وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي "دراسة مقارنة"

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص

اعداد الطالبة

بوكايس سمية

تحت اشراف الأستاذ

د/ تشوار جيلالي

لجنة المناقشة

أد/ حميدو زكية	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أد/ تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مقررا
د/ نزار كريمة	أستاذة محاضرة قسم"أ"	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
د/ صاري نوال	أستاذة محاضرة قسم"أ"	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا

السنة الجامعية 2018/2019

كلمة شكر وتقدير

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

لذا أتوجه بكلمة شكر وثناء أسجل بها امتناني وتقديري لأستاذي الفاضل الدكتور **تشوار جيلالي**، لما تفضّل علي به من اشراف وتأطير لهذا العمل، وكذا اهتمامه وتحمله عناء التصحيح والتوجيه والارشاد رغم مسؤولياته ومهامه فجزاه الله كل خير.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى أعضاء اللجنة المناقشة، الأستاذة الدكتورة **حميدو زكية**، والدكتورة **نزار كريمة** وكذا الدكتورة **صاري نوال**، وذلك لتفضلهم بقراءة هذا العمل، وما بذلوه من جهد لتقييمه ومناقشته.

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

اهداء

أهدي ثمرة جهدي

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

إلى التي سهرت على نجاحي وشجعتني وعلمتني الصمود دوما إلى الحبيبة الغالية أمي

الى سندي ورفيق دربي زوجي الغالي جلال

الى قرة عيني ابني محمد آدم

إلى أخوتي سارة، نبيل

إلى كل عائلتي...

إلى زملائي...وزميلاتي.

إلى كل طالب علم وباحث عن المعرفة...

بوكايس سمية

قائمة أهم المختصرات

ب.ب.ن: بدون بلد النشر.

ب.س.ن: بدون سنة النشر.

ب.ط : بدون طبعة.

ب.ع : بدون عدد.

ج: جزء .

ج.ر : جريدة رسمية.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ.ق.خ: غرفة القانون الخاص.

ف: فقرة

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ص: صفحة.

ط : طبعة.

م.أش: مجلة الأحوال الشخصية.

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

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

م.ق: المجلة القضائية.

م.ق.ت: المجلة القضائية التونسية

م.ق.خ.أ: مخبر القانون الخاص الأساسي .

Liste des Principales Abréviations

O.P.U: Office des Publications Universitaires.

P : Page.

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

مقدمة عامة

تعتبر القضايا المتعلقة بالمرأة من القضايا التي تفرض نفسها على الساحة الثقافية والإجتماعية على مرور الأزمنة، ومن ذلك قضية المرأة مقابل الرجل، أين نعتقد أنه لم يخل دين أو حضارة أو قانون من الحديث عن وضع المرأة مع الرجل حقوقا وواجبات، وأن مساحة الإختلاف قديما وحديثا تبدو شاسعة في عالم يتصاغر ويتقاصر بسبب سرعة الاتصالات وثورة المعلومات[1].

ويبقى أهم مايسيل الحبر حتى الآن هو قضية مساواة المرأة بالرجل بين مؤيد ومعارض وبين متحجر ومتحلل، وتعني المساواة [2] في نصوص الشريعة الإسلامية أن البشر كلهم أسرة واحدة إنبثقت من أصل واحد لا مكان بينهم لتفاضل في أساس الخلقة وإبتداء الحياة [3].

أما في الإصطلاح القانوني، فإن المساواة[4] تعني أن جميع الأفراد متماثلين في المراكز القانونية وفي إكتساب الحقوق والحريات العامة وإلتزامهم بالواجبات بدون تمييز أو تفريق أيا كان سببه[5].

[1] أنظر، المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية بمملكة البحرين، المرأة والرجل بين المقام والمهام، مقدمة الى المؤتمر العام الواحد والعشرين، تجديد الفكر الاسلامي، 5-8 مارس 2009، وزارة الأوقاف، مصر، 2009، ص04.

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

[3] أنظر، عبد الحكيم حسن العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الاسلام، دار العربي، مصر، 1983، ص188.

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

- التكافؤ: فكل شيء ساوى شيئا حتى صار مثله فهو مكافئ له.
- المماثلة: بمعنى المعادلة في القدر والقيمة.
- المشابهة: شابه الشي شيئا حتى صار مثله فهو مكافئ له.
- المثل: بمعنى نفس الشيء وذاته.
- النظير: و هو المثل المساوي، و هذا نظير هذا أي يعادله و يساويه
- العدل: فلان يعدل فلان أي يساويه.
- الموافقة: يقال هذا وافق هذا أي يعادله و يساويه.

الأسوة: القوم أسوة في هذا أي حالهم فيه واحدة، أنظر رشاد حسن خليل، نظرية المساواة، المرجع نفسه، ص.14 – 18.

[5] أنظر، بن عومر محمد صالح، مساواة المرأة في التشريعات الأسرية المغاربية (الجزائر- تونس- المغرب)، مجلة الحقيقة، 2016، العدد 38، ص57.

ويعرف كذلك حق المساواة على أنه حق التمتع لكل إنسان بجميع الحقوق والحريات دون تمييز بسبب العنصر أو الجنس أو الدين أو اللغة أو الرأي أو الأصل الوطني أو الإجتماعي ...أو أي وضع آخر[1].

ويلخص عبد الله عبد المنعم العسيلي هذه التعاريق قائلا أن المساواة هي جعل الناس متمثالين في الحقوق والواجبات تماثلا مطلقا[2]، وعليه يمكننا القول أن المساواة بين الجنسين تعني تماثل الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات تماثلا مطلقا ليس فيه تمييز بسبب الجنس أو أي وضع آخر.

وما يميز قضية المساواة بين الرجل والمرأة في وقتنا الحالي هي كثرة المطالبة بها والإلحاح على تطبيق مبادئها، إلا ان هذه المطالبة لم تأت من العدم بل سبقتها خلفية تاريخية ترجع أساسا لما عانته المرأة قديما من إستعباد خاصة في أوروبا وقد كانت مكانة المرأة متفاوتة بل وأحيانا متناقضة. وكانت النظرة إليها قد تأرجحت من إعتبارها كائنا منحطا أشبه بالأحياء إلى عدها شيطان يوحي بالشرور والخطيئة، إلى عدها السيدة والحاكمة في أقدار المجتمع[3].

وكانت المرأة اليونانية لا تغادر البيت مسلوبة الحرية منقوصة المكانة في كل مايرجع للحقوق والفطرة الإنسانية، لا تغادر البيت محرومة من الثقافة ولا يسمح لها إلا بتدبير شؤون المنزل وتنشئة أطفالها[4].

ولم يكن الرومان بأرحم على المرأة من اليونانيين، فقد كانوا ينظرون إليها نظرة إحتقار وإزدراء واتهمومها بالسحر والعرافة[5]، هذا وكانت المرأة دائما خاضعة لرب الاسرة مادام حيا أين كان له السلطة المطلقة، فيقوم بتزويج الأبناء والبنات دون إرادتهم. أما الأهلية المالية فلم يكن

[1] أنظر، ولد خسال سليمان، حق المساواة في الفقه الاسلامي والمواثيق الدولية ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، 2008، عدد 04، ص14.

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

[3] بشير دحان، تطور مكانة المرأة عبر التاريخ، 2015/12/01، www. Bnalislam.com

[4] أنظر، ناي بنسادون، حقوق المرأة منذ البداية حتى النهاية، عويدات للنشر، بيروت، لبنان، 2001، ص.51؛ رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية، ج.2، ط.1، دار الفاروق، للنشر، القاهرة، مصر، 2007، ص.10..

[5] أنظر ، أعمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الاسلامية والقانون الدولي، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 10.

للبنت حق التملك وإذا إكتسبت مالا أضيف لرب الأسرة وإذا تزوجت أبرمت عقدا مع زوجها يسمى إتفاق السيادة أي بسيادة الزوج عليها[1]. نفس الأمر كان في الشرائع الهنديّة التّي عدّت المرأة من فصيلة الإماء أو الصبيان، إذ ورد بشريعة مانو:"لا يجوز ترك المرأة لنفسها"[2].

أما بالنسبة للمسيحيين فالمرأة عندهم خاضعة للرجل ذلك لأنها مسخرة ومخلوقة من أجله، وتقول المسيحية أن رأس المرأة هو الرجل لأن الرجل ليس من المرأة بل المرأة من الرجل[3].

أما عن المرأة في الجاهلية فقد كانت كالسائمة[4] تورث كما تورث السوائم ويتصرف بها الذي يرثها كما يشاء، يتزوجها أو يرغمها على البغاء والفجور[5]. وكانت مهضومة الحقوق ليس لها حق الميراث ولا التملك وليس لها على زوجها أي حق، وليس لها أن تختار زوجها[6] ناهيك عن معاملة المرأة بإحتقار بإعتبارها عار وفضيحة لابد من التخلص منها عن طريق وأدها، إذ كانوا في عهد الجاهلية يتشاءمون من ولادة الأنثى فيئدونها، علاوة على عضل النساء من الزواج بحبسهن دونه والتضييق عليهن فيه[7].

وبظهور الإسلام رفع من شأن المرأة وكفل لها حقوقها إذ إعترف لها بشخصيتها ومنع وأدها، إضافة إلى منحها حق التملك وحق إختيار زوجها وحق الميراث[8].

[1] أنظر، مصطفى السباعي، تطور حقوق المرأة عبر التاريخ، من كتاب المرأة بين الفقه والقانون، ط.6، المكتب الاسلامي، بيروت، 1984، ص.05.

[2] حسن نصار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية و القانون الدولي والمقارن، ط.2، دار النشر الثقافية، القاهرة، 1989، ص40.

[3] رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص. 17.

[4] السائمة: جمعها سوائم، وهي كل ابل أو ماشية ترسل للرعي ولا تعلف، معجم المعاني الجامع.

[5] بشير دحان، المرجع السابق.

[6] مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.06.

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

[8] ناي بنسدون، المرجع السابق، ص. 17

أما في العصور الحديثة، فإن مكانة المرأة تطورت بشكل سريع ومختلف، ففي فرنسا[1]وإنجلترا[2]لم يعترف بالمرأة كإنسان إلا مؤخرا، وبعدها تم صدور قوانين تمنح لها بعض التصرفات المالية مع إعطائها حق التملك. وأصل هذا التطور السريع في مكانة المرأة عند الغرب هو ظهور بوادر الحركة الأنثوية في شكل مجموعات تنادي بحقوق النساء مباشرة بعد الثورة الفرنسية سنة 1789 ، في ظل شعارات تبنتها الثورة عن الحرية والمساواة ومثل هذه الشعارات إجتاحت كل دول أوروبا وأمريكا في القرن 18م.

وعلى إثر ذلك لم يؤسس مبدأ المساواة بين الجنسين بشكل واضح إلا في منتصف القرن العشرين[3] إذ نصت ديباجة الأمم المتحدة على أنه :" نحن شعوب الأمم المتحدة، عزمنا... على الاعلان من جديد إيماننا... بالمساواة في الحقوق بين الرجال و النساء... ".

وفي نفس المرحلة صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 والذي أكد على مبدأ المساواة بين الجنسين دون تمييز من خلال المادة 02 منه[4].

وبعد ذلك إزداد الإهتمام من قبل المنظمات الدولية والعالم كله بقضايا المرأة وإعطائها حقوقا متساوية لحقوق الرجل خاصة مع صدور إتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز[5]ضد المرأة

[1] اذ عقد اجتماع سنة 1586 في فرنسا لبحث شأن المرأة اذا ما كانت تعد انسانا أو لا، وبعد النقاش قرر المجتمعون أنها انسان ولكنها خلقت لخدمة الرجل، أنظر، سمر الزين، النرأة عبر العصور، 2010/06/28، www.quran-m.com.

[2] أما في انجلترا فبقيت النساء حتى سنة 1850 غير معدودات من المواطنين، سمر الزين، المرجع نفسه.

[3] عيساوي عبد النور، حفوف المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2015/2014، ص.06.

[4] والتي جاء فيها: " كل انسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الاعلان دون أي تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة، أو الدين أو الرأي السياسي أو أي راي اخر، أو الأصلي الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون أي تفرقة بين الرجال والنساء."

[5] يعني مصطلح التّمييز ضدّ المرأة أي تفرقة أو آستبعاد أو تقييد يتمّ على أساس الجنس و يكون من آثاره أو أغراضه النّيل من الإعتراف للمرأة على أساس تساوي الرجل والمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والإقتصادية والإجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر أو إبطال الإعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بغض النظر عن حالتها الزوجية، وهو التعريف الوارد في الاتفاقية وذلك حسب المادة الأولى منها. يقصد بـــ "التمييز ضد المرأة" كذلك أي تمييز أو إبعاد أو تقييد، أو أي معاملة تمييزية على أساس الجنس، تستهدف أو ينتج عنها إضعاف أو إبطال الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في جميع ميادين الحياة بغض النظر عن حالتها الاجتماعية، أو تضعف أو تبطل تمتع المرأة أو ممارستها لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.، المادة 01 حرف ه من بروتوكول حقوق المرأة في أفريقيا الملحق بالميثاق الأفريقي

سنة 1979[1]، والتي تعتبر من أهم الإتفاقيات التي تنادي بالمساواة بين الجنسين حيث تجاوزت كل ماجاءت به سابقاتها ذلك لجرأتها وصراحتها في تكريس مبدأ المساواة، فضلا عن تميزها بالطابع الإلزامي أين تلزم الدول المصادقة عليها بتجسيد مبدأ المساواة وحماية حقوق المرأة من خلال تشريعاتها الداخلية، والأكثر من ذلك نصها على إنشاء لجنة مكلفة بتلقي ودراسة تقارير الدول ومتابعة مدى إلتزامها بتفعيل نصوص الإتفاقية[2].

وتعتبر هذه الإتفاقية بمثابة الدافع والمحرك الذي أطلق العنان لمختلف الفئات للمطالبة بالمساواة بين الجنسين والقضاء على التمييز ضد المرأة، أين اتسمت الفترة التي بعد صدورها بانعقاد المؤتمرات والإجتماعات لهذا الغرض، أهمها مؤتمر كوبنهاجن سنة 1980 معلنا تكريس جهوده في إنهاء التمييز والتفرقة بين الرجل والمرأة، إضافة إلى مؤتمر بكين 1995 وقد بلور هذا المؤتمر كل القضايا المتعلقة بالمرأة في المؤتمرات السابقة تحت إسم حقوق المرأة جزء من حقوق الإنسان[3].

والجدير بالذكر أن هذه المطالبة بالمساواة وعدم التمييز ضد المرأة انما تشمل كل المجالات دون استثناء، وتمس كل القوانين باختلاف أنواعها، مما جعلنا نحدد دراستنا هذه في مجال واحد وهو مجال قانون الأسرة، مع الاعتماد على دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والتونسي.

لحقوق الإنسان والشعوب. عتمدته الجمعية العامة لرؤساء دول وحكومات الاتحاد الأفريقي، وذلك أثناء انعقاد قمتها العادية الثانية في العاصمة الموزمبيقية، مابوتو في 11 تموز/يوليو2003.

[1] بالاضافة الى تأسيس صندوق الأمم المتحدة الانمائي للمرأة وانعقاد المؤتمر العالمي الأول للمرأة في المكسيك سنة 1975.

[2] وتتكون الاتفاقية من 30 مادة قانونية ملزمة للدول الأطراف، تدعو إلى المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع الميادين مع تأكيدها على النظر إلى المرأة كفرد بغض النظر عن حالتها الاجتماعية سواء كانت عزباء، متزوجة، مطلقة أو أرملة، والغاء مفهوم التمييز ضدها، أنظر، نهى نهى القرطاجي، قراءة اسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعة الاسلامية والاتفاقيات والاعلانات الدولية"، جامعة طنطا، مصر،7–9 أكتوبر، 2008، الموقع الالكتروني، www.iicw.org.

[3] وقد تمّ في هذا المؤتمر بالذّات تقييم ما أنجز في العالم في مجال تطوير حقوق المرأة خلال العشريّة المنقضية أي منذ إنعقاد المؤتمر الثّالث في نيروبي 1985 وذلك لتبين مدى تطوّر التشريعي الدّولي لمبدأ المساواة بين الجنسين على أرض الواقع و تطوير العقليات لا سيّما أنّ مبدأ المساواة بين الجنسين مازال يمثل إحدى الحلقات الضعيفة في منظومة حقوق الإنسان. أنظر، منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الاسلامي، دراسة مقارنة بين التشريع الاسلامي والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، ط.1، دار الثقافة للنشر، لبنان، بيروت، 2011، ص.82-88؛ الطيّب البكوش، في سبيل دعم حقوق المرأة، جريدة الصحيفة العربية لحقوق الانسان، أوت 1995، ص03.

ذلك أن السعي الغربي الى تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة جعل صيته ينتشر في العالم الإسلامي أين تعالت الأصوات العربية والإسلامية منادية بحقوق المرأة خاصة في المجال الأسري. وعليه لم تسلم التشريعات الأسرية العربية من ذلك مما أدى بها إلى تعديل نصوصها بما يتوافق مع هذا المبدأ ونخص بالذكر هنا الجزائر وتونس مع وجود اختلاف من حيث مضمون التعديل وسرعة تطور النصوص.

فقانون الأسرة الجزائري لسنة 1984[1] جاء منبثقا من الشريعة الاسلامية[2] رغم تأخر صدوره عشرون سنة بعد الاستقلال وقد ظل هذا القانون هو السائد والمعمول به لسنوات عدة بالرغم من احتوائه على عدة نقائص وتناقضات.

وأمام التطورات والتغيرات التي شهدتها الجزائر في ظل النظام العالمي الجديد والتطور الفكري والعلمي مما أدى الى زيادة الاهتمام بالمرأة خاصة من الجانب الأسري والرغبة الى التغير بإدخال تعديلات على قانون الأحوال الشخصية.

وعليه أصبح لزاما على المشرع أن يساير هذا التطور بإعادة الرؤية في نصوص التشريع الأسري، فكانت أولى الندوات التي عقدت بالجزائر لمناقشة قانون الأسرة تلك التي نظمها المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1999، وأهم توصية جاءت في هذه الندوة هو أن الاسلام باعتباره دين

[1] القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27. ج.ر 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27، ص.19.

[2] أما فيما يخص ما قبل 1984 فان الجزائر عرفت عدة مراحل: فقد عمل القضاء المتعلق بالأسرة وفق قواعد النظام الفرنسي وذلك سدا للفراغ التشريعي والقانوني فصدر قانون رقم 157/62. المؤرخ في 31ديسمبر1962 القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية ما عدا موادها الاستعمارية والعنصرية. وبعدها صدر القانون رقم 244/63 المؤرخ في 1963/06/29 الذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج وتحديد سن الزواج ثم صدر الأمر رقم 69/72 المؤرخ في 16 سبتمبر1969 حيث عدل القانون 22/63 فيما يتعلق باثبات الزواج. وبالغاء المشرع بمقتضى الأمر الصادر في 05جويلية 1973 للقوانين الفرنسية الداخلية برزت وضعية قانونية جديدة تتمثل في ترك كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للشريعة والعرف، أنظر دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري. دراسة سوسيوقانونية لقانون الاسرة المعدل والمتمم 2005، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014، ص60-72

الدولة لا يمنع من ترقية القوانين والأفكار الخاصة بترقية المرأة وأن قانون الأسرة هو قانون وضعي مستوحى من الشريعة الاسلامية وكل قانون وضعي يخضع للاجتهاد[1].

هذا وبقي قانون الأسرة لسنة 1984 بين عدة اتجاهات منها من تطالب بإلغائه لاعتباره لم يعد يتماشى مع التطور الحاصل ومع حقوق المرأة، لدرجة اعتباره قانون تمييز مجحف ومهين بحق المرأة[2]. ومنها من تدعو الى البقاء على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، ذلك أن الاسلام دين الدولة وأنه بتعديل قانون الأسرة، فإن ذلك بمثابة استجابة لدعاوى التيار الغربي الذي يريد تجريد المجتمع من هويته الاسلامية[3].

وما تجدر الاشارة اليه هنا أنه بالإضافة الى هذا النزاع الداخلي، فإن الجزائر فتحت على نفسها جبهة ثالثة أخرى خارجية، وذلك بمصادقتها على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة سنة 1996[4].

مما أدى الى وجود حملات دولية مطالبة بتعديل قانون الأسرة، اذ سعت لجنة القضاء على التميز ضد المرأة من خلال تقاريرها إلى الضغط على الجزائر لتغير منظومتها القانونية بما يتماشى مع مبدأ المساواة، حيث جاء في تقرير لها ما يلي:" إن اللجنة تشعر بقلق شديد ازاء حقيقة أن قانون الأسرة لا يزال يتضمن العديد من الأحكام المميزة التي تحرم المرأة الجزائرية من حقوق أساسية من قبيل الموافقة الحرة على الزواج والحق على قدم المساواة مع الرجل في الطلاق، وتقاسم المسؤوليات

[1] محفوظ بن صغير، أثر تعديل قانون الأسرة في ترقية المركز القانوني للمرأة، مجلة... ، فيفري 2014، العدد 01، ص. 107

[2] وهو ما ذهبت اليه خاصة الجمعيات النسائية الجزائرية، أنظر، نور الدين زمام، بن قفة سعاد،قانون الاسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، 2012، عدد07، ص. 163.

[3] وهو ما نادى به بعض الأحزاب السياسية المعارضة للتعديل ولمبدأ المساواة، لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006، ص. 03وما بعدها، نور الدين زمام، بن قفة سعاد، المرجع السابق، ص165.

[4] وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب الأمر الرئاسي 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996 مع ابداء بعض التحفظات والتي شملت المواد 02، 9 فقرة 2، 15 فقرة 4، 29 فقرة 01، والمادة 16. وأبرز وأهم المواد الجوهرية والتي تحفظت عليها الجزائر وهي المادة 02 والمادة 16، وذلك لحساسية الأمور التي تنص عليها هذه المواد، فالأولى تفرض ايجاد القوانين التي تعمل على إزالة التمييز ضد المرأة. أما الثانية فتتعلق بفرض المساواة في مجال الأحوال الشخصية، حيث برّرت الجزائر تحفظها على هذه المواد باسم عدم التعارض مع نصوص قانون الأسرة.

العائلية ومسؤولية تربية الأطفال والوصاية المشتركة على الاطفال مع الأب، والحق في الكرامة والاحترام الذاتي، وفوق هذا وذلك إلغاء تعدد الزوجات "[1].

وبذلك، كانت ثمرة الصراع الداخلي بين الاتجاهين وكذا الضغوط الخارجية هو تعديل قانون الأسرة الجزائري الحالي بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

وبموجب هذا الأمر أدخلت عدة تعديلات على قانون الأسرة ترتقي بالمركز القانوني للمرأة فيه، وتحمي حقوقها وحقوق أبنائها سواء في الزواج أو الطلاق أو حتى آثارهما.

هذا بالنسبة الى الجزائر، أما فيما يتعلق بقانون الأسرة التونسي، فإنه بالرجوع الى فترة ما قبل الاستقلال فإنه لا وجود لقانون أسرة مثل قانون الالتزامات والعقود وقانون العقوبات، أو ما يسمى في تونس بمجلة الالتزامات والمجلة الجزائية، بل كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في المحاكم[2] الشرعية[3].

وقد كانت عدة محاولات قبل الاستقلال من أجل تقنين مادة الأحوال الشخصية إلا أنها باءت كلها بالفشل الى أن استقلت تونس، حيث كان أول عمل قامت به الحكومة أنذاك هو انتداب لجنة لوضع مجلة الأحوال الشخصية وكان ذلك في 13أوت 1956. وقد ارتبط ظهور هذه المجلة[4]بانتشار الدعوات التحررية للمطالبة بالاستقلال تونس وبحاجة الدولة الفتية إلى النهوض بالمرأة كجزء من ارساء قيم الحداثة والتطور[5].

وما يجب الاشارة اليه هنا أنه بمجرد صدور المجلة أصدرت وزارة العدل منشورا تم النص فيه أن مجلة الأحوال الشخصية اعتمدت أساسا على أحكام الشريعة الإسلامية، وبصورة استثنائية

[1] ردود لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حول التقرير الأولي للجزائر، بتاريخ 01 سبتمبر 1998، ص.12.

[2] علما أن المحاكم كانت ذات أنواع: المحكمة الفرنسية التي كانت تطبق القانون الفرنسي على الفرنسيين والأجانب بصورة عامة، محكمة الإخيار والتي تنظر في شؤون اليهود بالاضافة الى المحاكم الشرعية والتي كانت تنقسم الى محاكم مالكية ومحاكم حنفية.

[3] ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية ، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص 06.

[4] أمر علي المؤرخ في 13/أوت/1956 يتعلق باصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1956/08/17، عدد 66.

[5] محمد جلال بن سعد، مجلة الاحوال الشخصية دراسة وتحليل، ج١، مجلة القلعة، مجلة ثقافية علمية، 25 فبراير 2017، الموقع الالكتروني www.elkalaa.org.

على أحكام بعض التشاريع الأخرى بالنسبة لبعض الأحكام التي لم تكن متضاربة مع أحكام الشريعة الإسلامية[1] .

وقد انخرطت تونس في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة بمقتضى قانون 68 لسنة 1985المؤرخ في 1985/07/12[2].

حيث تعتبر تونس أول البلدان العربية والإسلامية التي وقعت على هذه الاتفاقية، وقد تبنى المشرع التونسي كل التنصيصات التي أوردتها الاتفاقية والتي أحاطت بكل جزيئات المساواة حيث لم يلفظ منها إلا ما عده مخالفا للشريعة الإسلامية[3]. وجعل منها جزءا من القانون الداخلي للدولة التونسية بمجرد أن صادق عليه[4].

وما يميز مجلة الأحوال الشخصية عن قانون الأسرة هو سرعة التطور والتغير لصالح المرأة وحقوقها، والذي طرأ على المجلة مقارنة بالقانون الأسري الجزائري الذي ظل ساري المفعول لمدة تفوق 20سنة.

أما المجلة التونسية بقيت على صياغتها الأولى الصادرة في 1956 لمدة عامين فقط حتى جاء قانون 04 جويلية 1958[5]الذي تم بموجبه تطوير أحكام الفصل 18 المتعلق بمنع تعدد الزوجات،

[1] ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع السابق، ص07.

[2] قانون عدد 68 لسنة 1985 المؤخ في 1985/07/12، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1985/07/12، عدد 54، ص 929.

[3]وقد أبدت تونس تحفظاتها بشأن عدد من النقاط بالمواد 9 و15 و16 و29 من الاتفاقية التي تمحورت بالخصوص حول حق المرأة في إسناد لقبها العائلي أو جنسيتها لأطفالها وحقها في حرية اختيار مقر الإقامة إضافة إلى الاعتراف بنفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج ونفس الحقوق كوالدة بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالها ونفس الحقوق والمسؤوليات في ما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال ونفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات.

ومن ناحية أخرى تعلق الاحتفاظ حول المادة 29 بعدم التزام الدولة التونسية بأحكام الفقرة 1 من هذه المادة والتي تنص على أن أي خلاف ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية ولا يسوى عن طريق المفاوضات يجب أن يعرض على محكمة العدل الدولية وذلك بناء على طلب إحدى هذه الدول. وقد تم في أكتوبر 2011 الإعلان عن قرار سحب جميع التحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو). بعد أعوام من التردد، أخطرت الحكومة التونسية الأمم المتحدة بقرارها الذي يبدأ نفاذه في 17 أبريل2014.

[4]سنية مشرقي، مبدأ المساواة بين الجنسين في القانون، مذكرة للتخرج من مدرسة القضاء، تونس، 2002، ص90 .

[5] قانون عدد 70 لسنة 1958 المؤخ في 1958/05/04، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1958/07/01، عدد 52، ص 886.

وفي السنة الموالية جاء قانون 19جوان 1959[1] الذي أضاف قواعد الرد في الميراث وأحكام الوصايا بما دعم حقوق المرأة والأطفال الأيتام في مجال المواريث.

هذا وتوالت عدة قوانين بعدها[2] لغاية تنقيح 12جويلية1993[3] أين يعتبر هذا التنقيح من أهم التعديلات المدخلة على المجلة من حيث الكم والكيف، وذلك لأنه حافظ على مكاسب 1956 ولكنه طور الرؤية التشريعية وتميز بدعمه لمبدأ المساواة بين الجنسين واقرار شراكة فاعلة بينهما.

ويضاف الى ذلك قانون 5جويلية 1993[4] المتعلق باحداث صندوق النفقة الغذائية وجراية الطلاق، وجاء بعده عدة قوانين[5] لغاية قانون مارس 2008[6] والذي قام بتثبيت حق الحاضنة في المسكن[7]. هذا الى جانب قانون 14 ماي 2007[8] والمتعلق بتوحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة ب 18سنة لكلا الجنسين.

وتتجلى أهمية دراسة موضوع المساواة بين الجنسين في حداثته واعتباره قضية حيوية تخص المرأة خاصة والمجتمع عامة، حيث أن الاهتمام الذي حظي به هذا الموضوع كان أول دافع لنا من أجل الخوض في هذا البحث، خاصة في وقتنا الحالي والذي عرف إلحاحا كبيرا من فئات مختلفة لأجل تكريس هذا المبدأ.

---

[1] قانون عدد 77 لسنة 1959 المؤخ في 1959/06/19، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1959/06/23، عدد 34، ص 898.

[2] اضافة لقانون 28ماي 1964 والذي أضاف الكتاب 12المتعلق بالهبة الى مجلة الأحوال الشخصية، وقانون 3جوان 1966 الذي أقحم في المجلة اعتبارات مصلحةالطفل في كل مسائل الحضانة ثم قانون فيفري 1981 الذي طور اجراءات الطلاق وأقر حق المطلقة في جراية عمرية وحق الام في الولاية على أولادها الأيتام عند وفاة الأب.

[3] قانون عدد 74 لسنة 1993 المؤخ في 1993/07/12، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1993/07/20، عدد 53، ص 1004.

[4] قانون عدد 65 لسنة 1993 المؤخ في 1993/07/05، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1993/07/06، عدد 50، ص 1851.

[5] أهمها قانون 28أكتوبر 1998 المتعلق باسناد لقب عائلي للطفل مهمل ومجهول النسب، وقانون 9 أكتوبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

[6] قانون عدد 20 لسنة 2008 المؤخ في 2008/03/04، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 2008/03/11، عدد 21، ص 1004.

[7] تطورات مجلة الأحوال الشخصية، 16 نوفمبر 2010 الموقع الابكتروني www. overblog.com؛ فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، الدار المتوسطية للنشر، تونس، 2015، ص18 وما بعدها.

[8] قانون عدد 32 لسنة 2007 المؤخ في 2007/05/14، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 2007/05/25، عدد 42، ص 1851.

دون أن ننسى دافعا آخر وهو رغبتنا الملحة في التوسع في موضوع المساواة بين الجنسين أكثر ودراسة جميع جوانبه من خلال التحليل والمقارنة، وذلك بعد دراستنا السابقة له[1]والتي بينا فيها أثر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة على تعديلات قانون الأسرة الجزائري فيما يخص مبدأ المساواة.

وما شجعنا أكثر لهذه الدراسة هي تلك العقلية التي أصبحت تفكر بها المرأة العربية والمسلمة، متبعة فيها كل ما يقال دون أن تبحث وتتقصى حقيقته هادفة بذلك الى التحرر المزعوم دون معرفة عواقبه عليها وعلى أسرتها وعلى المجتمع ككل.

هذا بالاضافة الى كثرة الانتقادات والتعليقات الموجهة لقوانين الأسرة العربية، والطعن في الشريعة الإسلامية على أنها مجحفة في حق المرأة ومنتقصة من مكانتها.

وعن اختيار القانون التونسي دون غيره من أجل المقارنة هو لأسباب عدة أهمها اعتبار مجلة الأحوال الشخصية كمجلة فريدة ومميزة سواء من حيث المضمون أو الأهداف، والتي سعت الى تحقيقها، اذ أن تونس أول البلدان العربية والإسلامية التي ذهبت الى اقرار المساواة بين الجنسين وحاولت تطبيقه تطبيقا تاما، ولا تزال حتى الآن تسعى الى ذلك.

أما عن اهتمامي واختياري لمجال الأسرة فهو لحساسيته وأهميته ومعالجته لقضايا ومسائل هامة وحساسة نمر بها ونطبقها يوميا، واعتبارا كذلك أن الأسرة أساس المجتمع وللمرأة دور فعال داخلها.

وأبرز ما تهدف إليه هذه الدراسة هو إماطة اللثام عن كل ما يتعلق بمبدأ المساواة بين الجنسين سواء من حيث مضمونه أوكيفية ومدى تكريسه. والأكثر من ذلك محاولة معرفة حدود تطبيق هذا المبدأ من خلال التدقيق في كل ما جاء به قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية مع تبيان أهم الفروقات بين القانونين وكذا النواقص الموجودة في كل منهما.

[1] ارجع في ذلك الى بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان، 2014.

وبهذا تبدو اشكالية هذه الدراسة واضحة والتي تتمحور أساسا في ما مدى تكريس وإقرار مبدأ المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي؟ وتتفرع عن هذه الاشكالية عدة أسئلة: ماهي أهم الفوارق بين القانونين في هذا الموضوع؟ وما مدى جرأة كل قانون في تطبيق هذا المبدأ؟

وللإجابة على هذه الاشكاليات سوف نعمد الى اتباع المنهج التحليلي والمقارن لتحليل النصوص القانونية والمقارنة بين ما جاء في قانون الأسرة ومجلة الأحوال الشخصية دون اغفال ما جاءت به الشريعة الإسلامية خاصة في المسائل التي تستدعي ذلك.

وفي سبيل تحقيق أهداف البحث سيتم تقسيم الدراسة إلى بابين كالتالي:

الباب الأول: المساواة بين الجنسين في مسائل الزواج وآثاره

الباب الثاني: المساواة بين الجنسين في مسائل الطلاق وآثاره.

الباب الأول

المساواة بين الجنسين في مسائل الزواج وآثاره

إن عقد الزواج من أعظم العلاقات ومن أهم العقود التي أكد عليها الاسلام ورغب فيها، فهو رباط وثيق بين الرجل والمرأة يرمي الى الحفاظ على النوع الانساني.

ويعرف على أنه "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات"[1].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه يعرف عقد الزواج في المادة 04 منه قائلا: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". إلا أن المشرع التونسي لم يعط أي تعريف للزواج في مجلة الأحوال الشخصية وقد وضع بعض الفقهاء التونسيين تعريفا له، إذ عرفه الأستاذ ساسي بن حليمة على أنه: "عقد رسمي بين رجل وامرأة قصد الحياة المشتركة"[2].

ويمر عقد الزواج بعدة مراحل لانعقاده، تبدأ من مرحلة الاختيار والخطبة لمرحلة الانعقاد بتوافر شروط وأركان، الى أن يصل الى تحقيق أهدافه وترتيب آثاره الشخصية والمالية.

وتبعا لذلك يمكن التساؤل عن مدى تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في التشريعين الأسريين الجزائري والتونسي فيما يتعلق بأحكام انعقاد الزواج وكذا آثاره؟

وعليه، للإجابة على السؤال المطروح لابد من تقسيم هذا الباب الى فصلين، حيث سيتم التطرق في الفصل الأول إلى أحكام الزواج المتعلقة بالانعقاد دون نسيان المرحلة السابقة له، وهي مرحلة الخطبة والتي تسمى في القانون التونسي بالمراكنة. أما في الفصل الثاني، فسيتم التعرض إلى الآثار المترتبة على عقد الزواج سواء الآثار الشخصية أو المالي.

---

[1] أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص54.

[2] ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص28.

الفصل الأول

المساواة بين الجنسين في ابرام عقد الزواج

إن أهمية عقد الزواج تقتضي مروره بعدة مراحل حتى يصبح نافذا وهو ما يطلق عليه بمراحل تكوين العقد، وذلك حتى يكون طرفيه على استعداد تام لتحمل مسؤولية هذا الزواج خاصة تلك الآثار المترتبة عنه.

وما يميز مراحل تكوين هذا العقد عن غيره هي تلك الضوابط والمقومات التي يقوم عليها والتي لا نجدها في سائر العقود الأخرى، وتتمثل هذه المقومات في الأركان والشروط الخاصة به، والأكثر من ذلك نجد أن المقبلين على الزواج لا يقدمون على ابرامه إلا بعد تدبر وقطع مرحلة تمهيدية سابقة له.

وعلى أساس ذلك هل تم مراعاة مبدأ المساواة بين الجنسين من المشرعين التونسي والجزائري عند وضع أحكام انعقاد الزواج؟

للإجابة على ذلك سيتم دراسة كل المراحل المتعلقة بالانعقاد في المبحث الأول. أما في المبحث الثاني، فسنبحث في مسألتين هامتين في عقد الزواج وهي مسألة الاشتراط وتعدد الزوجات خاصة أن هذه الأخيرة قد اشتد النقاش حولها.

المبحث الأول

المساواة بين الجنسين في انعقاد الزواج والمرحلة السابقة له

شأن كل عقد له أهمية ينبغي أن تسبقه تمهيدات ومقدمات أو ما يسمى المرحلة السابقة للتعاقد، ليتبيّن لكل واحد من العاقدين مدى تحقيق رغباته ومطالبه في العقد. وبالنسبة لعقد الزواج فإن هذه المرحلة تتمثل فيما يسمى عند العرب وفي لسان الشرع الإسلامي بالخطبة التي تعد مقدمة

للزواج ووسيلة إليه، إذ تعتبر أهم مرحلة في العقد بما يترتب عليها من نتائج، ففيها يتم اختيار شريك الحياة بعد البحث والتدقيق وعدم التسرّع في هذا الاختيار.

وفي هذا الإطار يحق لنا التساؤل عن مدى سعي كل من المشرع الجزائري والتونسي إلى حماية المرأة. و بعبارة أخرى هل توجد مساواة بين الرجل والمرأة في مرحلة الخطبة، خاصة أنها مرحلة حساسة ينتج عنها انعقاد الزواج نهائيا أو الانفصال دون ذلك؟ (المطلب الأول) هذا من جهة، أما من جهة أخرى، نجد أن عقد الزوج لا ينعقد ولا يكون نافذا إلا إذا أشتمل على مقومات تتمثل أساسا في الشروط والأركان. فلا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين وقبولهما التام وهو ما يسمى بالرضائية في عقد الزواج(المطلب الثاني)، هذا فضلا عن الشروط الموضوعية والشكلية الأخرى (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الخطبة

الخطبة هي تمهيد للزواج وقد شرعت للتعارف والتوافق بين الطرفين، فإذا اتفقا تم الزواج أما إذا لم يتفقا فيحق لكليهما العدول عن هذه الخطبة. فما مدى تجسيد مبدأ المساواة في الخطبة باعتبارها مرحلة مهمة تسبق انعقاد الزواج؟

من هذا المنطلق سيبدأ بحثنا عن مفهوم الخطبة وطبيعتها القانونية (الفرع الأول) وذلك قبل الحديث عن مدى ضمان تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة سواء من ناحية الإعلان عنها (الفرع الثاني) أو العدول عنها (الفرع الثالث)، وكذا آثار هذا العدول (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعريف الخطبة وطبيعتها القانونية

تعتبر الخطبة كمقدمة وتمهيد للزواج ولها أهمية بالغة جدا نظرا لما ستسفر عنه، فإما تنتهي بانعقاد الزواج بين الطرفين أو عدول أحدهما أو كليهما وصرف النظر عن العقد. وعليه، ماهو تعريف الخطبة وما هي طبيعتها القانونية؟

أولا: تعريف الخطبة:

في تعريفه اللغوي للخطبة، قال ابن منظور: " الخطبة مصدر بمنزلة الخطب، والعرب تقول: فلان خطب فلانة: إذا كان يخطبها ويقول الخاطب: خطب فيقول المخطوب إليهم نكح، وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها، وكانت امرأة من العرب يقال لها أم خديجة، يضرب بها المثل، فيقال: نكح، ويقول العرب: واختطب القوم فلانا إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم"[1].

وأصل لفظ الخطبة مشتق من الخطاب أو من الخطب والخطاب هو الكلام وتخاطبا بمعنى تكلما وتحادثا. فإذا تعلق هذا الخطاب بامرأة كان المعنى المتبادر للذهن أن يكون هذا الخطاب بشأن الزواج بها، وتكون الخطبة بمعنى الكلام الذي يحدث بشأن طلب الزواج.

هكذا نجد الخطبة من الناحية اللغوية تعني طلب الرجل امرأة معينة للزواج بها، وبمجرد هذا الطلب يصح القول بأن فلانا خطب فلانة سواء قبلت المرأة هذا الطلب أو قبله أهلها أو لم يكن تم قبوله بعد[2].

[1]- ابن منظور محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414هـ، ص210.

[2]- عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، مطبعة السعادة، مصر، 1976، ص05.

بينما للخطبة في الاصطلاح عدة تعريفات:

الخطبة بكسر الخاء إلتماس التزوج، أو إلتماس نكاح المرأة[1]. وقد عرفها الإمام محمد أبو زهرة أنها: "طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج منها، والتقدم إليها، وإلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"[2].

وهي كذلك: "طلب نكاح المرأة من وليها"[3] "أو التماس النكاح، وما يفعله الخاطب من الطلب والاستلطاف بالقول والفعل"[4].كما عرّفها بدران أبو العينين بدران بأنها: " إظهار الرجل رغبته في التزوج بامرأة يحل له التزوج بها"[5].

أما من زاوية التشريع، نصّ قانون الأسرة الجزائري على الخطبة في المادة 05 منه قائلا: "الخطبة وعد بالزواج". غير أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فقد تكلمت عن الخطبة في الفصل الأول منها قائلة: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به" من خلال هاتين المادتين يتبين أن كل من التشريعين الأسريين لم يعطيا تعريفا مفصلا للخطبة، بل اكتفيا بالتأكيد على أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج.

[1]- أحمد الصاوي، بلغة السالك، لأقرب المسالك، ج2، دار الكتاب العلمية، لبنان، د.س.ن، ص218.

[2]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3 ، دار الفكر العربي، 1957، ص27.

[3]- محمد بن عبد العزيز القصل، فقه الأسرة، مركز التنمية الأسرية، السعودية، 2008، ص11.

[4]- الكند هولي، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، دار الكتب العلمية، لبنان، المجلة 09، ص 336، مقتبس عن بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، الجزائر، ص 08.

[5]- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص20.

ويظهر في الأخير أن القضاء الجزائري لم يورد أي تعريف للخطبة بل اكتفى هو كذلك بالتأكيد في قرارته على أن الخطبة هي وعد بالزواج ولا تعد زواجا، إذ جاء في قرار المحكمة العليا أنه : " من المقرر أن الأصل في الخطبة أنها مقدمة الزواج وليست زواجا...."[1].

ونفس الأمر ذهب إليه فقه القضاء التونسي، حيث لم يعرف المراكنة واكتفى بالقول أن: "كلا من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به وتأسيسا على ذلك لا يجوز للخطيبين تجاوز حدود الخطبة...." [2].

وعليه، فإن خلاصة القول هو أن الخطبة هي طلب الزواج من امرأة، وبذلك يمكننا تعريفها على أنها:" ذلك الطلب الذي يتقدم به الرجل إلى المرأة أو إلى أهلها قصد الزواج منها".

ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة:

لقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للخطبة فمنهم من اعتبرها عقدا كاملا ملزما لطرفيه، مستندين في ذلك الى أن الخطبة تشبه العقد في تكوينها اذ العقد اتفاق بين طرفين أو أكثر للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وكذلك الخطبة هي اتفاق بين شخصين على الزواج. وقد تبنى هذا التجاه القضاء المدني الفرنسي والقضاء المصري[3].

[1]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية، 1994، العدد01، ص.67، مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال 40 سنة 1966- 2006، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2007، ص36.

[2]- محكمة التعقيب، 1992/06/02، ملف رقم 26431، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

[3]- محمد محدة، الخطبة والزواج، ط2، شهاب للنشر، د.ب.ن، 1994، ص44؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، دار حلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص939.

أما الاتجاه الآخر فاعتبرها مجرد وعد بالزواج ولا تحمل الصفة العقدية وليس لها صفة الزامية ولا قيمة قانونية مستندين في ذلك الى مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون أي ضغط أو اكراه[1].

أما بالنسبة للقانون، فكما ذكر سابقا نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 05 منه على أن: "الخطبة وعد بالزواج...". أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فنصت في الفصل الأول: "كل من الوعد بالزواج أو المواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به". من خلال النصين السابقين، نجد أنهما قد اعتبرا الخطبة وعدا بالزواج وليس عقدا، أي أن الخطبة ليس لها صفة إلزامية وجوبية، والدليل على ذلك ما جاء في النصين، فالقانون الجزائري أتبع النص بقوله: "يجوز العدول عنها"، أما النص التونسي فقال "...لا يعتبر زواجا ولا يقضى به".

وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء، ومنهم الفقه الجزائري[2] والتونسي والذي أكد على أن الخطبة وعد بالزواج وليس لها صفة الزامية. وفي هذا الإطار يقول الأستاذ ساسي بن حليمة: "يتضح من النص أن المشرع التونسي لم يعتبر أن الخطبة لها صفة إلزامية، فليس لها إذن صفة العقد..."[3]. وهو ما يؤكده القضاء التونسي حيث جاء في قرار لمحكمة التعقيب أنه: "نص الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية على أن كلا من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به وتأسيسا على ذلك لا يجوز للخطيبين تجاوز حدود الخطبة الى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة اليهما اتصالا غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خنائية لا يترتب عليها نسبا..."[4].

كما أن القضاء الجزائري سار على نفس النهج معتبرا بذلك الخطبة وعدا بالزواج، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25ديسمبر 1989على أنه: " من المقرر فقها

[1]- محمد محدة، المرجع السابق، ص45؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص937.

[2]- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 82..

[3]- ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص32.

[4]- محكمة التعقيب، 1992/06/02، ملف رقم 26431، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا وإن تمت باتفاق بين الطرفين، وهي لا تبيح لهما ان يختلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا، ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من الالتزام بإتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية "[1].

وعلى هذا الأساس نقول أن اعتبار المشرع الجزائري والتونسي الخطبة وعدا بالزواج هو تكييف مستمد من الواقع المعاش، لأنه من غير المنطقي إجبار شخصين على الزواج دون أن تكون لهما رغبة في ذلك، حتى ولو كان انعدام الرغبة صادر من طرف واحد. فأساس الزواج هو الرضائية، وبالتالي انعدام هذا الأساس في مرحلة الخطبة يستوجب جعل هذه الأخيرة وعدا بالزواج، يمكن التحلل منه في حالة عدم الرغبة والرضا.

ومن غير المنطقي كذلك، إلزام هذين الطرفين أو أحدهما بالعقد، في مرحلة التعارف لمن سيشاركه حياته وعليه تنتفي المقاصد التشريعية من مرحلة الخطوبة وتنتفي معها مقاصد الزواج[2]. ولكن السؤال المطروح هل أن الخطبة يتم الاعلان عنها من كلا الطرفين؟

الفرع الثاني

المساواة بين الجنسين في الإعلان عن الخطبة

أول ما يطرح في هذا الإطار هو معرفة هل أن الخطبة تكون صادرة من الرجل أو من المرأة أو من كلاهما؟. وبعبارة أخرى، هل تستطيع المرأة أن تخطب هي الرجل بإعلانها عن رغبتها في الزواج منه؟

للإجابة على هذا التساؤل، ننطلق من مسألة مهمة جدا نجدها في الواقع المعيش وهي ذلك العرف السائد سواء في المجتمع الجزائري أو التونسي أو حتى المجتمعات العربية الأخرى ككل، إذ

[1]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25ديسمبر 1989، ملف 34089، م.ق، 1990، عدد 04، ص 102.

[2]- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 82.

نجد في هذه الأخيرة، عرفا يقضي بأن الرجل هو من يبادر إلى خطبة المرأة أو يسعى إلى ذلك، فيسمى هو الخاطب والمرأة تكون مخطوبة .

وعليه يمكن أن نقول أن الخطبة والإعلان عنها بهذا العرف تكون محصورة بيد الرجل فقط وبالتالي ينعدم مبدأ المساواة بين الجنسين، يبقى بذلك التساؤل مطروحا وللإجابة عليه يطرح تساؤل آخر هو هل أن كل من الشريعة الإسلامية (أولا) والقانون الوضعي(ثانيا) ينصان على أن الخطبة يجب أن تكون من الرجل؟

أولا: بالنسبة للشريعة الإسلامية:

في هذا المقام نبحث إذا كان للمرأة في الشريعة الإسلامية أن تخطب هي الرجل، وفي هذا يقول الله تعالى:" **وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ**"[1]. وفي تفسير بن كثير لهذه الآية قوله: " أي ويحل لك – يا أيها النبي – المرأة المؤمنة إذا وهبت نفسها لك أن تتزوجها بغير مهر إن شئت ذلك"[2].

ومن القرآن كذلك قوله تعالى: " **قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ**"[3]. وهي قصة وردت في القرآن الكريم حول زواج النبي موسى من ابنة النبي شعيب – عليهما السلام- حيث بادر شعيب بخطبة موسى لابنته مقابل أن يرعى ماشيته لمدة 08 أعوام[4].

---

[1]- سورة الأحزاب، الآية 50.

[2]- أنظر، بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط1، دار المعرفة، بيروت، 2003، ص191.

[3]- سورة القصص، الآية 27.

[4]- ابن كثير الدمشقي، المجلد 10، المرجع السابق، ص451، 453.

أما من السنة النبوية الشريفة، فإنه في صحيح البخاري يوجد باب بعنوان "عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح"، فعن أنس رضي الله عنه قال: " جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تعرض عليه نفسها قالت: يا سول الله ألك بي حاجة؟ فقالت بنت أنس ما أقلّ حياءها واسوأتاه وا سوأتاه، قال: هي خير منك، رغبت في النبي صلى الله عليه وسلم فعرضت عليه نفسها"[1].

وعليه، فإن عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح لا يتنافى مع حيائها، ولا ينقص من كرامتها ولا يمتهن من شرفها، بل إن الرجل الصالح يحفظ للمرأة حياءها، ويزيد من كرامتها وشرفها ولا يجعلها مبتذلة بين الناس.

هذا وقد قال بن حجر في شرحه لخطبة المرأة لنفسها ما يلي: "... وان من رغبت في تزويج من هو أعلى منها لا عار عليها أصلا، ولا سيما إن كان هناك غرض صحيح أو قصد صالح، إمّا لفضل علمي وديني في المخطوبة أو لهوى فيه يخشى من السكوت عنه الوقوع في محذور...."[2].

وتجدر الإشارة كذلك أنه كما للمرأة أن تعرض نفسها على الرجل الصالح، فإن لها كذلك أن توكل غيرها ليخطب لها الرجل الصالح، كما فعلت أم المؤمنين خديجة بنت خويلد رضي الله عنها عندما أرسلت صديقتها نفيسة بنت منية إلى الرسول صلى الله عليه وسلم تعرض عليه أن يتزوج خديجة بنت خويلد[3].

من خلال كل ما سبق يتبين لنا أنه يجوز للمرأة أن تعرض نفسها للزواج أو عرض الولي ابنته على الرجل الصالح، وبذلك فإن الخطبة في الشريعة الإسلامية غير مقتصرة على الرجل بل

[1]- أنظر، أبو عبد الله إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، المشهور بصحيح البخاري، ط1، المطبعة السلفية، القاهرة، 1979، حديث رقم 4828، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، ص 1456.

[2]- ابن حجر، فتح الباري، ج11، ط1، دار طيبة، الرياض، 2005، ص122، مقتبس عن محمد سيف عبد الله العديني، قانون الأحوال الشخصية اليمني بين مقاصد الشريعة ومتغيرات الحياة، ط1، مؤسسة التنوير للقضية الاجتماعية، اليمن، 2014، ص14.

[3]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص.176-177.

يجوز للمرأة ذلك. وهكذا يمكن القول أن الشريعة الإسلامية لم تمنع المرأة من الخطبة لنفسها سواء بنفسها أو عن طريق وليّها، إلا أنه بالرغم من ذلك يبقى سؤال آخر مطروح لماذا المجتمع يجعل دائما هذا الإعلان بيد الرجل ورفض صدوره من المرأة؟

إن مسألة رفض المجتمع لمثل هذا الأمر راجع الى عدة أسباب منها خاصة:

- سريان العادة على أن الرجل هو من يختار ويتقدم للخطبة؛
- كرامة المرأة لا تسمح لها بالمبادرة بالخطبة بالإضافة إلى حيائها؛
- خوف المرأة من أن يعيرها زوجها بعد الارتباط بأنها هي من سعت وراءه؛
- خلق أزمة نفسية عند المرأة إن لم تلق القبول من الرجل[1].

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

ثانيا: الإعلان عن الخطبة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي:

إن معرفة موقف التشريعين الأسريين يستدعي الرجوع إلى المواد سالفة الذكر وهي المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري والفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية: فبالنسبة للمادة 05 نصت على أن الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وعلى أساس هذا النص يمكن القول أن المشرع الجزائري ساوى بين الرجل والمرأة في الإعلان عن الخطبة والحجة في ذلك هو أنه لم يأت بنص صريح يمنع المرأة من خطبة الرجل بل قال أن "الخطبة وعد بالزواج" و لم يقل أن "الخطبة وعد بالزواج يصدر من الرجل" هذا من جهة. أما من جهة أخرى، فإن المادة 222 من قانون الأسرة تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام

[1]- سحر المصري، حياء الأنثى أم الجرأة في حق؟، مقال منشور على الموقع الالكتروني : www.saiid.net، بتاريخ 20-10-2013.

الشريعة الإسلامية". وبهذا، فإنه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية في هذه المسألة يمكن القول أنه توجد مساواة بين الخطيبين في الإعلان عن الخطبة، وهو ما سبق بيانه بالأدلة من القرآن والسنة .

وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري قد ساوى بين الجنسين في الرغبة بالزواج، فيجوز لأي منهما أن يبادر بطلب الآخر للزواج[1].

أما في القانون التونسي، فإن الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية نص على أن: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به"، وبهذا يتبين من خلال هذا النص أن المشرع التونسي هو الآخر أخذ بمبدأ المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في الإعلان عن الخطبة، حيث قال أن كل من الوعد بالزواج أو المواعدة به "، مما يفهم منه أن الوعد ممكن أن يكون من الرجل أو من المرأة، والأمر نفسه بالنسبة للمواعدة به، فكلا الخطيبين يستطيعان أن يعدا بالزواج، وبالتالي أن يكون أي منهما خاطبا، هذا فضلا على أن المشرع التونسي كنظيره الجزائري لم يأت بنص صريح يمنع فيه المرأة من الخطبة لنفسها هي أو وليّها، و لم ينص كذلك على أن الرجل هو من يجب أن يتقدم لطلب الزواج من المرأة وهو ما أكدت عليه كذلك إحدى الباحثات التونسيات قائلة: "... كانت الانطلاقة بالمساواة بين الخطيبين سواء كان ذلك في الوعد بالزواج أو المواعدة به والذي يمكن أن يصدر من الطرفين في كنف المساواة "[2].

وصفوة القول، أن القانون الأسري سواء الجزائري أو التونسي قد أخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين في الإعلان عن الخطبة، غير أن الواقع يدلي بعكس ذلك لأنه جعل الخطبة من جانب الرجل، وهذا راجع إلى العادات والتقاليد، سواء في المجتمع الجزائري أو التونسي والتي يتبعها حتما طابع الحياء لدى المرأة والفطرة الأنثوية التي خلقت عليها، فلا يمكن لها بذلك أن تبادر هي إلى

[1] بن عومر محمد صالح، تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، أدرار ديسمبر، 2014، العدد4، ص210.

[2] سنية مشرقي، مبدأ المساواة، المرجع السابق، ص 120.

طلب الزواج من الرجل، وما يمكن أن تفعله هو فقط إبداء قبولها من عدمه بالرجل الذي يتقدم لخطبتها، فماذا إذن بشأن حقها في العدول عن الخطبة أمام الرجل؟

الفرع الثالث

تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في العدول عن الخطبة

بما أن الخطبة ليست عقدا ولا تتمتع بأية قوة إلزامية، وإنما مجرد وعد بالزواج- كما سبق بيانه-

فإنه بدون شك يجوز العدول[1] عن هذا الوعد، والعدول[2] في معناه هو جواز الرجوع والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج، وكذا التوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج[3] ولكن، هل حق العدول عن الخطبة ممنوح لكلا الطرفين على قدم المساواة، أم أنه حق يقتصر على أحدهما دون الآخر؟

إن الإجابة عن هذا السؤال توجد في نص المادة 05 من قانون الأسرة والفصل 02 من مجلة الأحوال الشخصية.

فبالنسبة للمادة 5 فقرة 2 من قانون الأسرة، فإنها تنص على أنه: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة". وعليه، فإن قانون الأسرة بهذا النص لم يدع مجالا للشك أن المرأة والرجل لهما نفس الحق في العدول عن الخطبة بدون أي فرق أو تمييز.

---

[1]- رغم أن العدول هو حق مشروع ومباح إلا أنه اعتبر في نفس الوقت مكروها لأنه من إخلاف الوعد لقوله تعالى: " وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا "، سورة الإسراء، الآية 34، أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص34.

[2]- والحكمة من جواز العدول كثيرة أهمها: التقليل من فرص فشل الزواج؟ و كذلك الحرية الشخصية للطرفين والتي من غير الجائز، حرمانهما منها عن طريق إجبارهما على زواج لا يرضيانه، هذا فضلا على أن الخطبة هي تمهيد للزواج لتسيير سبل التعارف فإذا أصبحت إجبارية فتكون مرحلة من مراحل الزواج وتفقد أهدافها، أنظر، عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، المرجع السابق، ص147.

[3]- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص305.

وهو ما أكدت عليه كذلك المحكمة العليا في قرارها المشهور المؤرخ في 1992/03/17 ملف رقم 81129، والذي جاء فيه أن: " الخطبة وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها "[1].

وما يمكن قوله أنه يحق لكل من الخاطب أو المخطوبة العدول عن وعده فلا إلتزام بإتمام الزواج ما لم يوجد عقد الزواج، مادام أن المشرع الجزائري أجاز العدول و لم يقيّده بشرط ولا بقيد خاص، ومن ثم يبقى لأحد من الخطيبين حق العدول بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الأخر وطلب رضائه في ذلك. كونه جائزا قانونا[2].

أما بالرجوع إلى الفصل 02 من مجلة الأحوال الشخصية، فإنه ينص على أنه: " لكل من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الأخر ما لم يكن العدول منه". بقراءة نص هذه المادة، يتبين أن المشرع التونسي لم يحذ حذو المشرع الجزائري أي لم ينص صراحة على أنه يجوز للطرفين العدول عن الخطبة، بل اكتفى بالنص على مسألة استرداد الهدايا بين الخطيبين. إلا أن النص يوحي ضمنيا على أن العدول يمكن أن يكون من المرأة أو من الرجل، والدليل على ذلك قوله: " لكل من الخطيبين.... ما لم يكن العدول منه"، أي أن العدول ممكن أن يكون من الخاطب أو من المخطوبة.

ومسألة المساواة في العدول تفهم كذلك من نص الفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية سالف الذكر، والذي جاء فيه أن: " كل من الوعد بالزواج والمواعدة غير ملزم"، فلكل من الخاطب والمخطوبة بهذا المعنى العدول بمبرر أو بغير مبرر[3].

[1] أنظر، قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/03/17، ملف رقم 81129، م.ق1994، العدد 03، ص 62، مقتبس عن، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط1، دار الثقافة للنشر عمان، 2012، ص127.

[2] أنظر، محمد محدة، الخطبة والزواج، ط2، دار الشهاب، 2000-ص57، مقتبس عن مسعودة الياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2009-2010، ص67.

[3] عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 158.

أما بالرجوع الى فقه القضاء التونسي فلم نجد قرارا صريحا يتكلم عن حق العدول عن الخطبة، الا أن ذلك يفهم ضمنيا من خلال نص الحكم التالي والذي عبر عن العدول بالفسخ حيث جاء فيه: "**....** يقع **فسخ** الخطبة من جانب الخطيب على حين غفلة وبدون أي سبب شرعي يلحق ضررا بالمدعية ويخول لها في الحالة تلك المطالبة بالتعويض عن هذا النوع من الضرر وترى المحكمة اعتمادا على ماديات القضية وفي نطاق اجتهادها منح المدعية خمس مائة دينار تعويضا عن الضرر**...**"[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المساواة في العدول عن الخطبة تعد مكسبا للمرأة التونسية، إذ أصبح حق فسخ الخطبة بإرادة منفردة ودون تمييز بين الطرفين بعد أن كان ذلك مقتصرا على الرجل دون المرأة[2].

وما يلفت الانتباه في هذا المقام هو أن التشريع الأسري الجزائري يعتبر أحسن من التشريع الأسري التونسي، ليس في مسألة المساواة فحسب والتي يعد فيها المشرع الجزائري سبّاقا، بل حتى في مسألة وضوح النصوص المتعلقة بالخطبة وكذا صراحتها ومعالجتها لجميع جوانب الموضوع، وذلك مقارنة بنصوص مجلة الأحوال الشخصية والتي عالجت الخطبة في مادتين فقط دون التفصيل والتوضيح. هذا بالنظر إلى أهمية المسألة وخطورتها والتي تتعلق بالمرحلة السابقة للزواج والتي يتم فيها اتخاذ القرار النهائي في إبرام العقد من عدمه.

وخلاصة القول، هو أن للمرأة نفس الحقوق في العدول عن الخطبة مثلها مثل الرجل، إلا أنه قد تقترن مع العدول أمور أخرى تحتاج إلى معالجة وكذلك خسارة تحتاج إلى جبر، وهو ما يسمى بمسألة آثار العدول عن الخطبة. ولكن هل للمرأة نفس المركز مع الرجل في هذه الآثار؟

[1]- المحكمة الابتدائية، صفاقس، 17 مارس 1986، ملف رقم 12374، مقتبس عن ساسي بن حليمة، تعليق على حكم ابتدائي الصادر من المحكمة الابتدائية بصفاقس، تحت عدد 12374 بتاريخ 17 مارس 1986، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، 1992، عدد 02، ص 04.

[2]- سنية مشرقي، المرجع السابق، ص120.

الفرع الرابع

المساواة بين الجنسين في آثار العدول عن الخطبة

إن العدول في حد ذاته مسألة لا تثير أي إشكال لأنه حق طبيعي لكلا الخطيبين إذا وجد أحدهما أو كلاهما أن هذا الزواج لن يكون مسعدا أو ناجحا، إلا أن العدول قد تنتج عنه آثار أهمها مسألة الضرر سواء المادي أو المعنوي. فبطبيعة الحال، فإن تراجع أحد الخطيبين عن وعده قد يؤدي الى احداث أضرار مادية ومعنوية للخطيب الآخر، مما يستلزم على الناكل أن يجبر الضرر الذي أصاب الطرف الآخر. كذلك قد يهدي أحد الخطيبين للآخر بعض الهدايا، فما هو الوضع في هذه الحالة إذا كان هناك عدول؟، هذا دون نسيان مسألة المهر والذي قد يقدمه الخاطب كله أو بعضه؟ لذلك لسائل أن يتساءل عن حكم هذه الآثار ومركز المرأة منها؟

إلا أن الإجابة عن هذه التساؤلات ستتمحور في مسألتين هامتين:

أولهما: مسألة التعويض[1] عن الضرر، وثانيهما مسألة الهدايا واسترجاعها، والسبب في ذلك هو أن هذين الأثرين كلاهما يتعلق بالرجل والمرأة، فالمرأة قد تنكل ويتضرر الرجل والعكس صحيح، وكذلك الرجل قد يقدم هدايا والمرأة أيضا، على خلاف المهر الذي يقدم من الرجل للمرأة فقط.

أولا: مركز المرأة في التعويض عن العدول عن الخطبة:

قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي[2]، ومعنوي[3] يصيب أحد الطرفين، فمثلا يمكن أن ينكل الرجل عن وعده مما يتسبب في ضرر للمرأة كتوقفها عن الدراسة أو تركها لعملها، أو حتى

[1]- استعمل فقهاء الشريعة مصطلح التعويض في معنى الضمان، فالضمان عندهم يحمل ما يقصد به التعويض عند فقهاء القانون حيث قال الفقيه شلتوت: " إن تضمين إنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته"، أنظر، جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، ط1، دار العامة للنشر، 2009، ص122.

[2]- والمقصود بالضرر المادي هو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في ذمته المالية.

[3]- أما الضرر المعنوي فهو ما يعتري الشخص معنويا كخدش في شعوره، أو كرامته أو شرفه أو سمعته وكذلك عاطفته.

تفويت فرص الزواج عليها خاصة إذا طالت مدة الخطبة. هذا ويمكن أن تنكل هي عن وعدها مما يؤدي إلى إصابة الخطيب بضرر مادي أو معنوي كتغييره لمحل إقامته أو تكليفه بإعداد مسكن أو تديّنه من أجل إقامة مراسيم الزفاف إلى غير ذلك.

ومن ثم يمكننا التساؤل هل للطرفين نفس الحق على قدم المساواة في التعويض[1]عن الضرر اللاحق جراء العدول؟

إن الإجابة على السؤال المطروح تستلزم البحث في النصوص المتعلقة بالتعويض عن العدول عن الخطبة في كلا التشريعين.

فبالنسبة لقانون الأسرة، فإن المادة 05 فقرة 03 منه نصت على أنه: "اذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

أول ما يتضح عند قراءة هذا النص هو أن المشرع الجزائري قد أجاز للقاضي الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، أي أن للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض من عدمه، هذا بالإضافة إلى أن التعويض يكون عن الضرر المادي وكذا المعنوي.

[1]- ان مسألة التعويض في الفقه الإسلامي لاقت اختلافا بين مؤيد ومعارض فمنهم من يذهب إلى عدم التعويض عن الضرر وحسب هذا الرأي، فانه لا وجه ان يلزم من يمنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بالتعويض لان كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، أنظر، محمد بحيث المصيحي، مجلة المحاماة الشرعية، القاهرة، العدد الأول، السنة الثانية، ص04-45، مقتبس عن بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 312.

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى انه يلزم التعويض للطرف الآخر لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: " لا ضرر ولا ضرار"، والضرر يزال بالتعويض، وأصل تقرير التعويض هو مبدأ إساءة استعمال الحق، ومبدأ الالتزام، أنظر ، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج1،ط6، مطبعة جامعة دمشق، 1962، ص64-66، هذا وقد وجد اتجاه توفيقي وعبر عنه الشيخ محمد أبو زهرة بقوله: " إننا لا نستطيع أن نقر الرأي الأول الذي يمنع التعويض عن الضرر بإطلاق، كما لا نستطيع أن نقر الرأي الثاني، بل نقول قولا وسطا، فنحرر إن العدول عن الخطبة في حد ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول...." وقد انقسم هذا الرأي كذلك إلى قسمين، أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص38.

وهو الأمر الذي يكرسه كذلك القضاء الجزائري حيث جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "**....** من المقرر أيضا أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون**..**"[1].

هذا وجاء في قرار للمحكمة العليا أنه:" على العادل بتعويض المخطوبة عن الاضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت 04 سنوات**.....**"[2].

وبالرجوع لنص المادة 05 يجب التأكيد على عبارة " لأحد الطرفين" والتي من خلالها يتضح أن المشرع جعل التعويض عن الضرر يشمل كلا الطرفين أي الرجل والمرأة**.** وبهذا يكون قانون الأسرة الجزائري قد ساوى بين الخطيبين مساواة تامة ومطلقة في مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة، ورغم مسألة المساواة إلا أنه يعاب على المشرع من ناحية أخرى في مسائل عدة أهمها أنه لم يفرق بين العادل والمتسبب في العدول، مما يعني أنه يمكن أن يعدل أحد الطرفين إلا أن هذا العدول يكون ناتجا عن فعل الطرف الأخر وبالتالي هو المتسبب فيه**.**

وهو الأمر الذي يحدث فارقا في العدول أو في التعويض عنه، إذ لابد من إعادة صياغة المادة 05 فقرة 03 على النحو الذي يجعل الخطيبين متساويين أيضا في مسألة التعويض عن العدول الذي تسبب فيه أحدهما، كأن يأتي النص كما يلي:" يجوز للقاضي تعويض أحد الطرفين عن الضرر المادي والمعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة، إلا أنه لا يجوز الحكم بالتعويض إذا كان طالبه هو المتسبب في هذا العدول".

وبهذا يكون مبدأ المساواة مكرسا في حالة التعويض وعدم التعويض إذا كان طالبه هو المتسبب في العدول**.**

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، صادر بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 56097، م.ق 1991، العدد 04، ص 102.
[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، صادر بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 73719، م.ق 1993، العدد 01، ص54.

وهو الأمر نفسه الذي نص عليه المشرع المغربي ولكن بطريقة أو صياغة مختلفة حيث نص في المادة 07 من مدونة الأسرة المغربية على أنه " مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"[1]. إذن فالمشرع المغربي من خلال هذه المادة لم يرتب التعويض عن مجرد العدول[2] وهذا هو المبدأ، إلا انه استثناء يمكن المطالبة بالتعويض في حالة صدور فعل سبب ضررا للطرف الآخر[3].

وأضاف كذلك الفقه أن المشرع الجزائري قد أخطأ في عدم تحديده لأنواع الضرر الموجب للتعويض وعلى ذلك كان الأجدر بالمشرع تقييد إطلاق المادة الخامسة فيما يخص التعويض عن الضرر المعنوي بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والآداب والأخلاق العامة وذلك بتعديل الفقرة الثانية من المادة الخامسة على النحو الآتي:" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي غير مخالف لأحكام الشريعة ومبادئها لحق بأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"[4].

والحقيقة، إن هذا الرأي منطقي والسبب راجع إلى الانحلال الخلقي والاجتماعي الذي أصبحت تمارس فيه أفعال وسلوك بعيدة جدا عن شريعتنا الإسلامية وعن عاداتنا وتقاليدنا، كمسألة الاختلاط وخروج الخطيب والخطيبة مع بعضهما دون محرم أو قيود أو حدود كأنهما متزوجين. الأمر الذي تنتج عنه آثار سلبية على المجتمع وعلى الأسرة الجزائرية بالأخص.

[1]- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم03-70، بمثابة مدونة للأسرة، جريدة رسمية عدد5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 451.

[2]- وتجدر الإشارة كذلك أن هناك أنظمة قضائية حددت أسبابا مشروعة للعدول لا يترتب عنها حق المطالبة بالتعويض، ولوضع وقوع ضرر للطرف الآخر، فقد ذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى أن عدم تنفيذ الوعد بالزواج إذا كان مؤسسا على أسباب مشروعة تتمثل في حادث مفاجئ وجسيم يمس شرف الأشخاص ويؤثر على الحياة المستقبلية للأطراف فإنه لا يمكن للمتضررين طلب التعويض، فمثلا في فرنسا لا يستطيع خاطب فتاة أن يطلب منها تعويضه عن عدولها، إذا كان السبب هو رفض أبيها وأمها منحها الترخيص بالزواج إذا كانت قاصرا، أنظر، كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009-2010، ص11.

[3]- فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة " الأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، وجدة، 2010، ص60.

[4]- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص318.

هذا بالنسبة للقانون الجزائري، أما فيما يخص القانون التونسي فبالرجوع لمجلة الأحوال الشخصية لا يوجد أي نص يتكلم عن مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة، فالفصل الأول منها يتكلم عن الوعد والمواعدة بالزواج، أما الفصل الثاني ينص على أنه: " لكل من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص".

وعليه، فإن هذا النص يتطرق إلى مسألة الهدايا في حالة العدول ولم يتكلم عن مسألة التعويض الأمر الذي يجعلنا نرجع إلى المصادر الأخرى لقانون الأسرة التونسي أي إلى الشريعة الإسلامية والقضاء التونسي. وفيما يخص أحكام الشريعة الإسلامية، فانه لا يمكن الرجوع إليها لأن مجلة الأحوال الشخصية لم تأت بمادة تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص – كالمادة 222 -الموجودة في قانون الأسرة الجزائري، وفي هذه الحالة يجب الرجوع إلى الاجتهاد القضائي التونسي من أجل معرفة حكم هذه المسألة ومركز المرأة بالنسبة للرجل منها.

أما من زاوية الاجتهاد القضائي التونسي، فأحكامه وقراراته المنشورة قليلة في هذا الشأن، إذ جاء في إحدى قراراته ما يلي: " إن الوعد بالزواج وان كان غير ملزم لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم اساءة استعماله التي تكمن في حق المطالبة **بجبر الضرر** على قاعدة الجنحة المدنية لا المطالبة بغرم ناتج عن عدم الوفاء بالالتزام"[1].

بالإضافة كذلك إلى حكم ابتدائي جاء من أجل تعويض الضرر الناتج عن فسخ خطبة بدون سبب من قبل الخاطب إذ قضى بما يلي: "حيث أن بقاء المدعية مخطوبة للمدعى عليه طيلة أربع سنوات وما يتبع ذلك من زيارات متبادلة ونزهة بالشارع، واعتقاد المدعية أن المدعى عليه هو أول وآخر شخص تربط علاقتها به باعتباره زوج المستقبل ثم يقع فسخ للخطبة من جانب الخطيب على حين غفلة وبدون أي سبب شرعي يلحق ضررا بالمدعية ويخول لها في الحالة تلك المطالبة

[1] محكمة التعقيب، 3مارس 1959، ملف رقم1566، مجلة القضاء والتشريع ، سنة 1959، عدد 06، ص30، مقتبس عن ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص36.

بالتعويض عن هذا النوع من الضرر وترى المحكمة اعتمادا على ماديات القضية وفي نطاق اجتهادها منح المدعية خمس مائة دينار تعويضا عن الضرر..."[1].

وعلى هذا الأساس ومن خلال هذين القرارين يمكن القول أن القضاء التونسي يكرس مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة هذا من جهة. فمن جهة ثانية، فإن هذا التكريس يطال كل من الرجل والمرأة على حد سواء وهو ما يظهر من خلال ما سبق.

ومن جانب الفقه نجد الأستاذ ساسي بن حليمة تكلم عن مسألة التعويض عن العدول قائلا: " تؤكد المحاكم أن النّكول هو حق لكن بالرغم من ذلك يمكن في بعض الأحيان أن يحكم بغرم الضرر الناتج عن النّكول"[2].

والواضح من هذا القول أن الأستاذ هو بذاته رجع في ذلك إلى القضاء التونسي إلا أنه يؤكد على أن المحاكم التونسية تحكم بغرم التعويض الضرر الناتج عن العدول. هذا فيما يخص مسألة التعويض عن الضرر فماذا بشأن استرجاع الهدايا؟

ثانيا: مبدأ المساواة بين الخطيبين في استرجاع الهدايا:

قد يقوم الخاطب بتقديم هدايا وهبات لخطيبته تقوية للصلات وتأكيدا للعلاقات الجديدة، هذا وقد تقوم المخطوبة بنفس الشيء من أجل التعبير لخطيبها عن محبتها واحترامها له. إلا أن العدول عن الخطبة سواء من الخاطب أو من المخطوبة، سينتج عنه إشكالية استرجاع هذه الهدايا من عدمه خاصة إذا كانت هذه الأخيرة ثمينة، وعليه ينبغي التساؤل عن حكم استرجاع الهدايا من جهة، وعن المساواة بين الخطيبين في مسألة استردادها من جهة ثانية؟

[1]- المحكمة الابتدائية، صفاقس، 17 مارس 1986، ملف رقم 12374، مقتبس عن ساسي بن حليمة، تعليق على حكم ابتدائي الصادر من المحكمة الابتدائية بصفاقس، تحت عدد 12374 بتاريخ 17 مارس 1986، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، 1992، عدد 02، ص 04.

[2] ساسي بن حليمة، محاضرات في القانون المدني والأحوال الشخصية، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، د.س.ن، ص. 24.

فالهدية في الاصطلاح هي نوع من أنواع الهبة، وهي ما يقدمه الواهب للموهوب له على وجه الإكرام والتودد والمكافأة[1].

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، فقد اختلف الفقهاء حول مسألة استرجاع الهدايا، إذ ذهب الحنفية إلى اعتبار الهدايا المقدمة تأخذ حكم الهبة، فلا ترد إذا أهلكت أو استهلكت كالمطعومات. أما إذا كانت الهدايا تقبل الاستعمال الطويل كالقماش الذي لم يتحول بعد إلى ثوب والخاتم فترد إلى من أهداها سواء رجل أو امرأة [2].

أما الشافعية فذهبوا إلى إمكانية استرجاع الهدايا بعينها إن كانت قائمة وبعوضها إن كانت هالكة أو استهلكت سواء كان العدول من الرجل أو المرأة، على أساس أن سبب الهدية قد زال وهو الزواج وبالتالي يجوز الاسترداد[3].

ويرى الحنابلة أنه لا يجوز لأي من الخطيبين استرجاع ما أعطاه كهدية سواء كانت قائمة أو مستهلكة وسواء كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة وأساس ذلك هو أنه لا يجوز الرجوع عن الهبة بعد قبضها[4].

أما المالكية، فقد فرّقوا بين رجوع الخاطب ورجوع المخطوبة فان كان من الخاطب لم يسترد شيئا مما أهداه، أمّا إن كان من المخطوبة، كان للخاطب أن يسترد ما قدم من الهدايا، فيأخذ عينها إن كانت قائمة ويأخذ بدلها ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بغير ذلك[5].

وحسب الأستاذ مصطفى شلبي، فإن الراجح هو ما ذهب إليه الفقه المالكي لما فيه من العدالة ولما فيه من إنصاف للطرف غير المتسبب في العدول[1].

---

[1]- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، دار حامد، عمان، 2008، ص 211.

[2]- ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج8، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ص 488-504.

[3]-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، المرجع السابق، ص66، للنشر، عمان، 2010، ص117.

[4]- أبو محمد بن قادة، المغني، ج7، ط3، دار عالم الكتب، العذوبة، 1997، ص589.

[5]-محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 11.

والواضح من آراء الفقهاء أن للمرأة نفس المركز مع الرجل بالنسبة لاسترجاع الهدايا، فلكلاهما الحق في استرداد ما قدمه من هدايا للطرف الآخر، وعليه فهل نفس الأمر يقرّه التشريع الجزائري والتونسي؟

وتكون البداية من المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري، حيث تنص الفقرتان 04و05 منها على أنه: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته".

وهو ما أقرّه القضاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فان قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

والملاحظ أن المشرع الجزائري فصل في مسألة استرجاع الهدايا في فقرتين متتاليتين لما لها من أهمية، خاصة في المجتمع الجزائري الذي اعتاد فيه الخطيبين على تبادل هدايا قيّمة وثمينة كالذهب واللّباس الفاخر.

والظّاهر كذلك أنه أخذ بالمذهب المالكي الذي يفرق بين عدول الخاطب والمخطوبة في هذه المسألة، وعلى هذا الأساس إذا عدل الخاطب سقط حقه في استرداد ما أهداه للمخطوبة، وعليه أن يرد ما أهدته المخطوبة أثناء الخطوبة ما لم تستهلك، فإذا استهلكت رد قيمتها. أما إذا كان العدول

[1]- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص83-84.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73919، م.ق، 1993، العدد2، ص 58، وهو ما كرسه كذلك القضاء في قرار آخر جاء فيه: " من المقرر قانونا انه يستوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها...."، قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/7/13، رقم 92714، م.ق، 1995، العدد 01،ص 128.

من المخطوبة، فعليها رد ما أهداها الخاطب أثناء فترة الخطبة ما لم تستهلك فإن هلكت ردت قيمتها.

والجدير بالذكر هو أن المشرع لم يتكلم صراحة عن الحق في استرداد المخطوبة ما أهدته للخاطب من هدايا في حال عدولها عنه [1].

فمن هذا المنطلق، يمكننا القول أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الرجل والمرأة في مسألة استرجاع الهدايا جاعلا الخطيبة في نفس المركز مع الخاطب، مما يؤكد ذلك هو أنه قبل تعديل قانون الأسرة كان للخاطب إذا عدل ألا يسترد مما أهداه للمخطوبة فقط، أما بعد التعديل فإنه لا بد عليه بالإضافة إلى ذلك أن يرد للمخطوبة ما أهدته له.

وبذلك يكون المشرع قد أدرك النقص الذي كان يعتري هذه المادة لأنه كما يعطي الخاطب هدايا لمخطوبته، فإنها هي كذلك تعطي للخاطب هدايا فأحيانا تكون هداياها قيّمة جدا خاصة بعد استقلال الذمة المالية للمرأة ودخولها عالم العمل والتجارة.

وهو الأمر الذي أقره كذلك الأستاذ بلحاج العربي بقوله: "..... إن تعديل عام 2005م للمادة المذكورة، أقر مبدأ المساواة بين الخطيبين في ترداد الهدايا، بنصه في المادة 4/5 قانون أسرة على أنه: "على الخاطب أن يرد هو الآخر للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له، وهي إضافة صائبة لإلغاء أشكال التمييز تجاه المرأة، وتحريرها قانونيا تبعا لعملها واستقلال ذمتها المالية..."[2].

والغريب في الأمر هو أن المشرع ساوى بين الخطيبين في الشطر الأول ورجع وخالف ذلك في الشطر الثاني أي في الفقرة 4 من المادة 05 وذلك عندما أغفل مسألة عدم استرداد المخطوبة لهداياها إن كان العدول منها وكأنه يميل إلى حماية المرأة أكثر.

[1]- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص307.

[2]- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص132.

ولهذا على المشرع إعادة صياغة الفقرتين 4 و5 من المادة الخامسة كما يلي: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وان كان العدول من المخطوبة فلا تسترد شيئا مما أهدته وعليها أن ترد له ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته". وما يعاب كذلك على المشرع أنه لم ينص على مسألة المتسبب في العدول فيمكن أن يعدل طرف ما ولكن هذا العدول ناتج عن ضغط أو سلوك من الطرف الآخر وهي من الأمور التي على المشرع إعادة الرؤية فيها.

هذا بالنسبة إلى قانون الأسرة الجزائري، أما فيما يخص مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فان الفصل 02 منها نص على ما يلي: " لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص". يتضح جليا من خلال هذا النص أن المشرع التونسي ساوى بين الخطيبين في مسألة استرداد الهدايا قائلا: " لكل واحد من الخطيبين....".

وقد جاءت هذه المساواة بعد التنقيح الصادر في 12 جويلية 1993 وذلك بعد أن أثبت الواقع أن تسليم الهدايا لم يعد مقصورا على الرجل إذ أن المرأة هي كذلك تقدم للرجل عديدا من الهدايا خاصة بعد عملها واستقلالها المالي[1].

وقد سار المشرع التونسي على درب نظيره الجزائري عندما أقر أنه لا يحق للطرف الذي يعدل عن الخطبة في استرداد الهدايا التي قدمها للطرف الآخر. إلا أنه اختلف معه في مسألة رد الهدايا فالمشرع التونسي لم يتكلم عن هذه المسألة، أي أن العادل بهذا المعنى يفقد الحق في استرداد هداياه فقط دون أن يتوجب عليه رد الهدايا التي قدمت له، هذا من جهة. أما من جهة ثانية، فان مجلة الأحوال الشخصية أغفلت النص على حالة الهدايا الهالكة وهو ما عبر عنه الأستاذ ساسي بن حليمة بسؤال قائلا: " فما هي الهدايا التي يمكن استرجاعها؟ " والذي بدوره أجاب عن هذا

[1]- سنية مشرقي، المرجع السابق، ص120.

السؤال بالتالي: "من الواضح أنه لا يمكن استرجاع كل الهدايا، فما يستهلك منها لا يمكن استرجاعه..."[1].

الأمر الذي يؤكد أن المشرع الجزائري كان أكثر تفصيلا في مسائل الخطبة، هذا ولا بد من الإشارة إلى عبارة مهمة جاءت في الفصل 2 من مجلة الأحوال الشخصية لم نجد مثيلا لها في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري والتي وردت في آخر النص وهي: " أو وجد شرط خاص." وذلك ما يفسر أنه يمكن للخطيبين الاشتراط على عدم استرداد الهدايا، أي من الممكن للطرفين أن يتفقا على أن الهدايا لن ترجع مهما كان الأمر، وهو ما قال به المذهب المالكي.

وهذا الأمر يطرح إشكالا لأنه كما هو معلوم، فإن الاشتراط يكون عن طريق عقد رسمي والخطبة هي مجرد وعد بالزواج فكيف يكون هناك تعاقد بمناسبة مجرد خطبة هي ليست بعقد، فهذا التعاقد أمر غريب إذ تم بمناسبة واقعة قانونية لا صبغة إلزامية لها[2]، وما هو الحل إذن؟

وصفوة القول، أنه في كلا القانونين لكل من الخطيبين استرجاع الهدايا على قدم المساواة ما لم يكن العدول منه، وأن تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في كل مراحل الخطبة كان واضحا رغم اختلاف التشريعين في كيفية اقراره، فهل يتم ذلك حتى في ركن الزواج وشروطه؟

المطلب الثاني

ركن الزواج

إذا كان الرضا ركنا جوهريا في كل عقد، فمن باب أولى أن يكون كذلك في عقد الزواج، فهو رباط بالغ الأهمية، ولهذا اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات

[1]- ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص34.

[2] ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية...، المرجع السابق، ص35.

وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن[1] الأساسي في عقد الزواج وهو القائم الذي يقوم عليه، ويتوقف وجوده عليه.

ولمعرفة مدى أخذ القانونين الأسريين الجزائري والتونسي بمبدأ المساواة في ركن الرضا ما بين الجنسين، فإنه لابد من تبيان مفهوم ركن الرضا (الفرع الأول)، ومن ثم التطرق إلى النصوص القانونية التي تكلمت في هذا الشأن (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم ركن الرضا

يعتبر ركن الرضا ركنا أساسيا لا ينعقد الزواج الا بوجوده، وأكثر ما يثار بالنسبة لهذا الركن هو ما تعلق فيه بالمرأة ورضاها مقارنة بالرجل، وعليه لا بد من التفصيل في هذا الركن من خلال تعريفه أولا، وكيفية التعبير عنه ثانيا.

أولاً: تعريف الرضا:

يعرف الرضا لغة على أنه مصدر للفعل رضي وهو ضد السخط[2]. أمّا اصطلاحاً فهو تطابق الإيجاب مع القبول، أي توافق إرادة الخطيبين من أجل إبرام عقد الزواج وفقا للشرع والقانون، أو هو الإيجاب والقبول الصادر من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر، فيفيد أن تحقق المراد من صدورهما[3]. ويعرفه كذلك الفقيه السيد سابق على أنه: " توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدّال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأوّل

[1] الركن في اللغة هو الجانب الأقوى للشيء، أمّا اصطلاحا ما كان جزاءاً من حقيقة الشيء، إذ لا يوجد الشيء إلاّ بوجوده، أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص54. والركن كذلك هو ما كان داخلاً في قوام الشيء يتحقق ذلك بتحققه وينعدم بانعدامه، انظر، محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الامام شيخ الاسلام بن تيمة، في الزواج وآثاره، المجلد الأول، جامعة الامام، الرياض 2007، ص267.

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص32.

[3] أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق، بحث تحليلي و دراسة مقارنة، ط.2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص56.

يعتبر إيجاباً وما صدر من الثاني يعتبر قبولاً"[1]. من خلال هذه التعاريف يتضح جليا أن ركن الرضا في عقد الزواج هو تطابق إرادة الطرفين للارتباط وتكون عن طريق التعبير بإيجاب وقبول وهو ما يسمى الصيغة والتي جعلها بعض الفقهاء ركن الزواج أي أن منهم من عبّر عن ركن الرضا بالصيغة[2]، ويقصد بالصيغة ذلك اللفظ الدال على حصول الزواج وتحققه إيجاباً وقبولا[3].

وهو ما سيتم توضيحه أكثر في ما يلي:

ثانيا: كيفية التعبير عن الرضا بالزواج:

لما كان الرضا في حقيقته أمراً باطنياً، فإنه لابد من ظهور هذا التراضي في صورة واضحة بعيداً عن كل التباس أو تأويل، وذلك لا يكون إلا عن طريق الصيغة أي الإيجاب والقبول. حيث أن البعض كما سبق بيانه يعتبرون الصيغة هي ركن الزواج والإيجاب في الصيغة هو ما يصدر من أحد العاقدين بما يدل على أنه يودّ الارتباط بعلاقة زوجية من طرف العاقد الآخر ويسمى موجباً. أما القبول، فهو ذلك الكلام الذي يصدره المتعاقد الثاني الذي وجه له الإيجاب بما يدل على موافقته ويسمى القابل[4].

ولصحة هذه الصيغة، فإنه لابد أن تكون ألفاظها مخصوصة تدل على معنى النكاح كالقول زوجني فلانة، هذا ويجب ألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل كبير يقتضي الاعراض، زد على ذلك أنه لابد ألاّ يكون اللفظ مؤقتا بوقت أو مشتملا على شرط يناقض العقد[5].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده ينص في المادة 10 منه على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح لغة شرعا،

---

[1] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط.7، دار الكتاب العربي، مصر، 1975، ص234.

[2] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص50؛ محمد حضر قادر، دور الإدارة في إبرام عقد الزواج، دراسة فقهيه مقارنة دار اليازوري للنشر، عمّان، الأردن، 2010، ص121.

[3] عبد القادر بن حرز الله المرجع نفسه، ص51.

[4] ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص182، مقتبس عن محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص330.

