكننا قوله أن الواجبات الملقاة على عاتق الزوجين ليس تخص بعضهما فقط بل نقول أنها تتعدها للأبناء.

ثانيا: الولاية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

ذهبت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى نفس ما ذهب به العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة، فنجدها قد ساوت في الحقوق والمسؤوليات بين الزوجين أي (الأب والأم) فيما يتعلق بالولاية والوصاية والقوامة على أبنائهم، وهذا ما نصت عليه المادة 16 من اتفاقية (سيداو) في الفقرة (و) وجاء فيها: (على أن يكون للمرأة في عقد الزواج نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالقوامة والولاية والوصاية على الأطفال وتبنيهم أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسة الاجتماعية حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة).

كما نصت الفقرة (د) من المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على اعطاء الزوجين نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين أي (الأب والأم) بغض النظر عن حالتهم الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما، فنجد الفقرة (د) من المادة 16 تنص على: (نفس الحقوق بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهم الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما، وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول).

فالملاحظ أن هذه الاتفاقيات سعت لتكريس المساواة بين الجسدين وذلك بجعل المرأة والرجل في نفس المركز فيما يخص الولاية.

الفرع الثاني: الولاية في قانون الأسرة الجزائري

نظمها المشرع الجزائري في المواد من 87 إلى غاية المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري. وعليه سأنتقل إلى أصحاب الحق في ممارسة حق الولاية في التشريع الجزائري (أولا) ثم أتطرق إلى أحكام الولاية على النفس طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. (ثانيا).

أولاً: أصحاب الامتياز في ممارسة حق الولاية في التشريع الجزائري.

المقصود بامتياز الولاية هو بيان الأولوية في استحقاق حق الولاية أصالة، ومن يشارك هذا الشخص في هذا الامتياز نيابة عن الغير عند تعدد الأولياء، وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري، فنجد أنه لم ينص على أصحاب الحق في ممارسة الولاية، حيث أنه لم يتطرق إلا لأصحاب الامتياز في ممارسة هذا الحق.¹

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 87 المعدلة على أنه: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.²

حيث أنها كانت تنص قبل التعديل: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.³

فالملاحظ من نص المادة 87 المعدلة أن المشرع قد أعطى حق الامتياز للأب، حيث يعتبر هذا الأخير هو صاحب امتياز في ذلك وينتقل هذا الحق للأم في حالة وفاته أو في حالة اسناد الحضانة إليها بعد الطلاق، ففي الحالتين السابقتين تتمتع الأم بحق الولاية كاملا، كما يمكن للأم أن تتمتع بحق الولاية بصفة مؤقتة فتحل محل الأب في القيام بالأمر المستعجلة للأولاد، وذلك في حال غيابه أو حصول مانع له. حسب ما نصت عليه نفس المادة، حيث تقوم الأم برعاية شؤون أولادها لحين عودة الأب أو زوال المانع عنه، ومادام المشرع الجزائري لم يتطرق لأصحاب الحق في ممارسة الولاية بعد الوالدين في حال وفاتهما أو حصول مانع لهما أو سقوط الولاية عنهما، فنرجع في ذلك إلى موقف فقهاء الشريعة الإسلامية.⁴

1 سناء قندوز، " المرجع السابق "، ص 154.

2 المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري.

3 المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل.

4 سناء قندوز، " المرجع السابق "، ص 154.

وما يمكننا قوله أن المشرع الجزائري فرق بالنسبة للولاية على الأطفال القصر بين حالتين:

1- حالة قيام العلاقة الزوجية: تكون الولاية للأب بصفته رئيسا للأسرة، وفي حال غيابه أوصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة للأولاد.

2- في حالة انقضاء العلاقة الزوجية:

أ- بسبب الوفاة: فهنا تحل الأم محل الأب المتوفى في الولاية على أولادها القصر، وهذا بقوة القانون ودون حاجة إلى استصدار حكم قضائي.

ب- بسبب الطلاق: في حالة الحكم بالطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، ويجب أن ينص القاضي على ذلك في منطوق الحكم الفاصل في الطلاق، أو في حكم لاحق.¹

إن نص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري فإنه الأب هو الولي على أولاده القصر أثناء الزواج مع منح المشرع للزوجة حق الولاية في حالة غياب الأب، وما يهنا من هذا النص هو ما جاء في الفقرة الثانية حيث أنه فصل في موضوع الولاية بعد الطلاق وكان نصه واضحا وصريحا والذي منح من خلاله الولاية لمن أسندت له الحضانة، فالحضانة يمكن أن تكون للأب أو الأم، أو أحد أقربائهما، وأن قانون الأسرة قد جعل الأم أولى بحضانة أطفالها، وبعدها يأتي الأب، وما تجدر الإشارة إليه أن الولاية أعم من الحضانة حيث أن للولي سلطات واسعة فيما يتعلق بالولاية على النفس والتي تجيز له أن يتولى عقد زواج القاصر، وبالرجوع إلى أحكام المادة 87 المعدل، لم يحدد المشرع ما إذا كانت الولاية التي تمنح للحاضن هي ولاية على المال أم ولاية على النفس، أو كليهما، فإذا كانت ولاية على المال لا إشكال يطرح، ولكن ان كانت ولاية على النفس أو كلاهما معا فهذا يطرح اشكال، لأنه بمنح المشرع الولاية للمرأة على القاصر يكون قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالولاية، فكيف تتولى المرأة زواج محضونها؟

حيث إنه يشترط في الولاية شرعا الذكورة، إذ أنه لا تثبت ولاية الزواج للأنثى، لأن المرأة لا تثبت لها ولاية على نفسها فعلى غيرها أولى، والأكثر من ذلك فإنه قانونا وشرعا يمكن للرجل التزوج

1 لحسين بن شيخ أث ملويا، " المرشد في قانون الأسرة "، مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014) " المرجع السابق "، ص 299.

بالكتابية فإنه يمكن اسناد الحضانة لها، ومن تم تصبح ولي على طفل مسلم وهو يعلو عليها بإسلامه، فالإسلام شرط سواء في الولاية بصفة عامة أو ولاية الزواج.¹

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾².

وبالرجوع إلى القضاء فإننا نجده يعمل بنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري. حيث أنه يمنح الحق للمرأة في الولاية على محضونيه، ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: (إن قضاة الاستئناف وعندما قضوا بإسناد حضانة الطفل " ع " لأمه (الطاعنة) دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه).³

وأمام هذا يمكن القول أن المشرع بنصه على منح الولاية لمن تسند له الحضانة بعد الطلاق قد سائر ما جاءت به اتفاقية سيداو في مادتها 16 فقرة "د"، حيث أنه جعل المرأة والرجل في نفس المركز فيما يتعلق بالولاية، فسياسة المشرع في التقدم نحو المساواة بين الجنسين واضحة ، وهو ما يؤكد التقرير الدوري الذي جاء فيه: " سجل تقدم ملحوظ في مجال الوصاية إذ أصبح للأُم الآن: ... الحق في حالة الطلاق في الوصاية على أطفالها الذين أسندت حضانتهم لها. "

وعليه نقول أن المشرع قد تراجع نوعا ما عن التحفظ الوارد على المادة 16 من اتفاقية سيداو وذلك بإدراج المساواة بين الرجل والمرأة وحماية حقوق المرأة وترجيح مصلحة الطفل⁴.

ثانيا: أحكام الولاية على النفس طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نظم المشرع الجزائري أحكام الولاية على النفس في قانون الاجراءات المدنية والادارية في المواد من 453 إلى غاية 463.

يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت، من طرف أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من طرف كل من يهمه الأمر بدعوى استعجالية.

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 149.

2 سورة النساء الآية 141.

3 قرار بملف رقم 476515، بتاريخ 2009/01/14، المجلة القضائية، العدد 01 لسنة 2009.

4 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 149 و 150.

كما أنه يجوز للقاضي تلقائياً أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العام:

1- سماع الأب والأم كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.

2- سماع القاصر مالم تكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.

3- الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.

يتم التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي الصادر وفقاً للمادة 453 أعلاه، من طرف الخصم الذي يهيمه التعجيل إلى باقي الخصوم خلال ثلاثون (30) يوماً من تاريخ النطق به، تحت طائلة سقوط الأمر.

يكون الأمر قابلاً للاستئناف:

1- من طرف الخصوم في أجل خمسة عشر يوماً (15) يوماً من تاريخ التبليغ الرسمي.

2- من طرف النيابة العامة خلال نفس المدة ابتداء من تاريخ النطق بالأمر.

يتم النظر والفصل في الاستئناف في غرفة المشورة في آجال معقولة.

يتم تقديم الطلبات المشار إليها في المادة 453، حسب القواعد المقررة لرفع الدعوى الاستعجالية وذلك أمام محكمة مقر ممارسة الولاية، وينظر في الطلبات ويفصل فيها في غرفة المشورة بعد سماع ممثل النيابة العامة ومحامو الخصوم في ملاحظاتهم عند الاقتضاء.

يقوم القاضي بجمع المعلومات التي يراها مفيدة بشأن الوضعية العائلية للقاصر وسلوك الأبوين، يمكن للقاضي ومراعاة لمصلحة القاصر، أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية، كما يجوز له أن يسند مؤقتاً حضانة القاصر لأحد الأبوين، وإذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبيينين في قانون الأسرة.

يمكن أن يكون هذا الاجراء محل تعديل إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك، إما تلقائيا من القاضي أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة أو كل شخص آخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر، يفصل القاضي في هذا الطلب بموجب أمر استعجالي.¹

كما أنه يجوز للقاضي إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية كليا أو جزئيا، بطلب من والد أو والدة القاصر المسقطة عنه الولاية، يقدم الطلب المشار إليه في المادة 461 من قانون الاجراءات المدنية والادارية إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مقر ممارسة الولاية. يتلقى القاضي في الجلسة تصريحات القاصر وتصريحات والده ووالدته أو الشخص الممارس للحضانة أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا. ويمكن اعفاء القاصر من الحضور ، يقوم محامو الأطراف بتقديم ملاحظاتهم عند الاقتضاء، ينظر ويفصل في الطلب في غرفة المشورة، بعد تقديم طلبات ممثل النيابة العامة. يكون الأمر الفاصل في الطلب قابلا للاستئناف حسب الأوضاع المحددة في المادة 456.²

المطلب الثاني

حق المطلقة الحاضنة في مسكن

إنه من بين الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية نجد الحضانة ولكي تمارس الحضانة وجب توفر مسكن لائق يعيش فيه المحضونون رفقة الحاضنة مدة زمنية محددة تنتهي وفقا لما يحدده القانون الساري المفعول ولقد سعت الاتفاقيات الدولية لتنظيم هذا الأمر بالأخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وعليه وجب عليا التطرق إلى طبيعة الحق في سكن الحضانة (الفرع الأول) ثم أتطرق إلى سكن المحضونين في اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة الحق في سكن الحضانة.

