جامعــة الجيلالـي بونعامـة خمـيس مليانـة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسـم الحـقوق

مَبـدَأ المُسَــاوَاةُ بيــْن الزَّوجَــيْن فِي قَانُون الأسرة الجَزائِري

مذكرة لنيل شهادة الماستر ل. م. د في الحقوق تخصص قانون أسرة

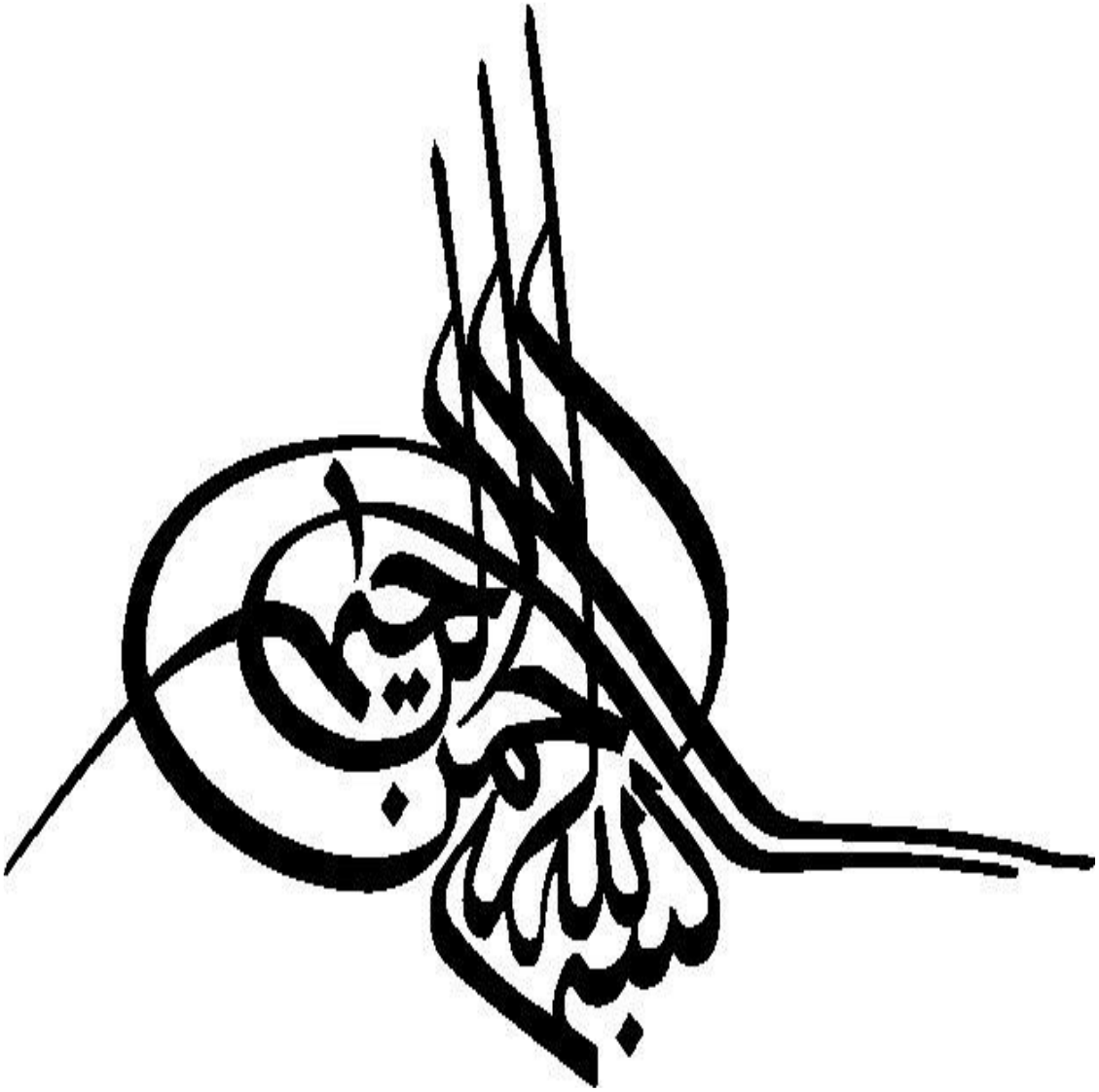
إعـــداد الطّالب
أحمـــــد حريـزي

إشـــــــــراف
د. سعداوي صديق

أعضـاء لجنـة المناقشة

.... / ..... أستاذ(ة) ..... جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة.....رئيسا
د / سعوداوي صديق أستاذ(ة) محاضر (أ).....جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة...مشرفا ومقررا
.... / ..... أستاذ(ة) .....جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة....عضوا ممتحنا

السنة الجامعية 2020/2019



إهـــداء

إلى الله

إلى رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم

إلى الوالدين الكريمين حفظهم الله

إلى الزوجة الكريمة حفظها الله

إلى أبنائي...قرة عيني...مهجة فؤادي

إلى أفراد العائلة الكريمة إخوتي وأخواتي.

إلى الأستاذ المشرف الدكتور سعوداوي صديق حفظه الله

إلى كافة الأساتذة الكرام، جزاهم الله خير الجزاء.

إلى كافة زملاء الدراسة

إلى من مد يد العون من قريب أو بعيد ولو بكلمة تشجيع.

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع

أحمـــد حريزي

رسالة شكـــر

من لا يشكر الناس لا يشكر الله

أتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة الأساتذة الكرام الذي كان لهم الفضل في العظيم في الوصول إلى هذه المحطة الدراسية من حياتي، وأخص بالذكر الدكتور سعوداوي صديق المشرف الذي رافقني طيلة هذه الدراسة البحثية فكان نعم الموجه والعون والسند فجزاه الله عني خير الجزاء كما أتقدم بالشكر والامتنان لأعضاء لجنة المناقشة، على جهدهم الكبير في دراسة وتنقيح وتعديل وتقويم هذا العمل المتواضع...فلهم مني خالص الود...وأسأل الله العلي القدير أن يبارك في أعمارهم ويسدد خطاهم ويفتح على أيديهم كل خير وفتح مبين.

أحمـــد حريزي

مقدمـــة

يعتبر مبدأ المساواة من أهم المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الحقوق والحريات العامة والتي وضعت الشريعة الاسلامية أسسها وتبناها الفكر الانساني بصورة أو بأخرى من خلال ما جاءت به الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن وما كرّستها الدساتير، وانعكس على تشريعاتها الداخلية، ولعل أهم هذه المبادئ ما تعلق منها بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، والتي كانت ولازالت محل اهتمام دولي ولطالما اعتبرتها الأمم المتحدة مبدأ من مبادئها السامية، ووفق ذلك اعتبرت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي تعترف اختصارا باتفاقية سيداو (CEDAW) أهم مرجع دولي في كل ما يتعلق بالمساواة بين الجنسين في جميع المناحي، والتي صادقت عليها الجزائر الأمر الذي حتم على المشرع الجزائري تعديل قانون الأسرة 84-11 بما ينسجم والاتفاقيات الدولية المصادق عليها لاسيما هذه الاتفاقية، نظرا لطابعها الإلزامي الذي تلزم من خلاله الدول المصادقة عليها تجسيد مبدأ المساواة وحماية حقوق المرأة من خلال تشريعاتها الداخلية.

لقد ساير المشرع الجزائري التطور الحاصل والمتزايد بشأن الاهتمام بالمرأة خاصة ما تعلق بالمجال الأسري من خلال إدخال تعديلات جوهرية على قانون الأسرة بعد سلسلة من الندوات التي خصصت لمناقشة هذا القانون ولعل أبرزها تلك الندوة المنعقدة بالجزائر والتي نظمها المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1996، والذي من جملة توصياته أن الإسلام باعتباره دين الدولة لا يمنع من ترقية القوانين والأفكار الخاصة بترقية المرأة، وأن قانون الأسرة هو قانون وضعي مستوحى من الشريعة الإسلامية وكل قانون وضعي يخضع للاجتهاد.

لقد كفلت الشريعة الاسلامية حقوق المرأة ورفعت من شأنها من خلال الاعتراف لها بشخصيتها ومنحها حق التملك وحق اختيار زوجها وكفالة حقها في الميراث، وهذا ما انعكس بصورة واضحة من خلال قانون الأسرة الجزائري 84-11 الذي بدى جليا تأثره بالشريعة

الاسلامية فجاءت أحكامه منبثقة منها، بالرغم من التأخر الذي عرف صدوره ما يقارب 20 سنة بعد الاستقلال.

لقد عرف النظام العالمي الجديد تطورا فكريا وعلميا وتغيرا واضحا أبرز الاهتمام الكبير الذي أولاه للمرأة بصفة عامة وجانبها الأسري بصفة خاصة، من خلال السّعي إلى إدخال تعديلات على القوانين الداخلية للدول والمتعلقة بالأحوال الشخصية، وهو الأمر الذي ميّز التعديلات المتعلقة بقانون الأسرة 84-11 حيث برزت عدة اتجاهات منها المطالبة بإلغائه على اعتبار أنه لم يعد يتماشى والتطور العالمي الحاصل في مجال حقوق المرأة، ومنها المتمسكة ببقائه باعتبار أن أحكامه مستوحاة من الشريعة الإسلامية وهو ما ينسجم والمبادئ الأساسية للدستور الجزائري القاضية باعتبار الاسلام دين الدولة، وأن أي مساس بأحكام قانون الأسرة 84-11 هو إخلال واضح بهذا المبدأ المكرّس دستوريا.

غير أن مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو لسنة 1996 حتّم عليها إجراء تعديلات على قانون الأسرة الجزائري بما ينسجم وهذه الاتفاقية دون إخلال بمبادئ الأسرة الجزائرية وعاداتها وتقاليدها والأحكام التي ترتكز عليها باعتبارها امتداد للشريعة الاسلامية الغراء، وهو ما توج بصدور قانون الأسرة الحالي بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، والذي عزز من حماية المركز القانوني للمرأة، وعلى ضوء هذين القانونيين المتعلقين بالأسرة ومقارنة بما قررته الشريعة الاسلامية السمحاء، بشأن مدى تجسيد مبدأ المساواة بين الزوجين، إذ تعالج هذه المذكرة مدى تكريس هذا المبدأ وتجسيده، من خلال فصلين يعالجين مدى تحقق هذه المساواة سواء قبل إبرام عقد الزواج أو بعده.

إن دراسة مدى تحقق مبدأ المساواة قبل إبرام عقد الزواج تقتضي البحث خلال المرحلة التمهيدية لعقد الزواج والنظر بشأن مدى تحقق المساواة في الاختيار والتعرف بين عائلتي المخطوبين والعدول عن الخطبة، والنظر أيضا في تحققه أثناء عقد الزواج بالنظر إلى المساواة في الرضا والقبول، وفي سن الزواج وفي الاشتراط.

كما أن دراسة مدى تحقق مبدأ المساواة بعد إبرام عقد الزواج تقتضي التطرق للمساواة بين الزوجين في المركز القانوني للزوجية لاسيما ما تعلّق منها بالحقوق والواجبات والانفاق المالي، ويقتضي أيضا التطرق للمساواة بينهما في انحلال الرابطة الزوجية لاسيما فكها والحقوق المالية المترتبة عليها، وأحكام الحضانة والولاية على الأبناء.

تهدف هذه الدراسة لمعالجة مدى تحقق مبدأ المساواة بين الزوجين بالنظر لأحكام الشريعة الاسلامية الغراء، وبالمقارنة بين ما تناوله أحكام قانون الأسرة الجزائري 05-02 وما وردفي قانون الأسرة 84-11 الملغى، في كافة الأحكام المتعلقة بالأسرة وتلك المرتبطة بالحياة الزوجية بين الجنسين.

تبرز أهمية الموضوع محل الدراسة من خلال مدى تجسيد المشرع لمبدأ المساوة بين الزوجين من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري، وبالنظر لما جاءت به أحكام الشريعة الاسلامية على اعتبار أن نص المادة 222 من قانون الأسرة تنص على أنه: "كل ما لم يرد النّص عليه في القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الاسلامية".

تكمن مبررات اختيارنا للموضوع محل الدراسة، لأجل إظهار الجوانب الإيجابية التي ميّزت قانون الأسرة الجزائري بالنظر للضمانات التي منحها للزوجة في المساواة بينها وبين الزوج في كل ما يتعلق بحياتهما الزوجية وشأنهما الأسري، وإماطة اللثام عن كافة الجوانب السلبية التي تمس بهذه الضمانات وبمبدأ المساواة أساسا.

إن دراسة هذا الموضوع تفرض انتهاجنا المنهجين الوصفي والتحليلي من خلال تحديد المساواة قبل عقد الزواج وبعده، دون الاخلال بالمنهج التاريخي الذي يتناول حيثيات التعديل الذي مس قانون الأسرة الجزائري الساري المفعول، وقد تتخلل هذه الدراسة أحيانا شبه مقارنة مع بعض التقنينات العربية والأجنبية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية على سبيل المثال والاستدلال.

إن مبدأ المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ليزال يسيل الحبر الكثير بالمقارنة مع ما نادت به الاتفاقيات الدولية وقررته بشأن حماية المرأة وضمان حقوقها،

ومطالبة الدول تضمين تشريعاتها بأحكام تصب في هذا الاتجاه خدمة لقضايا المرأة لاسيما فيما تعلق بالمساواة كمبدأ أساسي يعتمد كمؤشر لقياس مراتب الدول في جانب الحقوق والحريات العامة، وعلى هذا الأساس فإن الإشكالية التي تثير نفسها فيما تعلق بهذا الموضوع تتجلى بوضوح في:

ما الأحكام التشريعية التي وردت في قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بمبدأ المساواة بين الزوجين؟ وإلى أي مدى كرّست هذه الأحكام المساواة بينهما؟.

تفرض الإجابة على هذه الإشكالية تقسيم الموضوع محل الدراسة إلى فصلين يتناول الأول منها المساواة بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من خلال مبحثين يعالج الأول منهما المساواة بين المخطوبين كمرحلة تمهيدية لعقد الزواج، بينما يعالج الثاني منها المساواة بين الزوجين أثناء عقد الزواج، في حين يتناول الفصل الثاني من هذه الدراسة مبدأ المساواة بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج، من خلال أيضا مبحثين يتناول أولهما المساواة في المركز القانوني للزوجية، وثانيهما يتناول المساواة في انحلال الرابطة الزوجية.

الفصـــــل الأول

المساواة بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج

يعالج هذا الفصل المساواة قبل إبرام عقد الزواج بين الزوجين، من حيث المساواة بين المخطوبين كمرحلة تمهيدية لعقد الزواج من خلال التركيز في مسألة أحقية المرأة في خطبة الرجل مقارنة بما جرت عليه العادة والعرف لدى هذا الأخير وذلك من خلال استفتاء الشريعة الاسلامية في هذا الشأن بتفسير الآي الكريم والسنة الشريفة بما ورد من أحاديث تساوي بينهما في مسألة الخطبة، ومقارنة كل هذا بما جرت عليه الأعراف والتقاليد، وكذلك الحال بالنسبة لمسألة التعرف القائم بين عائلتي المخطوبين، ومدى تحقق المساواة بينهما في بالنسبة للعدول عن الخطبة وما يترتب عليه فقها وقانونا، كما يعالج هذا الفصل المساواة بين الزوجين أثناء عقد الزواج، بالنظر لمسائل الرضا والقبول وسن الزواج والاشتراط وموقف الشريعة والقانون من كل ذلك، على أن تتخلل هذه الدراسة مقارنة بين ما كان عليه الحال قبل تعديل قانون الأسرة وبما هو ساري المفعول به حاليا.