[5] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 51-52.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة". من خلال هذا النص يظهر أن المشرع الجزائري أكد أن التعبير عن الرضا يكون بالإيجاب والقبول مع استعمال أي لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، وأجاز الإيجاب والقبول من العاجز باستعمال الكتابة أو الإشارة من أجل التعبير عن إيجابه أو قبوله بالزواج.

وفي المقابل فإن المشرع التونسي لم يورد أي نصّ صريح أو ضمني في مجلة الأحوال الشخصية، يبين فيه كيفية التعبير عن الإرادة بل اكتفى بالنص في الفصل 03 من المجلة على أنه: " لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين".

أما فيما تعلق بالاجتهاد القضائي لم نجد قرار واضح يتكلم صراحة عن كيفية التعبير عن الارادة في الرضا بالزواج. غير أن مجلة العقود والالتزامات[1]تنص في الفصل 02: "أن أركان العقد....التصريح بالرضاء بما ينبني عليه العقد تصريحا معتبرا..."، كما جاء القسم الثاني من بابها الأول تحت عنوان "في التصريح بالرضا "(الفصول من 18 إلى 61 من مجلة الالتزامات والعقود). وهو ما يكشف عن التوجه الذي اختاره المشرع التونسي في طريقة التعبير عن إرادة التعاقد. وهو ما يفهم جليا من أحكام الفصول 18 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود التي لم تعد تقبل بالتعبير عن القبول بكل الطرق، بل بالتعبير الصريح فقط، وذلك بشتى وسائل التعبير الصريح الممكنة[2].

فمسألة التعبير عن الرضا لا تطرح اشكالا، بل وجود حق الرضا في حد ذاته، هل هو ممنوح لكلا الطرفين على قدم المساواة أم يقتصر على أحدهما دون الآخر؟

[1] القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق باعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزمات والعقود التونسية.

[2] محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ط2، مركز النشر الجامعي،تونس، 2003، ص.38-41؛ غادة الصغير، السكوت والعقد، مذكرة ماجستير، جامعة تونس المنار، تونس، 2011/2010، ص.28.

الفرع الثاني

الرضا بالزواج كضمان لمبدأ المساواة بين الزوجين

إن مسألة الرضا بالزواج وتوافره شخصيّاً من الزوجين بالعقد، هو شرط ورد في كل الاتفاقيات الدولية المتصلة بالموضوع.

حيث نصت الفقرة 02 من المادة 16 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان[1] على أنه: " لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا اكراه فيه".

كما أن المادة 23 فقرة 03 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تنص على أنه: "لا ينعقد الزواج إلاّ برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءاً كاملاً لا إكراه فيه". هذا إلى جانب اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج[2] والتي استهدفت كفالة وضمان حريّة الاختيار في الزواج.

هذا فضلا على اتفاقية سيداو التي تنص في مادتها 16 فقرة 01 حرف "ب" على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة... لتضمن تساوي الرجل والمرأة... نفس الحق في حرية اختيار الزّوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحّر والكامل...".

والواضح جليا من هذه النصوص كلها أن حق الرجل والمرأة في اختيار الزوج الآخر والرضا بالزواج هو حق مضمون ومكفول دوليا دون تمييز بين الجنسيين، وبهذا فإن هذه المواد قد

[1] هو وثيقة تاريخية هامة في تاريخ حقوق الإنسان صاغه ممثلون من مختلف الخلفيات القانونية والثقافية من جميع أنحاء العالم، واعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في باريس في 10 ديسمبر 1948 بموجب القرار 217000 بوصفه أنه المعيار المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم. وهو يحدد، وللمرة الأولى، حقوق الإنسان الأساسية التي يتعين حمايتها عالميا .وترجمت تلك الحقوق إلى 500 لغة من لغات العالم.

[2] هي اتفاقية طرحت في الأمم المتحدة عن معايير الزواج.تم عرضها للتوقيع والتصديق خلال قرار الجمعية العامة 763000 بتاريخ 07 نوفمبر 1962 ودخلت حيز التنفيذ في 09 ديسمبر 1964، الاتفاقية تؤكد الطبيعة الرضائية للزواج وتلزم الدول الأطراف بتحديد حد أدنى لسن الزواج وتسجيل الزيجات.

مسّت أهم خصوصية للمرأة وهو رضاها في الزواج، حيث أعطتها الحرّية التامة في قبول أو رفض الزواج شأنها في ذلك شأن الرجل.

ومن هذا المنطلق يحق لنا التساؤل عن كيفية تنظيم التشريعين الأسريين لهذه المسألة؟ وهل تم تكريس وضمان مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الرضا؟

لقد نص الفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين، أول ما يفهم من خلال هذا النص أن المشرع التونسي جعل الرضا ركنا لانعقاد عقد الزواج وهو ما يظهر من خلال قوله " لا ينعقد الزواج" إذ أنه بدون رضا الزوجان، فإن العقد لا وجود له وغير قائم أساسا.

رغم أن الفقيه التونسي ساسي بن حليمة يعتبره شرطا حيث قال: "أن الرضا شرط وجوبي..."[1]. وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن نص الفصل الثالث جاء تحت عنوان "في الزواج"، مما يعني أن المشرع في المجلة لم يبين هل أن الرضا هو من الأركان أو الشروط وهو الأمر الذي يجب توضيحه لأن آثار الشرط وآثار الركن تختلف فالعقد لا يقوم ولا ينعقد إلا بوجود الركن، وبدونه العقد يكون باطل.

وبالتالي، فإن مسألة الرضا بالزواج في القانون التونسي هي مسألة لا غنى عنها، ولا يكون الزواج إلا بالموافقة الصريحة من الزوجين المستقبليين على قدم المساواة وهو ما يتضح من قوله: " إلا برضا الزوجين "، وهو ما أكد عليه كذلك القضاء التونسي إذ جاء في قرار تعقيبي مدني: "إن القانون التونسي يعتبر علاقة الزواج قائمة بتراضي الطرفين واتفاقهما على ذلك الزواج..."[2].

[1] ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع السابق، ص32؛ ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقص، تونس، 2005، ص32.

[2] محكمة التعقيب، صادر في 2 أبريل 1968، عدد5350، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

وهو أمر بديهي إذ لا يعقل أن يتزوج شخص وهو مكره على ذلك، ومسألة المساواة في الرضا لم تكن في الواقع إلا بعد الاستقلال أي مع وضع مجلة الأحوال الشخصية لسنة 1956 حيث كان قبل ذلك للولي حق الجبر[1].

وحسب الفقه التونسي فإن حق الجبر هو الحق الذي يتمتع به الولي على إلزام منظورته على الزواج[2] معتبرين أن حق الجبر يتعارض تماماً مع كرامة المرأة الذي يجعل زواجها رغما عنها دون موافقتها[3].

وبهذا فإن الرضا في القانون التونسي هو واجب وحق تتمتع به المرأة على قدم المساواة مع الرجل مما يعطيها حرّية اختيار شريك حياتها دون جبر أو اكراه.

وهو الشيء نفسه الذي سار عليه المشرع الجزائري حيث أكد على مسألة الرضا كلما سنحت له الفرصة من خلال عدّة مواد في قانون الأسرة، إذ نجد المادة 04 منه قد عرّفت الزواج على أنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة..." هذا فضلا على تعديل المادة 09 والتي جعلت الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج حيث جاء فيها: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

وبذلك، فإن المشرع الجزائري كان واضحاً وقد بين صراحة أن الرضا هو ركن لقيام عقد الزواج عكس المشرع التونسي، والذي أغفل ذلك وقد جعل المشرع الجزائري هذا الركن مقترنا بمبدأ المساواة المطلق بين الجنسين، حيث أعطى بذلك للمرأة الحق في الموافقة الكاملة على زواجها دون اجبار أو إكراه.

---

[1] BOUDERBALA Mediouni Cyrine, L'égalité homme femme, étude comparative entre les droits tunisien et marocain de la famille (le lien conjugal et sa dissolution) , mémoire en vue de l'obtention du mastère en sciences juridiques fondamentales, université du 7 novembre à Carthage, Tunis, 2008-2009, p.20

[2] ساسي بن حليمة، قانون العائلة...، المرجع السابق، ص32.

[3] منصف المحواشي، المساواة والشراكة الزوجية، في تشريعات الأحوال الشخصية التونسية، الثابت والمتحول، مؤتمر حول الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، كلية الحقوق، جامعة عمان من 20-21 أفريل2010، ط1، دار الحامد للنشر، عمان، 2012، ص29.

وهو ما أكده كذلك القضاء من خلال قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: " إن عقد الزواج مبني أساساً على الرضا وهو ركن من أركانه، وأن المادة 04 تعرف الزواج بأنه عقد رضائي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، والتعاون، وأنه بناءاً على ذلك فإنه لا يمكن لقضاة الموضوع اجبار الزوجة ما الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضائها"[1].

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ذهب إلى أبعد من ذلك حيث منع إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة، وهي وسيلة كان معمولا بها وكان بإمكان الزوجين استعمالها قبل التعديل وقبل إلغاء المادة 20 من قانون الأسرة[2].

وعلى سبيل المقارنة، يجب التنبيه إلى أن المشرع التونسي لم يستغن عن الوكالة في الزواج إذ نص على ذلك صراحة بقوله في الفصل 09 من مجلة الأحوال الشخصية: " للزوج والزوجة أن يتواليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلا به من شاءا أو للولي حق التوكيل أيضا". مما يعني أن للزوجين إما تولي زواجهما بنفسيهما أو أن يعينا وكيل يتولي ذلك بالنيابة عنهما.

وبهذا يمكن القول أن مسألة إلغاء الوكالة في القانون الجزائري ما هي إلا سياسة تشريعية الغرض منها تتويج عقد الزواج بالرضائية بين الزوجين دون تدخل أي وسيط[3]، مما يعني أن حضور الزوجين يكون إجباريا أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، هذا ويجب أن يعرب كلاهما عن موافقته بحرية أي أن تكون الإرادة خالية من أي عيب سواء إكراه أو غلط أو تدليس[4].

[1] المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2008/03/12، ملف رقم 32514، م. ق، 2008، عدد01، ص275.

[2] تشوار جيلالي، مدى فعالية احكام حماية المرأة في قانون الأسرة الجزائري في ضوء مواثيق حقوق الإنسان، مداخلة بمناسبة ملتقى دولي بعنوان "فعالية آليات حماية حقوق الإنسان، المكتبة المركزية، جامعة تلمسان، يومي 08-09 ديسمبر 2009، ص05.

[3] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان، 2014، ص16.

[4] TCHOUAR Djilali, Droit de famille quels principe d'égalité, étude de droit mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz édition, Tlemcen, 2013, p.205.

أما في القانون التونسي فالأمر مختلف لأنه جعل الوكالة أمراً اختياريا أي كاختيار ثانٍ، وأنه كرّس مبدأ المساواة من خلال منح الزوجين حق تولي زواجهما بأنفسهما، وهنا يكمن الفرق ففي القانون التونسي للمرأة تولي العقد دون ولي، ولها حق التوكيل إن شاءت ذلك. أمّا في القانون الجزائري، فللمرأة الراشدة تولي زواجها بشرط حضور وليها حسب المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، وليس لها توكيل غيرها.

هذا ما يجرنا الى الحديث عن مسألة أخرى، وهي مسألة الولاية في الزواج نظراً للاختلاف الكبير في الآراء حولها بإعتبارها شرطا أساسيا لإنعقاد الزواج هذا إلى جانب الشروط الموضوعية والشكلية الأخرى والتي سيتم التفصيل فيها من خلال المطلب الموالي:

المطلب الثاني

المساواة في الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج

إن عقد الزواج كغيره من العقود يتضمن شروطا لانعقاده والشرط يعرف على أنه كل ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن حقيقته، وقد نص المشرع الجزائري على شروط الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة. أما المشرع التونسي فقد نص عليها في عدة مواد تحت عنوان في الزواج ونتطرق في هذا الإطار إلى أهم الشروط في كلا القانونين مع تبيان مدى تجسيد مبدأ المساواة في كل شرط وأهم هذه الشروط، الولي (الفرع الأول)، أهلية الزواج (الفرع الثاني) وكذا الشهادة الطبية باعتبارها شرطا شكليا لانعقاد الزواج (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الولي في عقد الزواج

تعتبر مسألة الولاية في عقد الزواج من أكثر المسائل جدلا على الإطلاق حيث يكثر الكلام عن عدم تجانس العلاقة بين الرجل والمرأة، وأن حرية المرأة في الزواج قاصرة مدى الحياة ومرتبطة برجل هو وليّها، ونتيجة لذلك اختلفت الآراء وتعددت الاتجاهات بين مؤيد ومعارض حول هذا الموضوع[1]. وعليه، يجدر التساؤل عن موقف القانونين الأسريين الجزائري والتونسي في هذا الموضوع؟ وهل تم تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في ولاية الزواج؟

إلا أنه قبل الإجابة عن هذه التساؤلات لابد من معرفة معنى ولاية الزواج ومن يمارسها وكيف؟

أولا: مفهوم الولاية في الزواج

فالولاية في اللغة بفتح الواو وكسرها هي النصرة وقيل أنها بالفتح مصدره، وبالكسر اسم، كالإمارة[2]، وهي اسم لما يتولاه الإنسان ويقوم به من الأعمال[3]. أمّا اصطلاحا، فهي سلطة شرعية تجعل الشخص مخولا بتزويج من كان تحت ولايته، أو فاقد الأهلية أو ناقصها[4].

وعرفها كذلك ابن عرفة أنها: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو اسلام"[1].

---

[1] بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري ما بين الإلغاء والإبقاء، مجلة الفقه والقانون، المغرب، جوان 2014، العدد 20، ص156.

[2] محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند شيخ الإسلام ابن تيمية، المرجع السابق، ص196.

[3] وتعرف كذلك أنها من وليت الشيء ولاية إذا توليته وقمت عليه ودبرت شؤونه ونصرته، والولي في لغة العرب القرب والدنو، وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، أنظر، عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، 2014، ص58.

[4] أنظر، نضال أمنية، الولاية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص37، مقتبس عن عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وانهائه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، تلمسان، 2014، ص58.

والولاية في الزواج تدخل ضمن الولاية المتعدية والولاية على النفس، وهي الإشراف على الشؤون الشخصية للمرأة، وعليه، فإنها تعني أن يقوم شخص كبير راشد على تدبير عقد الزواج للمرأة المحتاجة إلى ذلك[2].

وتنقسم الولاية إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية الاختيار:

فولاية الإجبار، هي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم فيها بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه أحد. فهي تنفيذ القول على الغير[3]، وسميت كذلك لأن لمن يملك هذه الولاية حق الاستبداد بتزويج من في ولاية وجبره على ذلك[4]، وعليه بهذه الولاية يكون للولي تزويج موليته لمن يختاره هو سواء رضيت المرأة بذلك أو لم ترض[5].

أما ولاية الاختيار، فهي التي لا يستطيع فيها الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لابد أن تتلاقى إرادة الزوجة وإرادة الولي ويشتركان في الإختيار[6]، وتسمى كذلك بولاية الندب والاستحباب[7].

وتثبت ولاية الإجبار على الابن الصغير والبكر الصغيرة والبالغة سواء العاقل أو السفيه منهم عند المالكية[8]. أما الحنفية فتثبت عندهم على البنت ولو كانت ثيبا، والذكر في حال صغرهما ومن كان في حكمها من جنون أو سفه[9].

---

[1] أنظر النفراوي، الفواكه الدوالي، ج3، ص946، مقتبس عن بلقاسم شوان، الخطبة والزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، محاضرات في مقياس فقه الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2013-2014، ص46.

[2] بوكايس سمية، المساواة..، نفس المرجع، ص27.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1984، ص187.

[4] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص401.

[5] محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، ج1،دار محمد للنشر والتوزيع، ب.س.ن، ص175.

[6] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2004، ص175.

[7] محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص196.

[8] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج2، ط1، دار الكتاب العلمية، بيروت، 1994، ص100.

[9] زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كتز الدقائق، ج3،ط1، دار التراث العربي، دمشق،2002،ص 340.

وتثبت عند الشافعية[1] والحنابلة[2] على البكر البالغة ولا تثبت على الثيب.

وعليه، يفهم من ذلك أن البكر البالغة تثبت عليها ولاية الإجبار عند كل من الشافعية والمالكية والحنابلة دون الحنفية. هذا بالنسبة للشريعة الاسلامية فماذا بشأن موقف القانون من الولاية؟

ثانيا : ولاية الزواج في القانون حق شخصي للمرأة أم للولي

بعد تعرضنا إلى مفهوم الولاية يجدر التساؤل عن موقف المشرعين في هذه المسألة، وهل جعلا الولاية حقا شخصيا للمرأة تمارسه بمفردها أم للولي الحق في ذلك؟

ولعل السبيل الأرشد لمعرفة الإجابة هي تحليل النصوص القانونية والمقارنة بينها، فتكون البداية بالمادة 11 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولي زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

والملاحظ أن المشرع الجزائري جاء بنص جمع فيه بين الولاية على المرأة الراشدة والولاية على القصر.

أما المشرع التونسي، فإنه لم يجمع بينهما في نص واحد، بل نص في الفصل 09 من المجلة على أنه: "للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا".

[1] محمد الشربيني، مغني المحتاج، ج3، شركة مكتبة مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958، ص378.
[2] أبو العباس بن تيمية الفتاوي الكبرى، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987، ص82.

وبالنسبة لزواج القصر، فنص في الفصل 06 من المجلة على أن: "زواج القاصر تتوقف على موافقة الولي والأم وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم دفع الأمر للقاضي والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه."

هذا من ناحية النصوص أما من الناحية الموضوعية فنستهل بالمادة 11 من قانون الأسرة سالفة الذكر، والتي من خلالها عبر المشرع الجزائري عن موقفه من الولاية في الزواج حيث أن هذا الموقف يعتبر مستحدثا بموجب تعديل 2005. إذ أنه قبل ذلك كانت تنص المادة 11 على أنه: " يتولى زواج المرأة وليّها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

من خلال قراءة المادتين، نجد أن المشرع وقف موقفا وسطا محاولا التوفيق بين رأيين مختلفين ومتناقضين:

فالرأي الأول يطالب بإلغاء الولاية تماما وتخليص المرأة من الولي وذلك استجابة لاتفاقيات حقوق الإنسان وحقوق المرأة، بالأخص اتفاقية " سيداو". فهذا ما حاولت تحقيقه الجمعيات النسوية الجزائرية كجمعية من أجل المساواة بين الرجال والنساء أمام القانون، جمعية تحرير المرأة، وكذا جمعية النساء من أجل المساواة والمواطنة وغيرها، حيث انطلقن من مطلبهن هذا بأن قانون الأسرة لسنة 1984 يعمل على إهانة المرأة لاحتوائه على نقاط كثيرة أهمها أن زواج المرأة لا يتم إلا بتوكيل وصائي من الرجل[1].

وظلت هاته الجمعيات النسوية تسعى وراء تحقيق مطلبهن مؤكدين أنه كيف للمرأة الأستاذة، الطبية والوزيرة أن يتولى عقد زواجها وليها ولماذا تقتصر أهليتها في عقد الزواج بينما ترشد في كافة التصرفات القانونية الأخرى؟

[1] نور الدين بن زمام، بن ققه سعاد، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2010، عدد07، ص163.

ونتيجة ذلك تم النص في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة في مادته 11 أن: "الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسه بنفسها أو تفوضه لأبيها أو أحد من أقاربها"[1]. مما يفهم منه منح المرأة الراشدة السلطة المطلقة في تولي عقد نكاحها بنفسها مع إعطائها حق الاختيار في تفويضه لأبيها أو غيره[2].

إلا أن هذا النص قد واجه اعتراضاً شديدا وهو ما يعتبر الرأي الثاني والذي يطالب بإبقاء شرط الولي كأمر واقع وكشرط من الشروط التأسيسية لعقد الزواج[3].

وهذا الاتجاه يمثله التيار الإسلامي بصفة عامة، والذي اعترض بشدة على المادة 11 من المشروع التمهيدي سالفة الذكر، حيث اعتبر أن هذه التعديلات المقترحة تستجيب لدعاوى التيار التغريبي والذي يحاول تجريد المجتمع من هويته العربية الإسلامية، ومن بين أصحاب هذا الرأي حزب جبهة التحرير الوطني، حركة مجتمع السلم، حركة النهضة، حركة الإصلاح[4].

وبعد هذا الاختلاف الشديد بين الرأيين وجد المشرع الجزائري نفسه حائرا إلى أي كفة يميل، أيستجيب إلى الجمعيات النسوية ويلغي الولي تماما أم إلى التيار الإسلامي ويبقي حق الولي قائما على زواج المرأة.

الأمر الذي أدى به إلى استحداث نص جديد جمع فيه بين المتناقضين اذ غير عبارة "يتولى زواج المرأة وليها" بعبارة " تعقد المرأة الراشدة زواجها"، وبهذا يكون قد جعل المرأة الراشدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة وذلك من خلال إدلائها بموافقتها بالزواج بنفسها أمام ضابط

[1] معروف عرابي محمد، قانون الأسرة ما له وما عليه، مجلة الفكر البرلماني، تصدر عن مجلس الأمة، 2005، عدد 10، ص135.

[2] بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري ما بين الإلغاء والإبقاء، المقال السابق، ص159.

[3] ZENNAKI Dalila, Egalité homme femme en Algérie aux normes internationales : le cas de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, études de droit, mélanges en hommages à Abdellah BENHAMOU, konouz édition, Tlemcen, 2013,p.221.

[4] بن قفة سعاد، نور الدين زمام، المرجع السابق، ص165.

الحالة المدنية أو الموثق[1]. وبذلك يكون المشرع قد كرّس حق المرأة مباشرة عقد زواجها بنفسها، ولكن مع اشتراط حضور الولي سواء كان أباً أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره[2].

وبهذا يعتبر موقف المشرع وسطا ومتذبذبا، إذ أنه لم يقرر إلغاء الولي صراحة و لم يقرر اشتراطه صراحه، حيث تكلم عن مسألة حضوره فقط هذا فضلا عن مسألة تخيير المرأة الراشدة بين أبيها أو أي شخص آخر تختاره وذلك باستعماله حرف أو الذي يدل على التخيير وليس التقييد[3].

وهذا الموقف الوسط جعل المشرع عرضة لموجة من الانتقادات والتساؤلات حيث علق الأستاذ تشوار جيلالي على هذا التعديل قائلا: " ومن زاوية الولاية في الزواج انفرد المشرع الجزائري بنص لم نجد له مثيلا لا في المذاهب الفقهية[4] ولا في النصوص القانونية المعاصرة"[5].

هذا وذهبت الأستاذة حميدو زكية إلى أن المشرع لم يكن صريحا في منح حق الولاية للمرأة بل استعمل أسلوب التلميح ما ترتب عليه تناقض وغموض في النصوص، فدور الولي أصبح

---

[1] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة ع. ق. إ. س جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2011، عدد 12، ص59.

[2] أحمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة، الجزائر، 2011، عدد رقم ،10 ص66؛ أنظر كذلك العربي شحط عبد القادر، قدور ابراهيم، عمار المهاجي، قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، دار الأديب، د. س. ن، الجزائر، ص. 20.

[3] وهو ما يلغي كل التفسيرات التي تقدم الأقارب عن غيرهم لأن حرف أو يشمل القريب والبعيد لأنها تفيد التخيير وتأسيساً على ذلك يكون قد خرج المشرع عن كل المذاهب الفقهية في حيث يشترط في الاجتهاد أن يكون في دائرتها وإن خرج عليها يلزم أن يكون من أهله كما يحتاج إلى تأهيل ودليل ولا دليل هنا، أنظر، فاتح ربيعي، موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لمقتضى احكام السياسة الشرعية، مجلة دراسات قانونية، دورية فصيلة تصدر عن مركز البصيرة، 2009، العدد 05، ص90.

[4] لأنه يمكن تبرير موقف المشرع الجزائري بأخده بالمذهب الحنفي حيث أن الحنفية يجيزون للمرأة البالغة الراشدة بكراً كانت أم ثيباً ان تتولى عقد زواجها بنفسها وان كان يستحب لها تقديم وليها لتولي مباشرة العقد عليها بعد تحقق رضاها بإذنها، غير أن المذهب الحنفي رغم إجازته لذلك فإنه جعل لعصبة المرأة حق الاعتراض إذا زوجت نفسها بغير كفئ لها ودون مهر المثل باعتبار أن الزواج مصاهرة بين أسرتين يشترط فيها توافر الكفاءة حتى لا يلحقها العار، أنظر، محمود بن أحمد العيني، البداية في شرح الهداية، ج4، ط2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص620، وكذلك تشوار حميد وزكية، بعض حقوق..، المرجع السابق، ص60.

[5] تشوار جيلالي، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، المجلة الجزائرية، ع.ق.إ.س، الجزائر، 2009، عدد 03، ص308.

شكليا لكونه لا يمكنه إجبار موليته على الزواج في جميع الحالات لصراحة نص المادة 11 عند الإشارة إلى عبارة الحضور وليس الموافقة[1].

وفي نفس السياق، اعتبر الأستاذ عبد العزيز سعد أن هذا النص بعيد كل البعد عن مجتمعنا بكل ثقافته وتقاليده وقيمه الدينية على اعتبار أن المرأة لا تزوج نفسها، وأن وليّها هو الذي يزّوجها وهو أبوها، وأن المشرع عند استناده عن اختلاف المذاهب الفقهية يكون قد خالف آراء فئة كبيرة من الفقهاء المسلمين ولا سيما المالكيين منهم، وأنه يكون قد عمل على تدمير التماسك العائلي وتوليد الشقاق داخل الأسرة الواحدة، وعلى إيقاع فتنة العداوة بين الفتيات وآبائهن، مما يؤكد أن هذه المادة بعيدة كل البعد عن واقع المجتمع الجزائري[2].

وفي الحقيقة نحن نوافق آراء الأساتذة، فالمجتمع الجزائري مجتمع محافظ رغم انفتاحه على العالم الخارجي خصوصا الغربي، ورغم اندماج المرأة في الجانب المهني وتحررها من بعض القيود، إلا أن العادات والتقاليد الجزائرية مازالت تعطي للولي مكانة هامة في زواج المرأة خاصة إذا كان هذا الولي هو الأب.

وعليه، فإن المشرع لم يبحث إذا كان النص المتعلق بالولاية يتناسب مع المجتمع الجزائري باعتباره مجتمع إسلامي محافظ، ولم يكترث إذا كان يتوافق مع الفقه الإسلامي ومع الشريعة الإسلامية خاصة جمهور الفقهاء، بل كان همه الوحيد هو إيجاد نص يجمع فيه بين الرأيين المتناقضين، وفي الوقت نفسه محاولا إيجاد توازن بين حقوق المرأة وحقوق الرجل وذلك لتحقيق مبدأ المساواة بينهما.

هذا ولم يكتف المشرع بمنح المرأة حق تولي العقد مع حضور الولي الشكلي، بل جرد هذا الأخير من حقه في منع موليته من الزواج، وهو ما يفهم من إلغاء المادة 12 والتي كانت تنص

[1] تشوار حميدو وزكية، بعض حقوق المرأة...، المرجع السابق، ص77-79.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الاسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص42-43.

على أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذ رغبت فيه وكان أصلح لها...غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"[1].

وبهذا، فإنه لم يبق للولي أي دور أو تأثير في الإذن أو المنع وفي هذا السياق وعلى رأي الشيخ يوسف القرضاوي فنحن لا ننكر أن الفتاة هي صاحبة الشأن الأول في زواجها وأنه لا يجوز لأبيها أو وليها أن يهمل رأيها أو يغفل رضاها أو يؤخر زواجها إذا خطبها كفء ذو دين وخلق، إلا أنه في نفس الوقت يجب عليها أن تحترم رأي أبيها وأن يكون له حق الاعتراض إذا ثبت فعلا أن الرجل الذي تقدم لخطبتها ويريد الزواج بها غير كفئ[2].

هذا بالنسبة للمرأة البالغة الراشدة، أما فيما يخص المرأة القاصرة فإنه للولي تولي العقد وذلك حسب المادة 11 فقرة 02 والتي تنص على أنه "...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

ورغم إعطاء الولي من جهة حق تولي عقد موليته القاصر إلا أنه جاء من جهة أخرى حرمه من ولاية الإجبار، وذلك حسب المادة 13 والتي تنص على أنه: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

مما يؤكد كل التأكيد أن المشرع تخلى تماما عن ولاية الإجبار سواء بالنسبة للبالغة أو القاصرة، وعلى هذا الأساس، فإن الولي حسب ما سبق ليس لديه أي تأثير، فهو لا يملك الحق في عقد زواج البالغة ولا حتى منع زواجها، وليس له اجبار القاصرة التي في ولايته على الزواج، وبهذا يبقى دوره ووجوده شكليا فقط.

[1] وإضافة إلى ذلك فإن الزواج التام بدون ولي وأتبعه دخول يعد صحيحاً ويرتب كل الآثار القانونية وذلك حسب المادة 33 من قانون الأسرة، أنظر، تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الأسرية، المجلة ج ع. ق. إ. س الجزائر، 2007، عدد02، ص219.

[2] أنظر، يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط.11، مكتبة وهبة، القاهرة، 1977، ص147.، مقتبس عن بوجاني عبد الحكيم، اشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان، 2014، ص72.

إذن، ومن خلال كل ما قيل فيما سبق يمكن التأكيد أن السر وراء كل ما جاء به المشرع الجزائري في هذا الموضوع هو نتيجة للضغوطات التي تعرض لها، بيد أن السبب المباشر والرئيسي هي الضغوطات الخارجية وليس الداخلية، أي محاولة المشرع التماشي مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر والمتعلقة بحقوق المرأة وبالأخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

فرغم تحفظ الجزائر على عدة مواد من أجل عدم المساس بقانون الأسرة خاصة المادة 16 إلا أنها واجهت ضغوطات من لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، ما أدى بالمشرع إلى ابتداع معيار جديد للولاية وهو معيار الاختيار[1].

وبهذا، يكون المشرع أخذ بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مسألة ولاية الزواج ولكن بطريقة انفرد بها. وذلك بإعطاء المرأة البالغة حق مباشرة عقدها بنفسها دون تدخل أي شخص آخر سواء كان الأب أو غيره.

فالولاية لا تثير في الواقع أي مشاكل في القانون التونسي، وذلك أن مشرع المجلة لسنة 1956 لم يشعر بالحاجة إلى اتخاذ ذلك في إطار أحكام قانون الأحوال الشخصية إذ فرض الموافقة الحّرة من الزوجين على زواجهما[2]، وأعطى الزوجين حق تولي عقد زواجهما بنفسهما مع تخييرهما بتوكيل[3] الولي ويكون هذا الولي حسب رغبتهما واختيارهما سواء الأب أو أي شخص آخر.

[1] عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية، وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تلمسان، 2015، ص44.

[2] BOUDERBALA Mediouni Cyrine, L'égalité homme femme..., op.cit, p.20.

[3] الوكالة في الزواج وكالة خاصة يستمد فيها الوكيل سلطة من الموكل لكن يجب أن يكون الوكيل عاقلا راشداً هذا وينص الفصل 10 على أنه: " لا يشترط في الوكيل شرط خاص ولكن يجب ألا يوكل غيره بدون إذن موكل ويجب تحرير التوكيل في حجة رسمية".

فصراحة المشرع واضحة من خلال الفصلين 03 و09 من المجلة، حيث نص الفصل 03 على أنه: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين". أما الفصل 09 فجاء فيه: " للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما، وأن يوكلا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا".

وعليه، فإن الطرفين المقبلين على الزواج يوضعان على قدم المساواة بالنسبة لهذا الشرط.

وكما هو الحال في القانون الجزائري، فإن التشريع التونسي هو كذلك قام بإلغاء حق الجبر الذي كان يتمتع به الولي وذلك بصدور مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956.

وبالنسبة للمجتمع التونسي خاصة النساء منهم، فإن أكبر مكسب في منظومة مجلة الأحوال الشخصية، هو إلغاء حق الجبر. إذ حسب رأيهن، فإنه وضع حداً لممارسة قديمة تتمثل في ممارسة الإكراه على الزواج الذي يرتكز على إرغام الوالد أو الوصي ابنته على عقد زواجها برجل ما[1].

وما يجدر الإشارة إليه هو أن المشرع التونسي لم يقم فقط بإلغاء الحق في الجبر، بل أقر في الواقع أن أي زواج يخالف الفقرة 1 من الفصل 03 فهو زواج باطل وذلك من خلال الفصل 21 الذي جاء فيه: " الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 03...".

وبالتالي فإن المادة 21 من المجلة تدعم موقف الهيئة التشريعية التونسية التي ألغت حق الجبر الذي يتمتع به والد الفتاة مما قد يجبرها بالزواج من رجل لا تريده[2].

[1] تقرير حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة في أساس النوع الاجتماعي، تعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأورومتوسطية، برنامج ممول من قبل الاتحاد الأوربي، تونس 2008-2011، ص17.

[2] BOUDERBALA Mediouni Cyrine, op. cit. p.17.

وبالنسبة للفقه التونسي، فإن إلغاء مثل هذه الممارسات يعتبر أولوية[1]. وفي هذا السياق ذهب الأستاذ بن حليمة إلى القول أن: "الحق في الجبر يتعارض مع كرامة المرأة وحقوق الانسان، وأن هذا النوع من الممارسات لا يتناسب مع تشريع كان يريد أن يعتبر عصريا حيث عرف الاستاذ حق الجبر على أنه الحق الذي يتمتع به الولي، على إلزام منظورته على الزواج وهو ما يعطي صورة مشوهة عن الفقه الإسلامي اذ يبرز الفتاة أو المرأة بمظهر الكائن المستنقص المستضعف المغلوب على أمره"[2].

وكنتيجة لما سبق، فإن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في ولاية الزواج هو مجسد على إطلاقه إذ حررت المرأة البالغة من تأثير الولي و لم يعد له أي دور يؤديه، وبالمقابل فإن دور الولي نجده محصورا في مسألة زواج القاصر حيث ينص الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: " زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم، وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي، والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه".

وبهذا، فإن دور الولي يظهر في مسألة زواج القاصر لكن بالمقابل ليس له الامتناع عن تزويج القاصر مع رغبته، وفي حال منعه للزواج فيرفع الأمر للقضاء ويصدر إذن بزواج القاصر ولا يقبل هذا الإذن أي وجه للطعن. ولكن السؤال المطروح هنا هل للولي والأم حق الموافقة أم تولي العقد والصيغة؟ حيث أن المشرع استعمل مصطلح الموافقة وليس تولي العقد، وبالتالي يمكن القول أن دور الولي يقتصر فقط على الموافقة والترخيص بالزواج دون أن يكون له تولي العقد شخصيا.

بيد أن هذه المادة نصت على مسألة لم نجد لها مثيلا لا في التشريع الجزائري ولا في أي قانون آخر، وهي مسألة موافقة الأم على زواج القاصر.

[1] BOUDERBALA Mediouni Cyrine, op. cit. p.18.

[2] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود...، ص32.

فالمشرع التونسي أشرك الأم في الموافقة على زواج أبنائها القصر، اذن فالأب والأم شريكان في الموافقة على هذا الزواج حيث لابد أن يصدر هذا الرضا عنهما معاً. فزواج القاصر بمقتضى هذا القانون لا ينعقد بموافقة الأول ومعارضة الثاني أو العكس.

وبذلك أصبحت الأم تساعد الأب وتشاركه في مشمولات الولاية على النفس بالنسبة لأبنائها القصر عند قيام العلاقة الزوجية بينها وبين الأب[1]، وهذا الاشتراك في الولاية نابع من الواجب المشترك المحمول على كلا الزوجين والذي نص عليه المشرع التونسي في الفصل 23 من المجلة بقوله: "ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية".

وأساس هذا النص هو اشراك الزوجة مع زوجها في كل تفاصيل وشؤون الأسرة والأبناء وكذلك المعاملات المالية، وبذلك تحقيق مبدأ المساواة بينهما من ناحية الحقوق والوجبات الزوجية.

ومن خلال كل ما سبق، يمكن القول أن المشرع التونسي جعل المرأة تتولى عقد الزواج في زواج البالغة وذلك بمنحها حق تولي عقدها بنفسها، وجعل لها من جهة أخرى حق الموافقة على زواج القاصر من خلال موافقة الأم. مما يؤكد أن المشرع التونسي كان أكثر جرأة وصراحة من نظيره الجزائري فيما يتعلق بشرط الولاية في الزواج، فهل يكون كذلك حتى بالنسبة لشرط سن الزواج؟

[1] أنظر، فاطمة الزهراء بن محمود؛ سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص71 .

الفرع الثاني

المساواة بين الجنسين في سن الزواج

إن سن الزواج أو ما يعرف بالأهلية هي من الخصائص المميزة للإنسان فيشترط لصحة عقد الزواج توافرها في طرفيه، فهي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمالها، وعن طريقها يستطيع معرفة ما يتمتع به من حقوق وما يلتزم به من واجبات.

والأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء، فالأولى هي أهلية التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات حتى ولو لم يمارس الشخص بنفسه حقه أو التزامه، أما الثانية فهي أهلية مباشرة الشخص للحق أو الواجب أي استعماله بنفسه[1].

وللحديث عن زواج صحيح، فإنه لابد أن تكون الإرادة معتبرة ولكي تكون كذلك، يجب أن تكون صادرة عن ذي أهلية، ولهذا فإن المواثيق الدولية اهتمت بحماية كلا الجنسين من الزواج المبكر خاصة المرأة وفي سبيل ذلك سعت إلى تحديد سن الزواج، حيث نصت المادة 02 من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج بأن الدول الأطراف يجب أن تقوم بالتدابير الشرعية اللازمة لتعيين حد أدنى للزواج.

هذا ونصت كذلك المادة 16 من اتفاقية " سيداو" فقرة 02 على أنه: "لا تترتب آثار قانونية على خطبة أو زواج الأطفال وتتخذ كل التدابير الضرورية بما في ذلك التشريعية من أجل تحديد سن أدنى للزواج وفرض تسجيل الزواج في سجل الرسمي". ذلك دون نسيان اعلان القضاء على التمييز ضد المرأة والذي حظر في مادته السادسة فقرة 03 مسألة زواج الصغار وعقد خطوبة الفتيات غير البالغات.

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص35.

وعليه، من الواجب حسب ما سبق على الدول اعتماد سن أدنى للزواج، وذلك من أجل ضمان حرية التعبير عن الرضا في انعقاد الزواج، مع التأكيد على المساواة بين الرجل والمرأة في أهلية الزواج، وأهلية التصرف بشكل عام، إذ نصت المادة 15 فقرة 02 من اتفاقية سيداو على أن: "تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية مع إبرام العقود وإدارة الممتلكات"[1].

وإزاء ذلك، فإن تحديد سن الزواج بالنسبة للمرأة بسن أقل أو أعلى مما هو محدد للرجل يعتبر تمييزا ضدها، فهل أن التشريعين الأسريين الجزائري والتونسي احترما المعاهدات الدولية فيما يخص تحديد السن الأدنى للزواج وكذا المساواة بين الجنسين فيه؟

فبالنسبة للتشريع الجزائري، فإن أصل المادة 07 من قانون الأسرة كان يحدد سن أدنى للزواج، مع اختلاف بين الرجل والمرأة، حيث أنه تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 سنة أما المرأة فبتمام 18 سنة، إلا أن المشرع قد عدل موقفه، وساوى بين الرجل والمرأة في سن الزواج فأصبحت موحدة بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة مع ابقائه على مسألة ترخيص الزواج قبل هذا السن لمصلحة أو ضرورة، حيث جاء في نص المادة بأنه: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، للقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

وعليه، فالمساوة بين الجنسين في سن الزواج هي محققة وبصورة واضحة في هذا النص وقد تعددت أسباب هذا التوحيد حسب مداولات مجلس الأمة، فمنها رغبة المشرع في التوحيد والتطابق مع سن الرشد المدني؛ كذلك التضارب الكبير في القوانين فيما يتعلق بتحديد السن

[1] عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص36.

القانونية؛ هذا بالإضافة إلى اتخاذ الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل كسبب لتوحيد سن الزواج وتحديده بـ 19 سنة[1].

هذا دون أن ننسى سبباً آخر مباشراً وهو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي تفرض على الدول الأطراف مساواة في سن الزواج مع الضغط على الجزائر من خلال التقارير الملزمة والتي تقدمها هذه الأخيرة أمام اللجنة التابعة لهذه الاتفاقية.

وقد سار المشرع التونسي نفس مسار المشرع الجزائري وذلك بتحديد سن الزواج على أساس مبدأ المساواة بين الجنسين حيث نص في الفصل الخامس من المجلة على أنه: "...يجب أن يكون كل من الزوجين خلواً من الموانع الشرعية، وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ منهما (18) ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج، وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم، ولا يعطى الاذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين..".

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع التونسي تبنى مبدأ المساواة بين الجنسيين في سن الزواج مؤخراً بموجب قانون 14 ماي 2007، إذ شهدت الأهلية في الزواج تطورا فبصدور مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956 حددت سن الزواج 18 سنة للرجل 15 سنة للمرأة، وبعدها تم الترفيع في سن الزواج بموجب قانون 21 أفريل 1964 لتصبح 20 سنة للرجل و17 سنة للمرأة وذلك سعياً نحو تحديد النسل[2].

وقد اعتبر الفقه التونسي أن المشرع قد أتى بحل وضع حداً لما كان موجوداً من قبل وهو مسألة زواج الأطفال، فبالنسبة للأستاذ ساسي بن حليمة فإنه يرى أن مثل هذا الزواج يصبح بمثابة

[1] أنظر، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 2005/146 المؤرخة في 2005/03/26، وكذلك الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة رقم 2005/02 المؤرخة في 2005/03/26.

[2] أنظر، قانون العائلة، تلخيص موسع مع إبراز للتعاليق على الفصول والقرارات والمواضيع، محاضرات ملقاة على طلبة السنة أولى أساسية قانون خاص، جامعة تونس، 2010، ص56.

مسرحية أو بالأحرى الهزل الذي يبعث على الضحك[1]. معتبرا أن الزوجة خاصة إذا كانت هي الطفل فإن الزوج قد يبرز بمظهر الباحث عن اللذة مع الأطفال، وهو ما ترفضه اليوم كل القوانين في العالم وما تكافحه الاتفاقيات والمعاهدات التي تسعى إلى حماية حقوق الطفل[2].

هذا بالنسبة الى الأصل العام، إلا أنه هناك استثناء عن القاعدة العامة وهي امكانية الحصول على ترخيص أو إذن بالزواج قبل بلوغ السن القانونية المسموح بها، وهذا الاستثناء أخد به كلا المشرعين، وذلك على أساس مبدأ المساواة فكل من الزوجين يستطيع أن يتحصل على هذا الترخيص أو الإذن إذا توافرت فيه الشروط القانونية لذلك. فالحكم عام بالنسبة لجميع الأشخاص بما فيهم الفتيان والفتيات وبلا تمييز بسبب الأصل أو العرف أو الدين[3].

فالتشريع الجزائري اشترط لمنح هذا الإذن أن تكون هناك مصلحة أو ضرورة، بالإضافة إلى قدرة الطرفين على الزواج. أما المشرع التونسي فعبر عن شروطه بقوله: "لأسباب خطيرة والمصلحة الواضحة للطرفين".

والملاحظ أن كلا المشرعين اشتركا في مسألة وجود المصلحة من هذا الزواج. فكل زواج فيه مصلحة للزوجين حسب التشريعين، فإنه يمكن فيه أن يحصل الطرفان غير البالغين على رخصة بالزواج. ولكن يبقى التساؤل مطروحاً حول حالة الضرورة التي اشترطها المشرع الجزائري وكذا مسألة الأسباب الخطيرة في التشريع التونسي من أجل منح الاذن.

وحسب ما يبدو، فإن المشرعين تركا ذلك للقاضي، فهو يملك السلطة التقديرية المطلقة في اعتبار أمر ما إمّا ضرورة أو سبب خطير لمنح الإذن. ويرى الأستاذ ساسي بن حليمة أنه من بين الصور المطروحة كسبب خطير هو الزواج إثر جريمة مواقعة قاصر برضاها والتي يوقف الزواج بها

[1] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، المرجع السابق، ص33.

[2] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، المرجع السابق، ص33.

[3] تشوار جيلالي، سن الزواج بين الاذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 1999، عدد04، ص.76.

التبعات القانونية، كذلك حالة البنت كأن تكون يتيمة أو فقيرة، أو إذا كان الزوجيين يعتزمان السفر للخارج في أجل مزاولة الدراسة أو العمل[1].

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فإن حالة اختطاف قاصر والاعتداء عليها (المادة 326 قانون عقوبات) يمكن أن تدخل ضمن حالة الضرورة التي اعتبرها المشرع كشرط من أجل منح الترخيص بالزواج[2].