احتلت الحضانة مكانة بارزة في المحيط الاجتماعي والوسط القانوني لارتباط مصير مسمن الزوجية بها، لأنه أمام أزمة السكن الطاحنة، ثارت المشكلة حول توفير مسكن للحضانة، والأمر زاد

1 المواد من 453 إلى 460 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

2 المادة 461، 462، و463 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

تعقيدا بحيث لم تعد أسرة العائلة تتحمل ابنتهم المطلقة وأولادها وأمام هذا الوضع تعددت المنازعات حول المسكن، والتي تمثل صراع بين الزوجين بعد فك الرابطة الزوجية.¹

عرف المشرع الجزائري المسكن في المادة 355 من قانون العقوبات: " يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو منتقلا متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحضائر الدواجن ومخازن الغلال والاسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حت ولو كانت محاطة بسياح خاص داخل السياج أو السوار العمومي".²

ويمكن القول أن مسكن الحضانة هو " مقر إقامة المحضون حيث يقيم أبواه، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة أو الانفصال، وما يترتب على الانتقال منه، وتغييره من نتائج وأثار ومدى تأثيرها على المحضونين أو على كلا الأبوين أو أحدهما".

فقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحديد مجموعة من المواصفات وجب توفرها في مسكن الحضانة وتتمثل في:

- أن يكون مسكن الحاضنة مناسباً: يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق للحضانة، أن يكون مناسباً للمحضون والحاضنة سواء، هذا لتتمكن الحاضنة من تأدية واجباتها نحو محضونيتها على أكمل وجه، ووجب أن يكون مشتملاً على كل ما يلزم من أثاث وفرش وأواني، وغيرها مما تحتاجه الأسرة.

- أن يكون مسكن الحاضنة مستقلاً: يقصد بالمسكن المستقل المسكن الذي لا يشارك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، ويعتبر شرعاً مسكن قائماً بذاته، ولو كانت مرافقه الأخرى مشتركة، وضرورة استقلالية مسكن الحضانة يراعى من خلالها مصلحة المحضون بحفظه صحة وخلقا، مما ينبغي عليه إساكنه في مكان آمن وبين جيران صالحين خاصة إذا كان المحضون أنثى.

1 فاطمة حداد، " حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري "، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، السنة الجامعية 2014/2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي - الجزائر - ص 69.

2 المادة 355 من قانون العقوبات الجزائري.

وعليه يمكن القول أن حق المحضون في السكن باعتباره مقررا له قانونا يستفيد منه بموجب حكم قضائي بقرار إسناده إياه يعتبر حقا شخصيا، وليس حقا عينيا نظرا لأن هذا الأخير هو سلطة مقررة لشخص على الشيء محل الحق دون وساطة أحد، فالأب إن كان مالكا للمسكن المخصص لممارسة الحضانة له الحق في بيعه دون اعتراض من القائم بالحضانة، وعلى هذا الأخير أن يرفع دعوى للمطالبة بسكن آخر لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار شريطة أن لا يكون البيع الهدف منه حرمان المحضون حقه.¹

وبالرجوع إلى الفقه الاسلامي فإن الحنفية والمالكية اتفقا على وجوب أجرة المسكن للحضانة والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن.

أما الشافعية والحنابلة فقد اعتبروا السكنى من النفقة فمن تجب عليه نفقة الحضانة والمحضون يجب عليه اسكانها، وبذلك فإن الراجح عند الفقهاء هو لزوم المسكن للحضانة التي لا تملك مسكنا، وأما التي لها مسكن فلا يلزم المطلق بإسكانها.²

الفرع الثاني: سكن المحضونين في اتفاقية سيداو وقانون الاسرة الجزائري.

جاء في نص المادة 72 من قانون الأسرة: " في حالة الطلاق، يجب على الزوج أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن."³

جاء نص المادة صريحا بمقتضاه وجب على الزوج توفير مسكن لائق لممارسة الحضانة ، وفي حال تعذر عليه الأمر وجب عليه توفير بدل الإيجار.

إذ يتضح من النص أن المشرع قد كفل للحضانة حق السكن، فأوجب على الزوج توفير السكن الملائم للحضانة والمحضون وإن تعذر عليه ذلك، فهو مجبر على دفع بدل الإيجار مع اعطاء الحضانة الحق في البقاء في مسكن الزوجية إلى حين توفير السكن، وأمام هذا نجد المشرع الجزائري

1 فاطمة حداد، " المرجع السابق "، ص 59، 60، و 61.

2 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 154.

3 المادة 72 من قانون الأسرة.

قد سلك سلوكا مغايرا تماما بالمقارنة مع النصوص القديمة والتي كان يقيد فيها حق الحاضنة في السكن بعدة شروط.¹

ولقد نصت المادة 52 قبل التعديل على: "... إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل ايوائها ، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج.

ويستثني من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا.

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها."

ومن ثم فان استحقاق حق السكن لممارسة الحضانة كان معلقا على شروط هي:

- أن يحكم للمطلقة بالحضانة التي تستفيد من الحق في السكن هي أم المحضون فقط دون سواها من الحاضنات.²

- عدم وجود ولي للزوجة يقبل ايوائها.

- أن يكون للحاضنة محضونان بصفة الجمع تبعا لنص القانون، وكان النص أن تفقد المطلقة حقها في السكن بزواجها أو ثبوت انحرافها بينما السكن ليس حقا للمطلقة، بل هو حق للمحضون وإن الشرط المسقط للحق في السكن ما كان ينبغي ربطه في النص القديم بالمطلقة دون غيرها من الحواضن وكان الانحراف ممنوعا في حقها جائز لغيرها من الحاضنات.³

في هذا النص لم يبين المشرع الجزائري عدد المحضونين الذين بموجبهم يمنح السكن للحاضنة، وعليه وبذلك فإنه يكون قد ضيق من نطاق حق المطلقة في المسكن إذ يمكن إن لم نقل في الغالب أن يكون للحاضنة طفل واحد فقط،⁴

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 151.

2 نفس المرجع، نفس الصفحة.

3 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، " المرجع السابق "، ص 328.

4 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 152.

ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: (من المقرر أن نفقة المحضون وسكناه من ماله، إن كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، أما إذا تعذر فعليه أجرته. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس قد أسسوا قرارهم -المنتقد- على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فانهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام -المطعون ضده- بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته)¹. كما أنه جاء في قرار آخر للمحكمة العليا من خلاله يعطي الحق للحاضنة في سكن الحضانة حتى ولو كان عندها طفل وحيد وجاء فيه: (السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة)².

في حين نجد المادة 72 من قانون 84-11 تقرر خلافا لنص المادة 52 من نفس القانون مما أدى لتضارب الاجتهادات القضائية لأن المادة 52 تقيد المادة 72 التي هي عمومية في لفظها ومعناها وللاجتهاد القضائي عذره في التناقض الذي كان سائدا لأن النصوص القانونية نفسها متعارضة، ولذلك كان لابد من إعادة صياغة النص للمادة 72 بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير المسكن المستقل فإن تعذر يكون عليه دفع بدل الايجار للحاضنة إذا قامت هي بتوفير المسكن عند عجز الزوج حتى ولو كان المسكن مع أبويها مالم يضر ذلك بمصلحة المحضون، هذا ما كان من خلال التعديل الأخير بموجب الأمر 05-02، فحسم مسألة تناقض الاجتهادات بتعديل المادة 72 فأصبح نصها كالاتي: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن."

ما يتضح لنا من خلال نص المادة 72 المعدلة أنه ليتم الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن وجب توفر شروط وهي:

- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وأم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسندت إليه المحكمة حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون إلى مسكن الجدة أو الخالة لتمارس فيه الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحضانة.

1 قرار بملف رقم 112705 بتاريخ 1994/11/29، المجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1995، ص 140.

2 قرار بملف رقم 276760، بتاريخ 2002/03/13، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2004، ص 267.

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحدا أو أكثر.

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقاته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بملف 288072 بتاريخ 2002/07/31 (لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن)¹.

وأمام هذا يمكن القول أن المشرع أوجب على الزوج توفير المسكن أو دفع بدل الإيجار، سواء كانت الحاضنة تمتلك مسكنا أو لا، وبغض والنظر إذا كان للمحضون مال أو لا، وعليه فإن حق المحضون والحاضنة في السكن هو حق شخصي باعتباره مقررا لهما قانونا يستفيدان منه بموجب حكم قضائي، والأصل أن يكون التزام الأب بتوفير السكن عينيا، إلا أنه قد يتعذر عليه لسبب من الأسباب، وعليه فقد ألزمه المشرع بالالتزام النقدي بدفع بدل الإيجار، هذا بالإضافة إلى أن المشرع اشترط أن يكون المسكن ملائما لممارسة الحضانة، إلا أنه لم يحدد كيف يكون المسكن ملائما لذلك مما يرجع فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي.

إن المشرع الجزائري يقصد من خلال قوله في نص المادة 2/72 من قانون الأسرة:

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية..." هنا مصطلح الحاضنة يقصد به الأم المطلقة دون غيرها، وعليه فإن جعل المشرع للحاضنة حق في المسكن دون غيرها من الحواضن غرضه حماية حق المطلقة بالدرجة الأولى وكذا حق الطفل في المسكن مع أمه بالدرجة الثانية وما يثبت ذلك هو ما جاء في 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، وفقا للأحكام الجديدة بتوفير مسكن لائق أو عوضا عن ذلك، بدفع منحة سكن تمنح بتغطية تكاليف إيجار مسكن لكي تتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المسندة إليها، في ظروف مقبولة..."