المبحث الأول: المساواة بين المخطوبين كمرحلة تمهيدية لعقد الزواج

شرعت الخطبة للتعارف والتوافق بين الطرفين، فهي تعتبر مرحلة ممهدة للزواج إذا حصل اتفاق بينهما تم الزواج، وإذا انتفى هذا الاتفاق فحقّ لكليهما العدول عن الخطبة، وعلى هذا الأساس سيعالج هذا المبحث مدى تحقق مبدأ المساواة بين المخطوبين خلال المرحلة التمهيدية لعقد الزواج، من خلال ثلاث مطالب يعالج الأول منها مسألة المساواة بين المخطوبين في الاختيار بينما يعالج المطلب الثاني مسألة المساواة في التعارف بين عائلتي المخطوبين، في حين يعالج المطلب الثالث المساواة بين المخطوبين في العدول عن الخطبة.

المطلب الأول: المساواة بين المخطوبين في الاختيار

يتناول هذا المطلب إشكالية من الأحق بالخطبة؟ بمعنى هل تصدر الخطبة من الرجل أم المرأة أم من كليهما؟ وهل للمرأة الحق بإعلان رغبتها في الزواج انطلاقا من مبادرتها بخطبة الرجل، حيث لإجابة على هذه التساؤلات يقتضي البحث ضمن هذا المطلب التطرق عرضها على كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري لتبيان موقف كل منهما إزاءها.

الفرع الأول: المساواة بين المخطوبين بالنسبة للشريعة الإسلامية

نتطرق من خلال هذا الفرع إذا كان للمرأة في الشريعة الاسلامية أن تخطب هي الرجل، من خلال البحث في تفسير الآي الكريم في القرآن الكريم، ومن خلال السّنة الشريفة كذلك ورأي قول المسرين بشأن ما ورد من أحاديث نبوية في هذا الشّان.

أولا- من القرآن الكريم

وفي هذا يقول الله عزّ وجل: "وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ۗ"، حيث ورد في تفسير بن كثير لهذه الآية

الكريمة قوله: "أي ويحل لك –أيها النّبي– المرأة المؤمنة إذا وهبت نفسها لك أن تتزوجها بغير مهر إن شئت ذلك"[1] .

ومن القرآن كذلك قوله تعالى: "قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ۖ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ ۚ سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ"، وهي قصة وردت في القرآن الكريم حول زواج النّبي موسى عليه السّلام من ابنة النّبي شعيب –عليهما السّلام– حيث بادر شعيب بخطبة موسى لابنته مقابل أن يرعى ماشيته لمدة ثمانية (08) أعوام[2].

ثانيا– من السّنة النبوية

أما من السنة النّبوية الشريفة، فإنه في صحيح البخاري يوجد باب بعنوان "عرض المأة نفسها على الرجل الصالح"، فعن أنس رضي الله عنه قال: "جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تعرض عليه نسها قالت: "يا رسول الله ألك بي حاجة؟ فقالت بنت أنس ما أقلّ حياءها واسوأتاه واسوأتاه، قال: هي خير منك، رغبت في النّبي صلى الله عليه وسلم فعرضت عليه نفسها"، وعليه فإن عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح لا يتنافى مع حيائها، ولا ينقص من كرامتها ولا يمتهن من شرفها، بل إنّ الرجل الصالح يحفظ المرأة حياءها، ويزيد من كرامتها وشرفها ولا يجعلها مبتذلة بين النّاس.[3].

هذا وقد قال بن حجر في شرحه لخطبة المرأة لنفسها ما يلي: "... وإن رغبت في تزويج من هو أعلى منها لا عار عليها أصلا، ولا سيما إن كان هناك عرض صحيح أو

---

[1]- سورة الأحزاب، الآية 50.

[2]- سورة القصص، الآية 27.

[3]- سمية بوكياس، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة"، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2019، ص 23.

قصد صالح، إمّا لفضل علمي وديني في المخطوبة أو لهوى فيه يخشى من السّكوت عنه الوقوع في محذور...."[1].

هذا وتجدر الإشارة أنه كما للمرأة الصالحة أن تعرض نفسها على الرجل الصالح، فإن لها كذلك أن توكل غيرها ليخطب لها الرجل الصالح، كما فعلت أم المؤمنين خديجة بنت خويلد رصي الله عنها عندما أرسلت صديقها نفيسة بنت منية إلى الرسول صلى الله عليه وسلم تعرض عليه أن يتزوج خديجة بنت خويلد[2].

وإذا جاز للمرأة أن تختار الرجل الذي ترغب في زواجه، فالشرط لهذا الجواز ما أشار إليه الحديث وما ذكره العلماء في دلالته على الجواز فيشترط لهذا الجواز أن يكون الرجل المختار متصفا بالدين و الصلاح أو بالعلم، أو بخصلة من خصال الدين، ولا يكون اختيارها لغرض دنيوي، وتقوم هي بإخباره برغبتها فيه[3].

والراجح لجواز عرض المرأة نفسها على الرجل ليتزوجها أن يكون هذا الرجل متدين وذا خلق حسن، قال ابن عابدين رحمه الله: "والمرأة تختار الزوج المتدين الحسن الخلق، الجواد الموسر، ولا تتزوج فاسق، أما كيفية إخباره برغبة المرأة في زواجه بها، فإنها هي تقوم بنفسها بإخباره بذلك صراحة لما دل حديث أنس على ذلك[4].

وهناك اختيار المرأة للرجل الذي ترغب في نكاحه، وذلك بأن يخطبها الرجل من وليها كأبيها مثلا ويستأذنها الأب بهذا الزواج من هذا الخاطب، فترض وتوافق، فهذا الرضا منها بمنزلة اختيارها هي للرجل الخاطب، ولكنه اختيار غير مباشر، لأنه لم يأت منها مباشر وانما عن طريق وليها، وفي الجملة يستحسن للرجل شرعا أن يرى بنفسه من يريد

---

[1]- سمية بوكياس، المرجع السابق، ص 24.

[2]- المرجع نفسه، ص 24.

[3]- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة المسلمة، ج 6، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993، ص 56.

[4]- كريمة سعيدي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2014، ص 30.

التزوج بها ليتمكن من معرفة ما يريد معرفته من الأمور التي لا تعرف إلا بالنظر والرؤية و يباح له أن يجتمع بها ويتحدث معها شرط أن يوجد معها محرم لها من أقاربها كأخيها أو عمها[1].

من خلال كل ما سبق يتبين لنا أنّه يجوز للمرأة أن تعرض نفسها للزواج أو عرض الولي ابنته على الرجل الصالح، وبذلك فإن الخطبة في الشريعة الاسلامية غير مقتصرة على الرجل الصالح بل يجوز للمرأة كذلك، وهكذا يمكن القول أن الشريعة الاسلامية لم تمنع المرأة من الخطبة لنفسها سواء بنفسها أو عن طريق وليّها، إلّا أنه بالرغم من ذلك يبقى سؤال آخر مطروحا لماذا المجتمع يجعل دائما هذا الاعلان بيد الرجل ورفض صدوره من المرأة؟.

إن مسألة رفض المجتمع لمثل هذا الأمر راجع لعدة أسباب منها على وجه الخصوص:

- سريان العادة على أن الرجل هو من يختار ويتقدم للخطبة.
- كرامة المرأة لا تسمح لها بالمبادرة بالخطبة بالإضافة إلى حيائها.
- خوف المرأة من أن يعيّرها زوجها بعد الارتباط بأنها من سعت وراءه.
- خلق أزمة نفسية عند المرأة إن لم تلق القبول من الرجل.

وخلاصة القول أن مسألة عدم الإعلان عن الخطبة من قبل المرأة هي مسألة عادات وتقاليد وليست مسألة شرعية، وعليه لابد كذلك من معرفة موقف القانون من ذلك.

الفرع الثاني: المساواة بين المخطوبين بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نص المادة 05 من الأمر 05-02 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنه"، وعلى أساس هذا النص يمكن القول أن المشرع الجزائري ساوى بين الرجل والمرأة في الإعلان عن الخطبة والحجة

[1]- كريمة سعيدي، المرجع السابق، ص 30.

في ذلك هو أنه لم يأت بنص صريح يمنع المرأة من خطبة الرجل بل قال أن الخطبة وعد بالزواج ولم يقل أن الخطبة وعد بالزواج يصدر من الرجل هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن نص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النّص عليه في القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الاسلامية"، وبهذا فإنه بالرجوع إلى أحكامها في هذه المسألة يمكن القول بأنه توجد مساواة بين المخطوبين في الإعلان عن الخطبة، وهو ما سبق بيانه بالأدلة من الرآن والسّنة، وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري ساوى بين الجنسين في الرغبة بالزواج، فيجوز لأي منهما أن يبادر بطلب الآخر للزواج[1].

إن قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين في ال‘لان عن الخطبة، غير أن الواقع يدلي بعكس ذلك لأنه جعل الخطبة من جانب الرجل، وهذا راجع للعادات والتقاليد والتي يتبعها حتما طابع الحياء لدى المرأة والفطرة الأنثوية التي جبلت عليها، فلا يمكن لها بذلك أن تبادر هي إلى إلى طلب الزواج من الرجل، وما يمكن أن تفعله هو فقط إبداء قبولها من عدمه بالرجل الذي يتقدم لخطبتها[2].

المطلب الثاني: المساواة في التعارف بين عائلتي المخطوبين

تختلف سبل التعارف بين الرجل والمرأة بحسب الزمان وتطور العصور على مر الزمان، حيث بدأت فكرة الزواج التقليدي أو ما يعرف "بزواج الصالونات" في العودة بقوة، كما بدأت أيضا فكرة التعرف عن طريق الوسائل التكنولوجية ومن بينها التواصل الاجتماعي والاننترنت تنتشر في كثير من المجتمعات وغالبا ما يتوج اللقاء الأول بعد فترة من الحديث على وسائط التواصل الاجتماعي من خلال رؤية صور بعضهم بعض، وعلى هذا الأساس عرفت الخطبة تغيرات سريعة وجذرية بحيث في السابق كانت المخطوبة لا ترى ولا تُرَى إلا القلة القليلة، ومع تطور القوانين الدولية والمواثيق المنادية بحقوق المرأة، بدأت القيود

1- محمد صالح بن مومر، تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، أدرار، الجزائر، العدد 04، ديسمبر 2014، ص 210.

2- كريمة سعيدي، المرجع السابق، ص ص 25، 26.

المفروضة على المرأة تنجلي وأصبح بإمكان المرأة أن ترى الخطيب وتقتنع به أو ترفضه كما الرجل، وعليه سنتطرق إلى مبدأ المساواة في التعارف بين عائلتي المخطوبة والخطيب.

الفرع الأول: مبدأ المساواة بالنسبة لعائلة المخطوبة

لاشك بأن حالة المرأة قبل الإسلام كانت في وضع يرثى له، ولقد تصدى للحديث عن ذلك كثير من المؤلفين الإسلاميين فكما هو معروف أن الرجل قبل الاسلام كان ذا مكانة مرموقة وممتازة في الأسرة والمجتمع، فهو قوام الأسرة وربها المسؤول عن حياتها ورزقها وأمنها واستقررها وهو المكلف بالحرب والمطالب بالثأر والمغرم وهو المخاطب في كل مسؤوليات الحياة العامة وتبعاتها المتنوعة[1].

أما بعد الشريعة الإسلامية والسنة النبوية تطورت الأمور وتغيرت الذهنيات بالنسبة للجميع، بحيث أن الاسلام عزز مكانة المرأة وفرضت عليها قوانين سواء كانت دولية أو وطنية بفضلها أصبحت لها مكانة في المجتمع ولها نفس الحقوق والواجبات في المجتمع، فقانون الأسرة الجزائري 84-11 اهتم بالمرأة لكن دون تمكينها من حقوقها التي نادى بها الفقهاء على المستوى الدولي إلى غاية مصادقة الدولة الجزائري على اتفاقية سيداو، حيث كانت المرأة عديمة الحقوق في الشق الخاص بالخطبة ولاسيما بالنسبة لعائلة المخطوبة، حيث كانت مرحلة البحث والتحري عن أهل الخطيب خلال الأزمنة الغابرة فالمخطوبة لا تعلم ولا تسمع عنها إلى غاية انعقاد زفافها بسيرة ذلك الخاطب نتيجة عوامل اجتماعية وثقافية سادت تلك الفترة، وغياب عنصر الثقافة العلمية إلى غاية تعديل قانون الأسرة 84-11 بموجب الأمر 05-02، الذي من خلاله أصبح بإمكان للمخطوبة وعائبتها حق التحري والبحث عن أهل الخطيب من كافة النواحي، تفاديا لأي مشاكل تعيث استمرار الحياة الزوجية.

1- عبد الرحيم ماوديني، موسوعة فقه المرأة المسلمة، دار المحبة، دمشق، ص 09.

إن مرحلة البحث والتحري عن أهل الخطيب كانت نتيجة ظروف اجتماعية وثقافية بالإضافة إلى غياب قانون يلزم المخطوبة أو الولي على أن يتحرى عن الخاطب، فأصبح بإمكان المخطوبة ذلك لوحدها دون رقيب من أجل إعطاء النظرة الشاملة والكاملة عن خطيبها، وعليه نقول بأن التطور الوضعي للقانون ساعد في اختيار الشريك أو الزوج.

المطلب الثالث: المساواة بين المخطوبين في العدول عن الخطبة

يعالج هذا المطلب مركز المخطوبين في التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة، والمساواة بينهما في استرجاع الهديا باستقراء النصوص القانونية واستفتاء الشريعة في ذلك.

الفرع الأول: مركز المخطوبين في التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة

أشارت المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري 05-02 بأنّ: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطّرفين جاز له الحكم بالتعويض"، فمن خلال استقرائنا لنص المادة قيل أن الخطبة ليس عقدا ملزما وأنه يمكن لأي طرف من الطرفين العدول فيها في أي وقت، وأن هذا ليس إلا استعمالا لحق مشروع لمن يعدل فلا يمكن مع ذلك أن يسأل تعويضا، وقيل لأن العدول وإن كان حقا مخاطب به إلا أنه قد يكون سببا في التعويض إذا أسيء استعماله لأن الضرر يزال شرعا او المقرر في الحديث: "لا ضرر ولا ضرار"[1].

من خلال المادة الخامسة ولاسيما الفقرة الثانية والتي تتناول وجه أو مظاهر المساواة بين الجنسين في حق التعويض عن الضرر فالمادة القانونية من خلال أحكام الأسرة بين الزوجين رتبت الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول الذي هو حق قانوني من حقوق كلا الطّرفين كرّسته المادة فتتجلى مبادئ المساواة بين الرجل والمرأة من خلال أنه يعطي للخاطب الحق في العدول ومن جهة أخرى يطالبه بالتعويض عما يترتب على العدول من نتائج وأساس هذا العدول مبني على أنه ما دام لم يوجد هناك عقد فلا التزام فيه ولا

1- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، 2009، ص ص 14، 15.

يرتب شيئا، لأن العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقّه المقرر قانونا[1]، وما نستخلصه من النّص القانوني أنّ المشرع كرّس القانون الدّولي ولاسيما الاتفاقيات الدولية وبالأخص اتفاقية سيداو التي تتناول كل أشكال التمييز ضد المرأة بحيث أنّ التعويض عن الضرر مكرّس قانونا لكل طرف سواء الخاطب أو المخطوبة.

ولقد لخّص الدكتور عبد الرزاق السنهوري ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصّدد مؤكدا على أن القضاء في مصر قد استقر على أنّ الخطبة ليست بعقد ملزم، وأنّ مجرد العدول لا يرتب شيئا، وأنّه إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر بالطّرف الآخر جاز الحكم بالتعويض، مؤسسا هذا الحكم على قواعد المسؤولية التقصيرية، فنص الفقرة الثالثة من المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري فإنها على ما يبدو قد كرّست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة الحصول على الضرر وتركت المسألة تقديرية للقاضي، والتعويض مقرر للطرفين كما أشار النّص القانوني فهو يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي أيضا، فالضرر المادي هو ما يصيب الطّرف المتضرر في حق ثابت، أو في مصلحة ما لية له، والضرر الأدبي على عكس ذلك لا يمس أموال المضرور وإنما يصيبه في مصلحة غير مالية، الضرر المعنوي الناتج عن التشهير وتشويه السمعة[2].