وما يمكن القول هنا أن منح الاذن بناءا على هذه الحالة يتعارض مع أهداف الزواج التي أساسها المودة والرحمة، كون أن المقبلين عليه ينتظران من ورائه الوصول الى هدف خاص وغريب وهو تغطية الفضيحة بالنسبة للفتاة وافلات الجاني من العقاب. اضافة الى تعارضه مع رضائية الزواج[3].

وما يعاب كذلك على كلا القانونين الجزائري والتونسي هو أنهما لم يحددا السن الأدنى لمنح الإذن أو الترخيص، وهو ما ذهب إليه الاستاذ تشوار جيلالي منتقدا المادة 07 من قانون الأسرة قائلا: " يعاتب على المشرع كذلك أنه لم يسع الى تحديد السن الأدنى لمنح الاذن فقد أعطى بمقتضى المادة السابعة سلطة تقديرية مطلقة للقاضي في شأن الإذن. الأمر الذي يجعل من حكمه المطلق عاملا مساعدا في خلق تلك الحالة البغيضة: حالة زواج الصغار..."[4].

ويمكن أن يستند القاضي عند منحه للإذن إلى الجانب الفيزيولوجي والبيولوجي وكذا الاجتماعي للمترشحين للزواج. الا أن ذلك غير كاف مما يحتم في كل الحالات تحديد سن أدنى لمنح الاذن بالزواج يعتمده القاضي في هذه الحالة.

[1] ساسي بن حليمة قانون العائلة، محاضرات...، المرجع السابق، ص58.
[2] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص429.
[3] تشوار جيلالي، سن الزواج بين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص 80-90.
[4] تشوار جيلالي، سن الزواج بين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع نفسه، ص.77.

وفيما يخص القاضي كذلك، فإن المشرع الجزائري لم يحدد صراحة القاضي المختص بسلطة الترخيص هل هو قاضي شؤون الأسرة أم رئيس المحكمة؟ الا أنه في الواقع العملي، فإن هذا الاختصاص كان يوكل الى رئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة أو الأوامر الولائية[1]. الى غاية تعديل قانون الاجراءات المدنية والادارية أين أصبح منح هذا الترخيص موكلا الى قاضي شؤون الأسرة بأمر ولائي وذلك حسب المادة 480 منه والتي تنص على أنه:" يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".

وهو الأمر الجاري العمل به في القضاء التونسي كذلك حيث أن رئيس المحكمة هو المختص بمنح الاذن وهو ما يظهر من خلال قرار تعقيبي جاء فيه:" الإذن بالزواج الممنوح من طرف رئيس المحكمة الابتدائية هو عمل ولائي ينقلب الى عمل قضائي في صورة ما اذا وقع فيه الرجوع ممن يهمه الأمر..."[2].

وإلى جانب شرط الولي والأهلية هناك شرط تقديم الشهادة الطبية والذي يمكن اعتباره شرطا شكليا لانعقاد الزواج فما هي هذه الشهادة وما هو محتواها في كلا التشريعين؟

الفرع الثالث

الشهادة الطبية كشرط شكلي لانعقاد الزواج

إن الفحص الطبي هو معرفة حالة الإنسان الصحية كإجراء وقائي يساعد في صيانة الصحة والكشف المبكر للأمراض وهي في أطوارها الأولى[3].

[1] تشوار جيلالي، سن الزواج بين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري...، المرجع نفسه، ص.77.

[2] محكمة التعقيب، 1986/03/03، ملف رقم 13437، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

[3] صفوان محمد علي عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، رسالة ماجستير، تخصص الفقه، جامعة البرموك، الأردن، 2004، ص28.

أما الفحص الطبي قبل الزواج هو دراسة للحالة الصحية العامة لدى كل من الزوجين للكشف عن أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية أو نحو ذلك[1]. أو بعبارة أخرى هو مجموعة من الفحوصات المخبرية أو السريرية التي يقترح عملها على أي شريكين قبل ارتباطهما بعقد الزواج، وذلك لتقديم النصح لهما بهدف الحصول على حياة زوجية سعيدة وأطفال أصحاء، وبالتالي أسرة سليمة ومجتمع سليم[2].

ولمعرفة مدى مساواة المشرع الجزائري والتونسي بين الجنسين في مسألة الفحص الطبي، فإنه لابد من الخوض بالتحليل في المواد التي تكلمت عن هذه المسألة.

وقد وضع المشرع التونسي هذا الشرط بمقتضى القانون المؤرخ في 1964/11/3 والذي منع فيه المأمورين العموميين من تحرير عقود الزواج دون استظهار شهادة طبية، مع تحديد الأمراض التي يجب التثبت منها وهي الأمراض المزمنة والمعدية كالسل والاضطرابات العصبية، وكذلك نتائج الإدمان على المشروبات الكحولية، وجملة الأمراض التي من الممكن أن تتسرب عن طريق العدوى[3].

وحسب الفصل الأول[4] من قانون 1964، فإن الشهادة الممنوحة من الطبيب يجب أن تنص على أن المترشح للزواج تم فحصه لهذا الغرض، ويمنع على الطبيب أن يذكر في هذه الشهادة الأمراض التي قد يكتشفها في شخص القرين، كما يمنع عليه أن ينص أن المترشح سليم من

[1] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص430.

[2] عبد الحميد القضاة، رسالة إلى الشباب الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟ المكتبة الوطنية، جمعية العفاف الخيرية، عمان، 2003، ص09.

[3] تجدر الإشارة إلى أن استظهار الشهادة الطبية السابقة للزواج لم يكن وجوبياً في كامل تراب الجمهورية التونسية إلى أن أصبحت هذه الشهادة وجوبية على كامل التراب عند صدور قرار وزاري من وزيري الداخلية والصحية العمومية، في 28 جولية 1995، انظر قانون العائلة، محاضرات... المرجع السابق، ص28.

[4] إذ ينص الفصل 01 على ما يلي: "لا يمكن لضابط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقد الزواج أن يقوموا بإبرام الزواج إلا بعد أن يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج، شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن شهرين تثبت أن المعني بالأمر قد وقع فحصه قصد الزواج دون أن تذكر بها اشارة أخرى...".

الأمراض الخطيرة والمعدية. والغرض من هذا هو احترام لما يفرضه القانون على الطبيب من واجب الالتزام بالسر المهني وكذا ضمان الحرية الفردية في الزواج.

إلا أن المشرع التونسي أجاز بالمقابل للطبيب أن يرفض تسليم الشهادة الطبية للمترشح الذي يكون اكتشف فيه أمراض خطيرة أو معدية وذلك حفاظا على مؤسسة الزواج.

بيد أن الغريب في القانون التونسي هو أنه أجاز استثناء للشخص الذي يكون في حالة احتضار أن يتزوج دون استظهار الشهادة الطبية[1].

وبالتأكيد، فإن هذا الاستثناء يعتبر منافياً لعقد الزواج والذي يتسم بالديمومة والاستمرارية، وهدفه التناسل والتعاون، وعليه إذا كان الزواج في مرض الموت، فإن أهدافه لا تتحقق لعدم استمراريته مما يجعل هذا النوع من الترابط منافيا لما يقتضيه عقد الزواج.

ويختلف المشرع الجزائري عن نظيره التونسي في عدة نقاط فيما يخص مسألة الفحص الطبي، إذ أن شرط الشهادة الطبية لم يكن له وجود في ظل قانون الأسرة قبل تعديله وترميمه، وبذلك يكون قد التحق المشرع الجزائري بموكب التشريعات الأخرى التي سبقته، وأهمها التشريع التونسي كما سبق بيانه حيث نص على ذلك ضمن المادة 07 مكرر من قانون الأسرة بقوله: " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على ضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج وتؤثر بذلك فيه ...".

[1] وهو ما نص عليه المشرع صراحة في الفصل الخامس من المجلة قائلا: "يمكن للحاكم في الحالات الاستثنائية إعفاء الشخصين العازمين على الزواج أو أحدهما من تقديم الشهادة الطبية ولا تطلب الشهادة من كلا الشخصين العازمين على الزواج إذا كان أحدهما في حالة احتضار".

ولتوضيح أكثر أعقب المشرع الجزائري هذه المادة بمرسوم تنفيذي وهو المرسوم رقم 06/ 154 المؤرخ في 2006/05/11 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكامها[1]. وبالاطلاع على هذا المرسوم نسلط الضوء على الفوارق الموجودة ما بين القانونين الجزائري والتونسي. إذ أن أبرزها هو الاختلاف الجوهري في مسألة علم الأطراف بنتائج الكشف الطبي لكل منهما وهي مسألة مهمة في عقد الزواج، حيث اشترط المشرع الجزائري صراحة علم الطرفين بما قد تكشف الشهادة الطبية من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض على الزواج مع التأكيد على الـــتأشير بذلك في عقد الزواج، وذلك لكي لا يقع أي منهما في تدليس أو غش ويكون لهما كامل الحرية في إتمام الزواج أو الرجوع عنه[2].

وخلافا لذلك، فإن المشرع التونسي لم يتكلم عن مسألة وجوب علم الأطراف بما يصيب الطرف الآخر من أمراض وبالمقابل منح الحق للطبيب بموجب نص الفصل 03 من قانون 64، أن يرفض تسليم الشهادة الطبية إذا ثبت له وجود مرض معدي أو خطير أو أن يؤجل تسليم الشهادة إلى أن يزول خطر العدوى من المريض أو تصير حالته الصحية غير مضرة للذرية.

وعليه، لماذا لم يحذ المشرع الجزائري حذو المشرع التونسي في هذه المسألة ويحرر ضمير الطبيب المهني[3]؟ إذ حسب المواد 05و06 و07 من المرسوم سالف الذكر، فإن الطبيب ليس لديه الحق في الامتناع عن تقديم الشهادة الطبية، مهما كانت نتيجة الفحص الطبي حتى ولو كان أحد الزوجين مصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA)[4].

---

[1] الجريدة الرسمية رقم 31 الصادرة بتاريخ 2006/05/14.

[2] وفي حال تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط وقام بتحرير الزواج فإنه يتحمل مسؤوليته عن مخالفته القانون، ويمكن أن يتعرض للعقاب الإداري والعقاب الجزائي طبقا للمادة06 من المرسوم التنفيذي رقم06-154:" لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

[3] صويلح بوجمعة، نظرة تحليلية للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة العليا، جوان2006، ص08 الموقع الإلكتروني www.google.com

[4] علماً ان هذا الداء قاتل لحامله وينتقل إلى الغير عن طريق الجماع وإلى الجنين وهو في رحم أمه.

لهذا يمكن القول أن المشرع التونسي أصاب عندما سمح للطبيب الامتناع عن تقديم الشهادة الطبية[1] في هذه الحالة. مما يتوجب على المشرع الجزائري اضافة هذا الحق للطبيب الذي يستعمله في حال بقي الطرفان مصّران على الزواج رغم علمهما بنتائج الفحص الطبي، والتي ليست في صالحهما ولا في صالح ذريتهما مستقبلاً. مما يهدد استقرار الأسرة والمجتمع ككل.

ورغم أن حرّية الزواج من الحقوق الأساسية ولا يمكن تقييد هذه الحرية مهما كان المبّرر الطبي، إلا أنه لسلالة الطرفين الحق في الصحة والحياة، وهذا كذلك من حقوق الإنسان، إذ من حق الجنين النمو في رحم أمه نموا طبيعياً وصحياً وأن يأتي إلى الحياة سليماً معافى من كل داء، وهو ما يتمناه كل العائلات ويسعى المجتمع الدولي إلى تحقيقه وحمايته بواسطة المنظمة العالمية للصحة[2].

إضافة لما سبق، تجدر الإشارة إلى أن بين القانونين الجزائري والتونسي فرق آخر من حيث المدّة الزمنية المحددة لتقديم الشهادة الطبية، فالمشرع التونسي حددها بمدة لا تقل عن شهرين، أمّا نظيره الجزائري فأكد أن المدة لا يجب أن تقل عن 3 أشهر.

ورغم أن المدة التي حددها المشرع التونسي أقل من المدة المحددة في القانون الجزائري، إلاّ أن كلا المدتين طويلتين، لأنه من الممكن أن يحصل الكثير خلال شهرين أو ثلاثة أشهر.كعلاقة جنسية غير شرعية قد ينتج عنها أمراض عديدة، وعليه فإنه من المستحسن لو يتم تحديد تقديم الشهادة الطبية في مدة لا يزيد تاريخها عن أسبوع أو أسبوعين، سواء بالنسبة للقانون الجزائري أو التونسي.

[1] تجدر الإشارة إلى أن الشهادة الطبية تشمل فحوصات عياديه شامله إضافة إلى تحليل الدم وأن هذه الشهادة لا تتعلق كما يظن البعض بشهادة أن الزوجة بكراً، إذ أن شهادة عذرية الزوجة لا تعد شرطا لإبرام عقد الزواج سواء في القانون أو في الشرع، ولا يتم حتى الإشارة إليها أو ذكرها في الشهادة الطبية التي نحن بصدد دراستها.

[2] صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص08.

وعليه مما سبق، يمكن القول أن كل من القانونين الجزائري والتونسي، قد اعتمدا على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بالشهادة الطبية، وذلك في كل تفاصيلها سواء الفحص الطبي أو تقديم الشهادة وحتى نوع الفحوصات، إذ لم يتم التمييز بين المقبلين على الزواج في ذلك وتم اخضاع كلاهما لنفس الاجراءات والأحكام.

وكخلاصة لهذا المبحث نرى أن مبدأ المساواة بين الجنسين كان محققا في كلا القانونين الأسريين، ولكن مع وجود بعض الفروقات بينهما، والتي يمكن ارجاعها الى السياسة التشريعية المختلفة التي ينتهجها كل مشرع في سبيل تحقيق هذا المبدأ. فهل يواصلان ذلك؟

المبحث الثاني

المساواة في الاشتراط والتعدد

بما أن عقد الزواج من العقود المهمة ذات الشأن اذ يبين فيه كل واحد من المتعاقدين مطالبه ورغباته، فإذا ما تلاقت الرغبات أقدما وتفاهما فيتم العقد بتلاقي الارادتين، الأمر الذي يجعل لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة وذلك لضمان حقوقهما وقيام علاقة زوجية خالية من المشاكل ما دام أن باب الاشتراط مفتوح (المطلب الثاني).

وفي إطار عقد الزواج كذلك نجد مسألة تعدد الزوجات والتي نظمتها الشريعة الإسلامية وجعلت لها ضوابط وأحكام، والتي أثارت جدلاً واسعاً، خاصة من ناحية المركز القانوني للمرأة أمام الرجل وحقها في عدم التعدد عليها (المطلب الأول).

المطلب الأول

مدى تطبيق مبدأ المساواة في مسألة تعدد الزوجات

من أهم المسائل التي كانت هدفاً للنقد والرفض هي مسألة تعدد الزوجات والتي اختلفت الآراء من حولها، بين مؤيد ومعارض فذهب البعض إلى أن التعدد مسألة بديهية أقرتها الشريعة الإسلامية وعملت بها السنة النبوية ولا يمكن نكرانها أو تجاهلها ولكن بشروط وضوابط.

وبالمقابل ذهب البعض الآخر ومنهم أنصار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[1]، إلى أن مقتضى المساواة بين الرجل والمرأة في حق الزواج يحتم بداهة ألا يباح لأحدهما ما يحرم على الآخر، أي إذا كان يحرم على المرأة الزواج بأكثر من رجل فإنه يجب ألا يباح للرجل الزواج بغير امرأة واحدة.

وإذا أبيح له التعدد فمن المنطق السماح للمرأة الاقتران بأكثر من رجل، إذ أن العمل بخلاف ذلك يعد إخلالاً بمبدأ المساواة بين حقوق المرأة والرجل[2].

وأمام هذا الاختلاف ما هو موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة باعتبار أن الشريعة الإسلامية ضبطتها ونظمتها (الفرع الأول)، وكذا ما موقف قانون الأسرة الجزائري والتونسي من هذه المسألة؟ وما مدى مراعاتهما لمبدأ المساواة بين الزوجين عند وضع أحكام التعدد؟ (الفرع الثاني).

[1] وذلك حسب المادة 16 فقرة 01 حرف "أ" بقولها: "نفس الحق في عقد الزواج".

[2] تجدر الإشارة إلى أن الإسلام لم ينشئ التعدد، وإنما هذبه وعدّله ونظمه، حيث أن تعدد الزوجات والأزواج نظام عرف قبل الإسلام، وكان من قبيل إظهار الرجولة والتفاخر، إذ كان للرجل أن يتزوج ما طاب له من النساء دون أي حدٍّ للتعدد، علاوة على أنه كان للمرأة أن تعاشر عدّة رجال معتبرين ذلك نكاحاً كنكاح الرهط (أن يعقد عدد من الرجال علاقة مع امرأة ويتكفلون بنفقتها وعند ما تحمل تدعوهم وتعين أحدهم أباً لولدها)، ونكاح الاستبضاع (وهو أن يترك الرجل امرأته لغيره وهو المشهور له بالكرم أو الشجاعة لتحمل منه ويعتبره زوجها ابناً له) وغيرها من الأنكحة، أنظر، أبو قاسم الديباجي، حقوق المرأة في الاسلام، الطبعة الالكترونية الأولى، ب.ب.ن، 2003، ص.122-123، كذلك، خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص72.

الفرع الأول

أحكام تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية

جاء الإسلام وأباح تعدد الزوجات للرجل في حد أربع زوجات مع وضع قيود لذلك، إذ يعتبر العدل بين الزوجات كأحد الشروط الأصلية لإجازة التعدد، وهو ما يتجلى في قوله تعالى: **«وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا»**[1]. إضافة إلى قوله تعالى: **«وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّـــهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا»**[2].

والمقصود بالعدل هنا هو العدل الذي يستطيعه الإنسان ويقدر على تحقيقه، أي التسوية ما بين الزوجات في الأكل والمشرب والملبس والمسكن وكذا المعاملة والمساواة في المظاهر المالية، دون النفسية، وليس المقصود بالعدل هنا التسوية في العاطفة كالمحبة والميل القلبي فهي أمور لا يقدر عليها الانسان ولا يستطيع التحكم بها[3]، لهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "اللهم هذه قسمتي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"[4].

هذا بالإضافة إلى العدل، فإنه يجب أن يكون للزوج القدرة على النفقة أي القدرة المالية على الانفاق على أكثر من زوجة، حيث أن هذه القدرة هي شرط في إباحة أصل الزواج[5].

---

(1) سورة النساء، الآية 03.

[2] سورة النساء، الآية 129.

[3] أنظر، شمس الدين الشيخ، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط1، دار الأمة للنشر، الجزائر، 2003، ص103، أنظر كذلك، محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص442.

[4] أنظر، محمد ناصر الدين الألباني، ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب النكاح، باب عشرة النساء، حديث رقم 2018،ج7، ط1، مطبعة الحلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1979، ص81.

[5] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، ب. س. ن، ص184.

وحسب ما سبق، فإن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات ونظمته بتحديد عدد الزوجات إلى أربعة كحدٍّ أقصى، مع فرض العدل والقدرة على الانفاق فماذا بشأن التشريعين الجزائري والتونسي؟

الفرع الثاني

تعدد الزوجات بين التقييد والمنع

إن الحديث عن كل من الجزائر وتونس بإعتبارهما بلدين عربيين ومسلمين فمن البديهي إتباع ذلك بالقول، أن كلاهما يكرس مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال تعدد الزوجات وفقاً لما يقضيه الشرع الإسلامي.

بيد أن الواقع يخالف ذلك، فالجزائر أخذت بنظام التعدد ولكن وفق قيود صارمة قانوناً، أما تونس فقد منعته تماما، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن سبب هذا الاختلاف بينهما وعن مضمونه، وهل أن ذلك يصب في مجال المساواة بين الجنسين؟

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 08 من قانون الأسرة بعد التعديل على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرّر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

من خلال هذا النص، نستخلص أن المشرع الجزائري سمح بالتعدد ولكن وفقا لشروط، حيث حاول ضبطه بشروط منها ما كان موجوداً في النص القديم على غرار:

-التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.

-ضرورة توفر النية والعدل مع وجود المبرّر الشرعي.

كما قام باستحداث شروط جديدة، مثل اشتراط موافقة الزوجة السابقة والموعودة بالزواج، إضافة إلى شرط أساسي وهو الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة وكذا توفر الشروط الضرورية للحياة الزوجية.

وهنا يمكننا القول أن هاته الشروط كلها ما هي إلا تشديد لمسألة تعدد الزوجات، وحصرها في نطاق ضيق بعدما تعالت أصوات الجمعيات والمنظمات المدافعة عن حقوق المرأة في الجزائر بإلغاء تعدد الزوجات، معتبرين اياه مهينا لكرامة المرأة ومخالفاً لمبدأ المساواة بين الجنسين، إلاّ أن المشرع الجزائري اصطدم كذلك برجال الدين الذين يحاولون الإبقاء على مبادئ الشريعة الإسلامية في هذه المسألة.

وما كانت النتيجة إلاّ هذا النص، الذي ترك فيه تعدد الزوجات مع تشديده بقيود نتطرق إليها كما يلي:

أولا: قيد اخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج:

يتعين على المتزوج الذي يرغب في اعادة الزواج أن يخطر زوجته السابقة بنيته في ذلك، وأن يعلم المرأة العازم الزواج منها أنه متزوج، هذا وأضاف الأستاذ صويلح بوجمه لهذا الشرط أنه يجب على الزوج أن يذكر التفاصيل والمعلومات العامة كذكر عدد الزوجات والأولاد، وأن يكون صادقاً في وصف ظروف المعيشة والإمكانيات المادية[1].

والجدير بالذكر في هذا المقام ما ذهب إليه الأستاذ تشوار جيلالي أين عاتب المشرع بتقيده للتعدد بطريقة غير مباشرة في حدود الزوجة الثانية فقط، إذ أن المشرع يتحدث دائماً عن الزوجة السابقة واللاحقة ولم يأت بذكر كلمة زوجات[2]، وهو ما نوافقه الرأي فيه، لأن ظاهر

[1] صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص11.

[2] تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، ملقاة على طلبة سنة أولى ماجستير، جامعة تلمسان، سنة2011-2012، غير منشورة، أنظر كذلك، TCHOUAR Djilali, Droit de la famille…, op. cit, p.207.

النص يوحي بأن التعدد محصور في امرأة ثانية فقط، رغم أن في مطلع المادة يقول أن التعدد يكون في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية أي أربع زوجات.

وفيما يخص طريقة إعلام الزوجتين، فذلك يكون عن طريق الوسيلة المعمول بها حاليّاً[1]في القضاء الجزائري وهو أن يتم إبلاغهما عن طريق محضر قضائي، وما يجب التنبيه إليه هو أن التقييد في هذا الشرط لا يتوقف هنا، فالإخبار[2]هنا لم يكف المشرع بل لا بد من رضائهما، فيمكن أن تكون الزوجتين أو أحداهما عالمة بالتعدد ولكنها غير راضية به، وهو ما أكد عليه المشرع في قوله: " يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما...".

وهو ما أحذت به كذلك المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه : " إن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بزواجه الثاني لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر، والمادة 08 من قانون الأسرة منحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حال عدم الرضا بزواجه الثاني"[3].

ثانيا: إثبات وجود المبرر الشرعي:

وأكثر ما يطرحه هذا المبرّر هو ما نوعه وما هو شكله، فالمشرع لم يبين المقصود منه حتى بعد التعديل، و لم يحدد حتى المعيار الذي يأخذ به القاضي تاركاً ذلك لرئيس المحكمة ممارسا السلطة التقديرية في تحديد المبرر الشرعي[4].

---

[1] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية...، المرجع السابق، ص116.

[2] منح المشرع إضافة إلى وجوب الإخبار، للزوجتين في حالة التدليس حق رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق حسب المادة 8 مكرر والمادة 53 فقرة 06، وهو كذلك ما أكده الاجتهاد القضائي في قرار جاء فيه :" إن المادة الثامنة من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجية السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها ثانية دون علمها لأن هذا يعتبر ضرراً أصابها" أنظر المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2005/09/26، ملف رقم 122443، نشرة القضاة، عدد 55، ص171.

[3] المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2005/01/19، ملف رقم 334060، المجلة القضائية، 2005، عدد01، ص325.

[4] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية...، المرجع السابق، ص114.

ولتوضيح معنى المبّرر الشرعي صدر منشوران وزاريين أولهما رقم 102/84 يفسر معنى المبرر الشرعي مشيراً إلى أنه يكفي في إثباته شهادة طبية من طبيب أخصائي تثبت عقم الزوجة أو مرضها العضال، أما الثاني رقم 14/85، مضيفاً فيه أنه يمكن للقاضي الاذن بوجود أسباب أخرى بشرط قبول الزوجة الأولى، وأن تقديم الزوج لشهادة من كتابة الضبط تثبت وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء هو مبرر شرعي للتعدد[1].

وفي هذا المقام تجدر الاشارة إلى أن المشرع حاول تقييد الزوج وحصره ضمن نطاق ضيق سماه بالمبرر الشرعي، فلم يكتف باشتراط وجوده بل اشترط اضافة لذلك الزامية اثباته بشهادة طبية، وهو ما يتعذر في حالات معينة لعدم رغبة الزوج في الإفصاح عن أموره الشخصية والعائلية كمشكلة الضعف الجنسي للمرأة[2]، إذ قد يبغض الزوج زوجته أو قد لا تفي بحاجته في الفراش، فكيف يثبت الزوج هذا[3]؟

ودائما في إطار التقييد والتشديد فإن المنشور84 /102 قد أوجب على الموثق وضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرّر الشرعي مع عدم الاكتفاء فيه بالمشافهة أو الإقرار بل لابد من شهادة طبيب اخصائي تثبت ذلك.

ثالثا: توفر شروط ونية العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية :

إن مسألة نية العدل هي مسألة حسية خفية يصعب التأكد منها وهو ما يعاب على المشرع في صياغتة للمادة[4].

[1] منشور وزاري عن وزارة العدل مؤرخ في 1984/09/23 يتضمن تطبيق المادة08 من قانون الأسرة، كذلك منشور وزاري صادر عن وزارة العدل مؤرخ في 1985/05/22 يتضمن كيفية تطبيق المادة 08 من قانون الأسرة.

[2] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين...، المرجع السابق، ص49.

[3] عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص121.

[4] حسين مهداوي، المرجع السابق، ص59 ؛ صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص11.

أما شروط العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية فهي أمور يمكن التأكد منها كإجراء بحث حول الظروف المادية للزوج، كتوفر السكن الملائم والنفقة ودخل مالي يكفيه وزوجاته.

وفي صدد العدل ذهب الأستاذ ين شويخ إلى أنه: "من الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى وترفق بالملف مع الوثائق الأخرى"[1].

إلا أنه رغم ذلك لا يمكن التحقق من العدل وشروطه إلاّ بعد الزواج، إذ لا مجال للرقابة القبلية عليه، فليس للقاضي إلاّ تنبيه الزوج بالالتزام بالعدل وعواقب عدم الالتزام به[2].

رابعا: شرط الحصول على رخصة من رئيس المحكمة:

وهو شرط جديد أستحدث بموجب تعديل 2005، إذ يتوجب فيه على الشخص الراغب في التعدد تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة، وبذلك يكون المشرع قد جمع كل الشروط ووضعها بيد رئيس المحكمة، الذي يصدر أمراً على عريضة غير قابل لأي طريق من طرق الطعن[3].

وبالرجوع إلى الواقع العملي لا توجد لجنة تنتقل من أجل معرفة هل أن طالب التعدد لديه الشروط والإمكانيات اللازمة من أجل توفير العدل، وذلك لكي يسمح له بالتعدد، وعليه اضافة إلى النصوص القانونية المقيدة، فإن المحاكم تستمر في فرض اجراءات محرجة قانونياً ونفسياً للمقبل على التعدد[4].

---

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص112.

[2] نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الاثبات في مجال الزواج، أطروحة، دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2009-2010، ص194.

[(3)] بن عومر صالح، المساواة في إبرام عقد الزواج، المرجع السابق، ص180.

[4] DEKHLI Farida, Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algérien, R.S.J.E.P, Alger, 1988,n°04, p417.

وفي اطار التقييد كذلك، فإنه يمكن للزوجة طلب التطليق في حال عدم العدل وتضررها من ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 53 فقرة 06 بالقول: "يجوز للزوجة طلب التطليق...مخالفة أحكام المادة 08 أعلاه". وهو ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "يعد الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق"[1]. بالاضافة الى قرار آخر جاء فيه: "حيث أن الزوج لم يقم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجين طبقا للشريعة، وأن بناء على ذلك قضى الحكم المعاد ...بالتطليق بين الزوجين وبنفقة للزوجة وأولادها واسناد حضانتهم اليها...مما يستوجب نقض القرار اذ الحكم سليم"[2].

وبذلك نخلص الى أن الشارع قد سمح للرجل بالتعدد لكن وفقا لقيود صارمة يصعب تحقيقها وتحصر الراغب في مجال ضيق، وهو ما يمكن تسميته بالتشديد في التعدد، وذلك كله بهدف تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين.

وبالمقابل، فإن المشرع التونسي لم يستعمل التشديد في التعدد بل كان جريئاً وأخذ موقفاً صريحاً وواضحاً اتجاهه، وذلك بمنعه منعاً باتاً، وليس هذا فقط بل وترتيب عقوبة جزائية لمن يخالف هذا المنع، حيث نص في الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: "تعدد الزوجات ممنوع كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف دينار أو بإحدى العقوبتين ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.."

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/02/11، ملف رقم 480240، اجتهاد المحكمة العليا، وزارة العدل، الموقع الالكتروني www.droit.mjustice.dz .

[2] المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1986/05/05، ملف رقم 41445، غير منشور، مقتبس عن، اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص.200.

وبهذا يعتبر هذا النص من أهم المواد التي جاء بها المشرع التونسي من أجل تجديد مجلة الأحوال الشخصية، إذ يعتبر المشرع التونسي من القلائل[1] في البلاد الإسلامية الذي منع تعدد الزوجات بصراحة، وفرض فوقها عقوبة جزائية لمن يتطاول ويخالف هذا المنع، وبذلك يكون قد سار على خطى المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 147 من تقنينه المدني على أنه: "لا يمكن ابرام زواج ثانٍ قبل انحلال الأول"[2].

وقد أثار هذا النص جدلا واسعا في الأوساط التونسية وحتى خارجها. فبالنسبة للرأي العام الداخلي، فقد لقي هذا النص معارضة عنيفة من الاتجاه المحافظ، وخاصة الأوساط الزيتونية مؤسسين رفضهم على أساس أن منع التعدد متنافي مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية، معتبرين اياه تجاسراً على أحكام الله التي تمنح للرجل حق الزواج مثنى وثلاثى ورباع.

ولقد كانت تلك المعارضة الدينية مقترنة بمعارضة سياسية صادرة عن الحركة اليوسفية تقلب الرأي العام الداخلي ضد الرئيس الحبيب بورقيبة وذلك بإبراز ما جاء في المجلة من تنافي مع أحكام الشريعة الإسلامية[3]. وبالمقابل فإن النساء التونسيات اعتبرن هذا فخراً وكسباً للمرأة التونسية[4]وعلى خلاف ذلك، كان لما جاءت به المادة 18 من مجلة الأحوال الشخصية ترحيباً كبيراً على الصعيد الدولي بالنسبة للرأي العام الغربي معتبرين تونس من القلائل التي تضمن كرامة المرأة وتضع حداً لتعدد الزوجات المتنافي مع مبادئ الحضارة والتقدم.

[1] إضافة إلى تركيا التي منعت التعدد سنة 1926، إذ أخذت القانون المدني السويسري واستخلصت منه قانونها الخاص، أنظر، بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، دورية محكمة تعني بالدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، ديسمبر، 2013، العدد 02، ص04.

[2] Article 147 : « on ne peut contacter un seconde mariage avant la dissolution du premier »

[3] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، المرجع السابق، ص36، انظر كذلك، سنية مشرقي، المرجع السابق، ص98.

[4] قانون منع تعدد الزوجات في تونس ثابت رغم الدعوات المتجددة لإلغائه، مقال على صحيفة العرب، نشر بتاريخ 2015/10/11، العدد 10063، ص20، الموقع الإلكتروني www.alarab.co.uk ؛ مديحة بن محمود، تعدد الزوجات في تونس ...إلى الوراء سر، مقال منشور بتاريخ 2005/04/5، الموقع الالكتروني www.babnet.net

ولتخرج تونس من هذا الجدل اتبعت أساليب وتحججت بحجج لإقناع الرأي العام خاصة الداخلي وبالأخص رجال الدين منهم، إذ تعددت الخطابات من رئيس الحكومة آنذاك في هذا الصدد سواء كانت ملقاة مباشرة على الجماهير الشعبية أو بواسطة الإذاعة.

وأوجدت الحكومة التونسية لمنعها هذا أسساً دينية أقنعت شعبها الثائر حيث وضحت أن اعتمادها لمثل هذا الفصل كان على أحكام دينية. معتبرة أن الآية الثالثة من سورة النساء تكرّس حقيقة هذا المنع، فحق الزواج بأكثر من امرأة واحدة مشترط بوجوبية العدل والحقيقة أن العدل بعيد عنه وصعب التحقيق إذ قال تعالى «**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً**» وأضاف في قوله « **وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ**».

وعليه فبالنسبة لدار الافتاء التونسية آنذاك فإن العدل مستحيل[1] بين الزوجات وعلى أساس ذلك لابد من منعه[2].

هذا إضافة إلى جملة من الأسانيد الأخرى بين ما هو اجتماعي وبين ما هو طبيعي ذاتي في الشخص، ذلك أن منع تعدد الزوجات حسب المشرع التونسي يؤدي إلى استمرار الحياة البشرية، وصيانة المجتمع من الشوائب وتصدع العائلات[3].

[1] تجدر الإشارة إلى أن الامام محمد عبده هو كذلك يأخذ باستحالة العدل وبالتالي منع التعدد اذ يقول:" إلاّ أن شرط العدل مستحيل التحقق بتأكيد من القرآن نفسه " ولن تعدلوا" ويؤكد قائلا: " أما جواز ابطال هذه العادة، أي عادة تعدد الزوجات فلا ريب فيه لأن التعدد هو التحقق من العدل، وهذا الشرط مفقود حتما، فإن وجد واحد من المليون، فلا يصح أن يتخذ قاعدة، ومتى غلب الفساد على النفوس، وصار من المرجح ألا يعدل الرجال في زوجاتهم جاز للحاكم أن يمنع التعدد أو للعالم أن يمنع التعدد مطلقا مراعاة للأغلب"، أنظر، محمد عبده، الأعمال الكاملة، ج2، الكتابات الاجتماعية، دار العلم، بيروت، 1981، ص102.

[2] فاطمة الزهراء بن محمود،سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، المرجع السابق، ص96.

[3] سنية السحباني، جريمة التزوج بثانية، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي بتزرت، تونس، 2014، ص04.

إضافة إلى عدم تشتيت مجهودات الزوج المالية على عدّة أسر ناهيك عن حجة تحديد النسل[1]، هذا من الناحية الاجتماعية أمّا من الناحية الذاتية فإن منع تعدد الزوجات يحفظ كرامة المرأة ويحفظ لها مكانتها في عائلتها، ويكرس لها مبدأ المساواة بينها وبين زوجها[2].

إذن، حسب ما سبق، فمن الواضح جليا أن المشرع التونسي اتبع الجرأة والشجاعة في نص الفصل 18، غير أن كل الأسباب التي قدمت كأسانيد لهذا المنع لا تعد السبب المباشر، لأن سياسة المشرع التشريعية واضحة وهي تسعى لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين، وعليه فالغاية تبرر الوسيلة.

ولو حتى سلمنا بصحة الأسانيد الاجتماعية والذاتية الخاصة بالمرأة وكذلك بالإيجابيات المترتبة عن منع التعدد، إلاّ أن ذلك غير كافٍ، وكان الأجدر على المشرع التونسي أن يقيد ويشدد التعدد دون منعه كغيره من البلدان العربية الإسلامية كبديل للمنع البات، أو على الأقل يضع استثناء لقاعدة المنع هذه. ذلك لأن الزواج يمكن أن تعترضه عقبات تحول دون استقراره واستمرارية كإصابة الزوجة بمرض مزمن أو كأن تصاب بالعقم، مما يؤدي إلى وجوبية البحث عن زواج ثانٍ، وفي حالة المنع هنا وعدم استطاعة الزوج تطليق زوجته، قد يلجأ إلى ممارسة الزنا، الأمر الذي يجعل الأمر أكثر تعقيداً ناهيك عن انتشار الرذيلة. وفي هذه الحالة يصبح الزواج الثاني في صالح المرأة، إذ يحفظ كرامة الزوجة الأولى ويبعد عنها الطلاق، حتى لا تزيد معاناتها مع العقم والمرض، ويحفظ كذلك تشتت العائلة وتشرد الأطفال.

وبهذا القول لا يتم التشجيع على التعدد بل ينبغي التأكيد على أن للتعدد غاية وأسباب وكذلك ضوابط وشروط وهو ما أكدته الشريعة الإسلامية، هذا كذلك دون نفي الغريزة الأنثوية للمرأة وغيرتها على زوجها وحب كونها المرأة الوحيدة في حياته.

[1] محاضرات في قانون العائلة، المرجع السابق، ص75

[2] سنية السحباني، المرجع السابق، ص04.

وبالعودة إلى الآية الكريمة المتعلقة بالعدل والتي استندت إليها دار الإفتاء التونسي لمنع التعدد، يمكن الرد عليها بالقول عدم الاستطاعة في العدل لا يعني منع التعدد والتفاسير[1]في هذا الموضوع واضحة فقوله تعالى: **" وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ"** فهو يقصد بها العدل العاطفي وليس المادي والعقلي.

فالإستحالة هنا مؤكدة ب: "لن" التي تفيد الاستحالة المطلقة، وقد يبدو في الوهلة الأولى تضارب بين تعدد الزوجات من جهة، وبين اشتراط العدل واستحالته من جهة أخرى.

يبد أن الله تعالى يأتي بالحل في قوله: **« فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ»**[2]، وتحريم كل الميل هنا يعني إباحة بعض الميل أي الميل العاطفي لزوجة دون البقية[3].

وعليه، يمكن القول أن التعدد هو موجود ومباح لم تمنعه الشريعة الإسلامية بل أباحته ووضعت له شروط وضوابط، أساسها العدل المادي وعدم الميل القلبي الكلي لواحدة وترك الأخرى معلقة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه حسب مجلة الأحوال الشخصية، فإن الزواج الثاني إذا تم قبل انحلال الأول فإنه يترتب عليه جزاءين: جزاء مدني وهو ذلك الفساد المؤدي إلى الابطال الوجوبي

[1] وفي تفسير الأية 129 يقول الشيخ الشعراوي: أي أن العدل الحبي مستحيل، إذن ففيه فرق بين ميل القلب وهو مواجيد نفسية والتروع النفسي. والعملية الوجدانية لا يقدر عليها أحد، ولا يوجد تقنين يقول للرجل: (أحب فلانة)، إلا إذا أراد الحب العقلي، أما الحب العاطفي فلا. والذي يأمر به الشرع هو أن يحب الإنسان بالعقل، أما حب العاطفة فلا. أما في قوله " فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة" فيوضح الحق: أنا لا أطلب منك أن تميل بقلبك هنا، أو هناك؛ لأن هذه المسألة ليست ملكاً لك، ولكني أريد العدالة في الموضوعات الأخرى؛ كأن تسوّي في البيتوتة والنفقة، ومطلوبات أولادك، وأن تعدل بين أزواجك في المؤانسة. أما المعنى الآخر وهو ميل القلب فأنا لا أكلف به، أنظر متولي الشعرواي، المرجع السابق، ص99.

[2] وفي تفسير ذلك أي لا تعرضوا عن المرغوب عنها كل الاعراض، فتتركوها كالمرأة المعلقة ليست بذات زوج ولا هي مطلقة فتأثموا، أنظر، عدد من أساتذة التفسير تحت اشراف الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، التفسير الميسر، ج1، عن موقع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ص100، الموقع الالكتروني www.qurancomplex.com

[3] عبد الجليل الجوادي، تعدد الزوجات في تونس بين الواقع والقانون، مقال منشور بتاريخ 2012/08/30، الموقع الإلكتروني www.turos.com

للزواج حسب الفصل22 من مجلة الأحوال الشخصية[1]. أما الجزاء الثاني فهو العقاب الجزائي وهو السجن لمدة سنة إضافة إلى الغرامة المالية، فضلا عن عدم السماح للقاضي بتمتيع المتهمين بظروف التخفيف[2] ولا حتى بإيقاف تنفيذ العقاب، مع التشديد في صورة العود[3].

ولم يكتف المشرع التونسي بهذا فقط، بل جعل تطبيق الجزاء محققاً سواء كان الزواج الأول صحيحا والثاني باطلا أو العكس صحيح، وذلك بقوله صراحة: " ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبقا لأحكام القانون...". وبمقتضى المرسوم عدد 01 المؤرخ في 20 فيفري 1964[4] أضيفت بموجبه فقرتان للفصل 18 توسع مجال تطبيقه لتشمل جريمة تعدد الأزواج كل أنماط وأشكال الزواج سواء المبرمة طبقا للصيغ القانونية أو التي تتم خلافاً لها، ولتطال في نفس الوقت الزوج المعدّد والشخص الذي أبرم معه الزواج ولو لم يكن مرتبطاً بزواج آخر وذلك سداً للذرائع ومنعاً للتحايل على القانون[5].

وكخلاصة لموضوع التعدد، فإن كل من المشرعين الجزائري والتونسي قد أخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين في نص أحكام التعدد ولكن كل واحد بطريقته الخاصة، حيث كان التونسي جريئاً بمنعه بتاتاً للتعدد أما الجزائري فكان متحفظاً نوعاً ما واكتفى بتشديده وتقييده. فهل تكون نفس السياسة التشريعية فيما يتعلق بحق الاشتراط؟

[1] تنص المادة21 على أنه: " الزواج الفاسد هو الذي انعقد بدون مراعاة... والفصول15، 16، 17، 18، 19، 20 من هذه المجلة".

[2] وهو ما أكده الإجتهاد القضائي التونسي في قرار تعقيبي جاء فيه: " يكون قائما على أساس من القانون الحكم الذي قضي بالعقاب من أجل الترويج بثانية دون مراعاة ظروف التخفيف وذلك وفق للفصلين 21و18 من م.أ. ش"، قرار تعقيبي جزائي، 3875 مؤرخ في 7 أفريل 1965، أنظر، فاطمة الزهراء بن محمود،سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص96.

[3] محاضرات في قانون العائلة، المرجع السابق، ص75.

[4] المصادق عليه بموجب القانون عدد 01 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964.

[5] فاطمة الزهراء، دولة بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص96.

المطلب الثاني

المساواة بين الجنسين في الاشتراط

إن الاشتراط كما عرفه عبد القادر دوادي هو: "ما يشترطه أحد أطراف العقد مما يريد به تحقيق منفعة لنفسه أو تقليص حدود منافع غيره ويرضى به الطرف الثاني عن طيب نفس منه مختاراً غير مكرهٍ"، ونص المشرع التونسي على الاشتراط أو ما سماه بخيار الشرط[1] في الفصل 01 من مجلة الأحوال الشخصية حيث قال : "يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته امكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء".

نلاحظ من خلال المادة أن المشرع نص بصفة عامة على مسألة الاشتراط مما يدل أنه يمنح لكل من الزوجين على قدم المساواة ممارسة حرية التعاقد والاشتراط في مادة الزواج.

وما تجدر الإشارة إليه لم يعط تعريفا لهذا الشرط أو شكله ولا حتى أمثلة عن الشروط[2] الممكن أن يتفق عليها الزوجان، الأمر الذي يجعل الكثير يظن أنه ترك للزوجين حرية كاملة في اختيار الشروط حتى لو مست بجوهر عقد الزواج.

بيد أنه يمكننا القول أن مسألة عدم مساس الاشتراط بجوهر العقد أمر مفهوم ولو لم ينص عليه المشرع التونسي صراحة، حيث يمكن استنتاجه من خلال الواجبات التي أوجبها المشرع على طرفي العقد، وكذلك الآثار التي تتولد عن الحياة الزوجية، والأهم من هذا كله تلك الأهداف

[1] ان مصطلح خيار الشرط، مصطلح فقهي اسلامي يفيد امكانية اتفاق الزوجين عند عقد القران على ما يريانه من شروط تتعلق بحقوقهما الشخصية والمالية.