1 أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات "، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، " المرجع السابق "، ص329 و330.

وعليه فإن نية المشرع في تكريس حقوق المرأة ومساواتها بالرجل واضحة من خلال هذا النص، وذلك عملاً ومسايرة لأحكام اتفاقية سيداو هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 72 أعطى الحق للحاضنة في البقاء في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وأمام هذا الوضع فإن بقاء المطلقة في المسكن بعد الطلاق يثير إشكالا لأنها أصبحت أجنبية عنه، ولا يجوز لها البقاء معه، فطبقاً للشرعة فإن المطلقة عليها ترك السكن العائلي بعد انتهاء عدتها، وفي حالة أن الأب لم ينفذ الحكم القضائي القاضي بالسكن وقد انتهت العدة فإنه لا يجوز لها شرعاً ولا قانوناً البقاء مع الزوج في بيت الزوجية، والملاحظ من خلال النص أن نية المشرع من إبقاء المرأة بمسكن الزوجية إلى حين توفير السكن هو من ناحية تنفيذ المرأة لعدتها الشرعية والقانونية بعد الطلاق، ومن ناحية أخرى وهو الراجح حماية المطلقة وكذا أطفالها من التشرد والضياع بتوفير مسكن مؤقت إلى حين إيجاد الزوج للمسكن أو دفع بدل الإيجار وهو ما يتوافق مع اتفاقية سيداو وذلك في نص المادة 16 فقرة "د" والتي تنادي بحماية حقوق المرأة بصفقتها زوجة وأم مع ترجيح مصلحة الطفل.¹

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 154، 155 و 156.

المبحث الثالث

حق المطلقة في التعويض عن الطلاق

من بين الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية نجد حق المرأة في المطالبة بالتعويض، نتيجة الضرر الذي لحق بها من حل الرابطة الزوجية.

ففي غالب الأحيان يتعس الزوج في استعمال حقه في ايقاع الطلاق برادته المنفردة، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده لم يعرف التعسف في استعمال الحق، وترك ذلك قطعاً إلى الفقه الذي خلص في مجمله أن التعسف هو انحراف عن سبيل استخدام الحق الاستخدام الشرعي القانوني.¹

وبالرجوع إلى القانون المدني نجده المشرع الجزائري قد عدد لنا من خلال نص المادة 41 مظاهر التعسف، وجاء فيها: "يعتبر استعمال حق تعسفياً في الأحوال التالية:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.²

والواضح من المادة المذكورة التي يمكن اسقاطها على موضوعنا أن التعسف يعني الانحراف في استخدام الحق بالشكل الذي يوقع الضرر بالغير عن قصد وتعمد أو الحصول على منافع ضئيلة قياساً بحجم الضرر الذي ينشأ للغير أو قصد الحصول على فائدة غير شرعية ولا قانونية، فالزوج عند استعماله لحق ايقاع الطلاق، ينبغي عليه أن يبرر ذلك التبرير الشرعي وإثباته قانوناً وأن لجوؤه إلى الطلاق دون أن يقدم عذراً شرعياً عد متعسفاً في استعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عن قصد وتعمد، وبالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة.³

1 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 94.

2 المادة 41 من القانون المدني الجزائري.

3 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 95.

فوجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 52 على أنه في حال ما تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق فإنه يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، إضافة إلى نصه في المادة 53 مكرر في حال الحكم بالتطليق ووقع ضرر للمطلقة فإنه يجوز للقاضي الحكم بالتعويض للمطلقة، كما أنه نص في المادة 55 من قانون الأسرة أنه في حال نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر.

وعليه سأتطرق إلى حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي (المطلب الأول) ثم أتطرق إلى التعويض عن التطليق ونشوز الزوجين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي.

قد يتعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، فيقوم بفك الرابطة الزوجية دون مبرر شرعي ومتعسفا في حق الزوجة، كما أنه قد يقوم المريض مرض الموت بفك الرابطة الزوجية وذلك لنوايا أخرى لا تتماشى مع الشريعة الإسلامية ولا مع القانون.

وعليه سأتطرق إلى معايير التعسف في استعمال حق الطلاق وذلك بالتطرق لمعايير التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي (الفرع الأول) ثم أتطرق إلى طلاق المريض مرض الموت (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معايير التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي.

ونذكر أن التعسف هو إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى الإضرار بالغير دونما تحقيق فائدة لصاحب الحق أو لأن الفائدة أقل من الضرر اللاحق بالغير، أو لأن صاحبه قصد عند استعماله الإضرار بالغير وفقا لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري،¹ وجاء في المادة 52 من

1 مسعودة نعيمة إلياس، " التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق " - دراسة مقارنة - ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، السنة الجامعية 2010/2009، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بكايد، تلمسان -الجزائر - ص 172.

فانون الأسرة الجزائري أنه " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.¹

في حال عدم تأسيس الزوج طلاقه على سبب جدي أو أنه لم يسبب طلاقه أصلا فإنه يعتبر متعسفا في الطلاق، ويتحمل مسؤولية طلاقه فعدم التسبب يوجب التعويض دون منع الزوج من حقه في الطلاق.²

وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى: (من المقرر شرعا وقانونا إذا كان الطلاق غير مبرر فإنه للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة).³

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا: (من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، وذلك تجنباً للحرَج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج اللذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون).⁴

كما اعتبرت المحكمة العليا الطلاق لعقم الزوجة يعتبر طلاقاً تعسفياً في حقها وجاء في قرار لها: (إن عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سبباً من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظلم الزوجة).⁵

1 المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

2 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 160.

3 قرار بملف رقم 28784 بتاريخ 1982/11/12، النشرة القضائية، العدد 02، لسنة 1986، ص 32.

4 قرار بملف رقم 223019، بتاريخ 1999/09/15، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 103.

5 قرار بملف رقم 373707، بتاريخ 2006/11/15، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2007، ص 499.

كما أن قيام طلاق الزوج لزوجته بسبب امتناعها عن السكن مع أقاربه يعد طلاقاً تعسفياً وهذا ما قضت به المحكمة العليا: (إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزاً، وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفياً في حقها وتستحق التعويض جبراً للضرر).¹

أما عن طلاق الزوج لزوجته لعدم عذريتها يعد طلاقاً تعسفياً وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: (يعد مخالفاً للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي، مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة).²

وتجدر بنا الإشارة أنه للقاضي السلطة التقديرية في فحص الأمور وتبيان دوافع الطلاق من خلال عرائض الطرفين ودفوعاتهما.

ولكن خلافاً للإجراءات المتبعة أصلاً في المسائل المدنية فإنه في دعاوى شؤون الأسرة لاسيما دعاوى الطلاق فإن القاضي موجب بإجراء جلسات صلح سرية لا يحضرها سوى طرفي الخصام (الزوج والزوجة) وهذا يعتبر إجراءً جوهرياً بموجب المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا الإجراء يتيح للقاضي بما له من سلطة تقديرية من تفحص موقف الزوج أو الزوجة بعيداً عما هو مدون في العرائض أو دفوعاتهما، وذلك أنه يستطيع استعراض أدق الأمور معهما، والتي يمكن اعتبارها من الأمور الشخصية التي لا يكشف عنها الزوج أمام الملاء، ليتمكن القاضي من تحديد التعسف من عدمه.

ومن خلال فحص مواقف الطرفين يتمكن القاضي من الموازنة بين الدافع الباعث إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال، وقد يستنتج القاضي ذلك عندما تتنازل الزوجة عن موقفها وتتشبت بالعودة إلى الحياة الزوجية، ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتصلب.³

1 قرار بملف رقم 251682، بتاريخ 2000/11/21، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2001، ص 290.

2 قرار بملف رقم 480264، بتاريخ 2004/02/11، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2009، ص 283.

3 مسعودة نعيمة إلياس، " المرجع السابق "، ص 173 و 174.

الفرع الثاني: طلاق المريض مرض الموت،

سأنتقل إلى تعريف المريض مرض الموت (أولا) ثم أتطرق إلى أحكام طلاق المريض مرض الموت (ثانيا) .

أولا: تعريف مرض الموت

1-تعريف مرض الموت اصطلاحا:

اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت عرفه الحنفية على أنه: "المرض الذي أضنى صاحبه وأعجزه عن القيام بحوائجه، فأما من يجيء ويذهب بحوائجه فلا "

وعرفه المالكية: " المرض المخيف الذي يتصل بالموت".¹

أما الشافعية فيعرف مرض الموت عندهم على أنه: " كل ما يستعد بسببه الموت بالإقبال على العمل الصالح، وقيل كل ما اتصل به الموت".

وعرفه الحنابلة على أنه: " ما كان سببا صالحا للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده "

فيتبين من خلال هذه التعريفات أنه لا بد من تحقق أمرين لاعتبار المرض مرض الموت:

- أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت مباشرة.

- أن يعقبها الموت فعلا، أما من صح بعدها انتكس فلا يعد مرضه الأول مرض موت.²

2-تعريف مرض الموت قانونا وقضاء:

لم يتطرق المشرع الجزائري الى تعريف مرض الموت لا في قانون الاسرة ولا في القانون المدني، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت إلا أن القضاء من خلال المجلس

1 عبد اللطيف يومبجي، " التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، تخصص الأحوال الشخصية، السنة الجامعية 2014/2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي - الجزائر - ص 48 و 49.

2 نفس المرجع، ص 49.

الأعلى اجتهد في الاحاطة بمفهوم مرض الموت. فقد عرفه قرار بالمجلس الأعلى في قرار بملف رقم 33719، بتاريخ 1984/04/09، وهو قرار غير منشور أنه: (مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ويجب على القاضي إثبات وقت التصرف).¹

ثانيا: أحكام طلاق المريض مرض الموت.

سأتطرق إلى شروط اعتبار المريض مرض الموت فارا من ارث زوجته بطلاقه لها (1) ثم أتطرق إلى الآثار المترتبة عن طلاق المريض مرض الموت (2).