الفرع الثاني: المساواة بين المخطوبين في استرجاع الهدايا

المشرع الجزائري لاسيما في المادة 05 من قانون الأسرة للأمرية 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 حيث نصت هذه المادة على أن: "الخطبة وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، فمن خلال نص المادة أنه حدّد الطّبيعة القانونية للخطبة بأنّها وعد بالزواج والمشرع جسّد هنا حرية الاختيار للمخطوبة بالعدول حسب الصياغة القانونية للمادة، فالمخطوبة لها كامل الحرية والاختيار في العدول عن الخطيب بناء على رضاها وحرية اختيارها فالخطبة بالنسبة للمرأة أو الزوجية مجرد وعد فهو غير ملزم، ومنه فالمشرع فرض

1- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائرية، دار الخلدونية، 2008، ص 33.

2- المرجع نفسه، ص ص 34، 36، 38.

حق المساواة بين الجنسين في العدول في أي وقت من الزمن شاءت، ومنه فهذا الوعد خلّف آثار والتي تجسد بالفعل مبدأ المساواة بين الزوجين ومنه رد الهدايا، فمن الناحية الفقهية والشريعة الاسلامية فأغلب الفقهاء يرون بوجوب استرداد الهدايا في هذه الحالة، فإن كانت قائمة يجب ردها بعينها وإن كانت هالكة أو مستهلكة فيجب رد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات[1].

فعند المالكية لا رجوع بشيء مما أداه الخاطب ولو كان الرجوع من جهتها لكن هناك رأي آخر عندهم يقول إذا كان هناك عرف أو شرط بالرّد يعمل به، وإن كان لم يكن شرط ولا عرف بأن كان العدول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيئ من هدايا لأنه آلمها بعدوله عن خطبتها فلا يجمع مع هذا الإيلام إيلاما آخر، وإن كان العدول منها وجب عليها ما أخذته بعينه إن كان قائما أو مثله أو قيميته إن كان هناك لأنه لا وجه لها في ما أخذه بعد أن آلمته بفسخ خطبته، أما الشافعية فيرون وجوب الرّد مطلقا باقية أو غير باقية، فإن كانت موجودة ردت بعينها وإن هلكت أو استهلكت وجب ردها مثلها أو قيميتها سواء كان العدول من قبله أو من قبل المخطوبة أو منها معا[2].

أما الجعفرية قالوا بوجوب استرداد الهدية ولو هلكت إذا كان هناك شرط بالزواج من المهدى، وأما الحنابلة فيروا أنه لا يجوز الرجوع في الهدية انطلاقا من أن الوعد لا رجوع فيه ولأنهم يعتبرونها هبة، والهبة عندهم لا رجوع فيها إلّا إذا كانت قبل القبض، أمّا بالمسبة للحنفية فيروا بأنّ ما قدمه من الهدايا يأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرّجوع فيها، ما لم يوجد مانع من موانع الرّجوع في الهبة[3].

1- الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 40.

2- حسين طاهري، المرجع السابق، ص 14.

3- الرشيد بن شويخ، المرجع السّابق، ص 41..

من خلال رأي الفقهاء نستخلص بأنّ الشريعة الاسلامية فرضت مبدأ المساواة بين الزوجين في استرداد الهدايا سواء بالنسبة للرجل أو المرأة بالرغم من اختلاف بعض المذاهب الفقهية لكن أغلبيتها مع المساواة بين الجنسين في استرداد الهدايا.

أما من الناحية القانونية فالمشرع نظّم حكم الهدايا المقدمة في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري 05-02 ولاسيما الفقرة الرابعة التي نصت على أنه: "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"، وهنا المشرع الجزائري تطرق إلى الهدايا وفق المذهب المالكي مع بعض التعديل بحيث أنه في البداية كان متطابقا مع رأي المالكية، أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرّد في حالة الاستهلاك، وهذا الرّأي هو للأحناف حيث يعدّ من موانع الرجوع في الهبة[1].

وعليه نقول بأنّ المشرع الجزائري جسّد وفرض مبدأ المساواة بين الجنسين بالرغم من بعض التناقضات ولاسيما في رد الهدايا المستهلكة، بحيث نرى هناك اختلاف في رد الهدايا ما بين الرّجل والمرأة بحيث أنّ المشرع الجزائري كان رأيه متطابقا رأي المالكية في رد الهدايا ومهما كان فالنّص القانوني أجاز لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية وهنا المشرع راع مبدأ المساواة بين المخطوبين في استرداد الهدايا القائمة.

ولاشك بأنّ المشرع الجزائري من خلال التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة فرضته المواثيق الدّولية والتي صادقت عليها الجزائر باعتبارها دولة ذات سيادة رغم بعض التحفظات التي لم تصادق عليها الجزائر بحيث نجد أنّ الاعلان العالمي لحقوق الانسان ينص على مبدأ المساواة بين الرجل في ديباجته، وأكدته المادة الثانية الت ينصت على مبدأ المساواة بين

1- الرشيد بن شويخ، المرجع السّابق، ص 41.

الجنسين في الزواج والطّلاق وتكوين الأسرة والتي تبدأ بأول مرحلة من الحياة الزوجية وهي الخطوبة، رغم بعض التحفظات ولاسيما المادة 16 من الفقرة الأولى الخاصة بالإعلان العالمي لحقوق الانسان والتي أعطت الحق في الزواج حتى عند اختلاف الدين وهذا ما يمس القيم الاسلامية وعادات المجتمع الجزائري، ومنه نستخلص بأنّ الحق في رجوع الهدايا مبدأ مقرر لكل من الزوجين خلال فترة مرحلة الخطوبة سواء كان من النّاحية الدّينية كما تطرقنا إليه باختلاف المذاهب واجتماعها على رأي واحد بحق كل طرف في إرجاع الهدايا بالرغم من بعض الاختلاف الطّفيف لكن الأهم هو حق المرأة في استرداد الهدايا سواء للرجل أو المرأة أو معا، أمّا المشرع الجزائري وباعتبار الشريعة الاسلامية هي المصدر الثاني للقوانين ولاسيما قانون الأسرة نص في مادته بحق كل طرف استرداد الهدايا.

المبحث الثاني: المساواة بين الزوجين أثناء عقد الزواج

سيتطرق هذا المبحث للمساواة في الرضا والقبول من خلال المطلب الأول، والمساواة في سن الزواج من خلال المطلب الثاني، بينما آخر مطلب يتناول المساواة في الاشتراط.

المطلب الأول: المساواة في الرضا والقبول

إن النصوص الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان ولاسيما اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز تجاه النساء في مادتها 16 تقر بالزواج الذي يقوم بين رجل وامرأة، وبسبب معانات النّساء في كثير من المجتمعات من الزواج عن طريق التسوية، أكدت لجنة القضاء على التمييز تجاه النساء في توصيتها العامة رقم 21 بمناسبة جلستها الثالثة عشر (13) عام 1994 على أنّ: "حق المرأة في اختيار من ستتزوج معه يجب أن يكون محل حماية ودعم من قبل القانون"، أو بمعنى آخر يستلزم الحق في الزواج المساواة بين الرجل والمرأة في الدّخول في الزواج بالرضا الحر الكامل فقط، لذلك يجب أن يحدّد القانون السن الأدنى للزواج.

إن حق المساواة في الرضا والقبول مبدأ فرضته الاتفاقيات والمواثيق الدّولية وباعتبار الجزائر دولة صادقت عليها انعكس ذلك على التعديلات التي مست قانون الأسرة 05-02 من خلال ما نصت عليه المادة 09 منه من أنه: "ينعقد الزواج بتبادل الرضا بين الزوجين"،

وعليه سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب المساواة في الرضا والقبول من منظور الشريعة الإسلامية، بينما نتناول في الفرع الثاني المساواة في الرضا والقبول وفق قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: المساواة في الرضا والقبول من منظور الشريعة الإسلامية

إن المساواة في الرضا والقبول من منظور الشريعة الاسلامية تناولته الكثير من الأحاديث الصحيحة في وجوب استئذان البكر مع مراعاة ما يغلب عليها من حياء ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: "الثيّب أحق بنفسها من ابيها البكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صمتها"[1].

كما أن الإجماع قائم على أنه لا يجوز زواج اليتيمة بغير إذنها ورضاها، ولا فرق للبكر بين أن تكون أب أو يتيمة لأن العلة هي البلوغ والعقل، وعليه نستخلص بأن الشريعة الاسلامية والتي تعتبر المصدر الثاني للتشريع في الجزائر فإنه أخذ من الفقه الراجح في الشريعة الاسلامية حيث أن للمرأة البالغة حرية اختيار الزوج في الاسلام ولا يجوز زواجها إلا برضاها الحر والكامل إذا أكرهت على الزواج فإن زواجها باطل، وهنا وجب القول بأن تكريس مبدأ المساواة في الرضا والقبول محقق بناء على ما ورد بشأن ذلك في الشريعة الإسلامية وهو ما يتوافق وما نصت عليه اتفاقية التمييز ضد المرأة.

الفرع الثاني: المساواة في الرضا والقبول وفق قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري من خلال النّص القانوني حدّد أركان الزواج وجعلها أربعة في المادة 09 قبل التعديل حيث نصت هذه الأخيرة على أنه: "يتم عقد الزّواج برضا الزوجين، وبولي وشاهدين وصداق"، حيث جعل هذا النص تحت عنوان أركان الزواج، أما التعديل بموجب الأمرية 05-02 فقد تغير الأمر تماما،فلم يبق من تلك الأركان الأربعة سوى ركن واحد هو الرضا، أما بقية الأركان الأخرى أدرجت ضمن شروط صحة الزواج"[2].

1- حديث رواه مسلم وابو داود والنسائي.

2- الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 65.

جاء في المادة 09 بعد التعديل "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وهوما يؤكد قيام ركن الزواج على ركن واحد وهو الرضا، فإذا احتل هذا الأخير لم ينعقد العقد أصلا ويكون باطلا بطلانا مطلقان من الناحية القانونية، على اعتبار أن الرضا توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، حيث تتوافق وتتطابق إرادة الخطيبين على إبرام عقد الزواج وتنفيذه فيما بينهما وفقا للشرع والقانون، ولقد عرقت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري عقد الزواج بأنه: "عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"[1].

من خلال استقراء واستعراض النصوص القانونية ولاسيما ما تعلّق بحق المرأة في التعبير عن موافقتها الحرة والكاملة وبدون ضغط في إبرام هذا العقد بغرض التعرف على مدى توافر المساواة ما بين الجنسين، وحريتهما الخالصة في الإقدام على هذه الخطوة في بناء النّواة الأساسية للمجتمع[2].

إن رضا المرأة في عقد الزواج وتعبيرها عن ذلك هو تجسيد لحرية وممارسة لمبدأ سلطان الإدارة في إبرام عقد الزواج، إلا أن مبدأ المساواة في الرضا كركن للزواج وحريتها في الزواج مقيدة بالمادة 31 من قانون الأسرة التي لا تسمح بزواج المسلمة بغير المسلم فهذه المادة تحول دون تحقق المساواة بين الرجل والمرأة وفقا لما جاءت به اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وهذا نظرا لقطعية الحكم الذي يمنع زواج المرأة المسلمة بغير المسلم في الشريعة الإسلامية، وبالتالي فلا اجتهاد مع النّص وهي مسألة تتعلق بالنظام العام في الشريعة الاسلامية لا يجوز بمخالفته[3].

المطلب الثاني: المساواة في سن الزواج

إنه من الضروري أن يكون الزوجين على درجة معينة من النّمو الجسدي والعقلي لتحقيق غايات الزواج، لذا تعمل مختلف التشريعات على تحديد أهلية الزواج بإناطتها سنا

1- المرجع نفسه، ص 22.

2- جيلالي وحياني، مظاهر المساواة بين الزوجي في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، دون سنة جامعية، ص 56.

3- المرجع نفسه، ص 60.

معينة، فيمنع الزواج قبل إكتمال الأهلية نظرا لعدم قدرة الشخص في هذه السن على تحمل أعباء الزواج، فطبقا للأحكام العامة لا يجب إبرام العقد إلّا من ذي أهلية ونعني بأهلية الزواج هنا صلاحية الشّخص لإبرام عقد الزّواج إذ تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشر حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة" وهو سن الرشد المدني وعلى هذا الأساس سيتطرق هذا المطلب للمساواة في سن الزواج في الشريعة الاسلامية كفرع أول، والمساواة في سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: المساواة في الزواج بين الطرفين في الشريعة الاسلامية

لم يحدد الفقهاء باختلاف مذاهبهم بصفة قطعية سن البلوغ الذي يتم يه أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا أن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلة الطفولة والتمييز وهي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام وفي الفتاة كالحيض، وقدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر (15) سنة بالنسبة للأنثى أما الذكور فحسب ما ذهب إليه الفقه المالكي إلى نهاية ثمانية عشر (18) سنة[1].

كما تتحدد أهلية الزواج بالنسبة للمرأة وفق الشريعة الاسلامية بالبلوغ وفي هذا الإطار فإن كل شخص حسب فقهاء الشريعة الاسلامية يتمتع بأهلية الوجوب منذ أن يكون جنينا في بطن أمه فله أن يتلقى حقوقه كاملة فمثلا في الميراث يحدد نصيبه بأوفر النّصيبين، أما أهلية الأداء فلا تثبت إلا للشخص البالغ العاقل وعليه فقد يتم عقد زواج الصغيرة قبل الدخول وتكتمل أهليتها بالبلوغ وتعتبر البنت بالغة إذا دعت البلوغ بالحيض أو الاحتلام أو الحبل وكان سنها تسع (09) سنين فساعدا مع تفسير ما علمت منه ببلوغها من احتلام أو حبل وذلك بلا استقصاء وليس عليها في ذلك يمين[2].

1- اعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص ص 22، 23.

2- أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 36.

إنّ الزواج في الاسلام عقد بين رجل وامرأة من مقاصده إنشاء أسرة مرتبطة بحياة مشتركة لإيجاد النّسل ، وصغر السن يتنافى مع مقاصد الشريعة الاسلامية وهو ما حدا بفريق من الفقهاء إلى القول بأنه لا يجوز زواج الصغيرة في السلام واستدلوا على ذلك بالكتاب والمعقول، فمن الكتب قوله تعالى: "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغو النّكاح فإن آنستم بهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم"[1]، ووجه الاستدلال في الآية الكريمة أن الله تعالى علّق الأمر بدفع الأموال إلى اليتامى على بلوغ النكاح هو زمن البلوغ الشرعي الذي يتحقق عنده التكليف، ومن هنا نستطيع القول بأنّ الشريعة الاسلامية حققت مبدأ المساواة بين الجنسين في تحديد الزواج بالبلوغ تسعة عشر (19) سنة وهو ما لم يخالفه المشرع الجزائري في تحديد سن الزواج فيي مادته السابعة من قانون الأسرة[2].

الفرع الثاني: المساواة في الزواج بين الطرفين في قانون الأسرة الجزائري

وجب علينا قبل التطرق إلى التعديل الأخير للأمرية 05-02 وتكريس مبدأ المساواة بين الطّرفين في أهلية الزواج أن نتصفح قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 الذي حدد سن الزواج بـ ثمانية عشر (18) سنة بالنسبة للفتاة وواحد وعشرين (21) سنة بالنسبة للفتى وهنا يكمن الخلل في مبدأ سن الزواج قبل التعديل، حيث أن المادة 07 من التعديل الأخير للأمر 05-02 تنص على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام تسعة عشر (19) سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطّرفين على الزواج".

ووفقا لعرض المادة من خلال النّص القانوني نستنتج أنّ التعديل الأخير الذي يتضمن تحديد سن الزواج بتسعة عشر (19) سنة بالنسبة للرجل والمرأة معا هو من باب مبدأ المساواة بين الجنسين، غير أنه أعطيت صلاحية للقاضي للترخيص بالزواج قبل ذلك لضرورة أومصلحة من خلال الفقرة الأول من نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري،

1- الآية 06 من سورة النساء.

2- جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 22.

وبهذا فإن المساواة محققة بين الطرفين سواء في المبدأ وهو 19 سنة كاملة بالنسبة للجنسين أو استثناء بالنسبة للترخيص من قبل القاضي قرار قضائي.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعديل الأخير جاء نتيجة مصادقة الجزائر على المواثيق الدولية ومن بينها اتفاقية حقوق الطفل، فتحديد سن الزواج بـ 19 سنة كاملة بالنسبة للمرأة يقر لها بحق الولاية على أموالها ونفسها من خلال رفع أهلية سن الزواج إلى سن الرشد القانونية وهذا بخلاف ما كان عليه الحال بالنسبة لقانون الأسرة 84-11 الذي كان يقر بحق التصرف في النفس للقاصر دون التصرف في المال، وهذا يقودنا إلى القول بأن الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر أثرت بشكل واضح على قانون الأسرة الجزائري وبالأخص اتفاقية سيداو الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع وضمانا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الفقرة الثالثة من المادة السادسة على تحريم زواج الصغار وخطبة الصغيرات غير البالغات، وتطالب الدول بأن تضع حد أدنى تحدد من خلاله سن الزواج وأن تجعل تسجيل عقد الزواج ضمن السجلات الرسمية لذلك إجباريا[1].

ومهما يكن سن الزواج فإن النصوص الدولية قد أجمعت على تحديد سن الزواج يبين متى يكون الرجل والمرأة واعيين بدورهما في الأسرة والمجتمع، وفي هذا الإطار صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى قرارها رقم 2018 (XX) بتاريخ الفاتح من نوفمبر 1965 توصية الرضا في الزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج[2].

وبناء على كل ما سبق ذكره من اتفاقيات دولية وتوقيع الجزائر عليها فإن سن الزواج أصبح مبدأ ومظهر من مظاهر مساواة في المجتمع الجزائري سواء في الأصل أو الاستثناء.

المطلب الثالث: المساواة في الاشتراط

1- جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 65.

2- اعمر يحياوي، المرجع السابق، ص ص 22، 23.

لقد أقر قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل حق الزوجين في تضمين عقد الزواج جملة من الشروط المعتبرة في الشرع والقانون، أي تكون مشروعة وتضمين هذه الشروط إمّا في عقد الزواج أو في عقد لاحق على انعقاد الزواج، بحيث نصت المادة 19 من الأمر 05-02 على أنّ: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجيات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون".

ومن ثمة فإن للزوجين أن يشترطا في عقد زواجهما أو في عقد لاحق ما يريانه ضرورة من شروط، والهدف من هذا التعديل تمكين الزوجين من حل المشاكل التي قد يتوقع أن تطرأ بعد الزواج ولاسيما فيما يتعلق بعمل الزوجة وتعدد الزوجات، حيث من خلال استقرائنا لقانون الأسرة لسنة 1984 تطرق المشرع الجزائري إلى المساواة بين الزوجين في إضافة بعض الشروط التي تتسم بالضرورة لاستمرار الحياة الزوجية، أما تعديل سنة 2005 فإنه أضافعبارة عقد رسمي لاحق وهو مالم يكن موجود في قانون الأسرة لسنة 1984، كما قضى المشرع الجزائري ببطلان الشروط التي تتنافى ومقتضيات عقد الزواج وذلك بموجب المادة 32 من الأمرية 05-02 من الفصل الثالث التي نصت على أنه: "يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

هذا ونصت المادة 35 من الأمرية 05-02 على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، حيث نستخلص من النصوص لقانونية السابقة جملة النتائج التالية:

- تبنى المشرع الجزائري بموجب المادة 19 من قانون السرة 05-02 الرأي القائل بحرية الاشتراط عموما ما لم تتصادم تلك الشروط مع نصوص القانون ومقتضيات العقد.
- إن حق الاشتراط ليس نقصورا على أحد طرفي العلاقة الزوجية بل هو حق يتمتع به كل من الزوج والزوجة على حد سواء في إطار مبدأ المساواة بين الزوجين.

- أعطى المشرع إمكانية الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه الطذي جمع بينهما أو من خلال عقد رسمي لاحق.
- منح المشرع لكل من الزوجين حرية الاشتراط بشكل مطلق ما لم تتعارض تلك الشروط مع أحكام قانون الأسرة أو مقتضيات عقد الزواج كاشتراط عدم الصداق مثلا.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية أنه كرس مبدأ المساواة بين الزوجين من خلال إضافة شرط أو شروط في عقد الزواج سواء في العقد نفسه أو عقد لاحق.

الفصـــــل الثاني

مبدأ المساواة بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج

يعالج هذا الفصل المساواة بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج، من خلال المركز القانوني للزوجية فيما تعلق منها بالحقوق والواجبات والاتفاق المالي، ومن خلال انحلال الرابطة الزوجية كذلك، بالنظر إلى مدى المساواة في حق طلب فك الرابطة الزوجية، والحقوق المالية المترتبة عن هذا الفك، وتبعاتها في شأن الحضانة والولاية على الأبناء.

المبحث الأول: المساواة بين الزوجين في المركز القانوني للزوجية

يعالج هذا المبحث المساواة بين الزوجين في المركز القانوني للزوجية، في ثلاث مطالب يتناول الأول منها بالدراسة والتحليل المساواة في بينهما في الحقوق، بينما يتناول الثاني المساواة بينهما في الواجبات، في حين يتعلق المطلب الثالث بالانفاق المالي.

المطلب الأول: المساواة بين الزوجين في الحقوق

تعتبر المرأة والقضايا المتعلقة بها خاصة مساواتها مع الرجل محل جدل قديم جديد متجدد مازال قائما لغاية اليوم في مختلف مجالات الحياة كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري الذي لم يسلم بالانتقاد والتمييز ضد المرأة والإخلال بالتزامات الجزائر الخارجية خاصة اتفاقية القضاء على كافة اشكال التمييز ضد المرأة مما جعل المشرع يتدخل لتعديله بموجب الامر 05-02 محدثا عدة تعديلات حاول من خلالها تبني مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة خاصة في آثار عقد الزواج عندما أفرد لها المادتين 36 و37 من قانون الاسرة تحت عنوان حقوق وواجبات الزوجين وذلك بعدما كان يتناولها في المواد 36 و39 وأصبح يتناول الحقوق المشتركة للزوجين فقط وعلى قدم المساواة دون التطرق للحقوق الخاصة بكل زوج كما كان قبل التعديل وهو ما يطرح التساؤل عن مدى تحقق المساواة بينهما؟.

فالنصوص القانونية ولاسيما المادة 36 من الأمر رقم 05-02 التي تنص على أنه: " يجب على الزوجين:

1. المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
2. المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة
3. التعاون على مصلحة الاسرة ورعاية الاولاد وحسن تربيتهم
4. التشاور في تسيير شؤون الاسرة وتباعد الولادات
5. حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم
6. المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف
7. زيارة كل منهما لأبويه و اقاربه واستضافتهم بالمعروف.

فعقد الزواج الصحيح يرتب حقوق للزوجة على زوجها وحقوق للزوج على زوجته وحقوق مشتركة بينهما وبهذا تستقر الحياة الزوجية وعليه سنتناول بالشرح والتفصيل لمظاهر المساواة بين الزوجين حسب الفروع التالية:

الفرع الأول: الحقوق المشتركة بين الزوجين

لم يحدد المشرع في الفقرة الاولى من المادة 36 ما المقصود بها نميز انه يمكن القول بانها كل ما يتعلق بالحياة الزوجية المشتركة بين الزوجين و عليه نذكر اهمها :

أولا-حق الاستمتاع: و هو حق العشرة الطبيعي والفطري بين الزوجين في اطار ضوابط معينة تميز علاقات الانسان الجنسية عن الحيوان، وهو حق مكفول لكلا الطرفين قانونا وشرعا يلتزم بموجبه كل زوج بحق التمتع بالآخر وتمكينه من الاستمتاع به استمتاعا مباحا و مشروعا في الوقت الذي يريده و بالنحو الذي تحتاجه ولا تجوز له الامتناع أو الاعراض عنه إلا بمبرر شرعي كالمرض أو الاحرام وغيرها من الامور المبررة وإلا كان عليه وزر الامتناع، أما مقدار الاتصال فمتروك لقدرة الزوجين وظروفهما على ألا يتجاوز ذلك مقدار يتضرر فيه أي منهما، فمن حق الزوج أن تلبيه زوجته كلما طلبها ما لم يوجد مانع ما، أما الزوجة ففي الغالب لا تطلب زوجها حياء لهذا أجمع غالبية فقهاء الشريعة الاسلامية على ضرورة تحديد مدة قصوى لا يجوز للزوج تجاوزها دون اتصاله بزوجته فيها غير انهم اختلفوا في تحديد هذه المدة[1].

ثانيا-المساكنة الشرعية: من حق كل زوج مساكنة الآخر في منزل الزوجية والاقامة معه فيه ولا يجوز له أن يغادره دون سبب مشروع ولا أن يمنعه من السكن معه وقد كان هذا الحق يعتبر من حقوق الزوج على زوجته والتزام عليها اكثر مما هو حق لها غير أنه بتطور الافكار و تغير الظروف و تطور القوانين اصبح ياخذ معنى الحق بالنسبة لها تماما كما هو حق له

ثالثا-المعاشرة بالمعروف و الاحترام و المودة و الرحمة : من حق كل زوج على زوجه أن يعامله معاملة حسنة ويعاشره عشرة طيبة، وتجسد كل معاني المودة والرحمة واحترام الرأي

[1] – محمد سمارة، أحكام الآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية, الطبعة الاولى، الاصدار الثاني، دار الثقافة، الجزائر، 2008، ص ص265،266.

وأبعد ما يكون عن العنف الاضرار سواء كان معنويا كالشتم ووالسب والقول القبيح أو اهانته و شتم أهله أو سبهم أو كان ماديا كالضرب غير المبرر خاصة بالنسبة للمرأة، كما لا يجوز له كشف أسراره لأي أحد[1]، ومن باب حسن العشرة التزين للزوج الآخر فإذا كان اجماعا يجب للزوجة التزين لزوجها فانه يتعين عليه هو أيضا أن يتزين لها بما يتزين به الرجال فعن ابن عباس قال (واني لأحب التزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي لأن الله عز وجل يقول (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[2].

رابعا–التعاون و التشاور في تسيير شؤون الأسرة: يلزم المشرع الجزائري كل زوج بمعاونة الآخر ومساعدته بكل ما يريده ويستطيعه لتحقيق مصلحة الأسرة سواء كان ماديا أو معنويا وفي كل أمورها بلا استثناء، وخص بالذكر تربية الاولاد تربية فاضلة وإعدادهم جسديا وعقليا وروحيا واجتماعيا ليكونوا فاعلين في المجتمع، وعليه من أهم المسائل التي يتشاور فيها الزوجان تباعد الولادات الذي خصه المشرع الجزايري بالذكر في الفقرة الرابعة من المادة 36 و الذي من خلاله حاول حماية المرأة التي تزايد عملها و انشغالها خارج البيت مما يمنعها من كثرة الانجاب.

خامسا– الإنجاب: لقد سادت ولفترة طويلة فكرة أن الانجاب حق للزوج أكثر مما هو حق للمرأة أو الزوجة غير انه وبتطور الزمن والأفكار، والتعديلات الاخيرة للقوانين الوضعية ولاسيما القانون الجزائري و تأثرها بالمواثيق الدولية ولا سيما اتفاقية سيداو أصبح حقا لكلا الزوجين على قدم المساواة يلتزم بموجبه كل زوج بتمكين الطرف الاخر منه بكل ما يملك كالوطء في فترات التبويض و عدم استعمال وسايل منع الحمل الخاصة بالرجل كالعزل او الغلاف العازل او الخاصة بالمراة كالحبوب و اللولب و غيرها و هذا متى توفرت القدرة على ذلك اما لو كان احدهما مريضا فيجب عليه العلاج ان امكن فان تعذر الانجاب و استدعت

[1] –مولاي ملياني بغدادي , حقوق المراة في الشريعة الاسلامية , قصر الكتاب 1997 ص 127

[2] – الاية 228 من سورة البقرة.

الضرورة اللجوء الى الطرق العلمية الحديثة فلا يتم ذلك الا برضاه و رضاها[1] وذلك طالما كانت الطريقة جائزة شرعا و قانونا.

سادسا- ثبوت نسب الاولاد: يتمتع كل زوج بحق ثبوت نسب اولاده اليه و الى زوجه متى ولد من صلبهما و ليس لاي منهما ان يفرض على الاخر نسب غير اولاده و لا ان يمنعه من نسب اولاده و له لاثبات ذلك طرق محددة قانونا غير انه قد يوجد اختلاف فقط في شروط النسب , فنسب الام ثابت لكل مولود لها اما الاب فلابد لثبوت نسبه توفر شروط قانونية حددها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الاسرة الجزائري و عليه جاءت واضحة و صريحة بشان ثبوت النسب "يثبت النسب بالزواج الصحيح او بالإقرار او بالبينة او بنكاح الشبهة او بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 34/33/32 من هذا القانون"[2].

المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين في الواجبات

يشترك القانون الوضعي و الشريعة الاسلامية في الحث على المحافظة على الروابط الاسرية و تقويتها و تنميتها بل ان صلة الرحم تعتبر من اهم الواجبات على الشخص ذكرا كان ام انثى فالدين اعتبر قطعها من قبيل الافساد في الارض و مدعاة لجلب اللعنة و سبب عدم دخوله الجنة اما القانون فتناول دون تحديد أية جزاءات في الفقرات 5 و6 و7 من المادة 36 من قانون الاسرة الجزائري المعدل يجب على الزوجين :

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة
- المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة

---

[1] – محمود سلام زناتي , حقوق و واجبات الزوجين بين الماضي و الحاضر دراسة تاريخية مقارنة مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 12 العدد الاول مطبعة جامعة عين شمس، مصر , 1970، ص 490

[2] – الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

- التعاون على مصلحة الاسرة و رعاية الاولاد و حسن تربيتهم
- التشاور في تسيير شؤون الاسرة و تباعد الولادات
- حسن معاملة كل مهما لأبوي الاخر و اقاربه و احترامهم و زيارتهم
- المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين الاقربين بالحسنى و المعروف
- زيارة كل منهما لابويه و اقاربهم و استضافتهم بالمعروف

بحيث تعرض قانون الاسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 عن الى حقوق الزوجة على زوجها في المادتين 37 و38 وهي مستمدة من احكام الشرع الاسلامي و عليه و من خلال التعديلات الاخيرة نتيجة تطور القوانين الدولية و اثرها على التشريعات العربية ولاسيما اتفاقية سيدار ستتعرض من خلالها الى اهم ما تعرض له المشرع الجزائري في مجال مبدأ المساواة بين الزوجين في الواجبات

الفرع الأول احترام الابوين والأقارب وحسن معاملتهم

يتعيتن على كل فرد احترام اقاربه و حسن معاملتهم خاصة ابويه فلا يؤذيهما بالقول او الفعل و لا ينهرهما و يحاول قدر الامكان اسعادهم و التحبب و التقرب اليهما و الصبر عليهما و لا ينقضي هذا الالتزام بالزواج و انما يستمر قائما بعده بل يتدعم باحترام اهل زوجته و اكرامهم و التقرب منهم بالفعل كحسن المعاملة و الاستقبال و بالقول كالتحبب اليهم بالكلام الطيب و عدم ذكرهم بسوء او سبهم و الثناء عليهم و على ابنتهم و نفس الشيء بالنسبة للزوجة

زيارة الاهل و استزارتهم :

لقد اشار المشرع لحق الزوجين في زيارة الاهل و استزارتهم في الفقرتين 5 و 7 من المادة 36 سالفة الذكر و التي يمكن من خلالها التفريق بين :