[2] تجدر الإشارة إلى أن المجتمع التونسي قبل الاستقلال كان يستعمل خيار الشرط في الزواج خاصة في الاوساط الحضرية، حيث كثيرا ما كانت المرأة تشترط عدم الزواج عليها وأن تمتلك عصمة الطلاق، وهو ما يطلق عليه "الزواج القيرواني" الذي أفتى به الإمام سحنون، واعتمد بالقيروان ثم تعمم في سائر البلاد التونسية لكن بعد الاستقلال وصدور م.أ. ش وإلغاء المشرع للتعدد وجعل الطلاق بيد القاضي والمساواة بين الرجل والمرأة في اعتماد أسباب الطلاق تقلص اعتماد خيار الشرط في عقود الزواج، أنظر،، فاطمة الزهراء، دولة بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص74.

التي يحققها عقد الزواج، لذلك لا يمكن أن نتصور اشتراط على عدم المساكنة[1] أو عدم الاتصال الجنسي أو عدم انفاق الزوج على زوجته[2].

ورغم ذلك كان الأجدر على المشرع التفصيل أكثر في هذه المسألة والنص على عدم مخالفة هذه الشروط لجوهر العقد وعلى النتائج المترتبة على مخالفتها له، إذ اكتفى فقط بالنص على النتيجة المترتبة على عدم وجود الشرط أو على مخالفته من إحدى الطرفين وهي الفسخ بالطلاق.

وفي المقابل، فإن المشرع الجزائري كان نوعا ما أكثر تفصيلاً من نظيره التونسي، حيث خصص لمسألة الاشتراط المادة 19 جاء فيها ما يلي: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة مالم تتنافى الشروط مع أحكام هذا القانون".

إذن، فالمشرع الجزائري نص على أن الاشتراط يكون في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، الأمر الذي أغفله المشرع التونسي، وفي إطار الاختلاف بينهما نرى أن المشرع الجزائري أعطى أمثلة واضحة على الاشتراط مع النص صراحة على وجوب ألا تتصادم الشروط مع نصوص القانون ومقتضيات عقد الزواج وأهدافه.

أما من ناحية الاتفاق، فإن كلا القانونين يتفق على أن الاشتراط متاح لكل من الرجل والمرأة على حد سواء، فهو ليس مقصورا على أحد طرفي العقد بل أنه حق يتمتع به كل من الطرفين[3]. فالمشرع الجزائري نص صراحة قائلاً للزوجين أن يشترطا، وبذلك يكون قد كرس مبدأ

[1] المساكنة هي حق كل واحد من الزوجين على الآخر أن يستقر معه في بيت الزوجية، أنظر، محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، مقال منشور في 2017/10/05 شركة دار القانون للمحاماة والاستشارات القانونية، تونس، 2017، ص 15.

[2] محاضرات في قانون العائلة، المرجع السابق، ص125.

[3] رباحي أحمد، ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، تلمسان، 2010، عدد07، ص34.

المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بحرية الاشتراط إذ جاءت الصياغة على صيغة المثنى. أما المشرع التونسي فالصياغة جاءت عامة تشمل كلا طرفين.

وبالعودة إلى التشريع الجزائري، نجد أن قانون الأسرة لم ينص على الاشتراط[1] في المادة 19 فقط، بل أضاف مادتين تتعلق بحالة أن الشرط كان منافيا لمقتضيات العقد، أولها المادة 32 التي نصت على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، اما ثانيهما هو نص المادة35 جاء فيها: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحا".

وعليه، فإن الجمع بين هذين النصين يكون معتذراً، فمرة جعل الشرط باطلاً ومرة اخرى العقد باطلاً، وفي هذا الصدد ذهب الأستاذ عبد القادر داودي إلى القول أنه: "من الأنسب حذف عبارة أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد وعدم إدراجها ضمن المادة 32 سالفة الذكر والاكتفاء بما ورد في المادة35"[2].

وفي الحقيقة، فإن هذا الرأي منطقي لأن المادة 32 تتعلق بالموانع الشرعية للزواج فإذا اشتمل عقد الزواج على مانع منها يبطل هذا الأخير. أمّا المادة 35 فهي تتكلم عن الشروط التي يتفق عليها الطرفان والتي نحن بصدد دراستها، وهنا يبطل الشرط ويبقى العقد قائماً صحيحاً كاشتراط المرأة عدم الدخول بها، أو عدم الإنجاب.

ولتوضيح أكثر للشروط جاء المشرع الجزائري بمثالين عن الاشتراط وهما شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة، وما يلفت الانتباه أن كلا الشرطين يتعلق بالمرأة وهي من

[1] وجاء في نشرة القضاء ما يلي : حيث أنه من المقرر فقها، وقضاءاً جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي يكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراماً أو تحرم حلالاً وألا تناقض روح العقد..." أنظر بلحاج العربي، قانون الأسرة ،مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ب.س.ن ص24.

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

تشرطه وأن كلاهما يعد حماية لها ولحقوقها، وكذا ضماناً لها من تعسفات الزوج وقيامه بأعمال تنعكس على حياتهما الزوجية[1]، لهذا لابد من التفصيل فيها كما يلي:

الفرع الأول

شرط عدم تعدد الزوجات

سبق وأن تعرضنا إلى مسألة تعدد الزوجات[2]، وقلنا أنه حق للزوج إذ منحه له قانون الأسرة ولكن وفق قيود قانونية، إذا توفرت جاز له التعدد، إلا أنه بالمقابل جاء نص المادة19 وأجاز للمرأة الاشتراط بعدم تعدد زوجها عليها، ولهذا يجدر التساؤل هل أن في هذا الشرط مساس بحق ممنوح للزوج؟

إن المشرع الجزائري أجاز الاشتراط بعدم التعدد رغم الاختلاف الفقهي الموجود حول هذا الشرط، فبالرجوع إلى الشريعة الاسلامية نجد أن جمهور الفقهاء يعتبر هذا الشرط منافيا لمقتضيات عقد الزواج، فبالنسبة للحنفية، فإن هذا الشرط هو من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، وحكمه أنه لا يؤثر بالعقد فيلغي الشرط ويبقى العقد صحيحاً[3]. أما الشافعية، فاعتبروه كذلك مما يخالف مقتضى العقد، إلاّ أن فيه منفعة مقصودة لمن يشترطه، ويصح النكاح ويفسد الشرط[4]. وبالرجوع إلى المالكية، فيرون أن هذا الشرط مما لا يقتضيه العقد وإن كان لا ينافيه وهو مكروه، ولا يلزم الوفاء به، ولكن إن وقع صح العقد وبطل الشرط، إلاّ أنه يستحب الوفاء به[5].

[1] يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي، بشار، 2007، ص311.

[2] أنظر ص 70 وما يليها من هذه الرسالة.

[3] محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص59.

[4] محمد بن محمد الغزالي، المرجع السابق، ص229.

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

وعليه، فإن المشرع خالف هذا الجمهور واتبع ما ذهب إليه بعض الحنابلة، والذين اعتبروا أن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه، وحكمه أنه صحيح يلزم الوفاء به، وإن فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد وإمضائه[1].

إذن، كل ما سبق يجعلنا نجزم أن المشرع الجزائري يسعى إلى حماية المرأة بإعطائها هذا الشرط وبتقييد التعدد أكثر، فزيادة على تلك القيود الصارمة، يعطي المرأة الحق في منع تعدد الزوج عليها.

مما يمكن اعتباره أنه منع بطريقة غير مباشرة للتعدد، جعله المشرع في يد المرأة وترك لها الاختيار بتطبيقه أو الابتعاد عنه، وهذا كله من باب تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين، فمن جهة يعطي للزوج الحق في التعدد ومن جهة أخرى يمنح المرأة حق منعه منه عن طريق الاشتراط. هذا والى جانب هذا الشرط منح المشرع للمرأة حق اشتراط عملها، فكيف يخدم هذا الشرط مبدأ المساواة؟

الفرع الثاني

شرط عمل المرأة

إضافة إلى حق المرأة اشتراط عدم التعدد عليها، فلها أيضا اشتراط عدم منعها من العمل، إذ أن خروج المرأة للعمل أصبح أمراً عادياً في وقتنا الحالي، فنجدها بمختلف الفئات العمرية تمارس أعمال مختلفة، تجارة، تدريس، قضاء، محاماة، إدارة، إلى غير ذلك من الأعمال.

فالأصل في المرأة القرار في البيت وللزوج الحق في منعها عن العمل وإذا خالفته تعتبر ناشزاً سواء من الناحية الشرعية[2] طبقا لواجب الطاعة أو من ناحية العرف الموجود في مجتمعنا، فلا

[1] أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص483، رشدي شحاتة أبوزيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2011، ص.240.

[2] حيث جاء في رد المختار : " أن له منعها من العزل وكل عمل ولو تبرّعا ولو قابلة ومغسلة" أنظر، ابن عابدين، المرجع السابق،ج3 ص603.

يمكن للمرأة أن تعمل دون موافقة واذن زوجها. وعليه، حماية للمرأة وخوفا من رجوع الزوج عن إذنه لها بالعمل، وضمانا لهذا الحق أجاز المشرع للزوجة حق اشتراط عدم منعها من العمل في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

واستند كذلك المشرع الجزائري في أخذه بهذا الشرط إلى رأي الحنابلة[1]، معتبرين أن هذا الشرط ملزم للزوج حيث أنه شرط للزوجة فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً[2].

وما موقف المشرع هذا إلاّ سعياّ منه إلى تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة وحتى في قانون العمل حيث أن حق المرأة في العمل ومساواتها مع الرجل في ذلك هو حق مكفول دستورياً ضمن نص المادة 69[3] منه والتي تنص على أنه: " لكل مواطن الحق في العمل".

وحسب رأينا، فإنه لا ضرر من خروج المرأة إلى العمل خاصة في الوقت الحالي، والذي صعبت فيه المعيشة وغلت، وبهذا تكون المرأة عوناً وسنداً لزوجها، وعائلتها من أجل تأمين مستوى معيشي حسن لهما ولأولدهما. إلا أن ذلك يجب أن يكون وفقا لشروط وضوابط، إذ يجب أن تمارس المرأة أعمالاً تتناسب معها ومع أنوثتها وبنائها الفيزيولوجي.

فلها أن تمارس عمل التدريس، والتطبيب وكذا الخياطة وغيرها من الأعمال التي تحتاج فيها المرأة وتسند لها وفي نفس الوقت غير شاقة، مع وجوب توفيقها بين حياتها المهنية والعائلية مع ترجيح مصلحة الأسرة والأطفال دائما على مصلحتها الشخصية والمهنية.

---

[1] فالحنفية يرون أن الشرط فاسد ملغى والعقد صحيح وللزوج منعها رغم الاشتراط، اما المالكية يعتبرون الشرط صحيح ولكنه مكروه ولا يلزم الوفاء به، وبالنسبة للشافعية يعتبرون هذا الشرط لا قيمة له، أنظر، ابن عابدين، المرجع السابقن ج3، ص603، الشربيني المرجع السابق، ص570.

[2] ابن قدامة، ج9، المرجع السابق، ص485.

[3] من دستور 1996 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 2008/11/15 المتضمن التعديل الدستوري ج.ر. رقم63، المؤرخة في 2008/11/16، والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج.ر رقم 19 المؤرخة في 7مارس 2016.

وفي ذات السياق يذهب أغلب الفقه إلى أن قيام المرأة بغير ذلك من الوظائف، لاسيما ما كان متصلاً منها بسلطة الحكم كتولي الوزارة أو رئاسة أحد دواوين الدولة، حيث يصبح للمرأة رئاسة على الغير فإن الشريعة لا تبيحها للمرأة[1].

إلا أن مثل هذا الرأي يتصادم مع مبدأ المساواة بين الجنسين، والتي تنادي به الاتفاقيات والمواثيق الدولية، وعلى إثر ذلك وجدت فتاوى مؤخراً للتخفيف من حدة هذا التصادم ونجد في طليعة هذا الرأي شيخ الأزهر الشيخ الطنطاوي والذي أجاز للمرأة المسلمة رئاسة الدولة وبالتالي يكون لها حق الولاية العادية[2].

ونتيجة لما سبق تعتبر الجزائر من الدول التي تحمي حق المرأة في العمل والتي تسمح لها بممارسة مختلف أنواع العمل وكذا المسؤوليات[3]، بدأً من القضاء ووصولا إلى مجال الأمن، إلى أن تم ادماجها في الوظائف السياسية والمجال السياسي مؤخراً بموجب المادة 35 من الدستور والتي تنص على أنه: " تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة".

وبذلك يكون للمرأة الحق في أن تكون عضوا في البرلمان أو عضواً في المجالس الشعبية البلدية أو الولائية، مثلها مثل الرجل في ذلك.

وكخلاصة للفصل الأول، يمكن القول أن مبدأ المساواة بين الجنسين تم تكرسيه في كل من التشريعين الأسريين الجزائري والتونسي، مع الاختلاف في بعض المسائل خاصة الحساسة منها

[1] لجنة الفتوى بالجامع الأزهر سنة 1950، نشرت هذه الفتوى بمجلة رسالة الإسلام السنة الرابعة، العدد الثالث سنة 1952.

[2] ربيعة زواش، المساواة بين المرأة والرجل في المواثيق الدولية لحقوق الانسان والشريعة الاسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، جوان 2014، عدد رقم 41، ص368.

[3] وهو ما تضمنه المادة 36 من الدستور بقولها: " تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل، تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولة في الهيئات الادارية العمومية وعلى مستوى المؤسسات".

كمسألة الولي وتعدد الزوجات، إذ نجد أن المشرع الجزائري كان متحفظا نوعا ما، عكس نظيره التونسي الذي كان أكثر جرأة وصراحة في تكريسه لهذا المبدأ .

وعليه فهل تلقي هاته الجرأة والتحفظ بظلالها على آثار الزواج ؟

الفصل الثاني

المساواة بين الجنسين في آثار الزواج

إنه من المنطقي بعد انعقاد عقد الزواج صحيحا أن يرتب جملة من الأثار، والمقصود بهذه الآثار هي تلك النتائج التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده، والأصل في هذه النتائج أن تكون بحكم الشارع لما رتبه من آثار ملزمة للطرفين[1].

ومن هذه الآثار ما هو شخصي ذاتي يتمثل في تلك الحقوق والواجبات المعنوية الملقاة على عاتق الزوجين، وما هو غير شخصي يتعلق بالجانب المالي للزوجين.

ولذلك، فإن الحديث على هذه الآثار إنما سيشمل بعض المسائل التي تخص مركز المرأة مقارنة بالرجل من باب المساواة في هذه الآثار، محاولين تبيان الفرق بين القانون الأسري الجزائري ونظيره التونسي.

وعليه، سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، إذ سنتطرق في الأول منهما إلى الآثار المعنوية من حقوق وواجبات شخصية بين الزوجين أما في الثاني، سيتم دراسة الآثار المالية المترتبة عن الزواج.

المبحث الأول

المساواة بين الجنسين في الآثار الشخصية

يقصد بالآثار الشخصية هنا هي تلك الآثار غير المالية وهي الحقوق والواجبات المعنوية التي تفرض على الزوجين، وبالرجوع إلى الشريعة الاسلامية نجدها تخول حقوقا متبادلة لكلا الزوجين، فبعضها يشتركان فيها، والبعض تستقل بها المرأة والبعض يستقل بها الرجل.

إلا أنه بالرجوع إلى القانونين الجزائري والتونسي لا نجد هذا التقسيم، بل نجد أنهما يركزان فقط على حقوق ومسؤوليات مشتركة إذ أن المشرع الجزائري سرد الحقوق المشتركة في المادة

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 157.

36 من قانون الأسرة بعد التعديل[1] وألغى المادة 39 منه التي تتكلم عن واجبات الزوجة نحو زوجها. أما المشرع التونسي فهو الآخر سرد ضمن الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية الحقوق والواجبات المشتركة مع إلغائه لواجب طاعة الزوجة لزوجها.

ونتيجة لذلك سوف يتم التفصيل في الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين الموجودة في كلا القانونين(المطلب الأول)، وكذا تبيان الحقوق والواجبات الملغاة في كلا القانونين مع تحديد سبب هذا الحذف ومدى المساواة بين الجنسين في آثار الزواج الشخصية(المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين

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

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

[1] حيث كانت تنص المادة 36 قبل التعديل على أنه: "يجب على الزوجين:
- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف."

أما بتصفح مجلة الأحوال الشخصية، فإن الفصل 23[1] منها ينص على أنه: "وعلى كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به، ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء، وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية".

من خلال هذين النصين، يظهر أن كلا المشرعين جعلا الحقوق والواجبات مشتركة فكل ما هو حق لزوج هو واجب على الزوج الآخر والعكس صحيح وذلك باستعمالهما عبارة "على الزوجين".

وبذلك تظهر فلسفة المشرعين واضحة في التسوية بين الشريكين في المسؤوليات، وإذا انتقلنا إلى تعداد الحقوق والواجبات المنصوص عليها في المادتين، نجد أن المشرع الجزائري كان أكثر سردا وتفصيلا في هذه المسؤوليات عكس نظيره التونسي والذي نصّ على أهمها مع التأكيد أن على الزوجين القيام بواجباتهما حسب العرف والعادة.

وإزاء ذلك، سوف نحاول التعرض بالتفصيل إلى أهم المسؤوليات التي نص عليها كلا المشرعين، خاصة تلك المشتركة بينهما.

الفرع الأول

واجب المعاشرة بالمعروف

عبر المشرع التونسي على هذا الحق بقوله: "على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته، ويتجنب إلحاق الضرر به ...". أما المشرع الجزائري فعبر عنه قائلا: "يجب على الزوجين المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة ...".

[1] حيث كان ينص هذا الفصل قبل التنقيح على أنه "على الزوج ان يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويتجنب الحاق الضرر بها وأن ينفق عليها وعلى أولاده منها في قدر حاله وحالها في عامة شؤون الأسرة المشمولة في حقيقة النفقة والزوجة تساهم في الانفاق على العائلة أن كان لها مال، وعلى الزوجة أن تراعي زوجها باعتباره رئيس العائلة وتطيعه فيما يأمرها به في هذه الحقوق وتقوم بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة".

وتبعا لذلك، يجدر القول أن كلا العبارتين تحملان نفس المعنى وهو المعاشرة بالمعروف، والمقصود بالمعاشرة هو المخالطة والمصاحبة ويسمى ما يكون بين الزوجين من مخالطة بالمعاشرة، أما المقصود بالمعروف هو ذلك المألوف المتعارف عليه غير المستنكر لا شرعا ولا عادة[1].

وأصل العشرة بالمعروف هي القرآن الكريم[2]لقوله تعالى: **"وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً"**[3]. وفي تفسير ابن كثير فإن عاشروهن بالمعروف فتعني فطيبوا أقوالكم لهن، وأحسنوا أفعالكم وهيئاتكم بحسب قدرتكم[4]. أما في تفسير الشنقيطي فيقول: "معاشرة النساء بالمعروف أي مع طيب قول وحسن فعل"[5].

وقد ذهب الشيخ الشعراوي إلى تبيان أن المعروف أوسع دائرة من المودة فالود يكون عن حب، إلا أن المعروف ليس ضروريًا أن يكون عن حب[6].

وعلى المرأة هي كذلك معاشرة زوجها بالمعروف، وفي صدد عدم العشرة وإيذاء المرأة لزوجها يقول عليه الصلاة والسلام: "لا تؤذي امرأة زوجها في الدنيا، إلا قالت زوجته من الحور العين لا تؤذيه قاتلك الله فإنما هو عندك دخيل يوشك أن يفارقك الينا"[7].

فإحسان العشرة بالنسبة للمرأة يوجب عليها حسن المعاملة والتجاوز عن بعض أخطاء زوجها حتى تدوم العلاقة الزوجية وهو ما يكون كذلك على الزوج[8].

---

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين ...، المرجع السابق، ص 55.

[2] حيث أن كلمة معروف وردت ضمن 22 آية من سورة البقرة تعرضت كلها لعلاقة الزوجين ببعضهما البعض وهي الآيات من 221 إلى 242 من سورة البقرة.

[3] سورة النساء، الآية 19.

[4] ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2003، ص 401.

[5] محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان في تفسير القرآن بالقرآن، ج10، ب، س، ن، ب، ب، ن، ص 60.

[6] محمد متولي الشعراوي، تفسير القرآن العظيم، عن موقع شبكة مشكاة الإسلامية، ص 80، www.alineshkat.net

[7] محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج1، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1975، حديث رقم 173، ص 334.

[8] أحمد محمد مصطفى نصير، حقوق المرأة وواجباتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 315.

وإحسان العشرة يدخل ضمنه الاحترام والذي يعني ابداء اعتبار ومراعاة خاصة لأحد الأشخاص، أي معاملته بالمعروف مع الالتزام بعدم الاضرار به وعدم التدخل في شؤونه[1].

وعليه، فإن المعاشرة بالمعروف هي تلك المعاملة طبقا للعرف أي حسب ما جرى واتفق عليه الأفراد في المجتمع في أغلبيتهم من معاملة حسنة فيها ودّ ورحمة ومحبة، فهذه هي روح الإسلام وما أكدت عليه[2].

وأمام كل هذه المعاني يتبين أن المعاشرة بالمعروف هي عبارة تحمل في طياتها عدة التزامات مادية ومعنوية بين الزوجين فتجمع بين الودّ والمحبة والاحترام، وبين حسن الفعل وحسن القول وعدم الإضرار في البدن أو في المال.

والجدير بالذكر في هذا المقام هو أن المعاشرة بالمعروف لم ينص عليها المشرع الجزائري إلاّ بعد تعديل 2005، حيث تدارك النقص الذي كان يعتري المادة 36 باعتبار أن هذا الواجب من أهم الواجبات الملقاة على الزوجين.

أما المشرع التونسي، فقد كان ينص من قبل على هذا الواجب إلا أنه منذ تنقيح 1993/07/12 صار هذا الواجب محمولا على الزوجين بعد أن كان محمولا على الزوج فقط وذلك من باب المساواة[3].

وإزاء ذلك، فمن الواضح أن كلا المشرعين سعيا إلى وضع الزوجين على قدم المساواة، بحيث لا يفرق بينهما فارق، فكل منهما مطالب بمعاملة الآخر بالمعروف وإحسان عشرته.

هذا وبالإضافة إلى المعاشرة بالمعروف أضاف المشرع التونسي عبارة "ويتجنب إلحاق الضرر به ..."، ومفاد هذه العبارة أن القرين محصن من كل عملية تعذيب أو معاملة قاسية أو

[1] سنية العش ملاك، واجب الاخلاص بين الزوجين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية الأساسية، جامعة قرطاج، تونس، 2012، ص 21-22.

[2] سنية العش ملاك، المرجع نفسه، ص 22.

[3] محاضرات في قانون العائلة، المرجع السابق، ص 128.

وحشية وإحاطة من الكرامة، سواء كانت هذه المعاملة قد وقعت على جسمه أو على روحه فللإنسان حرمة جسدية ونفسية يجب احترامها[1].

والواضح أن المشرع التونسي يقصد الزوج بهذه العبارة أكثر من الزوجة بدليل أن هذا الواجب كان ملزم به الزوج فقط قبل التعديل، ورغم ذلك فإن هذا لا يمنع أن تكون المرأة هي التي تضر الزوج بالقول وحتى بالفعل كالضرب، وهو ما اطلعنا عليه من خلال الرجوع إلى فقه القضاء التونسي، حيث جاء في قرار مدني ما يلي: "أن إدانة الزوجة من أجل صفع زوجها على خده بمكان عمومي ومن أجل الاعتداء عليه بالعنف الشديد أمام زملائه بمقر عمله ومؤاخذتها جزائيا من أجل كل ذلك يتنافى فواجب الاحترام والتزام عدم الحاق الأذى بالقرين التي أوجبها الفصل 23 مجلة الأحوال الشخصية[2]".

ونظرا لمثل هذه الحالات، فإن المشرع التونسي كان محقا عندما جعل هذا الواجب محمولا على كلا القرينين لأنه لم يعد الزوج فقط هو المعني بهذا الأمر، ولعل المشرع الجزائري لم ينص على هذا الواجب بصراحة لأنه أمر يمكن أن يدخل ضمن مفهوم العشرة بالمعروف فهي تحتمل عدم الاضرار كذلك.

الفرع الثاني

التعاون على مصلحة الأسرة وتسيير شؤونها وتربية الأولاد

نظرا لما تمر به الأسرة المعاصرة من متغيرات اقتصادية وأخلاقية، ما أثر على قدرتها في آداء وظائفها وتغير مفهومها، كان لزاما على المشرعين من إلقاء واجب الحفاظ على الأسرة واستقرارها، وكذا حسن تربية الأولاد على كل من الزوجين، وذلك بالتعاون تعاون مادي ومعنوي.

[1] وهو ما ينص عليه الاعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الخامسة التي جاء فيها: "لا يعرض أي انسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة"

[2] محكمة التعقيب، 1988/09/20، عدد 20476، مقتبس عن محمد علي التقرقي، نشوز الزوجة في فقه القضاء التونسي، مقال بتاريخ 30 مارس 2016، www.rnedemalte.com

فعبر المشرع التونسي عن ذلك بقوله: "ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء...". أما المشرع الجزائري فنص على: "...التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم ...".

ومن هذا المنطلق نلاحظ أنه في كلا النصيين واجب التعاون هو واجب مشترك، إذ كلا الطرفين يساعد الآخر على تسيير شؤون أسرته، وهو مطالب بألا يتوانى عن مساعدة شريكه وتقديم العون له.

وقد تم التأكيد هنا من كلا المشرعين على حسن تربية الأولاد ورعايتهم عن طريق التشارك بالتعاون في ذلك، والمقصود بالتربية الحسنة هي التربية المتفقة مع المنهج الإسلامي وإعداد الأولاد جسميا وعقليا وروحيا وكذا اجتماعيا لكي يكونوا عضوا نافعا لأنفسهم ولغيرهم. ولهذا على كل من الابوين العناية بأولادهم مع الحرص على غرس حب الله ورسوله في قلوبهم وتأديبهم بآداب الإسلام[1] لقوله صلى الله عليه وسلم: "أكرموا أولادكم واحسنوا آدابهم"[2].

إذن، فالتربية هي توعية أخلاقية ودينية من أجل إعداد الطفل لحياة حرّة مسؤولة في مجتمع مدني متضامن قائم على التلازم بين الوعي بالحقوق والالتزام[3]. والولد يحتاج أن يكون آمنا مستقرا وذلك لا يتم إلا إذا غمر بحب والديه وعطفهما، وأحس مع هذا الحب أنه مرغوب فيه ومقبول في عائلته، إذ لا يحصل الاتزان في التركيبة النفسية للطفل إلا مع محيط عائلي في كنف الانسجام الذي ترتكز فيه القيم الدينية والأخلاقية والاجتماعية والذي يجد فيها الطفل معيارا ثابتا لنموه المتزن[4].

ويكون كل هذا ملقى على عاتق الزوجين على قدم المساواة سواء في قانون الأسرة الجزائري أو التونسي. ففي القانون التونسي فإن الشارع ناشد إرساء فلسفة المساواة بين الزوجين مراعيا في ذلك مقتضيات العرف والعادة، إذ أوكل مهمة التعاون في القيام بالواجبات سوية بين

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين ...، المرجع السابق، ص 59.

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

[3] وهو تعريف وارد في الفقرة 03 من الفصل الأول لمجلة حماية الطفل التونسية.

[4] سنية العش ملاك، المرجع السابق، ص 43.

الزوجين. وتبقى الغاية من إقرار هذا المبدأ هو تشريك المرأة وتفعيل إرادة ومساهمة الزوجة محاولا تجاوز الدور السلبي الذي كانت تلعبه في بناء أسرتها، وتقليص السلطة التي كان يتمتع بها الأب داخل العائلة فمثل هذا المبدأ يرى أحد الباحثين التونسيين أنه: "يحل التعاون والمشاركة محل الاستبداد بالرأي والنفوذ"[1].

أما بالنسبة للشارع الجزائري، فإن فلسفة اقرار مبدأ المساواة واضحة من خلال هذا الواجب والذي ألزم فيه كلا الزوجين بالتعاون على مصلحة الأسرة وتربية الأولاد، فبالنسبة له، فإن تربية الطفل لا تقتصر على أحد الأبوين فقط، فلبناء أسرة على أسس متينة يكتنفها الاستقرار فإن هذا الواجب لا بد أن يكون مسؤولية مشتركة بين الزوجين.

الفرع الثالث

التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات

فبالنسبة لهذا الواجب فهو منصوص عليه صراحة من قبل المشرع الجزائري ويعتبر هذا النص من أبرز وأهم الواجبات التي استحدثها المشرع ضمن التعديل الأخير، وذلك أن الكثير من الباحثين يعتبر أن هذا الالتزام يكرس مبدأ المساواة المطلق بين الزوجين فالأستاذة دنوني هجيرة اعتبرته كذلك لأنه جعل قيادة الأسرة مشتركة بين الزوجين وحرم الزوج من قيادته لشؤون الأسرة[2].

وهو رأي صائب ذلك لأن القانون القديم كان يميز بين مكانة الزوج ومكانة الزوجة، إذ كان الرجل هو رب الأسرة ورئيس العائلة، والقرار الفاصل يرجع إليه أمّا حاليا فالزوجة تشارك زوجها في كل كبيرة وصغيرة تتعلق بالعائلة، وبذلك لا يجوز للزوج اتخاذ أي قرار دون الرجوع إلى زوجته ومشاركتها رأيها والاتفاق معها.

[1] نبيل فتوش، واجبات الزوجين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تونس المنار، تونس، 2004، ص 125.

[2] هجيرة دنوني، التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، تلمسان ، 2010، عدد 07، ص 13.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هذا الواجب نتج كذلك عن إلغاء المادة 39 والتي كانت تلزم على الزوجة في فقرتها الأولى، طاعة الزوج باعتباره رئيس العائلة (رب الأسرة).

أما بالنسبة للتشريع التونسي فإن عبارات الفصل 23 جاءت عامة و لم يرد مثل هذا النص صراحة عن التشاور ضمن فقرات المادة.

إلاّ أن هذا الواجب يمكن أن يندرج بصفة غير مباشرة ضمن كلمات الفقرة 03 من الفصل 23 من المجلة السابق الذكر والذي جاء فيه: "ويتعاونا على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية".

ورغم أن هذا النص جاء عاماً وليس واضحا ومفصلا كنظيره في قانون الأسرة الجزائري إلا أنه يعطي للمرأة حق المساهمة بالاشتراك في تسيير شؤون الأسرة ولكن هل يعطيها نفس المرتبة وبالتساوي في رئاسة الأسرة؟.

للإجابة على هذا السؤال، فإن المشرع التونسي ينص في الفقرة 04 من نفس الفصل على أنه: "وعلى الزوج وبصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء ...". يلاحظ من خلال هذا النص أنه يعطي للزوج حق رئاسة العائلة على حساب الزوجة وأن المشرع بذلك لم يأخذ بمبدأ المساواة على إطلاقه بل ترك نوعا من السيطرة للزوج، غير أنه وحسب ما نراه فإن هذه السيطرة شكلية وظيفية أكثر منها حقيقية لأنه ربطها بواجب واحد مالي ملقى على الزوج وهو واجب الانفاق.

وهو ما يراه كذلك الفقه التونسي، فبالنسبة له فإن الاقرار برئاسة العائلة لا تعني استبداد الرجل بالمرأة أو خضوعها التام له ولإرادته بالتبعية بل يجب فهمها على أساس أنها تتلاءم مع مبدأ المشاورة والتعاون[1].

وهو ما أقره الاستاذ ساسي بن حليمة قائلا: "لم يبق للزوج أن يتمتع تشريعيا بأي صلاحية تمكن من القول بأنه رئيس العائلة، ما عدى ما يطالبه المشرع من انفاق على العائلة، وهو واجب

[1] سنية مشرقي، المرجع السابق، ص 124.

أكثر من أن يكون امتياز ولربما في وقت لاحق نقح هذا الفصل وحذفت الإشارة إلى رئاسة العائلة منه ..."[1]، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن المشرع التونسي ألغى واجب الطاعة والذي كان مفروضا على الزوجة اتجاه زوجها الأمر الذي يؤكد ما قيل، إذ أن مجلة الأحوال الشخصية أقرت بمبدأ المساواة بين الجنسين في الحقوق والواجبات وما إبقاؤها على رئاسة الزوج إلا مسألة شكلية سرعان ما ستحذف.

من خلال كل ما سبق، يمكن القول أن المشرع الجزائري كان أكثر وضوحا وتفصيلا في سرده للواجبات المشتركة بين الزوجين عكس المشرع التونسي والذي اتى بعبارات عامة وسطحية، مع عدم التفصيل في الالتزامات مما يجعلها تحتمل عدة معاني ومفاهيم ولكن بالمقابل جعل القيام بهذه الواجبات يستند إلى العرف والعادة.

هذا بشأن الحقوق المشتركة بين الزوجين فماذا بشأن الحقوق والالتزامات التي تم حذفها في التشريعين؟

المطلب الثاني

الحقوق والواجبات الملغاة والتي تعيق تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين

كما قلنا سابقا، فإن كلا المشرعين قد حذف أو ألغى واجب طاعة الزوجة لزوجها، فالمشرع الجزائري ألغى المادة 39 من قانون الأسرة التي كانت تنص على هذا الواجب في فقرتها الأولى، أما المشرع التونسي فقد حذفه عندما نقح الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية.

وكما هو معلوم، فإن واجب طاعة الزوجة لزوجها (الفرع الأول) يدخل ضمن حقه في القوامة عليها فهل بإلغاء هذا الواجب تم إلغاء حتى قوامة الزوج على زوجته؟ وكيف يخدم ذلك مبدأ المساواة بين الجنسين؟(الفرع الثاني).

[1] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، المرجع السابق، ص 46.

الفرع الأول

واجب طاعة الزوجة لزوجها

إن الطاعة لغة، هي الاسم من قولهم أطاعه يطيعه طاعة والمصدر الإطاعة وكلها مأخوذة من مادة طوع والتي تدل على الاصحاب والانقياد والطاعة، كذلك هي الانقياد والموافقة فإذا قضي لأمره فقد طاوعه[1].

أما اصطلاحا، فالمقصود بطاعة الزوج هو موافقة المرأة لزوجها باستجابة رغباته، وطلباته، وطلب مرضاته في غير معصية الله تعالى[2]. أي أنه على الزوجة أن تنفذ وتوافق زوجها في كل ما يطلبه منها وأن ترضيه دون عصيان خالقها، وعليه، يبقى نطاق الطاعة في كل ما هو مباح مشروع، فهي لا تعني الاستجابة لكل ما هو مطلوب سواء بالنسبة للزوجة أو غيرها وذلك وفقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "السمع والطاعة على المرء المسلم، فيما أحب وكره مالم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"[3].

وحق الزوج في الطاعة هو حق فرضه الله له وجعله أمانة في عنق الزوجة إذ يثبت بمجرد عقد النكاح، وأن طاعة الزوج هي مفروضة من أجل العبادات التي تعبد النساء الله بها وجزاء هذه العبادة الجنة[4]، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها، قيل لها أدخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت"[5].

---

[1] أنظر، ربيحة الغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع قانون خاص، الجزائر، 2011، ص 187، انظر كذلك، قاموس المعجم الوسيط.

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

[3] أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام مالم تكن معصية، حديث رقم 6725، المرجع السابق، ص 1978.

[4] فاطمة بنت عبد الله الزناتي، حق الزوج على الزوجة، مجلة السنة وحقوق الإنسان، 1431هـ، العدد 04، ص 30.

[5] ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير، حديث رقم 661، المرجع السابق، ص.63

ومن السنة النبوية كذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو كنت آمراً أحدا أن يسجد لأحدٍ لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها"[1]. وعليه إذا صح السجود لغير الله لكانت المرأة مأمورة به[2].

وبالرجوع إلى القرآن الكريم نجد قوله تعالى:" **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** "[3]. وفسر ابن كثير هذه الآية قائلا: "ولهن على الرجال من الحق ما للرجال عليهن، فليؤد كل واحد منهما إلى الآخر ما يجب عليه بالمعروف"، وقوله: "وللرجال عليهن درجة" أي في الفضيلة والخلق والمنزلة وطاعة الأمر والانفاق والقيام بالمصالح في الدنيا والآخرة وقوله: "والله عزيز حكيم" أي عزيز في انتقامه ممن عصاه وخالف أمره، حكيم في أمره وشرعه وقدره"[4].

هذا وفي تفسير الجلالين كذلك، فللرجال عليهن درجة تعنى فضيلة في الحق من وجوب طاعتهن لهم لما ساقوه من المهر والانفاق[5].

من خلال ما سبق، يجدر القول أن طاعة الزوج هي واجب على الزوجة بالقرآن والسنة، وأن هذا الواجب هو بمثابة عبادة تتقرب بها المرأة إلى خالقها وتجزى عليها، وإن هذه الطاعة لا تلغي شخصية المرأة وحريتها، ولا تنقص من قيمتها وكرامتها، هذا وأن لهذه الطاعة قيود وضوابط يعبر عنها بالقول أنه "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق".

---

[1] أنظر، محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير سنن الترمذي، كتاب الرضاع باب ما جاء في حق الزوج على المرأة حديث رقم 1159، ج2، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996، ص 453.

[2] إذ أن طاعة الزوج أحق حتى من طاعة الوالدين وأسبق منها، إذ ان مكانة طاعة الوالدين حظيت بتشريف كبير في القرآن إلا أن طاعة الزوج أولى منها: أنظر، اختاه تذكري حقوق زوجك، إعداد القسم العلمي بدار ابن حزيمة، الكتيبات الإسلامية، دار بن حزيمة، الموقع الالكتروني www.ktibat.com

[3] سورة البقرة، الآية 228.

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

[5] جلال الدين بن محمد، جلال الدين عبد الرحمان، القرآن الكريم وبهامشة تفسير الجلالين، ج2، ب.ط، ابن كثير، ب ب. ن،ب. س. ن، ص 36.

ومن هنا، يمكن القول إذا كان واجب الطاعة ملزم وكان ذي قيمة أمام الله عزوجل، فلماذا تم حذفه وتجاهله في كل من التشريعين الأسريين الجزائري والتونسي؟

إن الجواب على هذا السؤال يتضح جليا من خلال السياسية التشريعية التي ينتهجها كلا المشرعين، والتي تهدف إلى غاية واحدة ووحيدة وهي إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

حيث أنه بالنسبة لهذه السياسة، فإن النص على مثل هذا الواجب ضمن حقوق وواجبات الزوجين يجعله متنافيا مع هذا المبدأ، إذ أنه ينقص من مكانة المرأة ومن قيمتها فتصبح في مركز غير متوازن مع الرجل.

ويبرر الأستاذ ساسي بن حليمة أسباب حذف المشرع التونسي لواجب الطاعة: بقوله: "وواجب الطاعة المحمول على الزوجة يتماشى مع نظرة خاصة للزوجين وللعلاقات بينهما فالزوج هو الذي يكسب قوت العائلة...ويتمتع بمركز اقتصادي قوي يجعل منه المصدر للأوامر، لكن هذه النظرة تغيرت على مر الزمان وأضحت الزوجة كذلك تعمل وتكتسب مالا، لكنها أضحت تتعلم وتتحصل على نفس الشهادات العلمية التي يتحصل عليها الذكر، وهذه المساواة الاقتصادية والعلمية بينهما أصبحت بطبيعة الأمر متنافية مع واجب الطاعة، فلا عجب إذن أن اعتبر المشرع أنه آن الأوان حتى يحذف ذلك الواجب من النص"[1].

وفي نفس السياق، يرى البعض أن واجب الطاعة وإن ألغي شكليا، إلا أنه لم يلغ واقعيا فقد بقي بصورة غير مباشرة من خلال إبقاء المشرع على رئاسة الأسرة للزوج[2]. إلا أن صحة هذا الرأي تبقى نسبية لأن المشرع التونسي ربط مسألة رئاسة الأسرة بواجب الانفاق، وكان نصه صريحا، فجعل الزوج رئيسا للعائلة بإنفاقه فقط، رغم أن رئاسة العائلة وقيادتها نطاقها أوسع بكثير من ذلك.

[1] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، من 44-45.

[2] محاضرات في قانون العائلة، المرجع السابق، ص 128.

وأما من جانب التشريع الأسري الجزائري، فإن الإجابة على السؤال المطروح تكمن من خلال التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع والمقدم من قبل الجزائر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه: "وتعرف مجلة الأسرة الجديدة في مادتها 36، الحقوف والواجبات التي يجب أن يلتزم بها القرينان، وهكذا فإن مفاهيم طاعة الزوج... قد حذفت و لم يحل مكانها سوى حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين..."[1] مما يجعل الأمر واضحا ، وهو أن سبب إلغاء واجب الطاعة هو إقرار مبدأ المساواة بين الجنسين.

وبالنسبة لنا هو أن كلا التشريعين يعملان على مسايرة ما جاءت به المواثيق الدولية والتي ترفض رفضا باتا تحميل الزوجة التزاما يسمى طاعة الزوج. إذ حسب هذه الاتفاقيات، فإن هذا الالتزام يجعلها في مرتبة أدنى من الرجل مما ينافي مبدأ المساواة[2]خاصة اتفاقية القضاء على جميع لأشكال التمييز ضد المرأة. والتي نصت في الفقرة الأولى حرف "ج" من المادة 16 أنه: "...تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة....نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه."

هذا فيما يتعلق بواجب طاعة الزوجة لزوجها فماذا عن حق قوامة الزوج على زوجته وأسرته؟

الفرع الثاني

حق قوامة الزوج على الزوجة

إن كلمة قوامة كلمة مأخوذة من القرآن الكريم ورغم أنها كلمة واحدة إلا أنها تحمل في طياتها معاني كثيرة، ويشتمل مدلولها على جوانب مختلفة تخص علاقة الزوج والزوجة الأسرية والاجتماعية. وما يجب الإشارة إليه هو أن هذه الكلمة يسيء الكثير استخدامها نظرا لجهلهم وقلة فهمهم، أو لعدم استيعابهم لمعناها الحقيقي ومدلولها الشرعي، هذا من جهة.

[1] التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18 ماي 2009، ص 18.
[2] عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص 110.

ومن جهة أخرى، فإن هناك العديد من الرجال يسيؤون استعمال حق القوامة، إمّا بالإفراط أو التفريط، لذا لابد من توضيح معنى ومفهوم هذا الحق الشرعي.

فالقوامة لغة تعني من قام على الشيء يقوم قياما، أي حافظ عليه وراعى مصالحه، ومن ذلك القيم والذي يقوم على شأن شيء ويليه ويصلحه، والقيم هو السيد وسائس الأمر والمدبر، وقيم المرأة هو زوجها أو وليها لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج إليه[1].

والقوام على وزن فعّال للمبالغة من القيام على الشيء والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد[2].

أما في الاصطلاح الشرعي، فإن القوامة تعني قيام الزوج على زوجته بالحماية والرعاية والحفظ[3].

ولتوضيح أكثر لمسألة القوامة يجب تفسير الآيات الكريمة التي تمنح الزوج هذا الحق، وفي هذا يقول الله تعالى: "**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ** "[4][5]. وفي تفسير سيد طنطاوي، فإن القوامون جمع قوام على وزن فعال للمبالغة من القيام على الشيء، وقيم المرأة وقوامها الذي يقوم بأمرها ويهتم بحفظها وإصلاحها ورعاية شؤونها، أي الرجال يقومون على شؤون النساء بالحفظ والرعاية والنفقة والتأديب وغير ذلك مما تقتضيه مصلحتهن[6].

---

[1] خالد بن عثمان السبت، القوامة، بتاريخ 03 ذو القعدة 1426، ص. 02، على الموقع الالكتروني www.khledaldalsabt.com

[2] جمال الدين بن منظور، جمال الدين بن منظور، لسان العرب المحيط، ج12، دار الجيل، بيروت،1988، ص 502.

[3] محمد الرازي فخر الدين، تفسير الرازي، ج17، ط1، دار الفكر، بيروت، 1981، ص 90.

[4] وسبب نزول الآية هو أن سعد بن الربيع نشزت إليه امرأته حبيبة بنت زيد بن أبي زهير فلطمها فقال أبواها يا رسول الله، أفرشة كريمتي فلطمها فقال عليه الصلاة والسلام: لتقتص من زوجها، فانصرفت مع أبيها لتقتص من زوجها، وقال عليه الصلاة والسلام: ارجعوا، هذا جبريل أتاني، فأنزل الله هذه الآية الكريمة، فقال عليه الصلاة والسلام: أردنا أمرا وأراد الله غيره وفي رواية أخرى: "أردت شيئا وما أراد الله خير" ونقض الحكم الأول،أنظر، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج6، ط2، دار المعرفة، لبنان، 1982 ص 278.

[5] سورة النساء، الآية 34.

[6] محمد سيد طنطاوي، التفسير الوسيط، الموقع الالكتروني www.altafsir.com

أما القوامة حسب تفسير بن كثير لهذه الآية هي أن الرجل قيم على المرأة أي هو رئيسها وكبيرها والحاكم عليها ومؤدبها إذا اعوجت[1].