1-شروط اعتبار المريض مرض الموت فارا من توريث زوجته بطلاقه لها.

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحا كان أم مريضا، فان كان الشخص مريضا واستعمل حقه في ايقاع الطلاق سواء كان المرض مخوفا وهو ما يسمى بمرض الموت ، أو كان مرض عاديا، فإن طلاقه واقع لا خلاف بين الفقهاء في ذلك، ولكنهم اختلفوا توريثها منه، وسبب الاختلاف بينهم هو اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، والمريض مرض الموت لا يعتبر المريض قاصدا الفرار من ميراث زوجته إلا إذا تحققت الشروط التالية:

أ- أن يطلقها في مرض الموت طلاقا بائنا، لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث سواء كان برضاها أو بغيره مادامت في العدة، وإن كان المشرع الجزائري يعتبر أن الطلاق الواقع بين يدي القاضي في المحكمة طلاقا بائنا إذ لا يمكن مراجعة الزوجة بعد النطق به إلا بموجب عقد جديد .

ب- أن يكون الزوج راضيا مختارا، غير مكره على هذا الطلاق، لأنه مع الإكراه لا يتحقق رضاه به، فلا يكون فارا.

ت- أن يكون الطلاق البائن دون رضا الزوجة، فلو تحقق رضاها بأن كانت هي التي سألته الطلاق أو افتدت نفسها منه بالمال، فرضاها بالفرقة ينفي مضمه فراره من الميراث.

1 عبد اللطيف يومبي، " المرجع السابق "، ص 49.

ث- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي، لا تستحق ميراثاً لعدم تحقق الفرار منه، لأن العدة لا تجب بهذا الطلاق، وذلك لقوله تعالى في الآية 49 من سورة الأحزاب: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.

ج- أن تستمر أهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة، فإذا لم تكن أهلاً للميراث وقت إيقاع الطلاق بأن كانت كافرة وهو مسلم، لأن القصد غير المشروع لاستعمال حق الطلاق وهو حرمانها من الميراث غير متحقق.¹

2- الآثار المترتبة عن طلاق المريض مرض الموت:

إن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه هلاك المريض عادة وعليه إذا طلق الرجل زوجته في مرض الموت قصد حرمانها من الميراث فإن طلاقه يكون تعسفياً، لأنه رغم أن الطلاق حق مشروع للزوج إلا أنه لم يشرع من أجل الإضرار بالزوجة وحرمانها من حقها في الميراث.²

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا، حيث جاء في أحد قراراتها: (إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن).³

يتضح من خلال هذا الموقف القضائي أن الطلاق في مرض الموت هو طلاق واقع كما في الأحوال العادية، مهما كانت خطورة المرض، ولا يمكن الطعن في صحة هذا الطلاق، فمرض الموت لا يمكن أن يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، ولهذا فطلاق المريض مرض الموت صحيح شرعاً وقانوناً ولا خلاف بينه وبين الطلاق في الأحوال الأخرى إلا في استحقاق المطلقة للميراث.⁴

1 مسعودة نعيمة إلياس، " المرجع السابق "، ص 152 وما يليها.

2 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 161.

3 قرار بملف رقم 179696 بتاريخ 1998/03/17، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، عدد خاص، ص 98.

4 مسعودة نعيمة إلياس، " المرجع السابق "، ص 155.

وبالرجوع إلى تقدير تعسف الزوج في إيقاعه للطلاق وتحديد التعويض الذي تستحقه الزوجة يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: (تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم).¹

المطلب الثاني

التعويض عن التطلق ونشوز الزوجين

تطرقنا في الفصل الأول من الباب الثاني إلى اسباب التطلق، فقد يلحق الزوجة ضررا بسبب ذلك فانه يجوز لها المطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر الذي لحق بها، كما أنه في حال نشوز أحد الزوجين يمكن للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض، ولدراسة هذا العنصر سأتطرق إلى حق المطلقة في التعويض عن التطلق (الفرع الأول) ثم أتطرق إلى التعويض لنشوز أحد الزوجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق المطلقة في التعويض عن التطلق

المشرع الجزائري على أسباب التطلق بموجب نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وحصرها في 10 حالات يجوز بموجبها للمرأة طلب فك الرابطة الزوجية، وتجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وبموجب التعديل الأخير بموجب الامر 05-02 قام بإضافة مادة جديدة، وهي المادة 53 مكرر،² حيث أنه بموجبها أجاز للقاضي الحكم بالتعويض للمطلقة عن الضرر الذي لحق بها بسبب التطلق.

كما أنه جاء في قرار للمحكمة العليا ينص على ذلك وجاء فيه: (يمكن تعويض الزوجة الطالبة للتطلق في حالة ثبوت تضررها فعلا).³

ونقول بما أن التطلق راجع إلى سبب من جهة الزوج، فإنه إذا تبين للقاضي وجود ضرر مادي أو معنوي للزوجة، فإن المشرع أجاز له الحكم لها بالتعويض، فالضرر ناتج عن خطأ الزوج الذي

1 قرار بملف رقم 368660، بتاريخ 2006/07/12، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2006، ص 483.

2 " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها." المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

3 قرار بملف رقم 361655، بتاريخ 2000/06/20، ص 259.

خالف الالتزامات المتفرعة عن عقد الزواج والمنصوص عليها في القانون، وبهذا النص الجديد وضع المشرع حدا للغموض الموجود في قانون الأسرة بشأن هذه المسألة.¹

وبالرجوع إلى حالات وأسباب التطلق الي سبق ذكرها فإن الأضرار التي قد تصيب الزوجة منها، قد تكون مادية أو معنوية إلا أن الأسباب من الفقرة 2 إلى الفقرة 9، فإن أضرارها تكون معنوية أكثر من مادية، لأنها تمس الزوجة في عاطفتها، وكرامتها، وشرفها، كمسألة الحكم على الزوج عن جريمة، أو ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة.²

الفرع الثاني: التعويض لنشوز أحد الزوجين

جاء في نص المادة 55 من قانون الأسرة " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر. "

لم يتعرض قانون الأسرة إلى معنى النشوز بل اكتفى بالنص في المادة 55 على إمكانية الطلاق والتعويض للنشوز، وما يفهم من المادة أن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج لذا وجب معرفة معنى النشوز.

فالنشوز لغة معناه الارتفاع والعلو يقال أرض ناشز يعني مرتفعة ومنه سميت المرأة ناشزا إذا علت وارتفعت وتكبرت على زوجها.

أما اصطلاحاً قال ابن قدامة: " معنى نشوز الزوجة معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالَتْ عما فرض الله عليها من طاعته. "، أما الامام أبو زهرة عرفه أنه: " جحود الزوجة لغير سبب شرعي. "

أما نشوز الزوج ففي تقسي الجالين لقوله تعالى في الآية 128 من سورة النساء: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ

خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾، هو ترفعه عليها بترك مضاجعتها، والتقصير في نفقتها لبغضها وطموح عينيه إلى أجمل منها.

1 لحسن بن شيخ أث ملويا، " المرشد في قانون الأسرة " مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014)، " المرجع السابق "، ص 166.

2 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 162.

والنشوز قانونا هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك. وكما يكون النشوز من الزوجة كأن تمتنع عن الالتحاق ببيت الزوجية أو تغادر بيت الزوجية دون أي سبب مشروع، فإنه قد يكون من الزوج، ومثاله أن يغادر الزوج بيت الزوجية، أو يتخلى عن الواجبات الزوجية كما يتماطل في إرجاع زوجته إذا صدر حكم بذلك وألزمه بالسعي في إرجاعها وكذا عدم توفيره للسكن الشرعي.¹

وتجدر بنا الإشارة الى أن التعسف ليس هو النشوز وذلك ثابت من خلال مواد القانون وكذا اجتهاد المحكمة العليا، فالمادة 52 من قانون الأسرة التي تحدثت عن تعسف خست الحديث به عن الزوج فحسب دون الحديث عن الزوجة بقولها: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق..."

فالتعسف متعلق بالزوج دون الزوجة، وذلك أمر منطقي على اعتبار أن التعسف لا يرد إلا على الحق المكفول شرعا وقانونا، والزوج له الحق في ايقاع الطلاق دوناً عن الزوجة بإرادته المنفردة، فالمبدأ أنه غير متعسف والاستثناء هو استعماله لحقه في الطلاق على الوجه الذي يلحق الضرر للزوجة، أما المادة 55 من نفس القانون والتي تتحدث عن النشوز فقد خست الحديث به عن الزوجين معا، وبالتالي فإذا ما فكت الرابطة الزوجية بين الطرفين لوجود الشقاق بينهما فعلى القاضي أن يحدد نشوز أحد منهما ويحكم بالطلاق بالتعويض للطرف المتضرر، وقد يكون الزوج ناشزا كما قد تكون الزوجة على عكس حالة التعسف التي فصلنا فيها سابقا.²

ومن خلال هذه التعاريف يتبين أن النشوز يكون في حال عدم قيام أحد الزوجين بواجباته اتجاه زوجه سواء كانت واجبات شرعية أو قانونية، فمن مظاهر نشوز الزوجة كأن تخرج من بيت الزوجية بغير إذن الزوج، أو تسافر بغير إذنه، أو تمتنع عن السفر أو الانتقال معه حيث يريد، أو تمنعه من الاستمتاع بها، إلى غير ذلك أما بالنسبة للزوج فمن مظاهر نشوزه هجره في المضجع.³

حيث أنه أقر القضاء الجزائري أنه في حال صدور حكم في حق الزوجة يقضي بالرجوع إلى البيت الزوجية وتمتتع فهنا نقول أن الزوجة في حالة نشوز، وفي هذا الصدد جاء قرار للمحكمة العليا:

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 162 و 163.

2 باديس ديابي، " المرجع السابق "، ص 95.

3 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 163.