- الزيارة: فقد الزم الزوج و الزوجة على قدم المساواة بزيارة الاهل حيث يطالب الزوج بزيارة ابويه و اقاربه و ابوي زوجته و اقاربه و كذلك تطالب الزوجة بزيارة اهلها و اهله و اذا كان التساؤل يثور بشأنهما حول حق زوجها في منعها او ضرورة حصولها على اذنه

يبدوا واضحا ان الزوج لا يملك ان يمنع زوجته من زيارة اهلها كما ذهب اليه الحنفية في احدى روايتهم لان المشرع كفل لها هذا الحق اما فيما يتعلق بضرورة اذنه لها بزيارة فلم يتناوله المشرع فيما ذهب الجمهور من الفقه الاسلامي من مالكية و شافعية

حسب الراجح و حنفية في روايتهم الاخرى الى انه يحق للزوجة ان تزور اهلها دون اذن منه و ذلك كل سنة مرة و قبل كل شهر ان كانوا من غير والديها فان كانا والديها او احدهما فكل اسبوع مرة فان كان مريضا فتزوره و تخدمه حسب الحاجة و استدلوا بذلك بانه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق غير ان المالكية اشترطوا لذلك ان يكون الطريق مامونا ولا تخاف على نفسها فان لم يكن كذلك فلا يجوز لها الخروج و لو مع رفقة 4 منه فيما اشترط فقهاء اخرون لصحة زيارتها لاهلها دون اذن زوجها ان يكونوا عاجزين او يشق عليهم زيارتها اما في غير ذلك فليس لها ان تخرج الا باذن زوجها في كل الاحوال لا يحق للزوجة ان تبيت عند اي من اقاربها الا باذن زوجها[1]

- الاستضافة او الاستزارة : لقد جعلها المشرع واجبا على كل طرف بالنسبة لاهله في الفقرة 7 من المادة 36 يتمتع بموجبه كل زوج بحق استضافة اهله على ان يكون ذلك بالمعروف ذون ان يحدد المعايير لهذا الاخير و يلاحظ ان المشرع لم يلزم اي زوج باستضافة اهل الزوج الاخر حيث انه لم يتناول الاستضافة في المادة 36 الفقرة 5 مكتفيا بالزيارة عندما تعرض لعلاقة الزوج مع اهل الزوج الاخر و هو ان كرس بشأنه مبدأ المساواة إلا انه يثير الكثير من الاشكالات خاصة بالنسبة للمرأة كان يمكن تفاديها

[1] - جميل فخري محمد ناجم, اثار عقد الزوج في الفقه والقانون، الطبعة الاولى، دار الحامد , الاردن ,2009، ص ص 72، 73.

بإضافة عبارة **الاستضافة بالمعروف** للفقرة الخامسة كما يلاحظ ا المشرع لم يشترط اذن الزوج خاصة في ظل عدم تحديد المقصود بالاقارب و هل يقتصر على المحارم ام دونهم .

الفرع الثاني : واجب الطاعة

يعد هذا المبدأ من المبادئ التي اقرتها الشريعة الاسلامية التي جعلت الرجل قوام على المرأة و قد تبنى المشرع الجزائري هذا الموقف من خلال المادة 39 من قانون الاسرة لسنة 1984 قبل التعديل[1] ويعتبر حق الطاعة من حقوق الزوج التي اجازتها مختلف التشريعات منذ القدم و التي الزمت به الزوجة بصفة مطلقة و في جميع الامور ليكون الزوج هو الامر الناهي فيما تلتزم هي بالطاعة و الامتثال فحسب[2] نميز ان الشريعة الاسلامية تثبت هذا الواجب مع تهذيبه و تحديد ضوابطه و قد كان المشرع يتبناه ايضا كما اسلفنا سابقا في المادة 39 منه مما عرضه لانتقادات شديدة و مطالبات بحذفه لأنه اعتبر تسليطا للرجل على المرأة و انه متناقض مع هدف انشاء العلاقة الزوجية المبنية على الاحترام و مبدأ المساواة و هو ما حاول المشرع من خلال التعديل الاخير لسنة 2005 حيث حذف المادة 39 و اعاد ترتيب حقوق الزوجين دون الاستشارة الى حق الطاعة مما يوحي بأنه قد الغاه في ظل عدم منح رياسة الاسرة للزوج غير ان هذا غير صحيح لأنه لم يلغه بنص صريح بل الغى المادة التي كانت تتناوله و سكت عنه مما يجعلنا نلجأ الى المادة 222 من تقنين الاسرة التي تجعلنا في حالة السكوت الى الشريعة الاسلامية التي تلتزم الزوجة كواجب بطاعة زوجها و هذا نتيجة الاثر القانوني المترتب على مصادقة الجزائر على بعض البنود المتعلقة باتفاقية القضاء على اشكال التمييز ضد المرأة ادى بالمشرع الجزائري الى الغاء المادة في التعديل الاخير لسنة 2005.

---

[1] - لوعيل محمد لمين , المركز القانوني للمراة في قانون الاسرة الجزائري دار هومة , 2004, ص80

[2] - محمود سلام زناتي , المرجع السابق , ص 490.

تعتقد ان الطاعة واجبة على الزوجة اتجاه زوجها على ان لا تكون مطلقة في كل الامور و انما فقط في الجوانب المتعلقة بالزواج و لا في ما يكون فيه معصية و مخالفة الله[1] فحدودها مرسومة بالتزامات الزوجة في اثار الزواج :

- ✓ ان تستجيب لحاجة زوجها اذا طلبها و تحرم عليها ان تمتنع عن فراشه
- ✓ ان لا تؤذي زوجها و لا شيء اليه قولا او فعلا و ان تحرص على ارضاه في ما لا يضرها
- ✓ ان لا تطيع احدا غير زوجها و ان لا تسمح لاح دان يتدخل في الشؤون الخاصة بهما و لو كان ابويها
- ✓ ان لا تصوم نافلة إلا بإذنه و لا تعتمر نافلة إلا بإذنه و لا تحج طوعا إلا بإذنه اما الفريضة فإنها تستأذنه مجاملة فقط و ان لم يأذن لها ادته لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق
- ✓ ان لا تعطي شيئا من بيته إلا بإذنه سواء كان الاذن عاما او خالصا.
- ✓ ان لا تدخل احدا الى بيته إلا بإذنه إلا اذا كان محرما لها

الفرع الثالث : حرية الإرضاع

لم يكن المشرع الجزائري قبل التعديل يمنح الزوجة حرية الارضاع بل كان يلزمها به حيث كان المادة 39 من تقنيين الاسرة تعتبره من واجباتها متى استطاعت ذلك و كان الزوج يملك ان يجبرها عليه غير ان المادة السابقة قد الغيت دون التطرق لهذه المسالة مما يترك فراغا قانونيا يتم بموجبه اللجوء الى الشريعة الاسلامية على ضوء المادة 222 من تقنيين الاسرة لتجد خلافا فقهيا بين المذاهب على النحو التالي :

[1] – مصطفى ابراهيم الزلمي احكام الزواج و الطلاق في الفقه المقارن دراسة مقارنة بالقانون الطبعة الاولى الموسسة الحديثة للكاتب لسنة 2016 ,ص 81

- ✓ الجمهور من حنفية و شافعية و حنابلة يرون عدم اجبار الام على الارضاع جاعلين منه واجبا على الاب يلتزم بموجبه بتوفير المرضعة غير انه اذا تعذر ايجاد مرضعة او لم يقبل الطفل غير ثديي امه او كان الاب و الطفل معسرين فيجوز اجبارهما و يستوي في ذلك ان تكون الام زوجة للأب اولا اما لو كانت الزوجة ليست اما فهي ملزمة اصلا و هو الذي يبدو ان المشرع

الجزائري اصبح يميل اليه

- ✓ المالكية يجبرون الزوجة الام على ارضاع اولادها اما لو انقطعت الزوجية او الامومة كما لو كانت الزوجة ليست اما او الام ليست زوجة فلا يمكن اجبار ايا منهما و انما يلزم الوالد بتوفير المرضعة غير ان الامام مالك يفرق بين الشريفة التي لا يجوز اجبارها و الدنية التي تجبر[1]

المطلب الثالث: المساواة بين الزوجين الاتفاق المالي

ان من ابرام عقد الزواج بين الزوجين اثار تتصل بمصالح الزوجين المالية ذلك ان العشرة الزوجية تستتبع بالضرورة اختلاطا في المصالح المالية و هو ما يعرف بالنظام المالي للزوجين الذي هو مجموعة من الاحكام التي تتناول المصالح المالية بين الزوجين اثناء قيام الحياة الزوجية[2] فهاته المسالة تناولها المشرع الجزائري حسب نص المادة 37 من قانون الاسرة المعدل بحيث تطرق الى الامور المالية الواقعة بين الزوجين (لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الاخر) اما من الناحية الدينية و الشرعية نجد قوله تعالى (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)

[1] - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق , ص 84.

[2] - حسن بغدادي نظام الاموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نضريتي الحق الشخصي و الحق العيني مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية السنة الرابعة العدد1- 2 ص 103.

فعبارة (وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) عامة تشمل النساء و الرجال و تدل على انه يمكن لكل منهم رجالا و نساء اموالا[1].

كما اضافت الفقرة الثانية امكانية ان يتفق الطرفان سواء في عقد الزواج او في عقد لاحق حول الاموال المشتركة بينهما و نصيب كل طرف و لم ينص القانون قبل التعديل على هذا الحكم[2] و عليه سنتطرق الى النقاط التالية حسب الفروع الواردة

الفرع الاول : استقلال الذمة المالية

اذا كان الرجل يتمتع بذمة مالية مستقلة عن غيره فان المرأة ايضا تتمتع بذات الاستقلالية عن اي شخص اخر سواء كان ابا او اخا او قريبا و حرية التصرف في اموالها كما تشاء و وقت ما تشاء طالما كان في الاطر القانونية التي تسري على الرجل ايضا كالأهلية و غيرها و هذا منذ ولادتها و تستمر كذلك حتى بعد زواجها و ليس لزوجها التدخل و لو في اعمال الادارة إلا برضاها[3].

و هو ما تبناه المشرع الجزائري عندما اقر استقلالية الذمة المالية التامة بين الزوجين حسب المادة 37 الفقرة الاولى من تقنيين الاسرة الجزائري المعدل بحيث نصت ان لكل زوج الحرية الكاملة في التصرف في امواله الخاصة التي يملكها بكافة التصرفات القانونية و هو ما يتطابق مع ما ورد في المادة 1/16/ح من اتفاقية الغاء كل اشكال التمييز اتجاه النساء[4].

و تكمن هاته التصرفات القانونية سواء كانت ناقلة للملكية بعوض او بغير عوض دخلت الى ملكيته او خرجت منها كالبيع و الوصية و الهبة او كانت غير ناقلة للملكية كالرهن

---

[1] - الرشيد بن شتوخ، المرجع السابق، ص 162.

[2] - المرجع نفسه، ص 162.

[3] - عبد الفتاح تقية، الذمة المالية للزوجة في الشريعة الاسلامية و قانون الاسرة الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، سنة 2011، ص 155.

[4] - اعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 140.

والانتفاع والارتفاق كما لهما الحرية الكاملة في إدرة هذه الأموال واستغلالها واستعمالها والتمتع بكافة الحقوق التي يمنحها حق الملكية لصاحبه .

لا تقتصر هذه الاستقلالية والحرية على الجوانب المدنية , بل تمتد حتى إلى القانون التجاري , فإذا كان الأمر محسوما بالنسبة للزوج في تمتعه بحق المتاجرة والاستثمار في إيطار القانون , فإن الزوجة أيضا وبحكم المساواة مع الزوج بناءا على المواثيق الدولية والمعاهدات التي ادقت عليها الدولة الجزائرية باعتبارها أسر من التشريع يجوز للزوجة أن تستثمر أموالها حتى دون إذن زوجها , سواء بإقامة محل تجاري او إنشاء شركة تجارية بمختلف أنواعها بنفسها أو بالتوكيل , ولا يشترط ان يكون الزوج هو الموكل , وتتحمل المسؤولية كاملة عما تباشره من أعمال تجارية [1].

وهو ما أكدته المادة الثامنة من القانون التجاري الجزائري " تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها"، وهنا المشرع الجزائري نص صراحة على حرية المرأة في ممارسة الأعمال التجارية مراعيا لمبدأ المساواة مع الزوج دون استئذانه لممارسة سلطتها كاملة .

أما من الناحية الدينية والشريعة الإسلامية فلقد مكنت المرأة من إبرام مختلف الترفات القانونية بشأن مايدخل في ذمتها المالية سواء كان ذالك بعوض أو بدون عوض ومن ذالك ماراواه أبو الرحال محمد ن عبد الرحمن بن حارثة " أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثني منها " , وما رواه ابن عباس رضي الله عنهما قال " أهدت أم حفيد خالة إبن عباس رضي الله عنهم الى النبي صلى الله عليه وسلم أقطا وسمنا وأضبا "، بناءا على ذالك يحق للمراة أن تستثمر أموالها دون إذن أو رخصة الزوج[2].

---

[1]– اعمر يحياوي، المرجع السابق, ص 141

[2]– اعمر يحياوي، المرجع السابق ص 141.

وعليه نستطيع القول أن المشرع الجزائري الذي تناول مسألة المساواة بين الجنسين في الأسرة الجزائرية وفقا للقانون رقم84/11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر قم 05_02 المؤرخ في 27 فيبراير سنة 2005 , الذي لا يحيد عن مبادئ الشريعة الإسلامية حتى ولو لم ينص عن الحكم في مسألة معينة مادامت المادة 222 منه تحيل إلى الشرع الإسلامي إذ أكدت على أن " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية[1].

وعليه فلا يؤثر على هذه الاستقلالية حق التوارث الذي يثبت لكلا الزوجين بمجرد عقد الزواج حيث ترث الزوجة زوجها كما يرثها وفق انصبة محددة شرعا وقانونا إلى جانب قرابة زوجته من أولاد وأبوين وإخوة وغيرهم وهي كذالك , وإن كان الاختلاف بينهما يكمن في نصيب كل واحد منهما , أما إذا كانت لأحدهما شراكة مع الآخر وتوفي فإنه يأخذ حكم الدائن حيث تصفى الشركة ويأخذ نصيبه[2].

وما تبقى بعد سداد الديون فذالك هو التركة التي تتم قسمتها , غير ان هناك من يرى في العلاقة المالية بين لزوجين تمييزا ضد الزوج , وأنه لا يتمتع بذات الحرية الممنوحة للزوجة فيما يتعلق بأمواله الخاصة , حي ان للزوجة حق على مال زوجها طالما كانت نفقتها واجبة عليه, مما يعطيها الحق في أن تأخذ من ماله ما يغطي حاجياتها غن امتنع عن الإنفاق عليها , وذالك حتى ولو كانت عاملة , وهذت يجعل أموال الزوج ذات طبيعة مشتركة , لأن أعباء الأمة تقع على عاتقه وحده[3].

---

[1]– المرج نفسه، ص 140.

[2]– مصطفى ابراهيم الزلمي, أحكام الزواج والطلاق في الفقه المقارن دراسة مقارنة بالقنون , الطبعة الاولى , المؤسسة الجديدة للكتاب , لبنان ,2011، ص81.

[3]– هجيرة دنوني, اجحاف قانون لأسرة في حق المرأة , مجلة المجلس الاسلامي الأعلى , السنة الثالثة , العدد الثالث، 2000، ص ص 156، 157.

غير اننا نعتقد هذا القول غير معقول , ومخالف للحقيقة التي تمنح للزوج كل الحق في ممارسة كل سلطات المالك على ماله , وليس للزوجة ان تتدخل في ذالك مطلقا وغير ان تكليف الزوج بالنفقة يجعله مدينا به او زوجته دائنا له به , ولها ان تتصرف وفق ذالك فإذا امتنع عن الوفاء كان لها ان تطالبه وتأخذ حقها وفق الأحكام القضائية , وعله يتبين مما سبق ذكره أن الاستقلال المالي مع الزوج هو مبدأ ثابت وحقيقة ثابتة.