وبخصوص قوله تعالى: "بما فضل الله بعضهم على بعض" أي بمعنى أني جعلت القوامة على المرأة للرجل لأجل تفضيلي له عليها وذلك لثلاثة أشياء: كمال العقل والتمييز كمال الدين والطاعة في الجهاد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وبدله لها المال من الصداق والنفقة[2]، أي بتفضيله لهم عليهن بالعلم والعقل والولاية وغير ذلك، وبما أنفقوا عليهن من أموالهم[3].

وعليه، فإن القوامة هي تكليف للزوج وليس تشريف له، وهو تعبير على تكليف بالخدمة أي أن الرجال قائمون على خدمة النساء، وبهذا فإن المرأة مسؤولة من الرجل سواء كانت المرأة زوجة، أخت، ابنة أو حتى أم.

إلا أن المرأة كثيرا ما تتذمر من هذه القوامة معتقدة أنها تقييد لها، ومعتبرة إياها حاجزا أمام مستقبلها وحريتها، وفي هذا الصدد يشرح الإمام الشعراوي ذلك بطريقة أثارت اعجابنا إذ يقول: "القوّام هو المبالغ في القيام وجاء الحق هنا بالقيام الذي فيه تعب وعندما تقول: فلان يقوم على القوم أي لا يرتاح أبدا إذن فلماذا تأخذ قوامون على النساء على أنه كتم أنفاس؟ لماذا لا تأخذها على أنها سعي في مصالحن؟ فالرجل مكلف بمهمة القيام على النساء، أي يقوم بأداء ما يصلح الأمر...وأن وجه التفضيل أن الرجل له الكدح وله الضرب في الأرض وله السعي على المعاش، وذلك حتى يكفل للمرأة سبل الحياة اللائقة عندما يقوم برعايتها ... إذن فقوامة الرجال جاءت للنساء براحة ومنعت عنهن المتاعب، فلماذا تحزن المرأة منها؟"[4].

هذا وإن هناك من يعتبر أن في القوامة تفضيل وانحياز للرجل بمعنى أن الرجال مفضلون على النساء أي أحسن منهم إلاّ أن النص القرآني والتفاسير واضحة، فالرجل مفضل على المرأة والمرأة

[1] ابن كثير الدمشقي، المرجع السابق، ص 376.

[2] أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، القسم الأول، دار الجليل، بيروت، لبنان، ب.س.ن، ص 219.

[3] جلال الدين بن محمد، جلال الدين عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 84.

[4] محمد متولي الشعراوي، المرجع السابق، ص 90.

مفضلة على الرجل[1]، ويستشف ذلك من قوله تعالى: "بما فضل الله بعضهم على بعض" ومعلوم أن الفضل في اللغة هو الزيادة ولاشك أن الله أعطى الرجل زيادة شاءها تتناسب مع وظيفته ونفس الشيء بالنسبة للمرأة[2].

ومن هنا نجد أسباب إعطاء القوامة للرجل دونا عن المرأة فللرجل تكوين جسدي متميز وقدرة على تحمل المشاق وأعباء الحياة، إضافة إلى فكره الذي يطغى على عاطفته[3].

وبهذه الصفات يكون الرجل مهيئا لأن يكلف بالقيادة، فهو أقرب إلى تحكيم النظر العقلي أما المرأة فهي أقرب إلى الاستجابة للعاطفة بما أفاضه الله عليها من العطف والحنان[4]. وأيضا، فإن المرأة تعتريها حالات خاصة من الحمل والحيض والولادة وكذا سن اليأس مما يتسبب لها في متاعب صحية ونفسية، ما يؤدي بها إلى عدم الاستقرار بسبب الضعف البدني والنفسي الذي تعاني منه مما يجعل نظرتها للأمور بعيدة عن الهدوء والموازنة[5].

ومن أسباب القوامة كذلك أن المرأة تدخل في ذمة الرجل، ووجب نفقتها عليه، ووجب عليه صداقها. إذن، فالشريعة كرمت المرأة إذ فرضت لها مكافأة عن أمر تقتضيه الفطرة، ونظام المعيشة وهو أن يكون زوجها قيما عليها فجعل هذا الأمر من قبيل الأمور العرفية التي يتواضع الناس عليها بالعقود لأجل المصلحة[6].

---

[1] وفي إطار الفضل يقول الرازي: "واعلم أن فضل الرجل على النساء حاصل من وجوه كثيرة بضعها الصفات حقيقة وبعضها أحكام شرعية أما الصفات فاعلم أن الفضائل الحقيقية يرجع حاصلها إلى أمرين: العلم، والقدرة ولاشك أن عقول الرجال وعلومهم أكثر، وقدرتهم على الأعمال الشاقة أكمل، والسبب الثاني قوله تعالى: "وبما انفقوا من أموالهم" يعني الرجل أفضل من المرأة لأنه يعطيها المهر وينفق عليها" أنظر، أبو عبد محمد التيمي الرازي، مفاتيح الغيب، ص 100، www.altafsir.com

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

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

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

[5] حسن صلاح الصغير عبد الله، التزامات الرجل بقوامته على زوجته في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2002، العدد 02، الجزء 02، ص 798، مقتبس عن عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص 109.

[6] عيساوي عبد النور، المرجع نفسه، ص 110.

ومقابل قوامة الرجل، فإن للمرأة كذلك قوامة وهي قوامتها للمترل وذلك عن طريق قيامها بما يحتاج البيت والزوج من طبخ وإعداد للطعام وغسل وتنظيم وغيرها من الأعمال[1]، وهو ما يسمى بخدمة البيت.

بيد أن هذه القوامة وخدمة المرأة لمترلها هو أمر اختياري، وهي ليست مجبرة عليه أي أنه عقد تبرع منها، حيث جرت العادة والعرف على أن المرأة هي من يقوم بهذه الأعمال وهو ما أخذ به جمهور الفقهاء[2].

وبهذا فإن للرجل قوامة خاصة به تتمثل بالقيام برعاية شؤون زوجته وأولاده وأسرته بتوفير كل ما فيه مصلحة لهم، وبالمقابل للمرأة قوامة على بيتها بخدمته حسب العرف والعادة. مما يؤكد أن حق قوامة الرجل على المرأة ليس بتمييز ضدها ولا انتقاص من مكانتها بل هي تشريف لها وحفظ لحقوقها ومصالحها إلا إذا تعسف الرجل في استعمال هذا الحق.

والواقع، فإنه من مقتضيات ومتطلبات قوامة الزوج هي توليه لرئاسة الأسرة من أجل قيادة الأسرة، وبهذا يكون للزوج صلاحية اصدار الأوامر واتخاذ القرارات من أجل حسن التسيير، إلا أن ذلك لا ينجح من دون طاعة الزوجة لزوجها، وعليه ما مصير القوامة والرئاسة الزوجية للرجل بعد حذف واجب الطاعة في كل من التشريعين الأسرين الجزائري والتونسي؟

فبالنسبة للجزائر، فإنها تؤكد على عزمها وجهدها إلى إلغاء وحذف كل ما يتعلق بالقوامة الزوجية ويتجلى ذلك من خلال أمرين:

إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة وبالتالي إلغاء واجب الطاعة والذي كان يرتبط برئاسة العائلة، وبهذا جرد الزوج من قيادته للعائلة بالإضافة إلى حقه في طاعة زوجته له.

أما الأمر الثاني هو إدراج واجب مشترك –سبق وأن تم التعرض إليه بالتفصيل[3]- وهو واجب التشاور في تسيير شؤون الأسرة، الأمر الذي يجعل قيادة الزوج الفردية للعائلة أمرا

[1] محمد رشيد رضا الحسين، حقوق النساء في الإسلام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص 32.

[2] عبد الله المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 213.

[3] أرجع في ذلك إلى ص 101 وما يليها من هذه الرسالة.

مستحيلا، إذ أصبح عليه استشارة المرأة في كل كبيرة وصغيرة وعدم أخذ أي قرار يخص العائلة بدونها.

أما المشرع التونسي، فرغم أنه حذف واجب الطاعة هو كذلك وجعل الحقوق والواجبات الزوجية مشتركة مع إدراج واجب التعاون في تسيير شؤون الأسرة، إلاّ أنه أبقى نوعا ما على بعض السيطرة والهيمنة للزوج عن طريق نصه على أنه هو رئيس العائلة، بيد أنه ربط هذه الرئاسة بالنفقة، مما يجعل قوامة الزوج وقيادته مقتصرة على أمور محدودة لا تعدو أن تحقق ما تعنيه القوامة الزوجية.

والجدير بالقول أن المشرع لم يعط للزوج حتى حقه الكامل في القوامة عن طريق النفقة على الزوجة والأولاد، ذلك لأنه تجاوز هذه القوامة عندما نص على أن المرأة (الزوجة) ملزمة بالإنفاق على العائلة إن كان لها مال وذلك صلب الفصل 23[1] من مجلة الأحوال الشخصية. مما يؤكد أن رئاسة الزوج هنا هي رئاسة شكلية فقط، وأن قوامة الزوج اندثرت في مجلة الأحوال الشخصية بسبب النزعة التجديدية للمشرع التونسي ولم يبق لها أي أثر لا فيها ولا في قانون الأسرة الجزائري.

وفي الختام، يجدر القول أن مبدأ المساواة بين الجنسين في آثار الزواج الشخصية هو مبدأ محقق وعمل على تجسيده كلا القانونين الأسريين كل حسب طريقته، فماذا إذن بشأن آثار الزواج المالية؟

المبحث الثاني

المساواة بين الجنسين في آثار الزواج المالية

إن آثار الزواج المالية والمادية هي تلك الحقوق التي يكون موضوع الحق فيها يقوم بالمال، أو هي ما تعلق بأموال عائدة للزوجين.

[1] وهو الأمر الذي سنتطرق له بالتفصيل عند الحديث عن النفقة؛ راجع ص 117 وما يليها من هذه الرسالة.

وللبحث عن مدى تكريس مبدأ المساواة في آثار الزواج المالية في كل من التشريعين الأسريين الجزائري والتونسي، سوف نتكلم أولا عن مسألة النفقة هل هي حق للمرأة وواجب على الزوج أم أنها واجب على كليهما (الفرع الأول)، وبعدها ننتقل إلى معرفة مدى استقلالية الذمة المالية للمرأة عن الرجل وهل للزوج سلطة على أموال زوجته (الفرع الثاني)، دون نسيان أهم أثر من هذه الآثار وهي مسألة الميراث (الفرع الثالث).

المطلب الأول

النفقة

إن نظام النفقة هو مظهر من مظاهر التكافل الاجتماعي بين الأقرباء والأزواج، وتعد النفقة من آثار عقد الزواج، وذلك شرعا وقانونا، وتعرف النفقة لغة على أنها اسم مشتق من الإنفاق[1]، بمعنى الإخراج والذهاب فيقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع[2].

أما اصطلاحا، فهي كل ما يصرفه الإنسان على من تجب عليه نفقته من طعام أو كسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس مىن وجد السبب[3].

وعليه، فنفقة المرأة[4]هي ما تحتاج إليه في معيشتها من طعام وكسوة وشراب ومسكن[5]، وغيرها مما يلزمها بالضرورة لحياتها اليومية وفقا للعرف والصحيح[6].

---

[1] أصل مادة النفقة إمّا من النفوق بمعنى الهلاك، يقال نفقت الدابة نفوقا إذا هلكت، وإمّا من النفاق بمعنى الزواج، ومن ذلك سمي المال، الذي يصرفه الإنسان على غيره نفقة كما في ذلك من هلاك المال ورواج الحال، أنظر، بدران أو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ط2، مطبعة دار النهضة، بيروت، د.س.ن، ص 232.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 196.

[3] صالح بويشيش، نفقة الزوجة والأولاد في حال الاعسار والامتناع، بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، 2002، عدد خاص، ص 203.

[4] وتعرف كذلك أنها ما وجب للزوجة على زوجها من مال للطعام والكسوة والمسكن وغيرها من أمور المعيشة، أنظر، عاطف مصطفى البراوي، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير، كلية شريعة وقانون ، غزة، فلسطين، 2006، ص 78.

[5] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 145.

[6] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 507.

والمعلوم هو أن النظام الإسلامي جعل الإنفاق على الزوجة والاولاد واجبا على الزوج وأعفى الزوجة من الانفاق ولو كانت غنية **(الفرع الأول)**، فهل أن ذلك هو ما يسري على الزوجة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي، أم يجب عليها الإنفاق مثلها مثل الزوج **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

واجب الزوج بالإنفاق في ضوء الشريعة الإسلامية

ثبت واجب انفاق الزوج على زوجته وأولاده بالكتاب والسنة وذلك في قوله تعالى: **"وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** [1]" والمولود له هنا هو الزوج. وقوله تعالى: **"أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى** [2]"[3]، إلى جانب قوله تعالى: **" لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"**[4].

أما من السنة النبوية، فعن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **"**اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم وأنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف[5]**"**[6].

---

[1] سورة البقرة، الآية 233.

[2] وجه دلالة هذه الآية أنها تفيد أن اسكان المطلقة واجب على الزوج والأمر بالإسكان أمر بالانفاق، عاطف مصطفى البراوي، المرجع السابق، ص 79.

[3] سورة الطلاق، الآية 06.

[4] سورة الطلاق، الآية 07.

[5] وكذلك من السنة عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن هندا قالت: "يا رسول الله إن أب سفيان رجل جشع وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف، أنظر، البخاري، المرجع السابق، حديث رقم 5346، ص420

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

هذا وقد أجمع الفقه على أن نفقة المرأة واجبة على زوجها في ذلك يقول ابن قدامه "وأمّا الاجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن"[1].

أما بخصوص نفقة الأولاد، فهي كذلك واجبة على الأب لقوله تعالى: " **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** "[2]. فقد أوجب الله أجر رضاع الولد على أبيه والولد هنا هو الولد الصلب سواء ذكرا كان أم أنثى[3] .

وسبب وجوب النفقة هو الزوجية الصحيحة، غير أن الوجوب لا يثبت بمجرد العقد، كما في وجوب المهر، بل لما يترتب عليه من احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها بشرط ألا يفوت حق الزوج في استقرار الزوجة في بيت الزوجية وتفرغها له، وأن تكون صالحة للمعاشرة الزوجية، والقيام بواجباتها نحو الزوج[4].

ولا يجوز أن يفهم مما سبق أن وجوب النفقة هو مقابل خدمة المرأة للزوج فتكون كالأجيرة ويدل على ذلك قول جمهور الفقهاء بعدم وجوب خدمة المرأة لزوجها[5]. إذن فإنفاقه عليها لا يعني ذلها ولا حاجتها إليه بل هو واجب من واجباته وحق من حقوقها فلا تكون نفقته تفضلا منه ولا احسانا وليس له أن يمن عليها في ذلك[6].

---

[1] ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص 230.

[2] سورة الطلاق، الآية 06.

[3] انظر، حسام علي سالم الشامي، اشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد 03، ص 114.

[4] مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص .442 .

[5] فاطمة الزهراء لقشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق، دراسة في المطلب والمبررات، مجلة دراسات وأبحاث، مجلة دولية علمية محكمة تصدر عن جامعة الجلفة، الجزائر، 2012، العدد 09، ص 158.

[6] عز الدين الخطيب التميمي، حقوق المرأة وقضاياها في الشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، الجزائر، 2000، عدد 03، ص 82-83.

الفرع الثاني

المساواة بين الجنسين في الإنفاق

إن الكلام عن مبدأ المساواة في هذا المقام يأخذنا إلى القول أنه من أجل تجسيد هذا المبدأ يجب ألا يلزم الزوج عن الانفاق على زوجته إذ لابد من أن تساهم الزوجة كذلك في نفقات العائلة، ويصبح هذا الواجب مسؤولية مشتركة بينهما يمارسانها كما يمارسان الواجبات الأخرى.

وهو ما تسعى المواثيق الدولية والاتفاقيات إلى تحقيقه خاصة اتفاقية سيداو بقولها: "نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وبعد فسخه"[1].

وهو ما تأخذ به كذلك أغلبية الدول الغربية فمثلا القانون الفرنسي يُقر بوجوب المساواة بين الزوجين في تسيير أموالهما وأموال أولادهما، حيث نصت الفقرة 02 من المادة 214 من القانون المدني الفرنسي على أنه "إذا لم تحدد اتفاقية مالية أو اتفاقية خاصة مشاركة الزوجين في الأعباء المالية للزواج، فإنه يجب عليهما المشاركة في تلك الأعباء بنسبة تحدد باحترام قدراتهما المالية"[2].

يبد أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد نص في المادة 74 منه على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78-79 و89 من هذا القانون."، إضافة إلى نصه في المادة 53 فقرة 01 على أنه: "يجوز للمرأة طلب التطليق ... عدم الإنفاق ...".

مما يؤكد أن المشرع الجزائري أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالنفقة وجعلها واجبة على الزوج، و لم يحرم المرأة منها. وتشمل النفقة حسب المادة 78 من قانون الأسرة، الغذاء الكسوة، السكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

[1] انظر، الفقرة ج من المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

[2] فاطمة الزهراء القشيري، المرجع السابق، ص 161.

ورغم هذا الموقف إلا أن السؤال يبقى مطروحا حول معرفة عما إذا كان يسر الزوجة وغناها يجعلها ملزمة بالإنفاق مع زوجها، وهل أن هذا اليسر يمكن أن يسقط عن الزوج واجب الإنفاق؟

إن حق الزوجة في نفقة زوجها عليها وعلى أولادها لا يسقط، ولو كان لها مال و هو ما يتضح من صراحة نص المادة بوجوب نفقة الزوج عليها، وما أكده القضاء إذ جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أن يسر الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرّر شرعي، وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسر الزوجة (الطاعنة) رغم عدم اثبات عسر الزوج (المطعون ضده) أخطأوا في تطبيق القانون"[1].

أما بخصوص مساهمة الزوجة في الانفاق لم يورد المشرع الجزائري أي نص قانوني يلزمها بذلك مادام الزوج موسرا، إلاّ في حالة عسر الزوج[2] وذلك حسب المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري.

عكس المشرع التونسي والذي يلزم صراحة الزوجة[3]الميسورة على المساهمة في الانفاق مع الزوج على عائلتها سواء كان الزوج موسرا أو معسرا، وذلك حسب الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية إذا جاء فيه: "على الزوجة أن تساهم في الانفاق على الأسرة إن كان لها مال..."[4]. فرغم أن المشرع التونسي أخذ بما جاء به قانون الأسرة الجزائري حول النفقة وجعل الزوج هو الملزم بالإنفاق على الأسرة صلب نفس الفصل قائلا: "وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأولاد ..." وكذلك في نص الفصل 38[5].

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/09/24، 237148، المجلة القضائية، 2001، عدد 01، ص 284.

[2] فقد جاء كذلك في قرار قضائي أنه: "لا تنقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل" أنظر، قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 07 ماي2007، ملف رقم 390381، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد02، ص 295.

[3] والأكثر من ذلك، فإن المشرع التونسي لا يلزم فقط الزوجة بل أشرك المرأة في الانفاق على القرابة، وذلك حسب المادة 47 والمادة 44 من م.أ.ش حيث نص الفصل 44 على أنه: "يجب على الأولاد الموسرين ذكورا أو إناث الإنفاق على من كان فقيرا من الأبوين ومن أصول الابن وإن علوا ومن أصول الأم في حدود الطبقة الأولى"، أما الفصل 47 فإنه يلزم الأم على الإنفاق على أولادها حال عسر الأب.

[4] حيث نقحت هذه المادة 23 بموجب القانون 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993.

[5] إذ ينص هذا الفصل على أنه: "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقته مدة عدتها."

إلا أنه خالفه في مسألة المساهمة في الانفاق مع الزوج فأصبحت بذلك مساهمة الزوجة في الانفاق واجبا تحتمه الزوجية بمقتضى التنقيح الجديد.

ولم يحدد المشرع معنى هذه المساهمة وحدودها، إذ أن المساهمة تعني لغة المشاركة والتشارك والاشتراك في الأمر، وعليه فإن المساهمة في الإنفاق تعني التشارك فيه، والشيء المشترك يكون المبدأ فيه المساواة في القسمة[1].

أما اصطلاحا، فإن المساهمة هي المشاركة المالية وليس المساعدة[2]، هذا والمساهمة يمكن أن تكون بسيطة ويمكن أن تكون هامة.

إذن حسب ما سبق يمكن القول أن هذا النص يكتنفه الغموض، حيث أن المشرع لم يتبين مقدار هذه المساهمة ومداها وكذا الجزاء الذي يمكن أن يترتب على عدم آدائها[3].

وأهم ما كان يطرح كإشكال قبل التنقيح، هل أن الصيغة التي أتى بها المشرع، تستدعي الإلزام والوجوب مما يؤدي إلى اعتبار المرأة مطالبة قانونا بالإنفاق؟ وإذا لم تقم بهذا الواجب يمكن اعتبارها مرتكبة لجريمة إهمال[4]. أم أن الأمر اختياري، ومساهمة المرأة غير إجبارية ولا وجه بطبيعة الحال لمقاضاتها على الصعيد المدني ولا على الصعيد الجزائي[5].

وأمام هذا السؤال تدخل المشرع مرة أخرى ودعّم خياره وأضفى الصيغة الإلزامية على الفقرة الأخيرة والتي أصبحت تنص: "... وعلى الزوجة أن تساهم" وبذلك وضع حداً للاختلاف الفقهي بإضافة كلمة "على" التي تدل على الوجوب والإلزام[6] فصحيح أن الزوجة ملزمة بالمساهمة

---

[1] ابن منظور، ج12، ج10، المرجع السابق، ص 308-499.

[2] عمار عبد الواحد، عمار الداودي، الرجع السابق، ص45.

[3] حقوق المرأة في تونس من المساواة الى الشراكة، مركز البحوث و الدراسات والتوثيق والاعلام حول المرأة، تونس، 2007، ص 33-34.

[4] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، المرجع السابق، ص 46.

[5] محمود العنابي، خواطر حول مساهمة الزوجة في الانفاق، ق.ت، 1974، عدد 07، ص 13، مقتبس عن ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، المرجع نفسه، ص 46.

[6] صباح خليفة، انفاق المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية الأساسية، جامعة 07 نوفمبر، قرطاج، تونس، 2009-2010، ص 20.

في الإنفاق، لكن ذلك يتوقف على شرط اكتسابها المال، فهي ليست محمولة على واجب البحث عن عمل للمساهمة في الانفاق وهو ما يظهر واضحا من خلال قول المشرع: "إن كان لها مال".

وفي سياق مقدار المساهمة، نجد أن محكمة التعقيب أكدت في إحدى قراراتها على أن مساهمة المرأة لا تعني المساهمة بالنصف حيث جاء فيه: " إن تحميل الأم نصف نفقة البيت بدعوى أن الأم تعمل ولها بحكم ذلك موردا يدر عليها مالا فيه خرق لأحكام الفصلين 46 و47 من مجلة الأحوال الشخصية، التي وضعت واجب الانفاق على الأب"[1].

مما يعني أن المرأة ليست ملزمة بالإنفاق مناصفة مع الزوج، وأن انفاقها على نفسها وعلى عائلتها لا يعني عدم قيام الزوج بواجبه بالنفقة اتجاهها، واتجاه أولاده وهو ما أولت إليه محكمة التعقيب اهتماما في مناسبة أخرى حيث جاء في قرار لها: "حيث ولئن كانت مساهمة الزوجة في الانفاق على الأسرة تعني تحملها لجانب من نفقاتها الخاصة ونفقة الأبناء، ومساعدة الزوج على تحمل الأعباء المالية عند الضرورة فيكون ذلك الواجب المحمول عليها يندرج في إطار التكافل والتعاون لتوفير مستلزمات الحياة السعيدة للأسرة، إلا أن ذلك لا يقوم مقام واجب الانفاق الأساسي والأصلي المحمول على الزوج"[2].

إذن وحسب ما سبق، فإن واجب انفاق الزوجة أقره المشرع التونسي بغرض مساعدة المرأة لزوجها في تحمل أعباء الأسرة المالية، فيكون بذلك مبدأ التعاون والتشارك في الواجبات ساريا حتى على المسؤوليات المالية وليس فقط المعنوية، مما يعني تطبيق لمبدأ المساواة بين الجنسين في واجب الانفاق.

ويمكن أن تكون مساهمة المرأة في الانفاق مساهمة كاملة وليس محدودة، وذلك خاصة عندما يكون الزوج معسرا وليس للأسرة أي مورد للرزق، ويكون للمرأة دخل، وهو ما عبر عنه

[1] محكمة التعقيب، مدني، 23 ماي 1989، رقم 22695، م.ق.ت، عدد 06 لسنة 1993، ص 53، أنظر سعيدة دحمانة، واجب الانفاق المحمول على الزوج، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحاماة، الفرع الجهوي، تونس، 2013-2014، ص 36.

[2] محكمة التعقيب، 30 جانفي 2008، عدد 23282، غير منشور، أنظر سعيدة دحمانة، المرجع السابق، ص 36.

فقه القضاء التونسي، خلال نفس القرار التعقيبي سالف الذكر بقوله: "التي وضعت واجب الإنفاق على الأب، و لم تحمل الأم بنفقة الأبناء إلا حال عسر الأب".

هذا وأكدت المحكمة على نفس الأمر في قرار آخر يتمثل في اسناد التعويض لأفراد أسرة الزوجة الهالكة في حادث مرور، وذلك بسبب نفقتها على الأسرة كاملة بما فيها الزوج[1].

وقد نصت مجلة الأحوال الشخصية على هذا الانفاق من خلال الفصل 47 الذي جاء فيه: "الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الانفاق على ولدها". ولعل من أسباب إدراج المشرع لمثل هذا النص والمتعلق بمساهمة المرأة في النفقة، هو التطور الذي عرفته وضعيتها في تونس خاصة مسألة خروجها إلى العمل، فعملها حقق لها الاستقلال المادي إذ أن تكريس تونس لحق المرأة في العمل كان منذ السنوات الأولى للاستقلال بصدور مجلة الشغل في 30 أفريل 1966[2]، فلم يعد هناك أي مانع لخروج المرأة للعمل، ودخول الحياة الاقتصادية، فالقوانين التونسية وبما فيها مجلة الأحوال الشخصية جعلت المرأة تتمتع بالاستقلالية والقدرات المالية التي تمكنها من تحمل المسؤولية مثلها مثل الرجل[3].

وكتعليق على مسألة مساهمة المرأة في النفقة، فإن المشرع التونسي لم ينظمه تنظيما شاملا، إذا أنه يفتقر إلى التفاصيل الهامة، كتوضيح شكل هذه المساهمة وكذا شروطها، إضافة إلى ضرورة تبيان وتحديد مقدار هذه المساهمة. فكل هذا الغموض يمكن أن يجعل المرأة عرضة للامساواة عوض أن تكون مجرد مساهمة، خاصة مع وجود زوج متسلط فاقد للمسؤولية واستغلالي.

[1] إذ جاء فيه: "حيث أن دخل والدة المعقب ضدهم الهالكة كان ثابتا، وإن النقص للأبناء المترتب عن حرمانهم من مساهمتها قد أثبته أيضا الاختيار أما المنازعات في العناصر التي اعتمدتها محكمة القرار المطعون فيه تقرير ذلك الدخل، وإن كانت طبيعته وقتية أو مستمرة فهي تندرج في اجتهاد المحكمة لما توصلت إليه والتي لا رقابة لمحكمة التعقيب فيه عليها"، قرار تعقيبي مدني 22 جانفي، 30941، غير منشور، أنظر سعيدة دهمانه، المرجع السابق، ص 37.

[2] القانون عدد 27 لسنة 1966، المؤرخ في 30 أفريل 1966 والمتضمن قانون الشغل.

[3] صباح خليفة، المرجع السابق، ص 33-34.

يبد أنه رغم ذلك لا يمكن انكار بعض الايجابيات التي قد تترتب عن مساهمتها في الانفاق، تزامنا مع صعوبة المعيشة، وأمام الدخل المحدود للزوج، ما يجعلها تساعد كثيرا في توفير حياة كريمة أو على الأقل حسنة لها ولعائلتها.

ولكن من الأحسن أن تكون هذه المساعدة في الانفاق كمبادرة اختيارية من المرأة وليس واجبا وإلزاما، حيث أن الواقع في المجتمع سواء الجزائري أو التونسي، نجد المرأة كثيرا ما تساند الزوج وتساعده من خلال المساهمة في الإنفاق، حتى أنها من الممكن أن توفر السكن الملائم أو حتى السيارة، وبهذا تكون مساهمتها معتبرة. وعليه من باب حمايتها تم استحداث أنظمة مالية كنظام الاشتراك في الأملاك التونسي وعقد الاشتراك المالي الجزائري، وذلك كاختيار للزوجين، وهو ما سيتم التفصيل فيه من خلال ما يلي.

المطلب الثاني

مدى المساواة بين الزوجين في الذمة المالية

يتداول الفقه مصطلح الذمة عند حديثهم عن محل تعلق الحقوق والواجبات سواء يرتبط بشخص طبيعي أو معنوي فلكل شخص ذمة مالية مستقلة عن غيره تخصه وحده وتخص تصرفاته، ولكن السؤال الذي يطرح هل الزواج يجعل ذمة الزوجين المالية تجتمع في ذمة واحدة وتشترك، أم يحتفظ كل منهما باستقلالية ذمته عن الآخر؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري تنص المادة 37 منه على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة وكذا النسب التي تؤول لكل واحد منها"، أما مجلة الأحوال الشخصية، فتنص في الفصل 24: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها". ويكرس القانون 94 لسنة 1998 نظام الاشتراك في الملكية كنظام اختياري تعاقدي في القانون التونسي.

إذن من خلال ما سبق، فإن لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر ولا ولاية للزوج على أموال زوجته (الفرع الأول)، وكاستثناء يمكن للزوجين التعاقد اختياريا من أجل تحديد الأموال المشتركة بينهما بالنسبة لقانون الاسرة، أو اختيار نظام الاشتراك في الأملاك بالنسبة للقانون التونسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

استقلالية الذمة المالية للزوجة عن الزوج

تعرف الذمة المالية لغة على أنها العهد والكفالة والضمان، والأمان، وأطلق على العهد ذمة لأن نقضه يوجب الذم[1].

والذمة بالكسر هي العقد ورجل ذمي أي له عقد، وقال الجوهري أهل الذمة، أهل العقد[2].

أما اصطلاحا وهي وعاء اعتباري يقدر تكونه في الشخص لتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات التي تترتب عليه[3]. وعرف عبد الرزاق أحمد السنهوري الذمة على أنها: " وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويميز به أهل الالزام والالتزام"[4].

وعليه فالذمة المالية[5] عموما هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات

---

[1] محمد بن يعقوب فيروز أبادي، القاموس المحيط، ب.ط، دار الفكر، بيروت، 1995، ص 1001، أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج1، دار الفكر بيروت، 1995، 210.

[2] ربيحة الغات، المرجع السابق، ص 178.

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

[4] فالذمة المالية للإنسان تضم جانبين أو شقين: إيجابي ويسمى بأموال الذمة وآخر سلبي ويسمى بخصوم الذمة، أما الإيجابي فيضم الحقوق المالية المقررة للشخص الموجود فعلا أو التي قد توجد مستقبلا، وأما الجانب السلبي فيضم الالتزامات المالية المترتبة عليه أو الحقوق المالية المقررة عليه منظورا إليها كمجموع، وإذا زادت عناصر الجانب الأول (أصول الذمة) على عناصر الجانب الثاني للخصوم كانت الذمة المالية للشخص موسرة أما إذا كان العكس كانت الذمة المالية للشخص معسرة المالية، أنظر أيمن أحمد محمد نعيرات، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 30.

[5] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص 29.

قيمة مالية[1].

ورغم أن الزواج يعتبر اتحاداً واشتركا بين الزوجين خاصة في الجانب الشخصي، إلا أنه ليس نفس الشيء في الجانب المالي، فذمة المرأة المالية مستقلة تماما عن ذمة زوجها، إذ لها الاستقلال التام بشؤون أموالها، فلها أن تمتلك ما تشاء وتتصرف في مالها كيفما تشاء[2].

وهو ما يكرسه كلا القانونين الأسريين حيث ينص التشريع الأسري الجزائري في مادته 37 على أنه: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر...". ويؤكد المشرع التونسي على ذلك بتعبير آخر قائلا في الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية أنه: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها".

ونتيجة هذين النصين هو تجسيد مبدأ المساواة بين الزوجين في حرية التصرف في المال، إلاّ أنه يجدر الإشارة الى أنّ أصل هذه الحرية ومسألة استقلالية الذمة المالية للمرأة هو الشريعة الاسلامية وذلك لقوله تعالى: **" لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا"**[3]، إضافة إلى قوله تعالى: **" لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا "**[4].

وأمام هذا، فالزوج في الإسلام لا تأثير له على أموال الزوجة سواء كانت منقولا أو عقارا، اكتسبت قبل الزواج أو بعده[5]، وللمرأة أن تتصرف في مالها دون إذن زوجها كيفما شاءت وهو ما أخذ به جمهور الفقهاء[6].

---

[1] لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، مذكرة نهاية تكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، الدفعة 13، 2002-2005، ص 86.

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

[3] سورة النساء، الآية 32.

[4] سورة النساء، الآية، 07.

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

[6] عيدوني عبد الحميد، دور الإدارة في إبرام العقد وإنهائه، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2014، ص 84.

وتأكيدا أكثر على استقلالية أموال المرأة عن الرجل بعد الزواج، فإن المشرع الجزائري لم يكتف بالتنصيص على حرية المرأة في التصرف في مالها –كما كان سالفا-[1] بل أكد على استقلالية ذمتها المالية عن زوجها[2] من خلال النص الجديد بعد تعديل 2005 فالزوجة[3] بذلك هي سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما تملك سواء قبل الزواج أو بعده، ولها الحرية الكاملة في إدارته دون إذن أو تدخل من الزوج[4]. هذا ولا يمكن له كذلك منعها من التصرف أو من تشغيل أموالها[5] فليس للزوج بسبب الولاية أو القوامة أن يتصرف في أموالها وللزوجة أن توكل غيره بإدارة بإدارة مصالحها وتنفيذ عقودها بلا توقف على إجازته مطلقا[6].

وهو نفس الشيء الذي عبر عنه المشرع التونسي قائلا لا ولاية للزوج على أموال زوجته، إذن فلا حق للزوج على أموال زوجته، فهي تتمتع باستقلالها المالي ولها الأهلية الكاملة للتصرف فيها دون ولاية من قبل الزوج بشتى أنواع التصرف دون قيد أو شرط[7]. وبهذا، فإن مجلة الأحوال الشخصية تكرس فيما يتعلق بأموال الزوجين نظام التفرقة في الأموال، مما يمنح المرأة أهلية التصرف في أموالها، علما أن الوضع القانوني والواقعي المتعلق بأهلية المرأة التونسية قبل الاستقلال لم يكن بمنحها أهلية آداء كاملة فقد كانت أهلية المرأة على ذاتها منقوصة، لذلك لم تكن قبل الاستقلال على المستوى الواقعي تتمتع إلا بأهلية تصرف جزئية في مالها.

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

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

[3] تتكون الذمة المالية للزوجة من: - المنقولات والعقارات التي اكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج – ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة والإرث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي – الصداق والهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة أو عند إبرام عقد الزواج – الديون المستحقة لها اتجاه الغير والديون التي في ذمتها لفائدة الغير – ما تحضره لبيت الزوجية من أثاث وأمتعة ومجوهرات ومواد أخرى، أنظر، وحيابي جيلالي، المرجع السابق، ص 78.

[4] تتكون الذمة المالية للزوج من: - المنقولات والعقارات التي اكتسبها قبل الزواج – الديون المستحقة له اتجاه الغير والديون التي بذمته لفائدة الغير الغير –ما قد يؤول اليه عن طريق الهبة أو الوصية أو الارث أو عن طريق تعويض شخصي – الهدايا التي أهدتها له الزوجة في فترة الخطوبة وما بعد الزواج، أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة ...، المقال السابق، ص 63.

[5] تشوار حميد وزكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة ...، المقال نفسه، ص 61.

[6] أيمن أحمد محمد نعيرات، المرجع السابق، ص 55.

[7] سنية مشرقي، المرجع السابق، ص 124-125.

إذ كان الفصل 07 من مجلة الالتزامات والعقود قبل تنقيحه[1] ينص على أنه: "كل إنسان ذكر تجاوز عمره 18 سنة، يعتبر رشيدا أمّا الأنثى فإنها تبقى قيد الحجر إلى مضي عامين من تاريخ زواجها"[2].

ورغم الزواج ومضي عامين عليه، إلاّ أن المرأة كانت منقوصة في أهليتها بموجب الفصول 831 1481، 1524 من مجلة الالتزامات والعقود قبل تنقيحها بموجب القانون عدد 17 المؤرخ في 7 فيفري 2000، لأن هذه الفصول كانت تجعل الزوج وليا أو ممثلا قانونيا لزوجته في أغلب تصرفاتها في أموالها. ورغم أن تعديل هذه النصوص لم يكن إلاّ حديثا، فإنه في الواقع بعد صدور مجلة الأحوال الشخصية فقد صارت هذه الفصول طي النسيان[3].

ورغم صراحة المشرع التونسي بأن لا ولاية للرجل على أموال المرأة، مما يعني استقلال المرأة ماليا، بيد أن هذا الاستقلال منقوص، وذلك لأن المشرع ألزم الزوجة من جهة أخرى بالمساهمة في الانفاق من ذمتها المالية، مما يجعلنا نقول أن هذه المساهمة تعتبر انتقاص للمرأة من استقلالية ذمتها المالية.

هذا فيما يتعلق باستقلالية الذمة المالية للزوجين، فماذا عن الاستثناء الوارد على هذه القاعدة؟

الفرع الثاني

حماية حقوق المرأة من خلال العقد المالي بين الزوجين

حسب ما سبق، فإن بالزواج لا يحدث الاختلاط بين ذمة الزوجين بل يبقى كل منهما منفردا بذمته المالية المستقلة والقائمة بذاتها، ويحتفظ بذلك بمكاسبه ليديرها بنفسه ومن دون تدخل قرينه إلاّ أن الواقع ليس دائما مطابقا لهذا المبدأ، ففي الغالب يشترك الزوجان في أعباء الحياة

[1] نقح بالأمر المؤرخ في 03 أوت 1956.

[2] سنية مشرقي، المرجع السابق،ص125.

[3] فاطمة الزهراء، دولة بن محمود، التعليق على م.أ.ش، المرجع السابق، ص 118-119.

العائلية، بل كثيرا ما تكون الأموال المكتسبة بعد الزواج هي نتيجة مجهود مشترك ساهم كل واحد من الزوجين فيه.

وقد أفرز هذا الواقع العديد من النزاعات بخصوص هذه المسألة، فالزوجة التي تساعد زوجها وتساهم في العديد من الأمور المالية معه كشراء السكن والسيارة وغيرها دون أن تفكر في مستقبل علاقتها معه أو تتصور أنها قد تنفصل عنه تجد نفسها غير مالكة أي شيء.

ونتيجة إلى الإجحاف الذي يلاحق المرأة، والإنكار الذي يواجهها حالة الانفصال الزوجي خاصة مع صعوبة الاثبات نظرا لحسن نيتها كان على المشرعين الجزائري والتونسي استحداث عقد مالي يساهم في حماية حقوق المرأة المالية وضمان مكتسباتها المالية خلال الحياة الزوجية.

فأوردت المادة 37 ف2 من قانون الأسرة، ما يسمى عقد الاتفاق على الأموال المشتركة خلال الحياة الزوجية، أما المشرع التونسي فاستحدث بموجب قانون 1998 نظام الاشتراك في الأملاك.

وعليه ما مضمون هذين العقدين وما الفرق بينهما وكيف يتم حماية حقوق المرأة المالية من خلالهما؟

أولا: عقد الاتفاق على الأموال المكتسبة في القانون الأسري الجزائري

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

وما ينبغي الإشارة إليه هو أن هذا النوع من العقد الجديد لم يسبق أن أورده المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة قبل التعديل ولا في أي قانون آخر.

وقد جعل المشرع هذا العقد متوقفا على رغبة واختيار الزوجين إذ أنه يخضع لإرادتهما المطلقة ولهما الحرية المطلقة في الاتفاق من عدمه. وكما سبق القول، فإن هذا العقد جاء حماية لحقوق المرأة المالية، حيث أصبحت تساهم بشكل كبير في تحسين أوضاع الأسرة الاقتصادية[1]. وحسب الأستاذ عبد القادر بن داود فإن اتفاق الزوجين حول ما سيكون بشأن ملكية أموالها وإيراداتهما، والانتفاع بها وإدارتها وكذا تحمل الديون الخاصة بهما وتسوية حقوقهما وواجباتهما، يساهم في حماية أموال الزوجة من الغصب لأنه كثيرا ما تعدم البينة لديها بسبب المانع الأدبي وهو العلاقة الزوجية مما يؤدي إلى ضياع حقوقها[2].

هذا ويثني الأستاذ تشوار جيلالي على هذا النوع من العقود معتبرا أن مسألة الاتفاق على الأموال المشتركة هو أضخم تعديل لقانون الأسرة وأبرز حكما لحماية حق الزوجة[3].

وحسب ما سبق، فإن أبرز خصائص عقد الاشتراك المالي للزوجين أنه عقد اتفاقي، اختياري وكذا رسمي، هذا مع الإشارة إلى أن هذا العقد يمكن أن يكون مستقلا بذاته كعقد رسمي لاحق أو أن يتفق الزوجان على الأموال المشتركة في محرّر عقد الزواج، وهنا سيأخذ حكم الشروط الاتفاقية طبقا للمادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، وليس حكم عقد لأنه لن يكون عقدا مستقلا[4].

وقد وجهت لهذه المسألة انتقادا يكمن في أن تنظيم المشرع الجزائري لهذا العقد ضمن عقد الزواج هو خطأ لابد من تداركه، وأنه يجب أن يكون مستقلا في عقد رسمي لوحده[5].

إلا أننا لا نظن أن الإشكال يتوقف هنا، بل أن ما يجب تداركه في هذا العقد هو التفصيل أكثر في مضمونه وفيما يتم الاتفاق بشأنه، وهل أن هذا الاتفاق يدخل ضمنه حتى الأملاك

[1] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة...، المرجع السابق، ص 65.

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

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

[4] فاطمة الزهراء لقشيري، العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جوان 2017، العدد11، ص 798.

[5] فاطمة الزهراء القشيري، المرجع نفسه، ص 799.

العقارية، خاصة أننا نعرف أن المرأة كثيرا ما تساهم في توفير السكن، هذا ويمكن أن تكون مالكة للنسبة الأكبر، ناهيك عن المنقولات ذات القيمة المالية الكبيرة كالسيارات.

ولو أن هذا العقد يبدو في ظاهره أنه حماية للمرأة من جشع الزوج، إلا أنه حماية لكليهما لأنه يمكن أن تكون المرأة هي من يتصف بالطمع كأن يسافر الزوج للخارج للعمل من أجل تأمين مستقبله ومستقبل عائلته، ويكلف زوجته بتسيير الأموال، ويتكفل هو بالمصاريف من خلال المبالغ التي يرسلها وقد يفاجأ عند عودته بأن الأموال التي ظن أنها مشتركة قد أصبحت ملك الزوجة، ويمكن حتى باسمها وقد يعجز بدوره عن اثبات هذه المساهمة.

هذا بشأن ما جاء به القانون الجزائري فماذا عن القانون التونسي؟

ثانيا: نظام الاشتراك في الأملاك حسب قانون 1998 التونسي

أول ما يشار إليه نحو هذا النظام أنه لم ينص عليه ضمن مجلة الأحوال الشخصية، ولا ضمن الفصل 11 منها والمتعلقة بمسألة خيار الشرط، بل هو كيان قانوني مستقل بموجب القانون 09 نوفمبر 1998تحت عدد 94، وله قواعده وإجراءاته، وهذا يعتبر أول فرق جوهري بينه وبين عقد الاشتراك المالي الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 37من قانون الأسرة.

فللزوجين التونسيين نظام الاشتراك كنظام مستقل بالإضافة إلى خيار الشرط الذي يمكن أن يتضمن شروط اتفاقية حول الأموال المشتركة. وقد استوحى المشرع التونسي فكرة الاشتراك في الأملاك من القوانين المقارنة كالقانون الكندي الصيني، الألماني، وخاصة القانون الفرنسي الذي استمد منه مختلف الأحكام التي أوردها في هذا النظام[1].

وما يميز هذا النظام هو أنه نظام اختياري، فللزوجين الحرية الكاملة في اختيار نظام الاشتراك في الأملاك من عدمه وهو ما تضمنه الفصل 01 [2]من قانون 1998، سواء عند ابرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق. وحسب ذات الفصل فإن الهدف من هذا النظام هو جعل عقار أو

[1] أنظر، أحمد مخلوفي، نظام الاشتراك في الملكية حسب قانون 09 نوفمبر، 1998، مذكرة ماجستير، تونس، 2011، ص 20.