(إن نشوز الزوجة يثبت إذا صدر ضدها حكم بالرجوع، نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ويبلغ لها بطريقة قانونية ورفضت الامتثال له بشكل صريح).¹

كما سبق الإشارة إليه كما يوجد نشوز للزوجة فإنه يوجد نشوز الزوج، ويمكننا قول أن الزوج في حالة نشوز وهذا ما أكدته قرار للمحكمة العليا: (من المقرر قانوناً أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).²

وأمام هذا فقد أجاز القانون بموجب نص المادة 55 من قانون الاسرة للزوجين الطلاق للنشوز فللزوج الطلاق بإرادته المنفردة مؤسسا دعواه على نشوز الزوجة، أما الزوجة فتلجأ إلى طلب التطليق للضرر الذي أصابها من نشوز زوجها، وانطلاقاً من نص المادة 55 فإن نشوز الزوج يعطي للزوجة الحق في طلب التطليق مع التعويض متى لحق بها الضرر. وبذلك فإن المشرع لم ينص على حق الزوجة في التعويض للضرر اللاحق بها من الزوج عن التطليق وعن الطلاق التعسفي بل أضاف للأسباب السابقة نشوز الزوج كسبب مستقل للتطليق وكذا التعويض، ونجد المشرع قد منح أيضاً من خلال نص المادة 55 كذلك للزوج الطلاق لنشوز الزوجة مع التعويض عن الضرر، الأمر الذي يجعلنا نقول أن المشرع قد أخذ بمبدأ المساواة بين في الحق في التعويض.

من خلال ما سبق بتبيين أن نشوز الزوجة مرتبط بواجب طاعة الزوج المفروض عليها فإذا لم تطعه تعد ناشزاً، ولكن القول بهذا يجعلنا نتساءل عن مصير النشوز المرتبط بالطاعة بعد إلغاء نص المادة 39 قانون الأسرة التي كانت تفرض على المرأة طاعة زوجها؟ للإجابة على ذلك يمكن القول أن رغبة المشرع في تكريس مبدأ المساواة وحماية حقوق المرأة جعله يقع في تناقضات فمن جهة يلغي واجب الطاعة ومن جهة أخرى يبقي على حق الزوج في الطلاق والتعويض للنشوز.

وانطلاقاً من كل ما سبق فإن اعطاء المشرع للمرأة حق التعويض في حالة التضرر في أكثر من حالة حسب المواد 52 و 53 مكرر و 55 هي سياسية تشريعية اتبعها من أجل حماية حقوق المرأة،

1 قرار بملف رقم 345125، بتاريخ 2005/10/12، نشرة القضاة، عدد 61، لسنة 2006، ص 322.

2 قرار بملف رقم 189226، بتاريخ 1998/04/21،

أمام إحجاف الزوج وسوء استعماله لحقه، وذلك نتيجة للتأثر بما جاء في اتفاقية سيداو والتي تنادي بالمساواة والقضاء على 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 ولاسيما ضد الزوج المتعنت، والسوابق القضائية للمحاكم الجنائية صارمة جدا في هذا الشأن".¹

وفي الأخير وما يمكنني قوله أن المشرع الجزائري حاول تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين الذي تضمنته اتفاقية القضاء على جميع أشكال في مسألة التعويض عن الضرر اللاحق للطرف المتضرر من جراء إنهاء الرابطة الزوجية، فنجد أنه ضمن للزوجة حقها في التعويض عن الطلاق التعسفي كما ضمن لها حقها في التعويض عن كل ضرر قد يلحق بها، كما أنه أقر بالتعويض في حال نشوز أحد الزوجين، ويمكننا القول أن المساواة هنا ليست مطلقة، بل هي مساواة نسبية.

1 سمية بوكايس، " المرجع السابق "، ص 165.

خاتمة الباب الثاني:

بعد دراستي للباب الثاني الذي تمحور عنوانه حول " تأثير الاتفاقيات الدولية على انحلال الرابطة الزوجية وآثارها "، فنجد قد حاول في هذا الشق أيضا مسابقة الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليه الجزائر وبالأخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

فنجده قد قام بالمساواة بين الزوجين في الحق في طلب فك الرابطة الزوجية، فأعطاهما الحق في الطلاق بالتراضي، كما أنه أعطى للزوج الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وبالمقابل أعطى للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة عن طريق التطليق والخلع، فقد وسع نطاق أسباب التطليق، كما أنه أعطى لها الحق في مخالعة نفسها حتى بدون موافقة الزوج.

وأمام هذا فلفك الرابطة الزوجية أثر هي الأخرى أخذت حصتها من التعديل وكان للاتفاقيات الدولية تأثير على هذا التعديل، فنجد قد قام بتغيير مراتب الحاضنين وذلك بالانتقال بالأب إلى المرتبة الثانية بعد الأم.

كما أنه قام بتوسيع حقوق المرأة وتعزيزا لمكانتها أعطى لهل الحق في المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة، وفي حال تعذر على المطلق القيام بتوفير مسكن للمطلقة لممارسة الحضانة، فإنه وجب عليه توفير بدل الإيجار. ضف إلى ذلك تم منح للأم الحق في الولاية على أبنائها القصر.

كما أنه أعطى للمطلقة الحق في المطالبة عن التعويض في حال الطلاق، فقد يتعسف الزوج في استعمال إرادته المنفردة في فك الرابطة الزوجية، وذلك لقيامه بإيقاع الطلاق دون مبرر شرعي، أو بسبب مرضه مرض الموت بغية حرمان الزوجة من الميراث فهنا وحماية للمرأة فإن القضاء الجزائري قام بحمايتها من شتى أشكال التعسف في حقها.

كما أنه أعطى للمطلقة الحق في المطالبة بالتعويض عن التطليق في حال ثبوت الضرر، ونجد المشرع الجزائري قد أعطى لكلا الزوجين مساواة بينهما الحق في المطالبة بالتعويض في نشوز أحدهما فالطرف المتضرر الحق في المطالبة بالتعويض نتيجة الضرر اللاحق به.

خاتمة:

على اعتبار أن المرأة تحتل مكانة هامة في المجتمع نظرا لما توليه من وظائف فعالة في بناء الأسرة التي تعتبر النواة التي يبنى عليها المجتمع، نجد المجتمع الدولي سارع إلى إصدار ترسانة من النصوص والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي في مجملها سعت إلى حماية المرأة في شتى المجالات بل لم تكتف بهذا الحد إلى حين صدور اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أي ما يعرف باتفاقية سيداو والتي في محتواها سعت إلى ترقية مكانة المرأة ورفع حقوقها هادفة وآملة تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين الذي كرسه في مجمل بنودها، وعلى إثر هذا سعت مختلف الدول إلى سن قوانينها الداخلية بما يتماشى مع تلك الاتفاقيات الدولية ، التي قد صادقت عليها، هذا على غرار الجزائر .

لقد كان للمشرع الجزائري هو الآخر رؤية في الموضوع، وعلى اثر مصادقته على تلك الاتفاقيات سارع هو الآخر إلى إضافة تعديلات تمس قانون الأسرة سعيا منه إلى تحقيق أهدافها محاولا منه التوفيق بين المرجعية الدينية والمرجعية الدولية، فنجدد وقف بين الجنسين أي بين الرجل والمرأة (الزوج والزوجة)، (المطلق، والمطلقة) وبين حماية حقوق المرأة سواء أثناء انعقاد الزواج أو عند انحلاله على اعتبار أن المرأة هي بمثابة العنصر الفعال الذي تبنى عليه الأسرة، فهي مربية الأجيال، فوظيفتها في المجتمع تحتل مكانة حساسة.

وعلى إثر هذا حاول المشرع الجزائري من خلال مواد قانون الأسرة، ضمان حقوق المرأة سواء بموجب قانون رقم 84-11 أو بموجب التعديل الأخير بالأمر رقم 05-02 حيث أنه من خلاله أضفى عدة تعديلات وإضافة مواد أخرى سعيا منه مسايرة بنود تلك الاتفاقيات التي قام بالمصادقة عليها.

وبعد دراستي لموضوع البحث توصلت إلى جملة من النتائج والخروج ببعض التوصيات أجيها فيما يلي:

النتائج:

- فنجد انطلاقا من الفصل الأول من الباب الأول والمتضمن مواد الخطبة والزواج، قد أضفى تعديلات عدة نبدأها من المواد المتعلقة بالخطبة، فإننا نجد المشرع الجزائري قد حاول تحقيق المساواة بين الخطيبين فيما يخص آثار العدول عن الخطبة، فأعطى لكلا الخطيبين في حال التضرر الناتج من جراء العدول الحق في المطالبة بالتعويض، كذلك بالنسبة لاسترداد الهدايا فالطرف العادل أوجب عليه أن يرد الهدايا للطرف الآخر سواء عينا أو قيمتها.

- كما أنه لانعقاد الزواج وجب توفر مجموعة من الشروط في كلا الطرفين يتم من خلالها انعقاد الزواج وهذا ما يعرف بالشروط الموضوعية والشكلية، فهي الأخرى نجد المشرع الجزائري حاول مسايرة التغيرات بإضافته بعض التعديلات على قانون الأسرة، فنجد وضع ركن وحيد يبنى عليه الزواج وهو ركن الرضا بالزواج.

- وبالرجوع إلى شروط عقد الزواج نجد المشرع قام بموجب الأمر 05-02 بتغيير سن الزواج وتوحيده مساواة بين الرجل والمرأة، حيث حدده ببلوغ سن 19 سنة كاملة، وهو سن الرشد المدني.

وهذا تماشيا مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بالإضافة إلى اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، كما أنه أعطى للقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن القضائي بزواج القصر من عدم منحه، فبناء على الطلب المقدم لرئيس المحكمة للحصول على الإذن القضائي لزواج القاصر، فهو مخول له السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه، وكل هذا حماية لمصلحة القاصر.

أما فيما يخص شرط الولي في الزواج فنجد أنه فقد أعطى للراشدة الحق في اختيار أي شخص تراه مناسبا لعقد زواجها، فنجد رأي المشرع الجزائري كان متذبذبا بين المرجعية الدينية والدولية ولعل قيامه بهذه الخطوة راجع لتلقيه ضغوطات.