الفرع الثاني : إمكانيــة وضع نظام مالي مشترك بين الزوجيـن

تجيز الفقرة الثانية من المادة 37 السالفة الذكر للزوجين وضع نظام مالي بينهما, يحددّان بموجبه كيفية الاقتسام ونسبة كل منهما من الأموال التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية على أن يكون ذلك في عقد زواج او بموجب عقد رسمي لاحق , وهذا لايتم إلا باتفاق إرادتيهما معا دون إكراه أو إجبار مادي أو معنوي لكليهما , ويعتبر هذا الحكم تحصيل حاصل لحرية التصرف التي يتمتع بها الطرفين.

نعتقد أن المشرع الجزائري قد وفق في هذا التعديل الذي حاول من خلاله حماية حقوق الزوجين المالية , خاصة بالنسبة للزوجة , لأنه غالبا ما تساهم الزوجة خاصة العاملة مع زوجها في مصاريف الأسرة واكتساب الأموال , سواء كانت منقولة كالسيارة او الأثاث الذي غالبا ما تنفرد الزوجة بشرائه أو عقارية كالبيت أو الأرض , فإذا حصل الطلاق بينهما فقدت الزوجة هذه الحقوق , خاصة وأنه من الناحية القانونية تكون الأموال غالبا باسم الزوج لان علاقتها الزوجية في الغالب تمنعها أدبيا من إدراجها كمالكة رسمية بوجوده , ورغم أن المشرع حاول مراعاة هذه المسألة في إثبات بعض التصرفات القانونية وجود وانقضاء والتي يشترط إثباتها بالكتابة فقط بالاكتفاء بشهادة الشهود إذا وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي حسب المادة 1/336 من القانون المدني فإن صعوبة الإثبات تبقى قائمة وعليه يبدو ان المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية للمادة 37 يحاول تكريس مبدأ المساواة التامة بين الزوجين في العلاقات الأسرية المالية وغير المالية ,دون

مراعاة لبعض المسائل التي تفرض خصوصية طبيعية واجتماعية مكتفيا بالسكوت عنها , مما ترك الكثير من التساؤلات القائمة لانها تندرج ضمن الأمور التي يتشاور حولها الزوجان والتي درج الناس على التعامل بها دون الحاجة لقانون ينظمها أو تدخل المشرع فيها [1].

الفرع الثالث : المساواة في الميـراث

يترتب في كون المسألة ثابتة في القرءان الكريم أن تمنح المرأة في الميراث حصة مساوية لحصة الرجل متى كانا في ظروف متماثلة وهو ما يتوافق مع روح اتفاقية إلغاء كل اشكال التميز اتجاه النساء , وتتبين لنا هذه المساواة جلية حين استقراء حالات الميراث كما يلي[2]:

1- توفي رجل عن : أب ,أم , ابن .. ينطبق على هذه الحاله قوله تعالى " ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد "[3].

2- وهو ما يتوافق ونص المشرع الجزائري في المادة 1/149 و2 من قانون الأسرة وعليه تحدد الحصص للورثة كالتالي :

الورثة	الأنصبة	أصل المسألة / 6
أب	1/6	1
أم	1/6	1
ابن	ع	4

[1]- عبد القادر داودي , احكام الأسرة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر , ص 184.

[2]- اعمر كيوي , المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري , دار لأمل، 2010 , ص 145.

[3]- الآية 11 , سورة النساء.

3- يتساوى الذكر والأنثى من الإخوة لأم والإخوة لأم والأب في الميراث في المسألة المشتركة أو العمرية وصورتها أن تتوفى امرأة عن : زوج , أم أو جدة , إخوة لأم, إخوة لأم ولأب . فتكون حصصهم كالتالي :

الزوج ..... الأم او الجدة ... الإخوة لام والإخوة لأم وأب...، يقسم بينهما بالتساوي للذكر مثل حظ الأنثى، ولقد أفتى في هذه القضية عمر ابن الخطاب رضي الله عنه عملا بقول النبي صلى الله علي وسلم " ألحقوا الفرائض بأهلها, فما بقي فهو لأولى رجل ذكر".

كذالك يرث الإخوة لأم إن كانوا اثنين فأكثر ثلث التركة .... ليقسم بينهم بالتساوي ذكورا وإناثا إن لم يكن للمتوفي أصل للذكر وفرع وارث وينطبق على هذه الحالة قوله تعالى: " وإن كان رجل يورث كلالة او امرأة وله أخ او اخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذالك فهم شركاء في الثلث " [1].

والأخ والأخت المقصودان هنا هما الأخ والأخت من الأم حسب قرءة ابن مسعود وغيره [2]، وبذالك أخذ المشرع الجزائري في المادة 2/148 من قانون الأسرة.

5 - مات عن .. 8 بنات , أم , عم شقيق ترث الأم في هذا المثال مثلما يرث العم الشقيق , فلكل واحد منهما السدس عملا بقوله تعالى: " ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد "[3]، وهو مايقابل المادة 2/149 من قانون الأسرة , اما العم الشقيق فهو عصبة يرث وفقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر"[4]، وهو ما يقابل المادة 150 و4/153 من قانون الأسرة، وعليه تحل هذه المسالة كما يلي :

الورثة	الأنصبة	أصل المسألة ـ 6
8 بنات	2/3	4

[1]- الاية 12 من سورة النساء

[2]- تفسير الجلالين , سالف الذكر ص 100

[3]- الاية 11 من سورة النساء

[4]- مختصر صحيح البخاري , سالف الذكر ص 707 رقم 2059

أم	1/6	1
عم شقيق	ع	1

وهناك الكثير من الحالات يتساوى فيها الزوجين ويلاحظ من استقراء حالات الميراث في الشريعة الإسلامية أيضا أن المساواة بين الرجل والمرأة لها مدلول أوسع من تلك المقررة في القانون الدولي لحقوق الإنسان ولاسيما قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 884 د (xxxiv) الذي أكد على " أن الرجال والنساء في درجة القرابة نفسها مع الشخص المتوفى , الحق في حصص متساوية من الميراث ورتبة متساوية في ترتيب الورثة"، فحقا لو طبقنا مضمون هذا القرار وحده لما امكن أن يتساوى مثلا الزوج والأخت الشقيقة في حصتيها، لكن الله تعالى عندما قال " ولكم نصف ماترك أزوجكم إن لم يكن لهن ولد"[1]، "إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك"[2]، تتدعم المساواة وتربو وتفسر هذه المساواة بقاعدة الغنم والغرم المقررة في الفقه الإسلامي فكما لاحظنا إذا يرث الرجل والمراة بالتساوي في حالات كثيرة سواء كانوا متحدين في درجة القرابة مع الميت كما في حالات الوالدين , أو الجدين أو الإخوة لأم , أو الإخوة لأم ولأب في المسألة المشتركة , أو غير متحدين في درجة القرابة كما في حالات الزوج والأخت الشقيقة , أو الزوج والأخت لأب , أو الأم والجد , أو الأب والبنت , أو البنت والأخ، ومن ثمة يتجلى قصور القانون الدولي لحقوق الإنسان بالمقارنة مع الشريعة الإسلامية [3]، إذ قالى تعالى " ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق وأحسن تفسيرا "[4].

المبحث الثاني: المساواة بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية

---

[1]– الاية 12 من سورة النساء.

[2]– الاية 176 من سورة النساء .

[3]– اعمر كيوي، المرجع السابق، ص ص 158، 159.

[4]– الاية 33 من سورة الفرقان.

يعالج هذا المبحث مسألة المساواة بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية، بالنظر لطلب فك الرابطة الزوجية (المطلب الأول)، وبالنظر أيضا للحقوق المالية المترتبة على فك هذه الرابطة (المطلب الثاني)، وكذلك بالنظر للحضانة والولاية على الأبناء(المطلب الثالث).

المطلب الأول: المساواة بين الزوجين في طلب فك الرابطة الزوجية

إن عقد الزواج رغم أنه عقد يتصف بالديمومة والاستمرارية إلا أن العلاقة الزوجية قد ينبت بها نوع من الفتور , وقد تتنافر القلوب لدرجة يستحيل معها العشرة , وينقطع حبل المودة مما قد يؤدي إلى استحالة استمرارية هذا العقد مما يقتضي فك هذه الرابطة الزوجية وذالك عن طريق الفرقة , فمن رحمة الله تعالى على الإنسان وفضله عليه أنه أباح له الطلاق .

ونتيجة الطلاق ينتقل الزوجان من وضع الترابط إلى وضع الانفصال مما يترتب عليه جملة من الآثار يختلف عن آثار الزواج ومن هذه الآثار ما يتعلق بهما ومنها ما يتعداهما إلى أولادهما , وعلى أساس ما سبق ذكره يمكن التساؤل عن مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة بين الزوجين عند وضع طلب فك الرابطة الزوجية، حيث يعرف الطلاق على أنه رفع قيد النكاح في الحال والمآل كما يعرف على أنه إنهاء للرابطة الزوجية بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا[1]، وعليه سنتناول مبدأ المساواة بين الزوجين في طلب فك الرابطة الزوجية.

إن طلب الطلاق يكون إما من الزوج أو الزوجة , لكن هذا الطلب يختلف فبالنسبة للزوج فغن الطلاق ومطالبته به تكون بإرادته المنفردة وبناءا على رغبته , أما بالنسبة للزوجة فالمشرع الجزائري منحها نوعين من الطلاق وهما التطليق بناءا على أسباب محدودة وكذا الخلع , فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 صنف فك الرابطة الزوجية إلى ثلاثة صور , وقد سار على نفس المنوال في التعديل الحاصل بالأمر المؤرخ في 2005/02/27 وهي: الطلاق الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج , أو بتراضي

[1]– طاهري حسين , المرجع السابق ,ص 81

الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 منه والمتمثلة في التطليق والخلع.

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

قد يجد الزوج في سلوك زوجته مالايقبله مما يؤدي به إلى النفور منها , وعدم القدرة على البقاء معها لذالك أبيح له الطلاق شرعا وقانونا , بحيث تنص المادة 48 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 على انه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج , أو بتراضي لزوجين , أو بطلب الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون .

وبهذا أكدت المادة 48 من قانو الأسرة الجزائري على أن الطلاق يعتبر إحدى حالات إنحلال الرابطة الزوجية والتي جاء فيها " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج "، وأكثر ما يشار حول هذا النوع من الطلاق هو حرية الزوج في استعماله لهذا الحق وذالك بمجرد رغبته في ذالك بدون أسباب ولا سابق إنذار , مما أطلق هام الناقدين متسائلين أين هي المساواة بين الجنسين في المنزل قرار بقاء المرأة او عدم بقائها فيه بيد الرجل , مما جعل احد الكتاب يعتبر حل الرابطة الزوجية على هذا الأساس بمثابة " اللا مساواة القائمة على امتياز الذكور " [1].

وذهب محمد شرفي إلى أبعد من ذالك إذ تجاوز تنديده بالطلاق ليشمل العدة كذالك , فيقول:" إن حرية الرجل في إبرام ما يحلو له من عقود الزواج , ترتكز على حقه في الطلاق دون حد أو رقابة , وهل الحق الذي لا تترتب عليه إلا آثار قليلة اتجاهه بالمقابل يجب على المرأة أن تراعي أجل العدة , وهو ثلاثة أشهر على الأقل لتتزوج من جديد , إذا فالا مساواة جليلة سواء من أجل الزواج أو حله "[2]، وهو ما يتعارض مع القانون الدولي

[1] – اعمر يحياوي , المرجع السابق , ص 244

[2] – اعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 244.

لحقوق الإنسان أيضا ولاسيما المادة 16 الفقرة (ج) من اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز اتجاه النساء الناصة على أن: " الحقوق والمسؤوليات نفسها أثناء الزواج وعند فسخه "[1] وما يميز هذا الطلاق ذو الإرادة المنفردة , أنه لا يجبر الزوج على تبرير طلبه وبين الأسباب التي جعلته يرغب في وضع حد للحياة الزوجية , هذا وليس للزوجة التصدي لإرادته تلك ومنعه من تحقيق ما عزم عليه , وحتى المحكمة نفسها لا يمكنها الا ان تذعن لرغبة الزوج في إنشاء الطلاق, وهو ناشئ عن إرادة منفردة ونافذة الأثر وجوبا بحكم القانون, وبناء على ذالك فإن الطرف المقابل لا يملك حق التصدي كما ان محكمة الموضوع لا يملكان أي سلطة في تقدير وجاهة المطلب من عدمه .

لكن ما يثير التساؤل حسب نص المادة 49 من القانون نفسه والتي تنص على أنّه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم " والذي يظهر من خلاله هل ان الحكم بالطلاق حكم كاشف أو منشئ له ؟، وهل يعتد بالطلاق الشفهي خار المحكمة أم لا؟.

وهذه التساؤلات أثارت نقاشا قانونيا وتضاربا في قرارات المحكمة العليا , فمن جهة ذهبت نخبة من الفقهاء والأساتذة إلى القول أن حكم الطلاق هو حكم منشئ له , وأن الطلاق الذي يصدر ويتلفظ به الزوج خارج مجلس القضاء لا يقع ومنهم الأستاذ بن شنوع الرشيد والأستاذ عمر زودة وحجتهم في ذالك أن المادة 49 نصت بصراحة أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم .

أما من جهة أخرى , فذهب البعض الآخر ومنهم الأستاذ بن داود عبد القادر والأستاذ بلحاج العربي إلى القول أن أحكام الطلاق كاشفة وليست منشئة له [2]

ذالك أنه حسب المادة 49 فإن الطلاق يقع بعد ,,,,,,,, الزوج به وأن دور المحكمة هو تثبيته فقط , أما قرارات المحكمة العليا فقد زادت الأمر تعقيدا حيث جاء في قراراتها " متى تبين في قضية الحال ان الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة المسلمين وأن المجلس اجرى

---

[1] – المرجع نفسه , ص 24

[2]– عبد القدر بن داود , قانون الأسرة الجديد , موسوعة الفكر القانوني , دار الهلال للنشر والتوزيع , الجزائر , 2005، ص 52.

تحقيقا وسمع الشهود والذين أكدو ان الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين , وبالتالي فلا يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق ,وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون "[1]، إضافة إلى قرار قضائي آخر وفيه "من المقرر شرعا ان الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة , وانه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في اصداره"[2]، مما يعني ان القاضي اعترف بالطلاق اللفظي ما يجعل حكم الطلاق حكم كاشف له وليس منشئ .

وقد واصل المشرع الجزائري قيوده القضائية على طلاق الزوج بالإرادة المنفردة من خلال جعل الصلح كإجراء جوهري لإتمام الطلاق , إذ اشترطه من خلال المادة 49 بقوله " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوة , ويتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كتاب الضبط والطرفين " ... ووجوبية هذا الإجراء واضحة من خلال هذه المادة وبصراحة المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية " .

من خلال هذه القراءات يتضح أنطلاق الزوج سواء كان إنشاءا بموجب إرادته المنفردة فإنها مقيدة بقيود قضائية وواقعة تحت رقابة القاضي مما يجعل المعنى الحقيقي للطلاق بالإرادة المنفردة لايوجد في القانون والغرض من ذالك هو تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين , وتجسيدا لنفس المبدأ , فإنه للمرأة حق طلب الطلاق وهو ما سنتعرض إليه في الفروع الباقية .

الفرع الثاني: الطلاق بطلب من الزوجة

إن المساواة في فك الرابطة الزوجية تتمثل في منح المرأة إمكانيات فك هذه الرابطة بما للرجل من إمكانية الطلاق بالإرادة المنفردة، فالطلاق بالتراضي هو الاتفاق بين الزوجين

---

[1]– المحكمة العليا غ ا ش 1999/02/16 لجنة الاجتهاد القضائي ,المحكمة العليا 2011, ص 100.