[2] ينص الفصل 01 من قانون 1998 على ما يلي: "نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، وهو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة."

جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة، وهو ما يعتبر فرقا بين هذا النظام وعقد الاتفاق على الأموال المشتركة فهذا الأخير يتضمن الاتفاق حول النسب التي تؤول إلى كل واحد من الزوجين في الحياة المالية المشتركة ولم يبين المشرع الجزائري هل هذه الأموال تتضمن العقارات كذلك أم لا؟ أما هذا النظام فيتعلق فقط بالاشتراك في العقار.

ومردّ اقتصار هذا القانون على العقار فقط أجابت عنه الوزارة بقولها: "الاقتصار على العقارات دون المنقولات مردّه الأهمية الاقتصادية للعقار ومكانته المتميزة في نفس المواطن التونسي والذي يتطلب اكتسابها منه كثيرا من الجهد"[1].

وهو ما يظهر من خلال أن قانون 1998 جاء تحت صياغة نظام الاشتراك في الأملاك وليس نظام الاشتراك في الأموال، فهذه الصياغة لم تكن في اعتباطية وإنما أراد بها المشرع حصر نظام الاشتراك في العقارات. إذن الأموال تشمل الأموال العقارية والمنقولات[2].

والعقارات التي يشملها نظام الاشتراك هي تلك العقارات التي تخصص لاستعمال العائلة ولمصلحتها سواء كان الاستعمال مستمرا أو موسميا أو عرضياً[3].

وتتميز هذه المؤسسة القانونية كذلك بمرونتها، ويتجلى ذلك في حق الزوجين في إدخال تعديلات عليها وذلك بتوسيع مجاله[4]، كأن يرغبا في شمولية العقد لجميع العقارات سواء مكتسبة قبل الزواج أو بعده.

[1] أنظر، مداولات مجلس النواب، تونس، جلسة 20 أكتوبر 1998، عدد02، ص 53-54.

[2] أحلام نصيبي، انتهاء الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي بتونس، السنة القضائية، 2013-2014، ص 03.

[3] تعد عقارات مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، العقارات المكتسبة بعد الزواج والتي تكون لها صبغة سكنية، كتلك الموجودة بمناطق سكنية أو المقتناة من باحثين عقاريين مختصين في إقامة محلات السكنى أو الممولة بقروض سكنية أو العقارات المنصوص عليها في عقود اقتنائها على أنها تستعمل لسكنى العائلة وذلك كله حسب الفصل 11 من قانون 1998.

[4] جلال بوكثيف، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 1999، مقتبس عن أحلام نصيبي، المرجع السابق، ص 03.

هذا ونص الفصل 3 و4 منه أن هذا القانون لا يمس بنظام الميراث من جهة ولا بمهر الزوجة[1]، من جهة أخرى، وذلك انطلاقا من اعتباره نظاما إضافيا للنظام الأصلي في القانون التونسي وهو نظام فصل الأموال[2].

وعلاوة على ذلك، فإن هذا النظام هو نظام مؤقت ينتهي بالطلاق أو الوفاة، أو بالاتفاق، أو لدى القضاء، أي بتفريق أملاك الزوجين قضائيا، وذلك حسب الفصل 18 من قانون 1998.

وقد انتقد هذا القانون بأنه جاء لحل أزمات واقعية فتحول إلى أزمات في الحل، وذلك بسبب الأساس المزدوج لهذا القانون، فالاشتراك في الأملاك مأخوذ عن القانون الفرنسي والاختيار الذي أساسه استقلال الذمة المالية مأخوذ عن الشريعة الاسلامية[3].

والواقع فإن هذا النظام يعد ضمانا لمبدأ المساواة بين الجنسين، وحماية أكثر لحقوق المرأة فيما يتعلق بالأملاك، خاصة وأن هذا النظام اختياري وعليه يمكن للزوجين اعتماده في حال كانت أملاكهما قائمة على أساس التعاون والتشارك في الإنفاق، خاصة وأن المشرع التونسي يوجب على الزوجة المساهمة في النفقة مع زوجها.

وحبذا لو أن المشرع الجزائري يأخذ بمثل هذا النظام من أجل حماية ممتلكات الزوجة العقارية، إذا أن عقد الاتفاق على الأموال المشتركة بين الزوجين لم يفصّل فيه كفاية.

وصفوة القول، فان كلا المشرعين استندا الى مبدأ المساواة بين الجنسين فيما تعلق بالذمة المالية مع وجود بعض الاختلاف بينهما ، فهل أن هذا المبدأ يطال أحكام الميراث أم أن هذه المسألة تبقى خاضعة للجانب الشرعي؟

[1] ينص الفصل 03 على أنه: "لا يمكن أن يؤدي اختيار نظام الاشتراك في الأملاك على المساس بقواعد الإرث، أما الفصل 04 فينص أنه: "لا يدخل المهر في الأموال المشتركة ويبقى خاصا بالزوجة".

[2] الكعبي علي خليفة، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 1999، ص 22.

[3] فاطمة الزهراء لقشيري، المرجع السابق، ص.162

المطلب الثالث

مدى المساواة بين الجنسين في أحكام الميراث

يعد الميراث من الآثار المالية التبعية والثابتة لكلا الزوجين بعد انتهاء العلاقة الزوجية نهاية طبيعية عن طريق الوفاة، وعليه فالزواج الصحيح يوجب التوارث بين الزوجين ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بينهما.

إلا أن الميراث لا يقتصر على الزوجين، وتبعا لذلك وبما أن موضوع الرسالة يتعلق بالمساواة بين الجنسين وليس الزوجين فقط فسيتم دراسة موضوع المساواة في الإرث بصفة عامة.

فمن أبرز الشبهات التي أثارت الجدل حول نظام الإرث هو شبهة التمايز بين الرجل والمرأة في الميراث، والتي يزعم مثيريها أنها انتقاص للاسلام من مكانة المرأة وكرامتها، وانتقاء للمساواة بينها وبين الرجل مستدلين في ذلك بقوله تعالى: **" يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ "**[1].

وقد ظهر هذا الرأي في تونس خاصة، وذلك بعد الثورة إذ يقول من يصفون أنفسهم بالحداثيين، إن الحداثة تقتضي المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، ومن ثم لابد من تغيير القانون التونسي الذي تبنى أحكام القانون الإسلامي القائم على التمييز لفائدة الرجل[2].

وهو ما تنادي به كذلك الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إذ بالنسبة لها فإن أحكام الإرث لا تراعى فيها مبادىء المساواة، وأن هذه الأحكام تخالف الاتفاقية ولابد من إلغائها[3].

وعليه لدفع اللبس ومسح الغبار عن المفاهيم الخاطئة والمتعلقة بنظام الإرث، فسنحاول

---

[1] سورة النساء، الآية 11.

[2] عبد المجيد الزروقي، المساواة في الميراث، في مقولة ان الوارثات في القانون الإسلامي لا تحصلن في العموم إلا على نصف مناب الورثة من نفس المرتبة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011، ص 03.

[3] التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر، 1992.

معرفة مركز المرأة في الميراث[1] قبل الإسلام (الفرع الأول)، مع دراسة حالات ميراث المرأة مقارنة بالرجل في الإرث (الفرع الثاني)، إضافة إلى ضرورة تبيان الأسباب التي تجعل المرأة تأخذ نصف ميراث الرجل في بعض الحالات (الفرع الثالث)، دون نسيان مناقشة ردود الفعل حول المطالبة بالمساواة في الميراث خاصة في تونس (الفرع الرابع).

الفرع الأول

ميراث المرأة قبل الإسلام

ومن أجل ردّ الشبهات التي أثيرت حول ميراث المرأة، وادعاء أن الإسلام قد هضمها حقها حين فرض لها نصف ما فرض للذكر سوف يتم تبيان ميراث المرأة قبل الإسلام سواء عند الجاهلية أو ما قبل ذلك. وذلك للإجابة هل أن الإسلام فعلا ظلم المرأة في الميراث؟

1- الميراث عند اليهود:

يتميز نظام الميراث عند اليهود بحرمان الإناث من الإرث سواء كانت أمّا أو أختا أو ابنة أو غير ذلك، فعندهم لا ترث البنت إلا في حالة انعدام الابن، أمّا الزوجة فلا ترث من زوجها شيئا مطلقا[2].

إضافة إلى أن البنت لا ترث إذا تزوجت من خارج سبط أبيها أو كانت متزوجة خارج هذا السبط، حتى لا تنقل تركة الآباء وأملاكهم إلى غير أقاربهم. فاليهود يتهالكون على جمع المال بأيه وسيلة، إذ يحبونه حباً جماً، ومما يدل على ذلك عبادتهم للعجل من الذهب وقصة هارون

[1] إن الميراث لغة من الفعل ورث، ورثا وإرثا، والإرث أي الأصل، والأمر القديم توارثه الآخر عن الأول والبقية من كل شيء ويطلق الإرث ويراد منه انتقال الشيء من قوم إلى قومٍ آخرين كما يطلق ويراد منه الموروث، أما اصطلاحا فهو حق قابل للتجزؤ، يثبت لمن يستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحوها، أو هو انتقال مال الغير على سبيل الخلافة، وهو كذلك انتقال التركة إلى الورثة بعد موت مالكها إذا توافرت أسباب الميراث، انظر، عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 340، بن عيشوش فاطمة، المرجع السابق، ص 68.

[2] أحميدة مرغيش، ميراث المرأة في الإسلام، الرد على شبهة الدعوة إلى المساواة في الإرث، 2017/08/15 الموقع الالكتروني www.nadorcity.com

وغيرها، وقد ظهر إفراطهم في حب المال في نظام التوريث محاولين حصر الثروة في دائرة الأسرة وكانت المرأة أكبر مظلوم في هذا[1].

2- الميراث عند الرومان

لقد ساوى الرومان بين الذكور والإناث في الدرجة الواحدة، أما الزوجة فلم تكن ترث من زوجها المتوفى، فالزوجية عندهم لم تكن من أسباب الميراث حتى لا ينتقل الإرث إلى أسرة أخرى، اذ كان الميراث عندهم يقوم على استبقاء الثروة في العائلات وحفظها من التشتت وإذا ماتت الأم فميراثها الذي ورثته من أبيها يعود إلى أخوتها ولا يرثها أبناؤها[2].

وبهذا يتبين وجود إجحاف بحق المرأة في ميراث الرومان، ولو أن البعض يمكن يرى أن نظام الميراث عندهم ساوى بين الذكور والإناث في نفس الدرجة، إلاّ أنهم بذلك لم ينظروا فيه إلى اختلاف الأعباء والحاجات بينهم.

3- الميراث عند قدماء المصريين:

أما المصريون القدماء فنظام الميراث عندهم كان يجمع كل قرابة الميت من آباء، أمهات، بنات، إخوة، أخوات وأعمام، وأخوال، وخالات وحتى الزوجة، فكلهم يتقاسمون التركة بالتساوي ولا فرق بين كبير وصغير ولا بين ذكر وأنثى[3].

وهنا نلاحظ عدم مراعاة لقواعد الميراث فلا يأخذ بعين الاعتبار لا الحجب ولا درجة القرابة، وفي هذا اجحاف في حق الذكر والأنثى.

4- الميراث عند العرب في الجاهلية

يقول جواد علي: "القاعدة العامة عند الجاهليين في الميراث هو أن يكون الإرث خاصا بالذكور والكبار دون الإناث على أن يكونوا ممن يركب الفرس ويحمل السيف"[4]. وعليه كانت

[1] نمر محمد الخليل النمر، انصاف المرأة في أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، مجلة المنارة، المجلة 15، 2009، العدد 02، ص 12-13.

[2] أحميدة مرغيش، المرجع السابق، نمر خليل النمر، المرجع السابق، ص 12.

[3] أحميدة مرغيش، المرجع السابق.

[4] علي جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج5، ط1، دار العلم، للملايين، بيروت، 1970، ص 563.

المرأة قبل أن تبزغ شمس الإسلام، لا تعطى شيئا من الإرث بحجة أنها لا تقاتل ولا تدافع عن حمى العشيرة[1].

بل أكثر من ذلك فقد كانت المرأة بحد ذاتها تورث، كما يورث المتاع، حيث كانت المرأة تورث ضمن تركة الميت، وذلك إذا لم تكن أم ولد، ويكون من حق الابن البكر للميت التزوج بها، وإذا لم يكن له رغبة بها انتقل الحق إلى الابن الثاني، ثم إلى بقية الورثة بحسب قرابتهم من الميت، وإذا أراد أحدهم أن يتزوجها تزوجها بدون مهر[2].

وعليه، فإن الاجحاف والظلم في ميراث المرأة واضح عند العرب في الجاهلية فهي ممنوعة بتاتا من الميراث سواء أما أو بنتا أو أختا أو زوجة. إلى أن جاء الاسلام، وجعل الميراث يتعلق بالمال فقط حيث نزل قوله تعالى: **" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آَتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا "**[3].

هذا وكرّم الله المرأة في أن جعلها تستحق هي كذلك الميراث سواء كانت جدة أو أما، أختا ابنة أو زوجة، وذلك حسب ما تستحقه من ميراث المتوفى وحسب درجة القرابة.

وبذلك، فإن الإسلام فرض للنساء حقهن من الميراث، يأخذنه بعزة وكرامة وليس احسانا أو تحننا وبهذا رفع عن كاهلهن الظلم ودفع عنهن العدوان.

إن نتيجة هذه المقارنة تعتبر أول رد على الحداثيين الذين يزعمون أن الإسلام، ونظام الإرث فيه انتقاص من حقوق المرأة، بل فيه إنصاف لها، ورفع للظلم عنها بعد أن كانت لا تستحق حتى كلمة وارثة وبعد أن كانت كالسلعة والمتاع، تورث بعد المتوفى.

أما فيما يتعلق بقولهم أن المرأة تأخذ نصف ما يأخذ الرجل فإن الجواب سوف يكون من خلال تبيان أن هذه حالة من حالات الميراث فقط وليست قاعدة عامة.

---

[1] محمد حمدان، المرأة والميراث قبل وبعد الإسلام، 2015/02/19، الموقع الالكتروني www.dades.infos.com

[2] علي جواد علي، المرجع السابق، ص 563-564.

[3] سورة النساء، الآية 19.

الفرع الثاني

حالات ميراث المرأة مقارنة بالرجل

من خلال النصوص الواردة في حق ميراث المرأة في الإسلام أو في القانون سواء الجزائري أو التونسي، فإن ميراث المرأة يختلف باختلاف حالها، إلاّ أن الشائع لدى العديد من المتناولين لمسألة الميراث أن للذكر ضعف نصيب الأنثى معتبرين إياها القاعدة الأصل، إلاّ أن هذه الحالة لا تعدو أن تكون مجرد صورة من صور الميراث لا تسري على كافة حالات المواريث، وعليه بمقارنة مركز المرأة بالرجل في الميراث يتبين أنه يوجد أربع حالات:

- ..حالات تأخذ فيها الأنثى نصف ما يأخذ الذكر.
- ..حالات يتساوى فيها نصيب الأنثى مع الذكر.
- ..حالات تأخذ الأنثى أكثر مما يأخذ الذكر.
- ..حالات تأخذ الأنثى ولا يأخذ الذكر.

أولا: حالات ترث فيها الأنثى نصف ما يرث الذكر.

وهي أربع حالات:

1/ إذا كان أولاد الميت من صلبه ذكورا وإناثا تأخذ الأنثى نصف الذكر[1]أي للذكر مثل حظ الأنثيين مثلا إذا لم يترك الميت إلاّ بنتا وابنا تأخذ البنت ثلث التركة ويأخذ الابن الثلثين[2].

ويدخل ضمن هذه الحالة كذلك أمثلة أخرى كأن يترك الميت مع البنت والابن زوجة[3].

2/ الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق، والأخت لأب مع الأخ لأب للذكر مثل حظ الانثيين[4].

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

[2] عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، ص 39.

[3] عبد المجيد الزروقي، المرجع نفسه، ص 40.

[4] صلاح الدين سلطان، امتياز المرأة على الرجل في الميراث والنفقة، دراسة فقهية، الفكر الإسلامي، ب ب ن، ب.س.ن، ص 05.

3/ حالة وجود الأم مع الأب ولا يوجد أولاد ولا زوجة هنا تأخذ الأم الثلث والأب الثلثين، وهو الباقي[1] (الفصل 99 ف3 من م.أ.ش، المادة 148 ف1 من ق.أ.ج).

4/ ميراث الزوجين[2]: فيرث الزوج النصف إذا توفت الزوجة و لم يكن لها ولد (م 144 ف1 من ق.أ.ج الفصل 101، ف1 م.أ.ش) أما إذا كان لها ولد فيرث الربع (المادة 145 ف1 ق.أ.ج، الفصل 101 ف2 م.أ.ش).

ثانيا: حالات تتساوي فيها الأنثى مع الذكر في الميراث.

قبل الخوض في الحالات التي تأخذ فيها الأنثى مثل ما يأخذ الذكر، تجدر الإشارة إلى أن المرأة تتساوى مع الرجل في أصل الميراث ولا فرق بينهما في ذلك، لقوله تعالى: **" لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا "[3][4].**

ويقول في تفسير هذه الآية ابن كثير أنه: "قال سعيد بن جبير وقتادة كان المشركون يجعلون المال للرجال الكبار ولا يورثون النساء ولا الأطفال شيئا فأنزل الله هذه الآية، أي الجميع فيه سواء في حكم الله تعالى يستوون في أصل الوراثة وإن تفاوتوا بحسب ما فرض الله"[5]. وعليه، فإن المرأة ترث كما يرث الرجل.

هذا والمساواة لا تقف عند أصل الميراث فقط، بل أن الأنثى تتساوى مع الذكر في شروط الميراث وكذلك في الأسباب وموانعه وحتى في الحجب[6].

أما بالنسبة للحالات التي يتساوى فيها الذكر مع الأنثى فهي كالآتي:

---

[1] عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، ص 49.

[2] قيس عبد الوهاب الحيالي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، ط1، دار الحامد، الأردن، 2008، ص 253.

[3] إذ يقول القرطبي أن هذه الآية نزلت في أوس ابن ثابت الأنصاري توفي وترك امرأة يقال لها أم كجة وثلاث بنات له منها، فقام رجلان ابن عم الميت ووصياه فأخذ ماله و لم يعطيا امرأته وبناته شيئا، وكانوا لا يورثون النساء ولا الصغار فذكرت أم كجة ذلك للرسول صلى الله عليه وسلم، فقال عليه الصلاة والسلام: انصرفا حتى أنظر ما يحدث الله لي فيهن، فأنزل الله هذه الآية رداً عليهم، أنظر، القرطبي، ج5، المرجع السابق، ص 46.

[4] سورة النساء، الآية 07.

[5] ابن كثير الدمشقي، المرجع السابق، ص 320.

[6] نمر محمد خليل النمر، المقال السابق، ص 19.

1/ بين الأب والأم في حالتين:

- أم وأب عند تعدد الفرع الأنثوي مع وجود الزوج فترث الأم السدس والأب السدس زائد عصبة، ونظراّ لعدم بقاء شيء من التركة يرث الأب السدس[1] وهو نفس نصيب الأم (المادة 149 ف2 ق.أ، الفصل 99 م.أ.ش ف2).

- أم وأب مع وجود ولد ذكر[2] ونصيب كل واحد منهما يكون السدس (المادة 149 ف1 و2 ق.أ.ج، الفصل 99 ف1، والفصل 107 ف1).

2/ حالة الإخوة لأم، فالأخ لأم له السدس، والأخت لأم لها السدس بشرط الانفراد وعدم وجود الفرع والأصل الوارث[3]، فإن كانوا جماعة فلهم الثلث بالتساوي ولا يفضل الذكر على الأنثى[4] (المادة 148 ف2 ق.أ، الفصل 100 ف02 م.أ.ش).

3/ حالة وفاة الزوج وترك بنتين وأبا، فتأخذ البنتان كل واحدة الثلث ويأخذ الأب الثلث فرضاً وتعصيباً ونفس الشيء بالنسبة لوجود الجد مع البنتين[5]. (المادة 147 ف1، الفصل 103 ف2).

4/ حالة المسألة المشتركة أو العمرية، فإذا توفت المرأة عن زوج، أم (أو جدة)، أخوة لأم، أخوة أشقاء، فيكون للزوج النصف وللأم (الجدة) السدس، أمّا الأخوة لأم والأشقاء فينقسم بينهم الثلث بالتساوي للذكر مثل حظ الأنثى[6] (المادة 176 ق.أ.ج، الفصل 144 من م.أ.ش).

وإلى غير ذلك من الحالات التي تأخذ فيها الأنثى حصة مساوية لحصة الذكر في الميراث سواء كانت زوجة، أماّ، أختا أو بنتا[7].

---

[1] العيشى نوارة، مقابلة بين مركز المرأة والرجل في الميراث، م.ح.ع.ق.إ.س، الجزائر، 2008، عدد 03، ص 65-66.

[2] الزروقي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 61.

[3] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين، المرجع السابق، ص 88.

[4] بوكايس سمية، المرجع نفسه، ص 88.

[5] عبد الله عبد المنعم العيسلي، المرجع السابق، ص 345.

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

[7] أرجع في ذلك إلى أعمر يحياوي، المرجع نفسه، ص من 146 إلى 157، وعبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، ص 61 إلى 79.

ثالثا: حالات ترث فيها الانثى أكثر من الذكر:

1/ وجود بنتين وبنت الابن، وابن ابن، تأخذ البنتين الثلثين والباقي لابن الابن وبنت الابن للذكر مثل حظ الانثيين، وهنا البنت أخذت أكثر من ابن الابن[1] (المادة 155 ف2، م 147،الفصل 104 ف5-4، الفصل 103 ف 3-2).

2/ بين الأخت الشقيقة والأخوة لأب ذكورا، الأخت الشقيقة تأخذ النصف، أما النصف الثاني يقسم بين الأخوة لأب فتكون الأخت أخذت أكثر من الإخوة لأب[2](المادة 154، 153، 144ف4 الفصل 105 ف1).

3/ إذا ماتت امرأة وتركت بنتين وزوجا وجدا، للبنتين الثلثان، للزوج الربع وللجد السدس، هنا تكون قد أخذت البنتان أكثر من الزوج وكذلك الجد[3](المادة 147 ف1، 145 ف1، وف3 من ق.أ.ج الفصل103 ف2، الفصل 101 ف2، الفصل 108 ف1م.أ.ش).

4/ كذلك إذا ماتت امرأة وتركت زوجا، أمّا، ابنتين، للبنتين الثلثان، للأم السدس، وللزوج الربع وهنا نصيب البنت أكثر من نصيب الزوج[4]. ويقاس على هذه الحالات، عدة حالات أخرى يكون فيها نصيب الأنثى أكثر من نصيب الذكر.

رابعا: حالات ترث فيها الانثى والذكر لا يرث:

وجود الجدّة (أم الأم)، والجد (أب الأم) فالجدة ترث السدس عند عدم الأم، وتشترك فيه مع الجدة أم الأب، إذا كانت وارثة، أما الجد (أب الأم) فلا ميراث له، ويطلق عليه الجد الفاسد لأنه من ذوي الأرحام (المادة 149 ف4، الفصل 111).

من خلال كل ما سبق، فإن القول بعدم المساواة اعتمادا على ما جاء أحيانا لا دائما في أن للذكر مثل حظ الاثنتين وأن الزوجة تأخذ نصف ما يأخذ الزوج، فهو ليس مطلقا في جمع

[1] بوكايس سمية، المساواة ...، المرجع السابق، ص 89.
[2] بوكايس سمية، المرجع نفسه، ص 89.
[3] عبد المجيد الزوقي، المرجع السابق، ص 89 وما يليها.
[4] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص 345.

الحالات وإنما يكون في بعضها فقط[1]. وعليه، فإن هذا التمييز ليس قاعدة مطردة في كل حالات الميراث بل هو في حالات خاصة ومحدودة تم التطرق لها بالتفصيل، وذلك راجع لأسباب معينة.

الفرع الثالث

أسباب أخذ المرأة نصيب أقل من نصيب الرجل في الميراث

حسب الأستاذ صلاح الدين سلطان، فإن مسألة التمايز بين الرجل والمرأة في الميراث هو أن هذا التمايز بحدّ ذاته لا تحكمه الذكورة والأنوثة، وأن هذا الاختلاف محكوم بمعايير[2]، نعتبرها نحن في حد ذاتها أسباب هذا التمايز، وهي أسباب جعلت نصيب الرجل ضعف نصيب المرأة أحيانا خاصة إذا كانا في نفس الدرجة وأهم هذه الأسباب هي:

1- درجة القرابة بين الوارث –ذكرا أو أنثى- وبين المورّث المتوفى فكلما اقتربت الصلة زاد النصيب[3].

2- العبء المالي الملقى على الرجل، إذ أن الأعباء الملقاة على الذكر فإنها أكثر من الأعباء الملقاة على الأنثى، فحين تكون العناصر متساوية تكون الحقوق، أما إذا تفاوتت العناصر واختلفت الواجبات فإن العدالة تقتضي أن نفارق بين المختلفين في الحقوق، إذ يقول ابن حجر: "وحكمة للذكر مثل حظ الانثيين، أن الرجال تلحقهم المؤن كالقيام بالعيال والضيفان وارقاد القاصدين ومواساة السائلين، وتحمل الغرامات وغير ذلك".[4]

وعليه، فإن الرجل يتحمل مسؤوليات جسيمة على عاتقه وهي واجباته المالية نحو أسرته وأولاده وزوجاته، فهو المكلف بالإنفاق عليهم، وهو الأمر الذي يحتاج إلى إمكانيات مادية

[1] معروف الدواليبي، وضع المرأة في الاسلام، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، 1983، السنة السابعة، العدد 03، ص 243.
[2] صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، 1999، ص 04.
[3] صلاح الدين سلطان، المرجع السابق، ص 04.
[4] نمر محمد خليل النمر، المقال السابق، ص 37.

كبيرة[1]، عكس المرأة والتي لم يكلفها الله عز وجل بالنفقة لا على البيت ولا على الرجل، ولو كانت غنية، إلا أن تتطوع بمالها عن طيب خاطر.

فالأنثى غالبا مستغنية عن الانفاق من مالها بالتزويج، ولكن لّما علم الله احتياجها إلى النفقة، وأن الرغبة تقل فيها إذا لم يكن لها مال جعل لها حظا من الإرث وأبطل حرمان الجاهلية لها[2].

ولذلك، فإن هذا الميراث يكون من قبل المال الاحتياطي للمرأة تنفقه في حال احتاجت إليه.كل هذا دون أن نسيان عبئ مالي آخر ملقى على الرجل وهو أنه المكلف شرعا بدفع المهر للمرأة.

3/ موقع الجيل الوارث من التتابع الزمني للأجيال، فالأجيال التي تستقبل الحياة عادة يكون نصيبها في الميراث أكبر من نصيب الأجيال التي تستدبر الحياة، وذلك بصرف النظر عن الذكورة والأنوثة للوارثين، فالبنت ترث أكثر من الأم وكلتاهما أنثى بل وترث أكثر من الأب، والابن كذلك يرث أكثر من الأب وكلاهما من الذكور[3].

وبذلك، فإن الإسلام لم يجعل مسألة الأنصبة وتقسيم الإرث، مجرد عملية تقنية حسابية، بل إن أمر الإرث وقضاياه ترتبط بالنظام المالي للأسرة في الإسلام، فيوزع المال أو التركة، توزيعا يراعى فيه القريب والبعيد، ويراعى فيه هل الوارث صغير أم بلغ من العمر عتيا وخير مثال على ذلك أن كل واحد من الوالدين يستحق السدس من تركة ابنهما لكل منهما، والباقي هو الثلثان يستحقه أولاده لأن الولد لازال في حاجة إلى ما يستقبل به الحياة، وأما الوالدين فسيكونان في مرحلة من العمر لا يحتاجان إلى مال أكثر من الصغير وكذلك لهما أولادهما تجب عليهم نفقة أبويهما[4].

[1] وسام حسام الدين أحمد، حماية حقوق المرأة في الشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 61.

[2] نمر محمد خليل النمر، المقال السابق، ص 38.

[3] صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة ...، المرجع السابق، ص 04.

[4] أحمد مرغيش، المقال السابق.

الفرع الرابع

ردود الأفعال حول المطالبة بالمساواة في الميراث

إن مسألة المطالبة بالمساواة في الميراث بين الرجل والمرأة، ظهرت جليا في فترة التسعينات، ومن بين من طالب بها عالم الاجتماع التركي ضياغوك آلب في مقولته الشهيرة أن عدم المساواة في الميراث يؤدي إلى التخلف وعدم التطور، حيث أكد قائلا: "كيف يمكن للشريعة المقدسة أن تعتبر هذه المخلوقات الجميلة (النساء) كائنات محتقرة؟ لاشك أن الفقهاء قد أخطؤا في تفسير القرآن، إن الأسرة دعامة الأمة والدولة، وإن حياة الأمة ستبقى ناقصة حتى تدرك القيمة الكاملة للمرأة، يجب أن يتفق بناء الأسرة مع العدالة، ومادام الأمر كذلك، فالمساواة ضرورية في أمور ثلاثة وهي الطلاق، الافتراق، والإرث وطالما أن المرأة تساوي نصف الرجل في الميراث وربعه في الزواج فلن تستطيع الأسرة ولا البلاد وأن تنهض"[1].

وفي البلدان العربية فإن المطالبة بالمساواة بين الجنسين في الميراث طرحت أول مرة في تونس في عهد الرئيس السابق الحبيب بورقيبة، إذ عزم هذا الأخير على سن قانون يقضي بتسوية الإناث بالذكور في الميراث مستندا إلى توفير المساواة التي بين الرجل والمرأة في المدرسة وفي العمل وغيرها، لذا رأى أنه من الضروري أن تتوافر هذه المساواة بين الرجل والمرأة في الإرث، خاصة وبعد أن أصبحت المرأة في وضع اجتماعي يسمح لها بإقرار المساواة بينها وبين الرجل دون أن يكون قواما عليها[2].

ويفسر الأستاذ ساسي بن حليمة إعلان الرئيس رغبته في المساواة بين الجنسين في الإرث بقوله: "ولربما هذه الفكرة مبنية على أن الحكم القرآني في ظروف كانت تفرض أن يرث الأخ مثل حظ أختيه على أساس أن الرجل هو الذي ينفق على العائلة بينما البنت ينفق عليها زوجها أو أبوها قبله، ... أما اليوم فقد تطورت الظروف وأضحت المرأة قادرة على التكسب مثل الرجل

[1] محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن والسنة الصحيحة، ط1، دار السلام للطباعة، ب.ب.ن، 2005، ص 246.

[2] أميرة عبد الرزاق خليل السنباطي، النظام السياسي التونسي بين التوجه العلماني وحركات الإسلام السياسي، المكتب العربي للمعارف، تونس، ب.س.ن، ص 35.

تقتحم معه سوق الشغل وتزاحمه فيها، وتتحصل على الشهادات العليا... وتساهم في الانفاق على العائلة، فيكون عندئذ غير ضروري أن يتمتع الأخ بضعف نصيب الأخت في الميراث، ربما كان ذلك هو ما أدى بالرئيس الحبيب بورقيبة على الإعلان في بعض المناسبات عن رغبته في تطوير جمود القاعدة المتعلقة بعدم المساواة في الإرث بين الأخ وأخته"[1].

وعليه، فإن هذا التفسير لرغبة الرئيس في المساواة بين الجنسين في الميراث يبقى احتمال وارد من بين عدة احتمالات نرى أن أبرزها هو محاولة الرئيس تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة في قانون الأسرة، لأنه بالنسبة للتشريع التونسي فإن هذه المسألة هي الوحيدة التي بقيت تقريبا كحجر تعثر أمام التحقيق الكلي للمساواة التامة بين الجنسين.

إلاّ أن هذه الرغبة لقيت ردود أفعال عنيفة آنذاك، إذ علق الكثير من الفقه بأن هذا الفعل لا يقوم به أي مسلم ولو كان رئيس دولة أو أمير المؤمنين كما سمى بورقيبة نفسه، فأمير المؤمنين أو الخليفة أو السلطان مهمته تطبيق الأحكام التشريعية لا تغييرها وتطويرها، وهو حين يبايع تكون مبايعته على اتباع كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فهو متبع لا مبتدع ومنفذ لا مشرع[2].

ورغم ذلك إلاّ أن المشرع التونسي كان جريئا وحاول أن يجد منفذاً إلى أحكام المواريث، وكان ذلك بالتنقيح عدد 77 لعام 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959، اذ أنه أضاف الفصل 143 مكرر والذي يخص الإرث، حيث تبنى نظرية الرّد في الميراث وهي نظرية تعزز حقوق المرأة متى انفردت كوارثة، مما يجعلها في هذه الحالة وبفضل الرّد تتحصل على كامل التركة شأنها شأن الذكر المنفرد بصفته وارث[3]. حيث نصّ الفصل 143 مكرر على أنه: "عند فقد العصبة، و لم يستغرق الفروض من التركة يردّ الباقي منها على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، أمّا البنت

[1] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، المرجع السابق، ص 50.
[2] أميرة عبد الرزاق خليل السنباطي، المرجع السابق، ص 35.
[3] سنية مشرقي، المرجع السابق، ص 176.

تعددت أو انفردت أو بنت الابن وإن نزلت فإنه يرد عليها الباقي ولو مع وجود العصبة بالنفس من الإخوة والعمومة وصندوق الدولة"[1].

يبد أن هذا النص لم يمس بقاعدة للذكر مثل حظ الاثنتين وبقيت هذه المسألة مجرد رغبة تخالج نفوس الحداثيين طامعيين إلى تغييرها، إلى أن جاء وقتنا الحالي وتم إخراج هذه الرغبة من جديد محاولين تطبيقها فعليا، وذلك عن طريق الرئيس التونسي الحالي الباجي قائد السبسي والذي قال أن بلاده ستمضي في إقرار المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة خاصة في الإرث وفي زواج المسلمة بغير المسلم. حيث جاء ذلك في خطاب ألقاه بمناسبة الاحتفال بعيد المرأة التونسية الذي يوافق 13 أغسطس (أوت) 2017[2]، وهو ما أيدته كذلك دار الافتاء في تونس[3].

وأثار الخطاب جدلا مجتمعيا واسعا في صفوف الأحزاب ومختلف الأطياف في السياسة بالبلاد وحتى خارجها وامتد إلى منصات التواصل الاجتماعي.

وتصاعدت ردود الفعل بين القبول والرفض، حيث رفض علماء ومشايخ تونسيون مساواة النساء بالرجال في الإرث واعتبروه مناهضا لأحكام الإسلام ويشكل خطرا على المجتمع التونسي.

وبالمقابل، أعلنت دار الافتاء تأييدها لمقترحات السبسي كما سبق بيانه وقالت أنها تدعم مكانة المرأة وتضمن مبدأ المساواة بين الجنسين في الحقوق والواجبات التي نادى بها الدين الإسلامي. هذا ورحبت كذلك جمعيات مهتمة بحقوق المرأة بالمبادرة واعتبرتها خطوة في الاتجاه الصحيح[4].

---

[1] وقد أقرت هذه القاعدة محكمة التعقيب، إذ جاء في قرارها: "الثابت عن الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قرروا أن صندوق الدولة لا يعتبر وارثا إلاّ في صورة وحيدة وهي فقدان قرابة الميت سواء كانوا أصحاب فروض أو عصبة أو ذوي أرحام، وقرروا أيضا أن ذوي الأرحام لا يرثون إن وجد أصحاب فروض وعصبة وقرروا أنه عند عدم وجود عصبة يرد الباقي على أصحاب فروض ولا يعطى الباقي لذوي الأرحام بعلة أنه من له فرضا مسمى في الشريعة أولى ممن لا فرض له"، محكمة التعقيب، 27 سبتمبر 1990، عدد 19407، ق.م، 1990، ص 228، مقتبس عن سنية مشرقي، المرجع السابق، ص 117.

[2] شيماء رحمونة، المساواة في الميراث تلفت الأنظار إلى مكانة المرأة التونسية، 2017/08/20، صحيفة العرب، العدد 10728، ص 20.

[3] ردود الفعل الغاضبة تتواصل على دعوة الرئيس التونسي زواج المسلمة بغير المسلم والمساواة في الإرث، 17 أوت 2017، الموقع الالكتروني laha online.com

[4] شيماء رحمونة، المرجع السابق، ص 21.

وعلى الصعيد الخارجي، فإن هذا الاعلان لاقى ردّا عنيفا وأثار غضب الأزهر ودعا الدكتور عباس شومان الرئيس التونسي إلى المراجعة قائلا: "إن المواريث مقسمة بآيات قطعية الدلالة لا تحتمل الاجتهاد ولا تتغير بتغير الأحوال والزمان والمكان، وهي من الموضوعات القليلة التي وردت في كتاب الله مفصلة لا مجملة"[1].

هذا وأكد أن التسوية بين الرجل والمرأة في الميراث هي ظلم واجحاف في حق المرأة وليس انصافا لها[2].

وأمام هذا كله يبقى المجال فقط للتساؤل هل فعلا سيتم تجسيد إعلان الرئيس واقعيا ضمن أحكام المواريث في مجلة الأحوال الشخصية، أم أن هذه المسألة ستبقى مجرد وعود خاصة بعد ردود الفعل الغاضبة ضدها؟

أما بالنسبة للجزائر، فإنه لا وجود لردود فعل قوية نظرا لعدم وجود فعل واضح اتجاه هذه المسألة، ففي الجزائر الأمر يقتصر على المطالبة من بعض الجهات بالمساواة في الميراث خاصة الجمعيات الحقوقية، حيث دعت المحامية آيت زاي ورئيسة مركز التوثيق لحقوق الطفل والمرأة إلى ضرورة المساواة بين الجنسين في الميراث بالجزائر، مستندة على تقرير أجراه المركز سنة 2008 أعدّ خصيصا حول قضية الميراث[3] .

هذا إضافة إلى دعوة بعض الأحزاب إلى المطلب نفسه كحزب العمال وحزب الراحل آيت أحمد.

إلاّ أن موقف المشرع الجزائري كان واضحا سواء في قانون الأسرة لسنة 1984 وحتى بعد تعديل 2005، والذي عرف عدّة تعديلات الغرض منها تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في بعض المسائل.

---

[1] ردود الفعل الغاضبة، المرجع السابق.

[2] وكيل مشيخة الأزهر يرد على مفتي تونس الذي أباح زواج المسلمة بغير المسلم، 15 أوت 2017، Laha.online.com

[3] فريدة نباش، 54% من الجزائريين يؤيدون تقاسم الميراث بين الرجل والمرأة بالتساوي، الحوار 23-12-2010، www.djazairess.com

ولم نصادف أي إعلان رسمي يفيد رغبة الحكومة وعلى رأسها رئيس الجمهورية بتعديل أحكام الميراث، ولكن هل من الممكن أن تقتدي الجزائر بتونس خاصة بعد التطورات الأخيرة؟

وكخاتمة للباب الأول، نجد أن مبدأ المساواة بين الجنسين كان مجسدا في كلا القانونين، سواء في مسائل الزواج أو آثاره، الا أننا نجد دائما أن المشرع التونسي كان أكثر تكريسا له من خلال وضوح نصوصه وجرأتها خاصة فيما يتعلق بالولي والتعدد وكذا النفقة، أما نظيره الجزائري، فإن تجسيده لهذا المبدأ كثيرا ما كان بطريقة غير مباشرة مما يجعل نصوصه متميزة ومختلفة.

فهل أن هذه الجرأة والتميز في تجسيد مبدأ المساواة تستمر حتى في مسائل الطلاق وآثاره؟

الباب الثاني

المساواة بين الجنسين في مسائل الطلاق واثاره

إن عقد الزواج رغم أنه عقد يتصف بالديمومة والاستمراية، إلا أن العلاقة الزوجية قد ينتابها نوع من الفتور، وقد تتنافر القلوب لدرجة يستحيل معها العشرة، وينقطع حبل المودة مما قد يؤدي إلى إستحالة إستمرارية هذا العقد مما يقتضي فك هذه الرابطة الزوجية وذلك عن طريق الفرقة، فمن رحمة الله تعالى بالإنسان وفضله عليه أن أباح له الطلاق[1].

ونتيجة للطلاق ينتقل الزوجان من وضع الترابط إلى وضع الانفصال مما يترتب عليه جملة من الآثار تختلف عن آثار الزواج، ومن هذه الآثار مايتعلق بهما ومنها ما يتعداهما إلى أولادهما . وبمراجعة نصوص القانونين الأسريين الجزائري والتونسي نجد أنهما نصا على إمكانية حل الرابطة الزوجية بالطلاق من خلال المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري والفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية مع ترتيب آثار قانونية على ذلك في نصوص لاحقة.

وعلى أساس ماسبق يمكن التساؤل عن مدى أخذ المشرعين بمبدأ المساواة بين الزوجين عند وضع أحكام الفرقة الزوجية وكذا آثارها ؟

وعليه، للإجابة على التساؤل المطروح أعلاه سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، سنتعرض في أولهما إلى مدى المساواة بين الجنسين في أحكام فك الرابطة الزوجية، أما في الثاني سنحاول من خلاله تبيان مدى إستمرارية هذا المبدأ في آثار الطلاق .

[1] أنظر، تشوار جيلالي ،بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة ،مجلة المعيار ،2004،عدد 09، ص 190 .

الفصل الأول

المساواة بين الزوجين في أحكام فك الرابطة الزوجية

يعرف الطلاق على أنه رفع قيد النكاح في الحال و المآل، بلفظ مشتق في مادة الطلاق أو معناها[1]ويعرف كذلك أنه إنهاء للرابطة الزوجية بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا[2].

وبالرجوع إلى مجلة الأحوال الشخصية، فإن الفصل 29 يعرف الطلاق على أنه: "حل عقد الزواج". أما المشرع الجزائري، فإنه لم يعط أي تعريف للطلاق، بل إكتفى بالقول في المادة 47 بأنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة". وقد كان قبل تعديل 2005 يعرف الطلاق في المادة 48: "الطلاق حل عقد الزواج"، وهو ما أورده في المادة 48 الحالية ولكن بتعبير مغاير قائلا :"مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإدارة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53و54 من هذا القانون".

ومن هنا يمكن القول أن للطلاق عدة صور صنفها المشرع في هذه المادة، فيكون إما بإرادة الزوجين معا، ومنه مايكون بإدارة الزوج وحده ،ومنه مايكون بطلب من الزوجة .

وعلى خلاف ذلك، نص المشرع التونسي في الفصل 31 من المجلة على أنه: "يحكم بالطلاق بتراضي الزوجين، بناءا على طلب أحد الزوجين بسبب ماحصل له من ضرر، بناءا على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به ".

من خلال ماسبق يتضح أن هناك إختلاف بين القانونين في صور الطلاق وأنواعه وعلى هذا الأساس سنحاول التفصيل في هذه الصور باحثين عن نقاط تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين من خلالها وذلك كمايلي :

المبحث الأول: مدى المساواة بين الجنسين في الطلاق بطلب أحد الزوجين.

المبحث الثاني: المساواة بين الجنسين في الطلاق بالتراضي والطلاق للضرر.

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ...، المرجع السابق، ص17.

[2] طاهري حسين، الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري ،ط.01 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2009 ، ص 81.

المبحث الأول

مدى المساواة بين الجنسين في الطلاق بطلب أحد الزوجين

ان طلب الطلاق يكون إما من الزوج، وإما من الزوجة لكن هذا الطلب يختلف نوعا ما بين القانون الجزائري والتونسي.

فبالنسبة للزوج، فإن مطالبته بالطلاق تكون بإرادته المنفردة في القانون الجزائري، وبناء على رغبته طلاقا إنشاءً في القانون التونسي، وليس هناك اختلاف كبير بين التشريعين وهو ما سيتم دراسته في المطلب الأول تحت عنوان الطلاق بطلب من الزوج.

أما بالنسبة للزوجة، فطلاقها فيه اختلاف بين القانونين الجزائري والتونسي، فالمشرع التونسي يمنح لها طلب الطلاق مقابل طلاق الزوج بارادته، أما المشرع الجزائري فيمنحها مقابل ذلك نوعين من الطلاق هما التطليق بناء على أسباب محددة وكذا الخلع، وهو ما سيتم توضيحه بالتفصيل في المطلب الثاني بعنوان الطلاق بطلب من الزوجة مع تسليط الضوء على الفرق بين القانونين ومدى المساواة بين الجنسين في كل أنواع الطلاق.

المطلب الأول

الطلاق بطلب من الزوج

قد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يقبله مما يؤدي به الى النفور منها، وعدم القدرة على البقاء معها لذلك أبيح له الطلاق شرعا وقانونا وهو ما أخذ به كذلك كلا المشرعين الجزائري والتونسي.

فبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد نص على هذا النوع من الطلاق في المادة 48 والتي جاء فيها:"يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإدراة الزوج ...". أما المشرع التونسي، فأعطى هذا الحق للزوج من خلال الفصل 31 بقوله: "يحكم بالطلاق بناءا على رغبة الزوج إنشاء الطلاق ...".