- ونجد أنه نظم الشروط الشكلية لعقد الزواج، حيث قام بحماية هذا العقد، وذلك بإضافته في نمط قانوني، ليعتبر وسيلة إثبات في حق المرأة في حال وقوع نزاع ما، أنه بموجبه ضمن حق الطفل في نسبته لأبيه بناء على عقد الزواج الموثق، كما أنه وحفاظا على حقوق المرأة قام بمنع الأئمة من إبرام عقد الزواج الشرعي إلا بعد أن يتم عقد الزواج المدني وهذا لتفادي المشاكل المنجرة عن عقد الزواج

بالباتحة أي ما يعرف بالزواج العرفي، غير أنه ونظرا لعدم وجود نصوص قانونية رادعة، لا زال إلى حد الآن العديد من الأئمة يقومون بعقد الزواج الشرعي بدون أن يتم عقد الزواج المدني، فبالرغم من التعديل الجديد لازال القضاء يعاني من ثقل القضايا المتعلقة بإثبات الزواج بالباتحة وإلحاق نسب الأطفال، هذا بسبب تهرب الأزواج من المسؤوليات التي تقع على عاتقهم.

- ولم يكتف بهذا الحد فنجد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 07 المعدلة قام بالزام الطرفين المقبلين على الزواج بإجراء مجموعة من الفحوصات الطبية على قدم المساواة بين الجنسين، وذلك لمعرفة مدى خلو الخطيبين من بعض الأمراض الخطيرة والمعدية وكذا الأمراض الوراثية.

- غير أنه وكما سبق لنا الإشارة إليه، ولنقص الرقابة القضائية فإننا نجد العديد من المقبلين على الزواج أي الخطيبين لا يقومون بتلك التحليلات ويتحصلون على شهادات تبين خلوهما من جميع الأمراض وهذا راجع لنقص التوعية ولغياب الرقابة.

- وبالرجوع إلى آثار الزواج هي الأخرى نجد المشرع الجزائري قد أضفى تعديلات عليها وللاتفاقيات الدولية المصادق عليها دور في ذلك فنجد نص في المادة 36 من قانون الأسرة على الحقوق المشتركة بين الزوجين على أساس المساواة المطلقة.

- كما نجده قد وسع نطاق التعاملات التعاقدية بين الزوجين، فأعطى لكلا الزوجين الحق في إبرام عقد الاشتراط في الزواج، حيث أنه وبمقتضاه يمكن لكلا الطرفين اضاء الاشتراطات التي يرغب فيها وهذا ما جاء في نص المادة 19 منه، ولا سيما ما تعلق بعمل المرأة والتعدد.

- ضف إلى ذلك ومن بين النصوص التي أئتنا بجديد وجدنا نص المادة 37 والتي تنص على عقد الاتفاقات المالية، والتي بموجبها حاول المشرع الجزائري تنظيم الأموال بين الزوجين قام في الفقرة الأولى بالاعتراف بأنه للزوجين ذمة مالية مستقلة وفي الفقرة الثانية أعطى لهما الحق في وضع عقد الاتفاقات المالية والذي بموجبه يمكن للزوجين التفاهم على مصير الاموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية مع تحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما.

- كما نجد المشرع الجزائري قد قام بخطوة كبيرة بإلغائه بعض الحقوق، من خلال التعديل الأخير هذا راجع لتأثره بالاتفاقيات الدولية، وسعيا منه لتحقيق المساواة بين الجنسين، ونذكر منها الغائه نص المادة 39 من القانون رقم 84-11 والتي كانت تنص على حق الطاعة، وحق الارضاع.

- كما نجد المشرع الجزائري وتكريسا لمبدأ المساواة الذي تضمنته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، نجده قد وسع من دائرة حقوق المرأة ومن بين المستجدات نجد حق المرأة في منحها جنسيتها لأبنائها.

- وكما نعلم بأنه من آثار عقد الزواج جنسية الأبناء بالرغم من عدم وجود نص في قانون الأسرة يتحدث عن ذلك وبما أن الجنسية تعتبر اثر من اثار الزواج فعند انجاب يأخذ الطفل حقه في الجنسية، مما استوجب عليا الرجوع إلى قانون الجنسية، فبموجب الامر 05-01 تم توسيع نطاق حقوق المرأة وخول لها الحق في منح جنسيتها لأبنائها.

وانتقالا منا إلى انحلال الرابطة الزوجية وجدنا المشرع الجزائري في هذه المسألة أيضا حاول مواكبة الاتفاقيات الدولية، فنجدته فتح للزوجين في حال عدم امكانية مواصلة الحياة الزوجية الطلاق وحاول بنائه على أسس شرعية فمتى توفرت الشروط الشرعية اعطى لهما الحق في طلب الطلاق، فنجدته حاول تكريس المساواة بين الزوجين بإعطاء للزوجين الحق في الطلاق بالتراضي، كما أنه أعطى للزوج الحق في طلب فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وبالمقابل أعطى للزوجة الحق هي الأخرى في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة، وقبل الوصول للحكم بفك الرابطة الزوجية سواء بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوج أو بالإرادة المنفردة للزوجة، فإنه قد فرض اجراء محاولة الصلح على الزوجين.

- فأمام منح الزوج الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، قام بتقييده من كل الممارسات التعسفية ضد الزوجة، حيث تم تقييد ارادة الزوج بفرض مجموعة من القيود والشروط عليه، وفي حال تخلف تلك الشروط يعتبر الطلاق تعسفيا.

- وأمام هذا نجد المشرع أيضا نظم لنا فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق التطليق والخلع، حيث أنه حاول مسايرة المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وسعيا منه لحماية المرأة وتكريس مبدأ المساواة قام بتوسيع نطاق التطليق بإدخال سببين جديدين بموجبهما يجوز للمرأة طلب التطليق وهما الشقاق المستمر بين الزوجين، بالإضافة إلى التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

- كما نجده بموجب التعديل الاخير أعطى للزوجة الحق في مخالعة نفسها حتى بدون رضا الزوج.

- والطلاق هو الآخر تتجر عليه آثار عدة، ولهذه الأخيرة نصيب من التعديل الأخير وعندما قمنا بدراستها وجدتها هي الأخرى عدلت على إثر تأثير المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

نبدأها بالحضانة، قام المشرع الجزائري وتحقيقاً لمبدأ المساواة بتعديل نص المادة 64 حيث قام بتغيير مراتب الحاضنين وقفز بالأب وجعله في المرتبة الثانية مباشرة بعد الأم وهذا سعيًا منه لتحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين.

- وأمام تعزيز المركز القانوني للمرأة في مجتمع فرض المشرع على المطلق توفير مسكن للمطلقة لممارسة الحضانة وفي حال عدم قدرته وجب عليه توفير بدل الإيجار.

- كما نجده قد وسع في حقوق المرأة حين منحها الحق في الولاية على أبنائها، وحماية لحقوق تلك المرأة قام المشرع بفرض تعويض المطلق للمطلقة عن كل ضرر لحق بها جراء هذا الطلاق.

التوصيات:

- فيما يخص شرط الولي، كان من الأجدر عدم إدخال هذا التغيير، فالأنسب لو أعطي للمرأة والولي الحق في الاشتراك في الرأي على اعتبار الولي يرفع ويحب مصلحة من هي تحت ولايته، ويكون محبا لها، والمرأة في غالب الأحيان تتصرف بالعاطفة ولا تكون عالمة بتسيير شؤونها فكان من الأجدر اعطاء المرأة ووليها الحق في الاشتراك في الرأي، سواء على المرأة المقبلة على الزواج الراشدة، أو القاصرة.

- وجب فرض عقوبات صارمة على كل إمام يقوم بإبرام عقود الزواج بدون القيام بتوثيقها.

- وجب وضع رقابة صارمة على الخطيبين في اجراء التحاليل الطبية، وأقترح وضع مكاتب على مستوى المستشفيات العمومية تقوم بذلك.

- كان من الأحسن عدم الغاء على نص الماد 39 من قانون الأسرة الجزائري فمع سقوط حق الطاعة يسقط معه حق القوامة، كذلك من غير المعقول الغاء حق الارضاع، ولهذا لا بد على المشرع الجزائري اعادة النظر في هذا الأمر.

-فيما يخص تغيير مراتب الحاضنين في نص المادة 64 من قانون الأسرة، وحسب رأيي لم يصب في هذا التعديل ووجب عليه ارجاع المادة كما كانت عليه فالطفل لابد له من امرأة ترعى شؤونه، وحسب رأيي الترتيب يكون بداية بالأم وبعدها الجدة لام فهي احن على الولد.

وأمام كل هذا وما يمكننا قوله إن المشرع الجزائري قد أصاب في بعض الأمور وأخفق في أخرى فنجد رأيه كان متذبذبا بين المرجعية الدينية والدولية.

وإن تعديلاته في مجملها كانت سعيًا منه لتحقيق أهداف الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، والتي في مجملها سعت لحماية حقوق الإنسان خاصة منها حقوق المرأة والطفل، وسعت لتحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين.

وفي الأخير نقول وإن كانت الاتفاقيات الدولية سعت لتحقيق المساواة بين الجنسين فإن الشريعة الإسلامية حققت لنا العدالة، فالعلاقة بين الرجل والمرأة هي علاقة تكامل وليس علاقة تفاضل.

قائمة المراجع:

القرآن الكريم

1-القواميس:

1- ابن منظور، " لسان العرب "، المجلد 6، الطبعة الأولى، لسنة 1988، دار احياء التراث العربي.

2- ابن منظور، " لسان العرب "، الجزء الثامن، دار لسان العرب، بيروت - لبنان.

3- أبي الفضل الدين ابن منظور ، " لسان اللسان " ، تهذيب لسان العرب ، ج1، ط1 1413هـ- 1993م دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

4- أبي الفضل جمال الدين ابن منظور، " لسان اللسان "، مهذب لسان العرب، ج 12، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.

5- أبي الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، "لسان اللسان"، مهذب لسان العرب، ج 2 ط، 1 1413هـ - 1993م، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.

6- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، " لسان العرب"، المجلد 13، طبعة 2003، دار صادر، بيروت - لبنان.

7- المنجد في اللغة و الأعلام، ط2 منقحة و مزيدة عليها دار المشرق بيروت - لبنان.

2-الكتب:

*الكتب باللغة العربية:

1-الكتب الفقهية:

أ-الكتب الفقهية العامة:

1- ابن حزم، مراتب الإجماع دار ابن حزم ط1، 1998 بيروت- لبنان.