[2]– المجلس الاعلى , غ ت خ , 12/1984/é , عدد 35026 , المجلة القضائية 1989 , عدد 4 ص 86.

على فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة , ذالك أن استمراريتها أصبح أمرا مستحيلا لأي سبب من الأسباب فتكون إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني وهو الطلاق[1]، ويطلق الفرنسيون على هذا النوع من الطلاق بالطلاق الظريف أو اللطيف[2].

ويمكن اعتبار الطلاق بالتراضي الوسيلة الأقل مضرة للفرقة وذالك لأنها الأقل إضرارا بالأسرة وبالأبناء خاصة , حيث انه يتم بالإحسان والمعروف بين الزوجين , وهذا النوع من الطلاق يجسد المساواة المطلقة بين الجنسين في حل الرابطة الزوجية , ذالك لان قرار الطلاق بكون بإرادتهما كليهما وعن اتفاق وتراض بينهما دون أي فرق أو تمييز, فيحصل اتفاق بين الزوجين على طلب الطلاق كمبدأ , وعادة ما يتفقان كذالك حول فروعه ومخلفاته من آثار كنفقة الزوجة والأبناء والحضانة والمسكن.

وهذا النوع من الطلاق لا يلغي الجلسة الصلحية بين الزوجين فعلى القاضي بذل الجهد لإقناع الزوجين بالرجوع عن الطلاق , وفي حالة فشل المحكمة في محاولة الصلح تحكم بالطلاق بناءا على الارادة المشتركة لهما, مع عدم مراجعة القاضي لسبب طلاقهما إلا أنه يمكن له ألا يراعي كل ما اتفقا عليه في حال كان ذالك مخالفا للنظام العام والآداب العامة[3]، أو أنها كانت ضد مصلحة الأطفال خاصة فيما يتعلق بالحضانة والتي تسند على أساس مصلحة المحضون.

ولما كانت إرادة الزوجين مشتركة في إيقاع الطلاق , فإنه لايجوز لأحدهما العدول عنه بإرادته المنفردة ودون موافقة الطرف الآخر فإرادة الزوجين تتحد بمجرد طلب الطلاق إلى حين إيقاعه من قبل المحكمة , وهو نفس النص القانوني للمادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط ".

---

[1]– يوسفات علي هشام , الخلع والطلاق بالترضي في التشريع الجزائري , مذكرو ماجستير , جامعة تلمسان , 2009 ص 55

[2]– بلحاج العربي , الوجيز في قانون الأسرة الجزائري ج1 , ط4 , ديوان المطوعات اجامعية , 2009 , ص 258

[3] المرجع السابق ص 259 , 260

هذا وصدر قرار المحكمة العليا في 2000/05/23 جاء فيه: "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 دعوة التزوير[1]، وللطلاق بالتراضي أو الاتفاق عدة محاسن حيث انه يحافظ على العلاقة الطيبة التي ربطت الزوجين في يوم ما.

الفرع الثالث: التطليــق

لقد أجازت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري للزوجة طلب التطليق بتوفر جملة من الأسباب , وقد نص المشرع على هذه المادة ومن أهمها أن الطلاق بحكم الشرع والقانون حق للزوج ويملك إيقاعه لنفسه لأن العصمة بيد الزوج , والشارع الحكيم راع جانب الزوجة ورفع الحرج عنها إذا كانت لا تملك مالا تفتدي به نفسها , ولذا فتحت الشريعة الإسلامية بابا للخلاص حتى وإن لم يرض به الزوج , والقاضي ملزم بالتالي الاستجابة لطلب الزوجة في التطليق متى وجد السبب الذي يقتضي حالة الفرقة بين الزوجين .

أولا. تعريف التطلي

هو طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة على أن يفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف ويختلف التطليق عن الطلاق كون الطلاق يقع بإرادة الزوج , أما التطليق فيكون بطلب من الزوجة وبإرادة القاضي , ويرجع السبب في تدخل القاضي هنا لأن العصمة ليست بيد الزوجة، وتبعا لذالك فهي لا تملك ان تطلق نفسها بنفسها من زوجها ولذا أجازت لها الشرعة الإسلامية

[1] – المحكمة العليا , غرفة الأحكام الشخصية 2000/05/23 ملف رقم 243943, المجلة القضئية 2001 , عدد خاص , ص 112.

الالتجاء للقضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج , هذا وحسب فقهاء القانون لم يرد لفظ التطليق في القرءان والسنة حيث ان الشريعة الاسلامية تستعمل لفظ الفرقة أو التفريق[1].

ثانيا- أسباب التطليق:

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

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78, 79, 80 من هذا القانون .
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .
- الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر .
- الحكم بعقوبة سالبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .
- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة .
- كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 اعلاه .

ركز قانون الأسرة الجزائري على سبع حالات يمكن للزوجة أن تطالب بالتطليق بناءا على أي حالة منها وفي ذالك ترجيح للمبدأ القائل بأن صورة التطليق هاته إنما وجدت للتيسير على الزوجة إذا ما أرادت فك زوجيتها، ولأن المسألة لا تتعلق بالحق الأصيل شرع القانون الحالات السبع المذكورة سابقا لطلب التطليق وإن كانت الحالات مؤسسة في معظمها على ماخلص إليه فقهاء الإسلام في هذا المجال , فإن ماجاء به الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل لقانون الأسرة أضاف حالات أخرى فك الحصار عن بعض الحالات التي اعتبرتها شروطا كثيرة فقام بالتخفيف منها.

---

[1]- عثمان التكروري , شرح قانون الأحوال الشخصية , ط1 , مكتبة در الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر,2004, ص 216.

سنستعرض الحالات الثلاث التي أوردها التعديل على أسباب طلب التطليق والمتمثلة في :

1- تمت إضافة الشقاق المستمر كسبب من أسباب التطليق في تعديل قانون الأسرة رقم 05-02.

2- هذه الفقرة استحدثت بموجب التعديل الجديد ومصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى والتي تنص على ما يلي:"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل الزوجة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون " فكان الإخلال بالشرط سببا من أسباب التّطليق، وتختص هذه الفقرة بكل ضرر معتبر شرعا وفي الحقيقة هته الفقرة كانت موجودة في قانون الأسرة لسنة 1984 , فقبل تعديل قانون الأسرة في سنة 2005 أقر المشرع الجزائري الضرر معتبر شرعا , بمخالفة أحكام المادة 08 من قانون 11/84 والمتعلقة بحالة قيام الزوج بالزواج بامرأة ثانية دون علم الزوجة الأولى وكذا المادة 37 من نفس القانون والمتعلقة بعدم النفقة الشرعية وعدم العدل بين الزوجات، ويقصد بالضرر هنا كل أذى يصيب الزوجة وتضررها ماديا أو معنويا أو الإثنين معا.

الفرع الرابع: فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع

تنص المادة 54 من الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 على أنه يجوز للزوجة ان تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع, يحكم القاضي بما لا يجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .

لقد جاء في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها مقابل التعويض وإذا لم يتفق الزوجان على مبلغ التعويض يحكم القاضي مالا يتجاوز قيمة صداق المثل عند صدور الحكم ".

لقد جاء في عرض أسباب هذه المادة المرفقة بالمشروع , بأن التعديل الذي أدخل على هذه المادة يهدف إلى توضيح أحكام الخلع عن طريق تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال , وتأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون الحاجة إلى موافقة الزوج, إلا ان الزوج يمكنه منازعة مقابل التعويض , ويرجع في هذه الحالة إلى القاضي الذي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل[1].

لقد نص قانون الأسرة الجزائري 84-11 على الخلع إلا أنه جاء مقتضبا في مادة وحيدة نص على جواز مخالعة الزوجة نفسها مقابل مال تدفعه، والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا , فإذا كره العيش مع المرأة وغابت عنه السكينة دون تقصير من الزوجة, جاز له ان يفارقها بإحسان لقوله تعالى "فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بإحسان" [2].

كما أباح للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة الخلع مقابل مال يتم الإتفاق عليه بينهما, وسبب إلزامها بدفع المقابل هو أن الفرقة جاءت من طرفها دون تقصير من زوجها, وبالتالي لابد ان تتحمل نتائج هذه الفرقة [3].

هذا ولابد من الإشارة إلى نوع آخر من الطلاق ضمن قانون الأسرة الجزائري وهو طلاق النشوز وذالك حسب المادة 55 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر "مما يعني أن هذا النوع من الطلاق ممنوح لكلا الزوجين، وقد تم تجسيد مبدأ المساواة بينهما من خلاله سواء من ناحية الطلاق أو بالتعويض عن الضرر.

المشرع الجزائري لم يعرف النشوز بل جعله موجبا للتعويض في حال كان الطلاق بسببه , حيث عرفه الأستاذ بلحاج العربي على أنه: "عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد

---

[1]– عبد القادر بن داود , المرجع السابق , ص 142.

[2]– الاية 2 من سورة الطلاق.

[3]– الرشيد بن شويخ , المرجع السابق, ص ص208، 209.

الزواج كأن تمتنع عن اللّحاق ببيت الزوجية دون أي سبب مشروع , فإنه قد يكون من الزوج ومثاله ان يغادر بيت الزوجية أو يتخلى عن الوجبات الزوجية[1].

من خلال ما سبق , فإنه يصعب تحديد حالات نشوز الزوجين قانونا خاصة مع سكوت المشرع عن ذلك , مما يجعل الامر دائما راجع إلى الاجتهاد القضائي الذي يمكن أن يستند في ذالك إلى المدة 222 من قانون الأسرة الجزائري , والواقع فإن نشوز الزوجة هو عدم طاعتها لزوجها فيما أمرها الله به , أما نشوز الزوج فهو إعراضه عن زوجته وعدم تحمله للواجبات الزوجية الملقاة على عاتقه .

وعليه في ختام المطلب الأول عن صور فك الرابطة الزوجية رغم اختلاف أشكالها إلا أن مبدأ المساواة بين الزوجين كان مجسدا من خلال التشريع الجزائري حيث منح الزوجة حق طلب التطليق مع توسيع الأسباب المؤدية إليه, إضافة إلى حقها في مخالعة زوجها دون موافقته كسبيل لطلاقها أمام إرادته المنفردة مراعيا بذالك مبادئ وعادات المجتمع الجزائري والقيم الدينية حسب الشريعة الإسلامية مع التطور الوضعي للقوانين الدولية ولاسيما القانون الدولي لحقوق الإنسان حسب المادة 16 الفقرة الأولى من اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز اتجاه النساء[2].

المطلب الثاني: المساواة بين الزوجية في الحقوق المالية إثر فك الرابطة الزوجية

إن الطلاق حقيقة شرعية واجتماعية تترتب عليه آثار والتزامات على الزوجين وعليه أقر قانون الأسرة الجزائري مجموعة من الحقوق لفائدة المرأة تستفيد منها أثناء وقوع فك الرابطة الزوجية وهذه الحقوق منها ما يندرج في إطار الحقوق المالية للمطلقة ومنها ما يتعلق بالحضانة والولاية, وعليه سنتناول في هذا المطلب الحقوق المالية ومظاهر المساواة بين الزوجين إن كانت قائمة , وتطرق إليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة خلال التعديل الأخير لسنة 2005 فبالنسبة للحقوق المالية للمرأة أو الزوجة فهي تشمل نفقة العدة والسكن,

[1] – بلحاج العربي, المرجع السابق، ص

[2] – اعمر يحياوي , المرجع السابق , ص 182.

وهنا تبنى المشرع الجزائري رأي الحنفية بالقول أن للمطلقة الحق في النفقة والسكن وذلك ما تجلى في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "لا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها, أو وفاة زوجها, إلا في حالة الفاحشة المبينة, ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

كما أن المدة 52 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 قضت بالحكم بتعويض المطلقة في حالة الطلاق التعسفي, وهنا يجدر التنبيه إلى أن التعويض عن الطلاق التعسفي ليس أمرا استحدثه المشرع الجزائري, أو حكما مدنيا اقتبسه من المادة 124 من القانون المدني الجزائري الصادر تحت امر 75-58 المعدل , بل هو موجود في الشريعة الإسلامية[1].

كما يمكن للمطلقة أيضا الاستفادة من التعويض الذي تقره المحكمة في حال لجوء الزوجة إلى طلب التطليق للضرر طبقا للمدة 53 مكرر التي تنص على أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها, وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: النفقة

من أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح حق النفقة الذي تتمتع به الزوجة على زوجها, وهو ثابت لها قانونا, فالمشرع والشريعة الاسلامية تعرضا إلى عدة أنواع من النفقة , يلزم الزوج بأدائها إلى مطلقته , تكون عن طريق القضاء ودنا قويا في ذمة الزوج والمتمثلة في نفقة العدة.

أولا- نفقة عدة المطلقة

[1]- عبد القدر بن داود , قانون الأسرة الجديد , موسوعة الفكر القانوني , دار الهلال للنشر والتوزيع , الجزائر , 2005 ص 118.

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى نفقة عدة المطلقة في المادة 61 من قانون الأسرة السالفة لذكر وعليه سنتناول نفقة لمعتدة من طلاق رجعي ثم نفقة المعتدة من طلاق بائن.

1- نفقة المعتدة من طلاق رجعي

لقد أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية وفقه القانون على وجوب النفقة للمعتدة من طلاق رجعي سواء كانت حاملا أو غير حامل[1]، واستدلوا على ذالك بقول الله تعالى: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها [2]، وقوله " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مم آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها"[3]، ولقد وردت الآية لأولى في شأن المطلقات , بأنه يجب على والد الطفل نفقة امه بالمعروف , دون إسراف ولا تقتير , وأوجب نفقة المطلقة رجعيا حسب قدرة الزوج في الآية الثانية وان المطلقة رجعيا في حكم الزوجة لقوله تعالى " وبعولتهن أحق بردهن في ذالك "[4]، والمقصود بالبعل هنا الزوج .

أما المشرع الجزائري فتطرق إليها في المدة 61 من قانون الأسرة الجزائري بحيث أقر لها النفقة في عدة الطلاق , كما تطرقت إليها نفس المادة من قانون الأسرة الجزائري سنة 1984, وهنا نستطيع القول بأن المشرع لجزائري ببقاء نفس المدة على حالها دون تعديل حافظوا على تعاليم الدين الإسلامي , بحيث لم يكرس ولم يجسد مبدأ المساواة بين الزوجين في جانبه المتعلق بالنفقة المرتبط بالعدة الناجم عن فك الرابطة الزوجية .

2- نفقة المعتدة من طلاق بائن

ذهب جمهور الفقهاء بأن لها النفقة وخالفهم في ذلك ابن حزم الظاهري, واســـــتدل

---

[1]- احمد فراج حسين , أحكام لسرة في الإسلام , الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ,1987 ص 31.

[2]- الاية 233 من سورة البقرة .

[3]- الاية 7 من سورة الطلاق.

[4]- الاية 228 من سورة البقرة.

الجمهور بقوله تعالى: " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضآروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن"[1]، إذ أمر الله سبحانه وتعالى بإسكان المطلقات عموما من غير تخصيص , سواء كانت حاملا أو لا , ثم أعقب الأمر بالإسكان بوجوب الإنفاق على ذوات الأحمال منهن , واستدل بن حزم الظاهري على ان المطلقة طلاقا بائنا لانفقة ولاسكن بوله تعالى " ياأيها النبيئ إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة" [2]، وأن هذه الآية خاصة بسكن ونفقة المطلقة طلاقا رجعيا فقط .

إن ما ذهب إليه بن حزم الظاهري يخالف رأي الجمهور معتمدا على قوله تعالى: "يا أيها النبيئ إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة " أن هذه الآية خاصة بالطلاق الرجعي , ذالك كلام مرجوح لان الرجعية نفقتها واجبة حائلا كانت او حاملا لانها في حكم الزوجة، أما القانون الجزائري ومن خلال قانونال أسرة الجزائري نستنتج بأن مبدأ المساواة بين الزوجين لا يمكن تطبيقه في الجانب الخاص بالنفقة وهو اعتداء على قوله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم.

الفرع الثاني: السكن

لقد اوجب المشرع الجزائري وفير مسكن للحاضنة وهذا طبقا للمادة 72 من الأمر 05-02 التي تنص على أنه: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما , وإن تعذر عليه ذالك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ لأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وأوجب المشرع من إلزام المطلق من توفير المسكن لولده المحضون مع الحاضنة , وإن تعذر عليه ذالك فعليه بذل الايجار مع بقاء المحضون والحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي هو حماية المحضون من التشرد وضمان توفير مستوى معيشي مقبول لهم ند الطلاق .

---

[1]– الية 2 من سورة الطلاق

[2]– الاية 1 من سورة الطلاق

ان المادة تثير إشكالا حول بقاء الحاضنة في مسكن الزوجية لأنها أصبحت أجنبية عنه بعد انتهاء عدتها , ولايجوز لها البقاء معه , كما ان المادة أغفلت ما كانت تنص عليه المادة 52 من القانون 11/84 في فقرتها الأخيرة من أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن بدل الايجار دون أي مبرر[1].

وهذا يدل على اتجاه نية المشرع في حماية الأطفال , وكذا تكريس المساواة بين الجنسين مسايرة لأحكام اتفاقية سيداو من خلال ما جاء في التوصية العامة 29 " لتحقيق المساواة شقيها الشكلي والجوهري فيما يتعلق بحقوق الملكية لدى انقضاء الزواج تشجع الدول الأطراف بقوة على كفالة السكن الملائم للتعويض عن استعمال منزل الأسرة".

المطلب الثالث: المساواة بين الزوجين في الحضانة والولاية على الأبناء

إن من الآثار الغير المالية والتي تعتبر آثارا معنوية تتمثل في الحضانة والولاية على الرغم من أن هذه المسائل تعتبر من الآثار القانونية وفي الحقيقة ليست من آثار الطلاق لأن المشرع أحدث تعديل يمنح الولاية على الأولاد لمن تسند له الحضانة حسب المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري وعليه سنتناول كل عنصر ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: الحضانة

إن الحضانة هي حق للأطفال , ولا تثير أي إشكال خلال التزاوج , ويثار الإشكال بعد طلاق الوالدين أو فك الرابطة الزوجية ويصبح كل واحد منهم يعيش منفصلا على الآخر وتعرف الحضانة شرعا بأنها " تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه , وذالك برعاية شؤونه وتدبير طعامه , وملبسه , نومه , تنظيفه , غسله , غسل ثيابه في سن معينة , ونحوها , وهي حق لصالح الطفل المحضون وواجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجائه من المهالك.

[1] – احمد عرابي , المرجع السابق , ص 195

كما عرفها المشرع الجزائري في المادة 62 من الامر 02/05 بقوله " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه , القيام بتربيته على دين أبيه , السهر على حمايته , حفظه صحة وخلقا " ويلاحظ ان المشرع أخذ تقريبا بالتعريف الشرعي للحضانة , اما إسناد الحضانة نصت المادة 64 من تقنين الأسرة على أنه " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم , ثم الجدة لأب , ثم الخالة , م العمة , ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذالك ,على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "، بعدما كانت قبل التعديل تنص على أن: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم لأب , ثم أم الأب, ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذالك , على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، حيث نلاحظ على نص المادة أن المشرع أعاد ترتيب الحق في الحضانة بتقديم الأب عن الجدة والخالة على أساس أن الأب أولى بها , وأكثر حرصا منهما على رعاية أبنائه.

من خلال التعديلات المتعلقة بالحضانة سعى المشرع إلى تحقيق المساواة بين الجنسين بالإضافة الى ترجيح مصلحة المحضون وهو ما يتوافق وما جاءت به اتفاقية المدروسة في المادة 16 من البند (د) الذي ينص " نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة , بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور لمتعلقة بأطفالها في جميع الأحول تكون مصالح الأطفال هي الراجحة " وما نص عليه البند (و) " نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال".

الفرع الثاني :الولايــة

هي تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية[1].

والقاصر هو من لم يستكمل أهلية الأداء , سواء كان فاقدا لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز والولاية نوعان , ولاية على النفس تتضمن الإشراف على شؤون القاصر

[1] – وهيبة الزحيلي , الفقه الاسلامي وأدلته , ج 7 ص 746.

الشخصية من تأديب وتعليم , وولاية على المال بتدبير شؤون لقاصر المالية من استثمار وتصرفات , كالبيع والرهن وغيرهما [1].

هذا ونصت المادة 87 من القانون 11/84 على ما يلي " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونيا"، حسب النص الأب هو الولي على أولاده القصر إلا في حالة الوفاة وفي حالة الإهمال أو الفقدان , يمكن للقاضي أن يصدر حكما يسمح للام بناءا على طلبها , وبعد التعديل منحت الولاية على الأولاد القصر للأب وبعد وفاته تصبح الأم قانونيا ولية على أولادها القصر , وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع تحل الأم محله في الأمور المستعجلة , وفي حالة الطلاق تسند الحضانة أي الولاية وهو ما نصت عليه المدة 87 من لأمر 02/05 " يكون الأب وليا على أولاده القصر, وبعد وفاته تحل الأم محله قانونيا , وفي حالة غياب الأب أو بحصول مانع له, تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد , وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

إن المشرع بمنحه الولاية لمن تسند له الحضانة بعد الطلاق قد ساير اتفاقية سيداو في المادة 16 الفقرة 1 البند (و) " نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية"، وهنا نجد ان قانون الأسرة المعدل أعطى صلاحيات للأم في الولاية على أبنائها كما منح إمكانيات واسعة ومساوية بين الزوجين على حسب اتفاقية سيداو والحقوق العالمية .

الخاتمــة

من خلال ما تعرضنا إليه نستخلص بأن المشرع الجزائري حاول التوفيق بين المرجعية الإسلامية والمرجعية الدولية وتطور القوانين والمواثيق الدولية , فتأرجح بين المساواة بين الرجل والمرأة وحماية المرأة سواء في انعقاد الزواج كمرحلة تمهيدية , أو أثناء الحياة الزوجية .

[1]– نفس المرجع ص 746.

إذا كانت الأسرة هي اللبنة الأساسية في المجتمع , فإن دعامتها الأساسية هي المرأة لأنها عنصر فاعل داخل الأسرة والمجتمع , ولأن وظيفتها تتميز بالخطورة والحساسية , لذالك لقيت اهتماما كبيرا في قانون الأسرة على إدخال جملة من القرارات والنصوص القانونية الهادفة إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في حدود ما تسمح به المقتضيات الشرعية وفقا لمبدأ المساواة عما هو مقرر في الشريعة الإسلامية .

أقر قانون الأسرة حرية المرأة في اختيار الزوج وهذا تركيزه على عنصر الرضا والذي ذكره في أربع مواد قانونية (4, 9 , 11 ,13) وجعل الولاية حقا للمرة الرشيدة تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها اعتماد على تفسير الآية الكريمة القاضية بعدم إجبار المرأة على الزواج بغير من ارتضته بالمعروف "ولاتعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف".

وهنا في الحقيقة كان من الأنسب الإبقاء على الولاية لأن اعتبار الولاية إجبار على المرأة وإنقاص من قيمتها هو قول خاطئ , لان مفهوم الولاية يعني في اللغة النصرة والولي هو المحب والصديق , وهو الناصر والمعين وليس القاهر المهين, فالولاية لا يجب اعتبارها سلطة , بل هي تشريف وتكليف , فالولي مكلف بالمرأة ومسؤول عنها, وهو الذي يتولى العقد عليها بعد ممارسة اختيارها بكل حرية , وهو لا يملك حق إجبارها في جميع الأحوال , فالعيب هنا ليس في الاحكام الشرعية , بل في الفهم الخاطئ لها .

كما نص التعديل على مساواة الرجل والمرأة في أهلية سن الزواج بتوحيده في تسعة عشر سنة بالنسبة للمرأة والرجل , وهذا تكييفا مع الإتفاقيات الدولية , خاصة اتفاقية مكافحة جميع شكال التمييز ضد المراة , واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 م مع تخويل القاضي إمكانية تخفيضه في الحالات الضرورية لمبررة .

وأهم ماتم التوصل إليه من نتائج هو أخذ به المشرع الجزائري بمبدأ المساواة بين الجنسين في النقاط التالية :

- فيما يخص التعدد فإن قانون الأسرة حرص على حماية المرأة وهذا من خلال التشديد بجعل التعدد لايكون إلا بترخيص من القاضي وموافقة الزوجة الأولى والثانية مع مراعاة قدرة الزوج على العدل ووجود مبرر شرعي للتعدد .
- كما أعطى التعديل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل حق الاشتراط من خلال نص المادة 19 والتي تكرس الاتجاه التعاقدي في تنظيم العلاقة الزوجية بين المرأة والرجل .
- كما نص على الوجبات والحقوق المشتركة القائمة على التوازن خاصة بإلغائه لنص المادة 39 من قانون الأسرة 11/84 القاضية بواجب طاعة الزوجة للزوج باعتباره رئيسا للأسرة وكان الأجدر الإبقاء على هذه المادة مع توضيح حدود الطاعة الزوجية .

فالطاعة من الجوانب التكليفية للمرأة في الشريعة الإسلامية والتي تعتبر حقا للزوج, وهي من الاحكام الثانية في الإسلام , فقضية القوامة في الإسلام ليست قضية عرف أو عادة أو تقليد, او قانون وضعه الرجل للسيطرة على المرأة , وإنما هي تشريع إلهي روعيت فيه مصلحة الأسرة مصداقا لقوله تعالى " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا " سورة النساء الآية 34 .

فليس المقصود منه تفضيل معدن الرجال على معدن النساء , فهما من نفس واحدة , وإنما هو تفضيل يرجع إلى فروق عضوية وبيولوجية , وليس في الحقوق والواجبات , ولا يعني ذالك القهر والاستبداد واحتقار شخصية المرأة .

ومن هنا فإن المشرع بإلغائه المادة 39 من قانون الأسرة 84-11 التي تستوجب واجب طاعة الزوجة لزوجها قد خالف حكما من الأحكام الفقهية الثابتة وساير منطق المساواة كما جاءت به المواثيق الدولية.

قائمة المراجع والمصادر

أولا- النصوص التشريعية

1- الأوامر

- الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

2- القوانين

- القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان عام 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02.

ثانيا- النصوص التنظيمية

القرارات

- المحكمة العليا غ ا ش 1999/02/16 لجنة الاجتهاد القضائي ,المحكمة العليا 2011.

- المجلس الاعلى , غ ت خ , 12/1984/é" , عدد 35026 , المجلة القضائية. 1989.

- المحكمة العليا , غرفة الأحكام الشخصية 2000/05/23 ملف رقم 243943, المجلة القضئية 2001.

ثالثا- الكتب العامة

- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة المسللمة، ج 6، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993.

- ماوديني عبد الرحيم، موسوعة فقه المرأة المسلمة، دار المحبة، دمشق.

- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، 2009.

- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائرية، دار الخلدونية، 2008.

– يحياوي اعمر، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.

– سمارة محمد، أحكام الآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية, الطبعة الاولى، الاصدار الثاني، دار الثقافة، الجزائر، 2008.

– مولاي ملياني بغدادي , حقوق المراة في الشريعة الاسلامية , قصر الكتاب 1997.

– محمود سلام زناتي , حقوق و واجبات الزوجين بين الماضي و الحاضر دراسة تاريخية مقارنة مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 12 العدد الاول مطبعة جامعة عين شمس، مصر , 1970.

– جميل فخري محمد ناجم, اثار عقد الزوج في الفقه والقانون، الطبعة الاولى، دار الحامد , الاردن ,2009.

– لوعيل محمد لمين , المركز القانوني للمراة في قانون الاسرة الجزايري دار هومة , 2004.

– بلحاج العربي , الوجيز في قانون الأسرة الجزائري ج1 , ط4 , ديوان المطوعات اجامعية , 2009.

– مصطفى ابراهيم الزلمي احكام الزواج و الطلاق في الفقه المقارن دراسة مقارنة بالقانون الطبعة الاولى الموسسة الحديثة للكاتب لسنة 2016.

– مصطفى ابراهيم الزلمي, أحكام الزواج والطلاق في الفقه المقارن دراسة مقارنة بالقنون , الطبعة الاولى , المؤسسة الجديدة للكتاب , لبنان ,2011.

– اعمر كيوي , المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري , دار لأمل، 2010 .

– عبد القادر داودي , احكام الأسرة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر.

– عثمان التكروري , شرح قانون الأحوال الشخصية , ط1 , مكتبة در الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر,2004.

- عبد القدر بن داود , قانون الأسرة الجديد , موسوعة الفكر القانوني , دار الهلال للنشر والتوزيع , الجزائر , 2005.

- احمد فراج حسين , أحكام لسرة في الإسلام , الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب , 1987 .

- احمد عرابي , مدى الإلتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قنون الأسرة الجزائري.

- وهيبة الزحيلي , الفقه الاسلامي وأدلته.

رابعا- أطروحات الدكتوراه

- بوكياس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة"، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2019.

خامسا- رسائل الماجستير

- وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجي في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، دون سنة جامعية.

- يوسفات علي هشام , الخلع والطلاق بالترضي في التشريع الجزائري , مذكرة ماجستير , جامعة تلمسان , 2009.

سادسا- مذكرات الماستر

- سعيدي كريمة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2014.

سابعا- المقالات العلمية والمداخلات

– بن مومر محمد صالح، تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، أدرار، الجزائر، العدد 04، ديسمبر 2014.

– حسن بغدادي نظام الاموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نضريتي الحق الشخصي و الحق العيني مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية السنة الرابعة العدد1– 2.

– عبد الفتاح تقية، الذمة المالية للزوجة في الشريعة الاسلامية و قانون الاسرة الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، سنة 2011.

– هجيرة دنوني, اجحاف قانون لأسرة في حق المرأة , مجلة المجلس الاسلامي الأعلى , السنة الثالثة , العدد الثالث، 2000.

– عبد القادر داودي , احكام الأسرة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر.

– محمود سلام زناتي , حقوق و واجبات الزوجين بين الماضي و الحاضر دراسة تاريخية مقارنة مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 12 العدد الاول مطبعة جامعة عين شمس، مصر , 1970.

الفهرس

مقدمة.....05

الفصل **الأول: المساواة بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج**.....09

المبحث الأول: المساواة بين المخطوبين كمرحلة تمهيدية لعقد الزواج.....11

المطلب الأول: المساواة بين المخطوبين في الاختيار.....11

المطلب الثاني: المساواة في التعرف بين عائلتي المخطوبين.....15

المطلب الثالث: المساواة بين المخطوبين في العدول عن الخطبة.....17

المبحث الثاني: المساواة بين الزوجين أثناء عقد الزواج.....21

المطلب الأول: المساواة في الرضا والقبول.....21

المطلب الثاني: المساواة في سن الزواج.....24

المطلب الثالث: المساواة في الاشتراط.....27

الفصل الثاني: مبدأ المساواة بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج.....29

المبحث الأول: المساواة بين الزوجين في المركز القانوني للزوجية.....31

المطلب الأول: المساواة بين الزوجين في الحقوق.....31

المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين في الواجبات.....34

المطلب الثالث: المساواة بين الزوجين الاتفاق المالي.....39

المبحث الثاني: المساواة بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية.....44

المطلب الأول: المساواة بين الزوجين في طلب فك الرابطة الزوجية.....47

المطلب الثاني: المساواة بين الزوجية في الحقوق المالية إثر فك الرابطة الزوجية.....56

المطلب الثالث: المساواة بين الزوجين في الحضانة والولاية على الأبناء.....60

الخاتمة.....62

قائمة المصادر والمراجع.....65

الفهرس.....69