2- أبو بكر جابر الجزائري، "منهاج المسلم"، كتاب عقائد و آداب و أخلاق و عبادات و معاملات، ط 1406هـ دار الكتب السلفية القاهرة- مصر.

3- أبو مالك كمال بن السيد سالم، " صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة "، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة عشر، 2012 م، دار التوفيقية للطباعة- مصر .

4- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الجزء الرابع، كتاب الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى 1430-2009، الطبعة الثانية 1431-2010، دار الوعي للنشر والتوزيع - الروبية - الجزائر .

5- الشيخ سيد سابق، " فقه السنة "، طبعة جديدة مخرجة الأحاديث مع الحكم للعلامة ناصر الدين الألباني رحمه الله، الطبعة الأولى 1424هـ/2003م، المجلد الثاني، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان.

6- رواه البخاري، كتاب الشروط، باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح، الحديث رقم 2723، دار السلام، ط 1 1999 ، السعودية.

7- صادق عبد الرحمان الغرياني، " مدونة الفقه المالكي وأدلته "، ج، ط1، 1423هـ/2002م، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت -لبنان.

8- محمد بشير الشقفة، " الفقه المالكي الميسر في ثوبه الجديد"، ج3، الطبعة 2، 1423هـ/2002 م، مزينة ومنقحة، دار القلم، دمشق - سوريا.

9- وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي و أدلته"، ط4 معدلة 1418هـ - 1997م دار الفكر دمشق- سوريا.

10- وهبة الزحيلي، " الفقه المالكي الميسر"، أحكام الأسرة، ج3 ، ط2 مصححة ومنقحة 1423هـ - 2002م دمشق - سوريا.

ب- الكتب الفقهية الخاصة:

1- إسماعيل أبا بكر البامرني، " أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق بين الحنفية و الشافعية) دراسة مقارنة بالقانون"، ط1 1429هـ - 2009م دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان - الأردن.

2- بدران أبو العينين بدران، " الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون "، ج1 (الزواج والطلاق) بدون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت - لبنان.

3- جابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، طبعة 2007 دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر .

4- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، طبعة 2008، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر.

5- حسين خلف الجبوري، "عوارض الأهلية عند الأصوليين"، ط1، 1408هـ/1988م، جامعة أم القرى مكة المكرمة - السعودية.

6- عبد الحميد خزار، فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام، الطبعة الأولى 1405 هـ / 1985م - 1047 / 1987 م، دار الشهاب للطباعة والنشر، باتنة - الجزائر.

6- عمرو عبد المنعم سليم، "الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته"، بدون طبعة، دار الضياء.

2- الكتب القانونية:

أ- الكتب القانونية العامة:

1- حسين بوشينة و نبيل صقر، "الدليل العملي للمحامي في المواد المدنية"، مبادئ عامة في تحرير العرائض 140 نموذج لعرائض مختلفة، ط 2007 دار الهدى للنشر والتوزيع عين مليلة- الجزائر.

2- عبد القادر الغانم، "المدخل لدراسة العلوم القانونية"، مبادئ القانون النظرية العامة للحق، ط 2006، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن.

3- صلاح الدين بوجلل، "محاضرات في مادة الجنسية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2013/2014، جامعة سطيف - الجزائر.

ب- الكتب القانونية الخاصة:

1- إبراهيم بن داود، "المعاهدات الدولية في القانون الدولي"، دراسة تطبيقية، طبعة 2010، دار الكتاب الحديث، درارية - الجزائر.

2- ابراهيم صبري الأرناؤوط، "حقوق الطفل والمرأة في الإسلام والاتفاقيات والمعاهدات الدولية"، - دراسة فقهية مقارنة - جامعة المجمعية - السعودية.

3- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، "الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن.

- 4- أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، طبعة 2011 منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان.
- 5- أحمد شامي، " قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " ، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، طبعة 2010، كلية الحقوق ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر.
- 6- أحمد نصر الجندي، " شرح قانون مدونة الأسرة المغربية " ، ط 2010، دار الكتب القانونية - مصر .
- 7- أحمد نصر الجندي، "موسوعة الأحوال الشخصية"، (الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين) ج1، ط 2006، دار الكتب القانونية - مصر .
- 8- الرشيد بن الشويخ، " شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، لسنة 1429 هـ / 2008م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة - الجزائر.
- 9- العربي بلحاج، " أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد"، وفق آخر التعديلات و مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ج1، ط 1433هـ- 2012م، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان - الأردن.
- 10- العربي بلحاج، "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري"، ج1 (الزواج والطلاق)، الطبعة الثالثة، 2004 م، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر. والتوزيع، القبة - الجزائر.
- 11- الشحات إبراهيم محمد منصور، "حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، طبعة 2011، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية - مصر.
- 12 - باديس ذيابي، " صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة "، طبعة 2012، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة - الجزائر.
- 13- خضرة وحشي، وكريمة محمدي، " الحماية القانونية لحقوق الطفل "، طبعة 1439هـ/2018م، دار الكتاب الحديث - الجزائر.
- 14- دليل عملي لمدونة الأسرة، سلسلة شروح و دلائل، العدد 1 2004، ط3 فبراير 2007، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية - المغرب، ص 23.

- 15- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الاسرة، انعقاد الزواج، طبعة 1437 هـ/2016 م، دار الخلدونية - القبة - الجزائر.
- 16- ساسي بن حليمة، " محاضرات في قانون الأحوال الشخصية "، طبعة 2011، مركز النشر الجامعي - تونس.
- 17- سديد بلخير، " الأسرة وحمايتها في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري " - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، 1430 هـ/2009 م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 18- عبد الرحمان هرنان، "محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر"، ط2007، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى-الجزائر.
- 19- عبد العزيز سعد، " الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري "، طبعة الثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية، 1996، دار هومة للنشر والتوزيع -الجزائر.
- 20- عبد العزيز سعد، " نظام الحالة المدنية في الجزائر"، ط2- 1995، دار هومة للنشر والتوزيع، القبة - الجزائر.
- 21- عبد العزيز سعد، "قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد"، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، بدون طبعة، دار هومة للنشر والتوزيع القبة - الجزائر.
- 22- عبد الفتاح تقية، " قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية "، دراسة مقارنة، طبعة 1433هـ/2012 م، دار الكتاب الحديث - الجزائر.
- 23- عيسى حداد، "عقد الزواج"، دراسة مقارنة، ط 2006 ، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة - الجزائر.
- 24- لحسين بن شيخ اث ملويا، " المرشد في قانون الأسرة "، مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014) ملحقات: الموائيق الدولية والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع - الجزائر.
- 25- لحسين بن شيخ اث ملويا، " المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية "، تعليق على قرارات المحكمة العليا بالاستناد إلى الفقه المقارن وقانون الاسرة، القانون المقارن (تونس، المغرب،

(سوريا)، علم النفس، ونصوص فقهية للمطالعة من مذهب مالك، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر.

26- لحسين بن شيخ أث ملويا، "رسالة في طلاق الخلع"، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، سلسلة دراسات قانونية، طبعة 2016/2017، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر.

27- لحسين بن شيخ أث ملويا، "قانون الأسرة"، مفسرا مادة مادة للمبتدئين و الممارسين"، ط1 1429هـ - 2008م دار الخلدونية للنشر و التوزيع القبة- الجزائر.

28- مبروك المصري، "الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية"، دراسة فقهية مقارنة، طبعة 2010، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر.

29- محمد أمين لوعيل، "المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري"، الطبعة الثانية، 2006، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة - الجزائر.

30- مخاطرية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، طبعة 2013، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية - مصر .

31- نور الدين أبو لحية، "حق الزوجين في حل عصمة الزوجين"، طبعة 1428هـ/2007م، دار الكتاب الحديث، القاهرة - مصر.

32- نورة منصوري، "التطليق والخلع وفق القانون والشرعية الإسلامية"، طبعة 2012، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة - الجزائر.

33- وائل أنور بندق، "المرأة والطفل وحقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية - مصر.

3-الرسائل، المذكرات، والاجازات:

أ-الرسائل العلمية:

1- الرشيد بن شويخ، "الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري"، بحث لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، تخصص قانون خاص، السنة الجامعية 2002-2003 كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب -البلدية.

2- ربيعة إلغات، " الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، الفرع قانون الخاص، سنة 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1 - الجزائر.

3- محمد الصلاح بن عومر، "المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، السنة الجامعية، 2016/2015 م، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر.

4- مسعودة نعيمة إلياس، " التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق "، - دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، السنة الجامعية 2010/2009، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان -الجزائر.

ب-مذكرات الماجستير:

1- أحمد حمزة، أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية قسم الشريعة تخصص شريعة وقانون، السنة الجامعية (1432/1431 هـ، 2011/2010م)، جامعة الخروبة - الجزائر.

2- إيمان لعريبي، " الشروط المقترنة بعقد الزواج "،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، السنة الجامعية 2014/2013، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 - الجزائر.

3- بشرى زلاسي، "الزواج المختلط، اشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده و آثاره" بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر ، السنة الجامعية 2001 -2000.

4- جيلالي وحياني، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر.

5- خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، 1428 هـ / 2007، كلية الحقوق الشريعة والقانون عمادة الدراسات الجامعة الإسلامية بغزة-فلسطين.

6- فاطمة حداد، " حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري "، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، السنة الجامعية 2015/2014 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي - الجزائر.

7- سرور طالبي، حماية حقوق المرأة في التشريع الجزائري مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان، بحث لنيل شهادة الماجستير ، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

7- سعيد قاضي، " رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري"، رسالة ماجستير في الشريعة و القانون كلية العلوم الإسلامية السنة الجامعية 1431-1432/2010-2011م، جامعة - الجزائر.

8- سمية بوكايس، " المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المعمق، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2014/2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر.

9- سمية عبد العزيز، " طرق انحلال الرابطة الزوجية وأثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، السنة الجامعية 2015/2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه في القانون الأساسي والعلوم السياسية تيزي وزو، جامعة العقيد أكلي محند الحاج، البويرة - الجزائر.

10- عبد اللطيف يومبجي، " التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، السنة الجامعية 2015/2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي - الجزائر.

11- كريمة محروق ، " عقد الزواج غير الموثق " ، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون ، قسم الشريعة و القانون ، تخصص الأحوال الشخصية ، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسنطينة- الجزائر، السنة الجامعية 1427هـ/1428هـ_2006م/2007م.

12- كمال صمامة، " مسقطات الحضارة في التشريعات المغاربية "، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، السنة الجامعية 2014/2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي - الجزائر.

13- هند مطاري، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي، السنة الجامعية 2010-2011 ، معهد الحقوق، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج البوبرة- الجزائر.

ت-إجازة المدرسة العليا للقضاء:

1- عمر نواح، "عيوب النظام القانوني لعوارض الأهلية"، دراسة مقارنة ما بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،، الدفعة السادسة عشر 2005-2008، الأبيار - الجزائر.

4-المقالات:

1- أحسن زقور، " تعدد الزوجات في قانون الأسرة "، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 44 جوان 1433هـ/2018م، تصدر عن كلية أصول الدين بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة - الجزائر.

2- أحمد عيسى، " الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر "، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب البليدة.

3- العربي بلحاج، "الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد"، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2007.

- 4- الضيف كيفاجي، " حماية الأسرة في المعاهدات والمواثيق الدولية "، مقال منشور بمجلة الشريعة والاقتصاد العدد 05، لسنة 2014، تصدرها كلية الشريعة والاقتصاد، بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة - الجزائر.
- 5- جمال محي الدين، " وقفة قانونية بين قانون الجنسية الجزائري 1970 و 2005، مقال منشور بمجلة دراسات وأبحاث، العدد 25، ربيع الأول 1438/ ديسمبر 2006، تصدر عن جامعة زيان عاشور، الجلفة - الجزائر.
- 6- فاروق خلف، " أحكام الخطبة وأثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي " ، مقال منشور بمجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 02 شعبان 1437، جوان 2016، تصدر عن مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي - الجزائر.
- 7- فاطمة الزهراء لقشيري، " العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون "، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الحادي عشر، جوان 2017.
- 8- فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وأثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بدفاتر السياسة والقانون، العدد 11 جوان 2017.
- 9- قاسم العيد عبد القادر، " السن في الزواج وفق قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية " ، مقال منشور بمجلة الحضارة الإسلامية العدد 10 1425 هـ _ 2004م، صادر عن كلية العلوم الإسلامية جامعة وهران الجزائر.
- 10- سارة بن شويخ، "نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، السنة الأولى العدد1- 1432هـ/2011م، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب- البليدة.
- 11- سناء قندوز، " الرقابة القضائية على امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة: عن الولاية والوصاية "، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13/ العدد 01-2016 - الجزائر.
- 12- سليمان ولد خصال، " حق المساواة في الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية"، مقال منشور بمجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، سداسية محكمة، العدد الرابع، جوان 2014، المركز الجامعي لتمنراست - الجزائر.

- 13- صالح بويشيش، " أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري "، دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري ، مقال منشور بمجلة المعيار، دورية علمية محكمة عني بالدراسات الاسلامية والاجتماعية تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الاسلامية بجامعة الأمير عبد القادر، العدد التاسع 1425هـ /2004م، قسنطينة - الجزائر.
- 14- كريم داودي، " رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة "، مقال منشور بمجلة الحضارة الاسلامية، العدد 29، رمضان 1437 هـ/ جوان 2016 م.
- 15- ليلي هواري، " حماية حق الطفل في الجنسية في التشريع الجزائري "، مقال منشور بمجلة القانون، العدد 07، ديسمبر 2016، تصدر عم معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زيانة بجليزان - الجزائر.
- 16- محمد الصالح بن عومر، " تجسيد المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري "، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 44 جوان 1433هـ/2018م، تصدر عن كلية أصول الدين بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة - الجزائر.
- 17- محمد الصالح بن عومر، " تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير "، مقال منشور بمجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلة سداسية محكمة، العدد الثاني جوا 2012، تصدر عن المركز الجامعي لتمنراست - الجزائر.
- 18- محمد توفيق قديري، " مظاهر المساواة بين مركزي المرأة والرجل في قانون الأسرة الجزائري".
- 19- محمد توفيق قديري، ميلود بن ححو، تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري
- 20- محمد حسين مقبول، " تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية "، مقال منشور بمجلة المعيار، مجلة دورية علمية محكمة تعني بالدراسات الإسلامية والاجتماعية، تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد التاسع، جمادى الأولى 1425/جويلية 2004م ، قسنطينة - الجزائر.
- 21- محمد حيدرة، " مركز الرجل والمرأة في الحياة الأسرية " - دراسة لمبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية -مقال منشور بمجلة الحقيقة العدد 43 لسنة 2018.

22- نور الدين بوسهوه، " المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية"، مقال منشور بمجلة دراسات وأبحاث، العدد 25، ربيع الأول 1438 / ديسمبر 2006، تصدر عن جامعة زيان عاشور، الجلفة - الجزائر.

5- المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

- 1- الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمدت هذه الاتفاقية في 10/12/1948، والمنشورة في الجريدة الرسمية رقم 64 الصادرة بتاريخ 10/09/1963.
- 2- اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، أعلنت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحد في 07 ديسمبر 1962، في نيويورك ودخلت حيز التنفيذ في 09 ديسمبر 1964.
- 3- العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وافقت عليها الجمعية العامة في 16/12/1966، ودخلت حيز التنفيذ في 30/01/1976، وانضمت إليها الجزائر في 16/05/1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89، ونشرت بالجريدة الرسمية رقم 20 الصادرة بتاريخ 17/05/1989.
- 4- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية السياسية. وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966، ودخلت حيز التنفيذ في 22/03/1976، وانضمت إليها الجزائر في 16/05/1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89، ونشرت بالجريدة الرسمية رقم 20 الصادرة بتاريخ 17/05/1989.
- 5- اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 51/963 المؤرخ في 2 رمضان عام 1416 الموافق ل 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979.
- 6- اتفاقية حقوق الطفل الصادرة في 20/11/1989. اعتمدت في 20/11/1989، ودخلت حيز التنفيذ في 02/09/1990، انضمت إليها الجزائر في 19/11/1992.

6-الأوامر والقوانين:

1- الأمر رقم 69_73 المؤرخ في 16/9/1969 المعدل و المتمم و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 80 بتاريخ 19/09/1989، ص1187.

2- الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390، الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، والمتضمن قانون الجنسية الجزائري المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 105 بتاريخ 18/12/1970، 1570.

3- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975م، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30/09/1975، ص 950.

4- قانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982 المعدل و المتمم و المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 07 بتاريخ 16/02/1982.

5- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يوليو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-12 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 24 بتاريخ 12/06/1984، ص 910.

6- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق لـ 24 فبراير 2008م، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21، بتاريخ 23/04/2008، ص 03.

7- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن الدستور الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 14، بتاريخ 07/03/2016، ص 03.

7- المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 31، بتاريخ 14/05/2006، ص 04.

8-المجلات القضائية:

- 1- المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1989.
- 2- مجلة قضائية عدد 03، لسنة 1989.
- 3- مجلة قضائية العدد 04، لسنة 1989.
- 4- المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1990.
- 5- المجلة القضائية العدد 04، لسنة 1990.
- 6- المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991.
- 7- المجلة القضائية عدد 01 لسنة 1993.
- 8- المجلة القضائية، العدد 02 لسنة 1993.
- 9- المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1993.
- 10- المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1994.
- 11- نشرة قضائية عدد 49 ، لسنة 1995.
- 12- المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1995.
- 13- نشرة القضاة، العدد 52، لسنة 1995.
- 14- المجلة القضائية عدد 05 لسنة 1997.
- 15- المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1998.
- 16- المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001.
- 17- المجلة القضائية العدد 01، لسنة 2001.
- 18- المجلة القضائية العدد 2 لسنة 2002.
- 19- المجلة القضائية العدد 2 لسنة 2003.
- 20- مجلة المحكمة العليا العدد 01 لسنة 2005.
- 21- المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2006.
- 22- مجلة المحكمة العليا، عدد 01 لسنة 2012.
- 23- مجلة المحكمة العليا عدد 02، لسنة 2012.

*الكتب باللغة الفرنسية:

Ouvrage :

- 1- Ghaouti ben mllha, " le droit algérien de la famille ", 07^e édition 1993, office des publications universitaires, ben aknoun –alger.
- 2- patricia vannier , " fiche de droit de la famille " , 4^e édition, 2015, édition marketing s.a.2015, 32, rue bargue 75740, paris – France.
- 3- patricia vannier , " fiche de droit des personnes" , 2^e édition, 2014, édition marketing s.a.2014, 32, rue bargue 75740, paris – France .

Abstract :

The family is the constituent structure of society and the state as a whole, and because of its importance in society, Islamic law has given it great care and care.

The international community has tried to keep abreast of modernization by combining its efforts and efforts to regulate the rights of individuals in society. It has issued a number of human rights conventions. This is in line with the Algerian legislator, who tried to enshrine the provisions of those conventions which he ratified on the family law in an attempt to achieve the principle of equality enshrined in those conventions, especially in the articles Relating to marriage and divorce, in an effort to reconcile the religious and international reference to Algerian family law.

As he has placed reservations on a range of items that are contrary to the provisions of Islamic law.

It is worth mentioning that most of these agreements aim to achieve gender equality in various fields, including family matters. The Algerian legislator attempted to reflect the provisions of the international conventions that he had ratified, both through his enactment of Family Law No. 84-11, By including a set of provisions aimed at achieving the principle of gender equality in matters relating to family life, particularly those relating to matters of marriage and divorce, we find it necessary to stop a volatile stand between the adoption of religious or international reference as a result of external pressures. A compromise between the religious and international reference to family law, in an attempt to achieve the principle of gender equality, and what we can say that international conventions have achieved us equality between the sexes, but Islamic law has brought us justice among all people