وأكثر مايثار حول هذا النوع من الطلاق هو حرية الزوج في إستعماله لهذا الحق وذلك بمجرد رغبته في ذلك بدون أسباب ولا سابق إنذار، مما أطلق سهام الناقدين متسائلين أين هي المساواة بين الجنسين في بيت قرار بقاء المرأة أو عدم بقائها فيه بيد الرجل؟[1]

وعليه سوف نحاول معرفة مركز المرأة في هذا النوع من الطلاق ومدى تأثيره على مبدأ المساواة بين الجنسين في كلا التشريعيين.

فحسب الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، فإن الزوج هو الذي ينشئ الطلاق وذلك بمقتضى إرادته المنفردة وهذا النوع من الفرقة يلجأ إليه الراغب في الطلاق عند عجزه عن وسائل إثبات الضرر الذي يدعيه، أو رغبته في إسدال الستار عن فضيحة ما متحملا النتائج التي قد تنجر عن ذلك من غرامات ونحوها، أو لإشباع رغبة جامحة في نفسه أو رضوخا لعامل ضغط خارجي لا يريد الكشف عنه خوفا منه أو اشفاقا عليه[2].

وما يميز هذا الطلاق، أنه لايجبر الزوج على تبرير طلبه وبيان الأسباب التي جعلته يرغب في وضع حد للحياة الزوجية، هذا وليس للزوجة التصدي لإرادته تلك ومنعه من تحقيق ماعزم عليه، وحتى المحكمة نفسها لا تملك إلا أن تذعن لرغبة الزوج في إنشاء الطلاق، وهو ما أكدته محكمة التعقيب بقولها: "الطلاق إنشاء من الزوج ...هو ناشيء عن إرادة منفردة ونافذة الأثر وجوبا بحكم القانون، وبناء على ذلك فإن الطرف المقابل لايملك حق التصدي كما أن محكمة الموضوع ومحكمة الدرجة الثانية لا يملكان أي سلطة في تقدير وجاهة المطلب من عدمه"[3].

إلا أن المشرع التونسي قيد هذا الحق بمجموعة من القيود، إذ جعل إيقاع الطلاق لدى المحكمة، حيث أنه قبل صدور مجلة الأحوال الشخصية كان الطلاق بيد الرجل يتصرف فيه كما يشاء ولأي سبب، سواء كان السبب مشروعا أو غير مشروع وبذلك كان مآل الرابطة الزوجية

[1] أحمد محمدالمومني، إسماعيل أمين نواهضة ، المرجع السابق، ص13

[2] سارة الزعفراني، الطعن في الحكم القاضي بالطلاق إنشاء، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي بتونس، 2014/2013، ص04.

[3] محكمة التعقيب ي، 1984/10/30، عدد 11897، م .ن، 1984، ص 216، أنظر سارة الزعفراني، المرجع السابق، ص 04 .

بيده وما كان من الممكن للزوجة أن تتحصل على الطلاق إلا بصورة إستثنائية إذا ما توجهت إلى القاضي وبينت له وجود سبب مشروع[1]. ولذلك جاء الفصل 30 ونص على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة، وبهذا النص تم القضاء نهائيا على الطلاق الشفوي الذي كان يصدر من قبل الزوج، وقد أكد فقه القضاء التونسي على نفس الأمر في قرار للمحكمة التعقيب جاء فيه: "إن الحياة الزوجية تعتبر قائمة بين الطرفين إلى حين التصريح بالطلاق من المحكمة بناء على أحكام الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية ومقررات الفصلين 40و41 من قانون الحالة المدنية والتي بمقتضاها لا يكون حكم الطلاق نافذ المفعول وقابلا للترسيم بدفاتر الحالة المدنية إلا بعد إستنفاذ طرق الطعن"[2].

إن هذا الإجراء مستحسن من جهة إذا ماتعسف الزوج في طلاقه مما يسبب ضررا للزوجة ولأبنائها، إذ كانت تطلق لأتفه الأسباب وأحيانا دون أن تعلم أو أن تحصل على حقوقها[3]. إلا أنه من جهة أخرى، فنجد هذا النوع من الإجراء يجعل الزوج مقيدا أمام رغبته في الطلاق، وذلك باللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة مما يخضعه لرقابة المحكمة.

وبهذا جعل المشرع كلا الزوجين على قدم المساواة في وجوبية وقوع الطلاق لدى المحكمة، فلا فرق بين الزوج والزوجة في وسيلة إيقاع الطلاق.

أما ثاني القيود القضائية التي فرضها المشرع التونسي على الطلاق إنشاء هو وجوب مرور الطرفين على عدة جلسات صلحية، وذلك حسب الفصل 32 من المجلة والذي جاء فيه: "يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه، ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك، ولقاضي الأسرة بناءا على موافقة الزوجين ان يستعين بمصالح عائلي، يعين من ضمن إطارات هياكل النهوض الإجتماعي للإصلاح بينهما والمساعدة على التوصل إلى حل ينهي النزاع محافظة على الترباط الاسري...وعند وجود إبن قاصر

[1] ساسي بن حليمة ،قانون العائلة بين التطور والجمود، المرجع السابق، ص 37 .

[2] محكمة التعقيب، 1997/04/01، عدد 55108، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

[3] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، المرجع السابق ص 37 .

أو أكثر تتكرر الجلسة الصلحية ثلاث مرات على أن تعقد الواحدة منها ثلاثين يوما بعد سابقتها على الأقل، ويبذل خلالها القاضي مزيدا من الجهد للتوصل إلى الصلح".

فالصلح هنا هو وسيلة وفاق بين الزوجين بقصد تفادي الطلاق، فهو محاولة تفاهم تجرى أساسا تحت إشراف القاضي الذي يقوم بتقريب وجهات النظر بينهما بهدف الحفاظ على العلاقة الزوجية وعلى الاسرة[1].

وللصلح وظيفتان، الأولى هي الأصل والأساسية وتكمن في العمل على التوصل إلى وفاق يحرص القاضي على أن يكون نافذا وفاعلا، وذلك بمحاولة الوقوف على حقيقة الصعوبات التي تمر بها العلاقة الزوجية ومساعدة الزوجين على تجاوزها. أما الوظيفة الثانية، فتقوم عند فشل المحاولات الصلحية وتتمثل في حرص المشرع على إحلال نوع من السلام بين أفراد الأسرة خاصة مع وجود أطفال، وذلك بتحسيس وتوعية الأبوين بالأذى الذي يمكن أن يتسبب فيه العداء بينهما[2].

وقد أكد المشرع التونسي على مسألة مهمة تخص الصلح وهي أنه في حالة وجود أبناء قصر لا بد على قاضي الأسرة أن يكرر الجلسة الصلحية ثلاث مرات مع وجوب أن تستغرق المدة التي بين الجلسة و التي بعدها ثلاثين يوما .

والغرض من هذا الإجراء هو حماية الاطفال من قرار الطلاق، فبهذه الإجراءات يعطي القاضي الوقت الكافي للزوجين من أجل التفكير أكثر في قرار الطلاق لعلهما يتراجعان عنه. أما إذا فشلت كل الجلسات الصلحية فما على القاضي إلا الوقوف عند رغبة الزوج وإيقاع الطلاق[3].

ولكن بالمقابل وحماية للمرأة والأبناء، فإنه ينظم كل الآثار المترتبة عن هذا الطلاق بإقرار كل الوسائل اللازمة من حضانة ومسكن ونفقة والأهم من ذلك التعويض للمرأة المتضررة من هذا الطلاق وهو ماسنفصل فيه لاحقا .

[1] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة ، المرجع السابق، ص 13 .

[2] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع نفسه، ص 180 .

[3] سنية مشرقي، المرجع السابق، ص 128 .

وقد اعتبر البعض أن هذه الإصلاحات التي أتى بها المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية تتعلق أساسا بمبدأ المساواة بين الجنسين، وأنه من شأنها جعل الطلاق أكثر إنصافا وخاصة فيما يتعلق بحقوق الزوجة مما يؤدي إلى وصفها بالامر المثالي[1] .

والواقع، فإن هذه الإصلاحات تعتبر تكبيلا للزوج بقيود إجرائية قضائية وذلك للحد من حريته في الطلاق وفي نفس الوقت اقرار لمبدأ المساواة، وبالتالي هل أن هذا التقييد يطال كذلك طلاق الزوج بالإدارة المنفردة في القانون الجزائري ؟

لقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من فك الرابطة الزوجية في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ..."[2]. من خلال هذا النص، نجد أن قانون الأسرة الجزائري يتفق مع مجلة الأحوال الشخصية في مسألة جعل إيقاع الطلاق بإرادة الزوج، إذ جعل كل منهما فك العصمة الزوجية بيد الرجل وإرادته الحرة وذلك من خلال إنشائه له في القانون التونسي وإيقاعه بإرادته في القانون الجزائري.

هذا وسبق لنا التساؤل هل أن المشرع الجزائري يقتدي بنظيره التونسي ويجعل هذا النوع من الطلاق مقيدا؟ للإجابة على ذلك نعود إلى نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالطلاق أين نجد المادة 49 منه تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم ...". يظهر من خلال هذا النص أن المشرع التونسي كان واضحا وصريحا أكثر من المشرع الجزائري، وذلك بجعله الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة مما ينفي أي شك في وجود أو إيقاع طلاق لفظي أو شفهي خارج إطار المحكمة، عكس المشرع الجزائري الذي نص على أنه "لا يثبت" بدلا من القول "لا يقع"، الأمر الذي عرضه لعدة تساؤلات وانتقادات هل أن الحكم بالطلاق حكم كاشف أو منشيء له ؟ وهل يعتد بالطلاق الشفهي خارج المحكمة أم لا؟

[1] BOUDERBALA MEDYOUNI Cyrine, op.cit, p.96.

[2] ونفس المعنى ذهب إليه القضاء و الذي جاء في قرار له أنه :"من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة "، قرارا المحكمة العليا، غ أ ش ،1999/06/15،223019، مجلة الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا،2001، عدد خاص، ص 104.

هذه التساؤلات أثارت نقاشا قانونيا وتضاربا في قرارات المحكمة العليا، فمن جهة ذهبت نخبة من الفقهاء والأساتذة إلى القول أن حكم الطلاق هو حكم منشيء له، وأن الطلاق الذي يصدر ويتلفظ به الزوج خارج مجلس القضاء لا يقع ومنهم الأستاذ بن شويخ الرشيد[1]والأستاذ عمر زودة[2] وحجتهم في ذلك أن المادة 49 نصت بصراحة أن الطلاق لا يثبت الا بحكم.

أما من جهة أخرى، فذهب البعض الآخر ومنهم الأستاذ بن داود عبد القادر والأستاذ بلحاج العربي وكذا الأستاذ لمطاعي نور الدين إلى القول أن أحكام الطلاق هي أحكام كاشفة وليست منشئة له[3] ذلك أنه حسب المادة 49، فان الطلاق يقع بعد تصريح الزوج به وأن دور المحكمة هو تثبيته فقط.

أما قرارات المحكمة العليا، فقد زادت الأمر تعقيدا حيث جاء في قرار لها :" متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود والذين أكدوا أن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين، وبالتالي فلا يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم باثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون"[4].

إضافة إلى قرارا قضائي آخر جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره..."[5]، مما يعني أن القاضي إعترف بالطلاق اللفظي مايجعل حكم الطلاق حكم كاشف له وليس منشئ.

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

[2] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، إنسو كليبيدلا للنشر، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 33-34 .

[3] بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 114 وما بعدها؛ بلحاج العربي، الوجيز...، ص319؛ لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه ، الجزائر، 2006، ص.94 .

[4] المحكمة العليا، غ أ ش، 02/16/ً199، مجلة الاجتهاد القضائي،المحكمة العليا، 2001، ص.100

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

ولكن إذا سلمنا بهذا الأمر يعني أن حكم الخلع والتطليق هو كذلك حكم كاشف للطلاق، وهذا غير صحيح لأن الحكم هنا هو منشيء إذ لا يمكن للمرأة أن تنشيء طلاقها بإدراتها المنفردة ويثبته الحكم القضائي فقط.

مما يجعل نص المشرع يوهم أن كل أحكام الطلاق هي كاشفة وهو غير صحيح وذلك ماذهب إليه الأستاذ تشوار جيلالي بقوله : "أن المشرع عند قوله لايثبت الطلاق إلا بحكم، فإنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة إذ كان من المستحسن على المشرع أن يستعمل كلمة لايقع بدلا من لا يثبت"[1].

وحسب المعطيات التي تقدمت يمكن القول أنه رغم إعتراف القضاء بالطلاق اللفظي، ورغم أن المشرع إستعمل مصطلح لا يثبت إلا أن النية التي كانت وراء هذا النص هو جعل الطلاق في دائرة المحكمة وعدم وقوعه خارجها، بدلالة أنه في الواقع العملي القاضي لايسأل الزوجين هل تم التلفظ بالطلاق أم لا، هذا ناهيك عما يحصل من خلط بين العدة الشرعية والعدة القانونية إذا تم التلفظ بالطلاق، والأكثر من ذلك فإن المشرع نص على أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق ويقصد هنا صدور الحكم القضائي.

ولتفادي كل هذه التناقضات لا بد على المشرع الأسري الجزائري من تعديل المادة 49 وذلك إما بحسم الأمر واستبدال كلمة "لايثبث" بكلمة "لايقع"، وبالتالي يكون قد أخذ بما ذهب إليه المشرع التونسي وحصر الطلاق بالمحكمة، وإما أن ينص على أنه لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة بإستثناء الطلاق اللفظي قبل اللجوء إلى المحكمة فإنه يثبت بحكم قضائي.

[1] تشوار جيلالي، بعض المآخد على أحكام الطلاق، المقال السابق، ص 195؛ تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص التشريعية والتطور الإجتماعي، مجلة قانون الأسرة و التطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، جامعة وهران، 2007، ب ع، ص75 .

بيد أن هذا الحكم القضائي مهما كان يبقى دائما كتقييد لإرادة الزوج في الطلاق، وذلك لأنه يخضعه لرقابة القاضي، فرغم كون حق الزوج إرادي فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء وتبعا لهذا أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها عن ترتيب الأثر القانوني، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت ارادة الزوج في الطلاق[1].

وقد واصل المشرع الجزائري قيوده القضائية على طلاق الزوج بالإرادة المنفردة من خلال جعل الصلح كإجراء جوهري لإتمام الطلاق، إذ إشترطه من خلال المادة 49 بقوله :"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى، يتعين 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[2]من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، وبهذا النص حسم المشرع المسألة بعدما كانت آراء الفقهاء مختلفة[3]، وقرارات المحكمة العليا متناقضة فمرة تعتبره اجراء غير وجوبي وذلك حسب قرار لها بتاريخ 1998/07/21 جاء فيه: "إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الاجراءات الجوهرية وأن لفظ الطلاق أو التطليق

[1] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين.....، المرجع السابق، ص 108.

[2] اجراءات الصلح نصت عليها المواد من 439 الى 449 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، فبعد تحديد الجلسة وتبليغ الأطراف ينادي القاضي أثناء الجلسة على الأطراف، فاذا تغيب أحدهما أو كلاهما أجل القضية لجلسة أخرى حسب المادة 441، أما اذا حصل له مانع فللقاضي منحه أجل آخر، وتنعقد جلسة الصلح بمكتب القاضي بحضوره وحضور الأطراف وأمين الضبط، ولا يجوز لأي من محامي الأطراف حضور الجلسة تجسيدا لمبدأ سرية جلسة الصلح الا من سمح لهم القانون من أولياء الزوجين، وذلك حسب المادة 440 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[3] أين ذهب البعض الى أن الصلح اجراء وجوبي وجوهري ومنهم الأستاذ بلحاج العربي، والأستاذ عمر زودة، وكذلك الأستاذ بن الشيخ آيت ملويا والاستاذة حميدو زكية، الا أن البعض الآخر ذهب الى عدم وجوبية اجراء الصلح أبرزهم الأستاذ لمطاعي نور الدين، أنظر، بلحاج العربي، الوجيز....، المرجع السابق، ص357؛ لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص. 197؛ حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، المرجع السابق، ص121-130؛ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 35؛ لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي واثارها على الأحكام القضائية، ط2، دار الفسيلة، الجزائر، 2009، ص 141.

تصدر دائما نهائيا"[1]، الى جانب قرار آخر جاء فيه: "لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة الى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق انما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة هي الا موعظة..."[2]، ومرة تجزم بأن اغفاله خرق للقانون وهو ما جاء في قرار بتاريخ 1991/06/18 حيث نص أنه: "من المقرر أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في القانون، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون"[3].

والصلح يسعى من خلاله القاضي إلى إيجاد حل ودي بين الزوجين، ووضع حد للنزاع القائم بينهما من أجل استمرار الحياة الزوجية عن طريق إظهار مضار الفرقة وبيان محاسن الألفة والإنسجام والتسامح من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما وصالح أطفالهما [4].

وقد اشرط المشرع ألا تتجاوز مدة الصلح 3 أشهر مع عبارة عدة جلسات صلح مما يعني عدم إكتفاء القاضي بجلسة صلح واحدة إنما تفوق الجلستين[5]، وذلك لما لها من أهمية في التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق[6]، إضافة للتأكد من صحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدارك

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

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2007/06/13، ملف رقم 356657، غير منشور، مقتبس عن بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، 2015/2014، ص 52.

[3] المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1991/06/18، ملف رقم 75141، المجلة القضائية، 1993، عدد 1، ص.65.

[4] الأنصاري حسن البيدابي، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2001، ص.52.

[5] بوشيبان خديجة ،صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 18، 2010/2007 ص من 06- 10.

[6] وذلك حسب المادة 450 من قانون الإجاءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه: " يتأكد القاضي من ارادة الزوج في طلب الطلاق، ويأخذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك."

وإختيار بعيدا عن التعسف أو سوء إستعمال حق الطلاق وذلك إستنادا إلى أسباب شرعية وقانونية.

وعلى سبيل المقارنة، نجد أن هناك إختلاف بين القانونين الجزائري والتونسي في مسألة الصلح، إذ أن القانون التونسي لم يشترط تعدد الجلسات الصلحية إلا في حالة وجود أبناء قصر وحصرها بثلاث جلسات تفصل بين كل واحدة ثلاثين يوما مع إمكانية عدم الإطالة في إجراءات الصلح إذا كان الطلاق بالتراضي، وذلك حسب الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية .

ونظرا لأهمية الصلح في القانون الجزائري، فإنه لايمكن النيابة عن الزوجين في جلسة الصلح، وذلك حسب قرار للمحكمة العليا الذي جاء فيه: "لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولات الصلح"[1].

ونظرا كذلك لما لجسلة الصلح من أثر في معرفة إرادة الزوج والتأكد منها ومراقبتها، فإن الإجتهاد القضائي ألزمه بالحضور شخصيا لجسلة الصلح تحت طائلة رفض دعواه[2]، مما يؤكد أن إجراء الصلح يقيد إرادة الزوج طالب الطلاق وذلك بوضعه تحت رقابة القاضي .

ولغاية تكبيل إرادة الزوج أكثر في الطلاق، فإن المشرع الجزائري إعتبره متعسفا إذا طلق زوجته دون سبب معقول، والتعسف هو إساءة إستعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير، أي إستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا أو للإضرار بالغير[3].

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، 2008/01/16، ملف رقم 417622، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 01، ص 263 .

[2] المحكمة العليا، غ أ ش، 2009/01/14، ملف رقم 474956، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 02، ص 271.

[3] العربي مجيدي، نظرية التعسف في إستعمال الحق وأثرها في فقه الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2009، ص 147؛ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 556.

وأمام هذا فقد نصت المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر للاحق بها"[1].

وبذلك يكون الزوج مقيدا بتسبيب الطلاق وفي حالة عدم تقديمه سببا للطلاق أو كان هذا السبب تافها، فإنه للقاضي السلطة التقدرية المطلقة في الحكم على الزوج بالتعويض، وذلك على خلاف المشرع التونسي والذي يجعل تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها وجوبيا وفي كل الحالات سواءا كان الزوج متعسفا أو لا، ودون أن يكون للقاضي أي سلطة في ذلك فهو ملزم قانونا بمنح الزوجة التعويض الذي تستحقه وذلك حسب الفصل 31 من المجلة بقوله: "...يقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبنيتين في الفقرتين الثانية و الثالثة أعلاه ...".

وعليه فمجرد أن يكون طلاق إنشاء فإن التعويض وجوبي للزوجة عن الضرر اللاحق بها سواء المادي أو المعنوي.

من خلال هذا المطلب يتضح أن طلاق الزوج سواءا كان إنشاءا بموجب مجلة الأحوال الشخصية أو بإرادته المنفردة في قانون الأسرة الجزائري، فإن إرادة الزوج فيه مقيدة بقيود قضائية، وواقعة تحت رقابة القاضي مما يجعل المعنى الحقيقي للطلاق بالارادة المنفردة لايوجد في كلا القانونيين الأسريين والغرض من ذلك هو تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين. هذا وتجسيدا أكثر لنفس المبدأ، فإنه للمراة بالمقابل حق طلب الطلاق وهو ماسنحاول تبيانه في المطلب الموالي.

[1] عدلت بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في :27 فبراير 2005 .

المطلب الثاني

الطلاق بطلب من الزوجة

لقد أعطى المشرع الأسري التونسي للمرأة حق طلب الطلاق بناء على رغبتها بالمقابل للطلاق الانشائي للزوج، وذلك حسب الفصل 31 فقرة 3 بقوله: "بناء على رغبة الزوج انشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به...".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيختلف عن نظيره التونسي، اذ خول للمرأة انهاء الزواج بصورتين، إما التقدم للقاضي بطلب التطليق بناء على سبب من الأسباب التي عددها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، أو بمخالعة نفسها أمام القضاء وذلك مقابل عوض مالي حسب المادة 54.

وعلى أساس ما سبق، سوف يتم دراسة هذه الصور لطلاق الزوجة، مع تبيان الفرق بينها وما مدى تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين من خلال كل صورة.

وقد عبر المشرع الأسري التونسي عن طلاق الزوجة نقابل الزوج بقوله :"يقع الطلاق بناء على مطالبة الزوجة به"، ورغم الإختلاف في التعبير بين طلاق الزوج الذي يكون إنشاء وطلاق الزوجة الذي يكون بالمطالبة، إلا أن هذا الفارق الظاهر غير موجود في الواقع، وحتى التطبيق القضائي السائد يعطي نفس المفهوم للعبارتين ولا يقيم أي تمييز بين الزوجين في خصوص حقهما القانوني في طلب الطلاق على معنى الفقرة الثالثة من الفصل 31 من المجلة التونسية، خاصة أن النتيجة واحدة وهي حل عقد الزواج بإداراة منفردة. هذا وقد أصبح القضاء في السنوات الأخيرة يستعمل عبارة الطلاق إنشاء بالنسبة للزوجين كلاهما[1]، حيث جاء في قرار تعقيبي مدني صادر بتاريخ 16 /10 /1976 أنه: "إذا أنشأ أحد الزوجين الطلاق وجب الحكم عليه بالغرامة المنصوص عليها بالفقرة 03 من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية ولو كان الباعث على

[1] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص 140 .

إنشاء الطلاق دوافع تنسب إلى الطرف الآخر أهمل المنشئ الإعتماد عليها في طلبه الطلاق[1]، وجاء كذلك في قرار آخر :"إن مجرد قيام أحد الزوجين بطلب الطلاق إنشاء يخول للطرف المقابل المطالبة بالغرم..."[2].

وطبقا لما سلف ذكره، فإنه ليس هناك أي فرق بين الزوجين إذ أن لكل واحد منهما أن يطالب بالطلاق إنشاءً وذلك بمقتضى إرادته المنفردة دون تبرير الأسباب[3]، على أساس الفقرة 03 من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية. وبهذا يكون المشرع التونسي قد أعطى للمرأة حق إنهاء حياتها الزوجية بإرادتها المنفردة كلما ثبت لها أنها غير قادرة على الإستمرار فيها [4]، مع عدم إمكانية القاضي رفض الحكم بالطلاق، إذ ليس له إلا محاولة الإصلاح بين الزوجين.

مما يعني أن المرأة أصبحت على قدم المساواة أمام الرجل حتى في طلاقه بالإرادة المنفردة والأكثر من ذلك فإن نفس الإجراءات القضائية تتبع في كلا الحالتين، إذ لايقع الطلاق إلا لدى المحكمة وبعد إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين مع وجوب تعويض الزوجة لزوجها عن الضرر المادي والمعنوي الذي قد يصيبه جراء طلاقها بإرادتها.

فهل أن تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين في طلاق الزوجة يطال كذلك صور الطلاق في القانون الجزائري؟

وعلى خلاف المشرع التونسي، فإن طلب الزوجة للطلاق في قانون الأسرة يكون في صورتين وهما إما تطليقا أو خلعا. فبالنسبة للخلع، نص المشرع الجزائري على هذا النوع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري إذ جاء فيها :"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها

[1] محكمة التعقيب، 02 ماي 1974، رقم 10851، مقتبس عن فاطمة الزهراء ن محمود، سامية دولة، المرجع نفسه، ص 140 .
[2] محكمة التعقيب، 16 /10 /1976، رقم 630، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.
[3] ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون العائلة ...،المرجع السابق، ص 71-72 .
[4] سنية مشرقي، المرجع السابق، ص 126.

بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي يحكم القاضي بمالا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم ".

ومن المعروف أن الخلع أصله الشريعة الإسلامية وذلك لقوله تعالى :" **وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**[1]"[2].

ودراسة الخلع من جانب مبدأ المساواة تقتضي الإجابة على عدة أسئلة أولها هل أخذ المشرع بالخلع طبقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ؟وهل أن الخلع هو نفسه طلاق الزوجة بإرادتها المنصوص عليها في القانون التونسي؟ وأخيرا مدى تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين من خلال منح المرأة حق مخالعة نفسها ؟

يعرف الخلع[3] أنه فراق الزوج لزوجته في نظير عوض[4]، إذا الخلع هو دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه و لم يكن من سبيل لإستمرار العلاقة الزوجية، وخشيت ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، والخلع يقتضي إفتداء الزوجة لنفسها برد مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية[5].

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] أما في السنة ورد حديث نبوي يشير إلى تطبيق الخلع في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، وهو ماروي عن ابن العباس أن إمرأة ثابث بن القيس أتت الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت :"يارسول الله ثابث بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :أتردين عليه حديقته فقالت: نعم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إقبل الحدية وطلقها"، أنظر عبد الله بن إسماعيل البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفيات الطلاق فيه، المرجع السابق، حديث رقم 4972، ص 406 .

[3] الخلع لغة هو خلع الشيء يخلعه خلعه أو إختلعه كترعه،وخلع النعل والثوب و الرداء يخلع خلعا، جرده عن نفسه وخلع إمرأته خلعا (بضم الخاء) أزالها عن نفسه وطلقها على بدل منها له فهي خالع والإسم الخلعة ، أنظر جمال الدين ين منظور، المرجع السابق،ج9، ص 429.

[4] طاهري حسين، المرجع السابق، ص 131.

[5] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة...، المرجع السابق، ص 263.

ومن زاوية الواقع، فإن الحكمة من تشريع الخلع تتمثل في رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص من زواج بات الغرض منه مفوتا وذلك ببذل تدفعه لزوجها[1] .وقد كان هناك إختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول شروط وأركان الخلع ومدى جوازه، إلا أن الائمة الأربعة الشافعية المالكية والحنفية والحنابلة ذهبوا إلى جواز الخلع في حال وقوع الشقاق بين الزوجين أوحالة الكراهية أي كراهية المرأة لزوجها لعيوب[2].

ولكن، ما يهمنا في الفقه الإسلامي هل أن الخلع يكون بموافقة الزوج أو رغما عنه؟

إن هذه المسألة كانت محل خلاف بين الفقهاء وقد إنقسموا إلى رأيين، رأي يقضي أن موافقة الزوج على الخلع غير لازمة، ورأي يخالفه ويؤكد على وجوب موافقة الزوج على الخلع[3].

إلا أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى عدم جواز مخالعة المرأة لنفسها دون موافقة الزوج وأن هذا الأخير لا يجبر على قبول المخالعة إذا لم يرض بها، وأن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "اقبل الحديقة " إنما هو على سبيل الإرشاد لا الإيجاب إلا أنه يستحب أن يسجيب له[4].

إذن، فالأصل أن الخلع لا يجوز إلا بموافقة الزوجين لأن المرأة فيه هي البادلة للمال ولا يجوز حملها على دفع مالها في الخلع دون رضاها، كما أن الرجل هو المالك للعصمة ولا يصح حمله على تركها بغير رضاه.

وأمام هذا نص المشرع الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة دون موافة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، وقد إستقر موقف المشرع الجزائري على أن الخلع يكون دون موافقة الزوج من

[1] عبد القادر عبد السلام، الخلع في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة، مجلة الاحياء، عدد 12، ص 547.

[2] أبو محمد بن قدامة، ج10، المرجع السابق، ص 267؛ محمد بن رشد القرطبي، ج2، الرجع السابق ص66؛ محمد الشربيني، ج3، المرجع السابق، ص.347.

[3] أنظر، داودي كريم، رضا الزوج في المخالعة، مجلة الحضارة الاسلامية، جوان 2006، عدد 29، ص224.

[4] ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص 69؛ ابن عابدين، المرجع السابق،ج 3، ص 450 وما يليها؛ ابن قدامة، المرجع السابق، ج10، 280 وما يليها؛ اللجنة الدائمة للإفتاء، حكم النشوز والخلع، الجزء 01 ، البحوث العلمية، السعودية، 2004 ، ص 601. .

خلال تعديل 2005 بعد أن كان هناك غموض في النص القديم سبب إختلافا فقهيا، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول أن الخلع يتم بإدارة الزوج ورضاه وأن إرادة الزوحة غير كافية لإيقاع الطلاق وهو ماذهب إليه الأستاذ بلحاج العربي قائلا: "الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف لا يتم إلا بالإيجاب والقبول"؛ وكذلك الإستاذ عبد العزيز سعد والذي عرف الخلع أنه عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناءا على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر[1]، أما الجانب الآخر من الفقه، فذهب إلى القول أن المشرع لم يشترط موافقة الزوج في الخلع بل في بدل الخلع فقط، ومنهم الأستاذة حميدو زكية[2].

هذا وقد أدى كذلك هذا الغموض في النص الى تضارب في القرارات القضائية فقد كانت القرارات تقضي في بداية الأمر بأنه لا يجوز الخلع إلا بموافقة الزوج، ومن ذلك قرار المحكمة العليا بتاريخ :11/21/ 1988 الذي يقضي بأنه: "ومن المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق و لم يكن لها سبب فيه وأظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون احالة"[3]، ولكن إستقرت القرارات القضائية على أن الخلع يتم دون إرادة الزوج ومن ذلك قرار للمحكمة العليا المؤرخ في :1992/07/21، والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت

[1] أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 263؛ عبد العزيز سعد الزواج و الطلاق ...، المرجع السابق، ص 248.

[2] تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، م ج ع ق إ س، 2003، عدد 02، ص 13.

[3] أنظر، المجلس الأعلى، غ ق خ، 21 /1988/11، رقم 51728، المجلة القضائية 1990، عدد 03، ص 120؛ بالاضافة الى قرار آخر بتاريخ 1991/04/23 ملف رقم 73885، مقتبس عن صديق سعوداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الإحتهاد القضائي في الطلاق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، 2015،عدد 03، ص 166.

الحكم....وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"، وقرار آخر بتاريخ :1999/03/16[1].

وبهذا الموقف، فإنه ليس للزوج الوقوف ضد رغبة الزوجة في الطلاق منه خلعا، فأصبح بذلك القاضي ملزما أن يحكم للزوجة بالتطليق تحت تسمية الخلع بمجرد طلبه دون أي إعتبار لإرادة الزوج[2]. وعليه، فإن هذا الموقف للمشرع يقودنا للتساؤل عن سبب أخذه بالرأي المخالف للإجماع وتغيبيه لرضا الزوج في المخالعة؟ والإجابة عن هذا التساؤل تكمن في نقطتين مهمتين:

- تبني بعض الباحثين وبعض الجمعيات النسوية لهذا الموقف الذي يقضي بخلع المرأة دون موافقة الزوج، والضغط على المشرع عن طريق الدعوة إليه في البرلمان الجزائري والحكومة[3]، وذلك بغرض المساواة بين الرجل والمرأة وكذلك وضع حد لتعسف الزوج.

- محاولة ضبط النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق بما يتماشى ومبدأ المساواة المنصوص عليه ضمن إتفاقية سيداو، وهو ما أكدته ردود الجزائر على الملاحظات التي أبدتها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حول محدودية مبررات الطلاق للمرأة، إذ جاء في هذه الردود مايلي: "فبالنسبة لفسخ عقد الزواج بطلب من الزوجة تنص المادة 54 على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي لا يتجاوز قيمة صداق المثل"[4].

---

[1] المحكمة العليا، غ أ ش ، 1992/07/21، رقم 83603، مجلة الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،2001، عدد خاص، ص 134، وكذلك المحكمة العليا،غ أ ش، 1999/03/16، ملف رقم21629، مجلة الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص138، ولمزيد من التفاصيل حول القررات القضائية راجع صديق سعوداوي، المرجع السابق، ص 166 ومابعدها .

[2] أنظر، بوكايس سمية، الخلع في قانون الأسرة الجزائري من الرخصة الجوازية إلى الحق الأصيل ، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، يناير 2015، عدد 02، ص 07.

[3] داودي كريم، المرجع السابق، ص 219.

[4] ردود الجزائر على قائمة المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث و الرابع، الدورة 51 من 13 فبراير إلى 02 مارس ص31.

وأمام هذه الأسباب ونص المشرع الذي حسم فيه الموقف، نجد أنه بنصه هذا إرتقى بحق المرأة في الخلع من الرخصة الجوزاية إلى الحق الأصيل والذي يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج. وبالتالي، فإن الخلع هو طلاق بيد الزوجة مقابل العصمة الزوجية الممنوحة للزوج وهو ماأقرته صراحة المحكمة العليا في إحدى قراراتها بالقول: "الخلع **حق إرادي** للزوجة يقابل حق العصمة للزوج".

وبهذا يمكن الإجابة عن سؤال سبق لنا وأن طرحناه والمتعلق بمدى الإختلاف بين الخلع في قانون الأسرة الجزائري وطلاق الزوجة برغبتها في مجلة الأحوال الشخصية، والجواب هو عدم وجود إختلاف كبير بينهما فكلاهما يكون بإرادة الزوجة وكلاهما يقابل طلاق الزوج بإرادته المنفردة طالما أن الخلع أصبح بدون موافقة الزوج، وعليه المساواة التامة بين الزوجة في حق المطالبة بالطلاق، إلا أن الفرق الوحيد بينهما يتعلق بمقابل الخلع والذي يقابله في مجلة الأحوال الشخصية تعويض مادي عن الضرر الذي يصيب الزوج جراء الطلاق.

و بالرجوع إلى الواقع في المجتمع الجزائري لوحظ إرتفاع كبير في الطلاق عن طريق الخلع وتهافت الزوجات على المحاكم طالبين فك الرابطة الزوجية بتلك الوسيلة[1]حيث وصلت إحصائيات الطلاق لسنة 2017 إلى أكثر من 68 ألف حالة طلاق من مجموع 349.544 حالة زواج أي ما يمثل 19,54 بالمائة[2]، هذا وتم تسجيل 6 آلاف حالة خلع سنويا الا أن سنة 2017 سجلت 13 ألف حالة خلع[3].

[1] صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص13.

[2] عثمان لحياني، 68 ألف حالة طلاق في الجزائر خلال سنة 2017، مقال منشور بتاريخ 08 يناير 2018، الموقع الالكتروني www.alaraby.co.uk

[3] عبد السلام بارودي، 13 ألف حالة خلع في الجزائر وهذه هي الأسباب، مقال منشور بتاريخ 12 يناير 2019، الموقع الالكتروني www.maghrebvoices.com

وعليه، فإنه يمكن القول أن السبب في ذلك راجع إلى ليونة المشرع في منحه الخلع للزوجة، إذ أنه إكتفى بمادة واحدة فقط من أجل تنظيم هذه الوسيلة، إضافة إلى عدم وجوب موافقة الزوج بحيث لم يشترط أي شروط أو قيود للخلع سواء في الزوج أو في الزوجة، ناهيك عن إعطائه السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مقابل الخلع في حالة عدم إتفاق الزوجين، وبهذا جعل المشرع مسألة الخلع أكثر سهولة.

ولإستدراك الموقف والحد من كثرة الطلاق بالخلع نقترح تعديل المادة 54 حيث يشترط فيها المشرع موافقة الزوج على الخلع، مع وضع إستثناء على عدم الأخذ بموافقته ورضاه وذلك في حالة تعنته وتعسفه في إستعمال حقه، كذلك مع ثبوث الشقاق المستمر بين الزوجين وعدم قدرة المرأة على التحمل وإثبات الضرر اللاحق بها.

وبهذا يتم من جهة، القضاء على الخلع الذي كثيرا ماتطلبه المرأة لسبب غير جدي أو دون سبب يذكر مايدفعها إلى هدم أسرتها، ومن جهة أخرى القضاء على الخلع الذي يكون فيه الزوج هو من يدفع الزوجة إلى مخالعته والضغط عليها حتى يطفح كيلها وتفضل أن تدفع ثمنا على أن تبقى في علاقة زوجية كهذه.

من خلال ما سبق تبين أن الخلع هو حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها بعوض مالي مقابل طلاق الزوج بإرادته، فماذا بشأن التطليق؟

يعتبر التطليق[1] الصورة الثانية لطلاق الزوجة برغبة منها، إلا أن ذلك لا يكون إلا بناء على أسباب محددة بنص القانون، فالتطليق إذن هو طلاق بناء على إرادة الزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة

[1] يعبر عن التطليق في الفقه الإسلامي إصطلاح التفريق الذي يدل على تدخل إرادة خارجة عن الزوجين لإيقاع الطلاق، أنظر، آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، جامعة مولوج معمري، تيزي وزو، 2014، ص 11 .

والإنصاف[1] وبناء على سبب من الأسباب التي ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة التي جاء فيها على التوالي بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لعدد من الأسباب وهي:

عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و79 و80 من قانون الأسرة؛ العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر؛ الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية؛ الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، مخالفة الاحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة؛ إرتكاب فاحشة مبينة؛ الشقاق المستمر بين الزوجين؛ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج؛ وأخيرا كل ضرر معتبر شرعا.

وبمقارنة النص الأصلي مع الجديد نجد أن المشرع الجزائري قد إنتهج سياسة التنوع في الأسباب المؤدية لطلب التطليق، وكذلك الكثرة، وذلك عند تعدادها فبعدما كانت سبعة أسباب أصبحت عشرة، والأكيد أن الهدف من ذلك هو توسيع دائرة أسباب طلب التطليق من أجل وضع توازن بين طلاق الزوج بالإرادة المنفردة وطلاق الزوجة عن طريق التطليق.

ولتوضيح هذه السياسة سنحاول أن نبين كيف وسع المشرع من دائرة هذه الأسباب، وذلك من خلال الحديث عن الاسباب السابقة بإختصار والتركيز على الاسباب المضافة وكيف أنها تمنح للمرأة حق التطليق.

فبالنسبة لأسباب التطليق الواردة في النص الأصلي لقانون الأسرة، فإن أول سبب يمنح للمرأة الحق في التطليق هو عدم إنفاق زوجها عليها، ولكن ذلك يكون بشرطين إذ يجب أن تستصدر الزوجة حكما بإلزام زوجها على الإنفاق عليها عن طريق رفع دعوى قضائية، وأن يعزز ذلك بمحضر إمتناع الزوج عن الدفع[2]، وهذا الإمتناع يكون عمدا وقصدا وهو ما أكدته المحكمة

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح ...، المرجع السابق، ص 273.

[2] عيدوني عبد الحميد، المرجع السابق، ص128؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص276

العليا في قرار جاء فيه: "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة وأن امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك"[1]. هذا ويجب ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإن كان معسرا وكانت عالمة بذلك فليس لها طلب التطليق لهذا السبب[2]، ويقع عبىء الإثبات هنا على الزوج[3].

كما يجوز للزوجة طلب التطليق للعيوب والمقصود بالعيب هو نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مستقرة[4]، أو هو نقصان بدني أوعقلي يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية[5].

وقد إشترط المشرع أن تكون العيوب في الزوج وأن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج وهو إحصان الزوجين والنسل. وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإن العيوب التي تخص الزوج نجد الجب والخصاء والعنة[6] وكذلك الاعتراض[7] عند بعض المالكية [8].

هذا بالإضافة إلى عيوب أخرى كالبرص، الجذام ، الجنون وهي عيوب تمنع الجماع طبعا وليس حسا، لأن الطباع السليمة تنفر من جماع من به مثل هذه العلل.

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، 1995/05/02، 118478، نشرة القضاة، 1996، عدد 49، ص.241.

[2] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، الزواج و الطلاق، ط.02، دار هومة، الجزائر، 2008، ص52.

[3] اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري،مدعما بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 54 .

[4] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص113.

[5] عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشحصية، مجلة الحضارة الإسلامية، جوان 2016، عدد 29، ص 688.

[6] الخصاء هو مقطوع الخصيتين، الجب هو إستئصال الذكر والخصيتين، العنة صغر الذكر بحيث لا يتأتى منه الجماع ولا يقدر على المباشرة الجنسية، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 436.

[7] الإعتراض هو عدم إنتشار الذكر .

[8] أنظر، عبد الرحمان البرقوقي ،أوضح المسالك، شرح أسهل المسالك، ط 04، دار الفكر، بيروت، د س ن، ص. 142.

وقد ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير هل أن العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، هذا ويجب على القاضي الإستعانة بالخبرة الطبية وبأي وسيلة أخرى كالاقرار للتأكد مما تدعيه الزوجة[1].

هذا وبالرجوع إلى القضاء، فإنه يمنح للزوج أجل سنة من أجل العلاج إذا كان العيب من العيوب التي يمكن أن تشفى، وذلك حسب قرار جاء فيه:" متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ماجرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة الزوجة يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الإجتهاد القضائي إستقر على أن تكون الزوجة خلال تلك المدة إلى جانب بعلها وبعد إنتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"[2].

وبالرجوع الى الجانب القضائي كذلك، فإنه صدر عن محكمة تيزي وزو حكم قضائي يقضي بتطليق الزوجة لاصابة الزوج بمرض عقلي حيث جاء فيه: " ان طلب المدعية المتعلق بالتطليق بين الطرفين على أساس أن المدعى عليه مصاب بمرض عقلي طلب مؤسس قانونيا طبقا للمادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة مادام المدعى عليه أقر أمام المحكمة أثناء جلسة الصلح أنه مريض عقليا...وبالتالي هذا عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج مما يتعين الاستجابة لطلبها..."[3].

هذا ونجد كذلك مسألة عقم الزوج كعيب يصيبه، فهل للزوجة التطليق لهذا العيب؟

والحقيقة، فإنه يجوز التطليق لعقم الزوج ذلك أن المشرع الجزائري لم ينص على العيوب بالتحديد وإكتفى بالقول على أن تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و الهدف الاسمى للزواج

[1] عبد الباقي بداوي، المقال السابق، ص 690.

[2] المجلس الأعلى، غ.ق.خ، 1984/11/19 ملف رقم 43784، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص 73.

[3] المحكمة الابتدائية، تيزي وزو، 1995/06/24، فهرس رقم 298، غير منشور، مقبس عن عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة وإجتهاد المحكمة العليا، مذكرة لإجازة القضاء، المعهد الوطني للقضاء، 2004/2003، ص.15.

هو التناسل وعليه إن العقم يدخل ضمن العيوب، وبالرجوع إلى القضاء نجد قرار يقضي بأن: "المعاشرة بين الزوجين في قضية الحال كانت طويلة وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما[1]".

وإلى جانب كل ماسبق، منحت المادة 53 للزوجة حق التطليق بسبب هجر الزوج لها في المضجع فوق أربعة أشهر، والمقصود به هجر الزوج فراش الزوجية وذلك بالإعراض عنها وعدم قربانها في حدود الشرع. ولا يعتبر الهجر سببا للتطليق إلا اذا توفرت فيه شروط وهي أن يهجر الزوج زوجته في المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها والنوم في غرفة أخرى ولا يعتبرها زوجة له، وأن يكون الهجر متعمدا وعن قصد وبنية الإضرار بالزوجة وليس بنية الإصلاح والتأديب، لأن للزوج حق الهجر في المضجع لإصلاح زوجته وتأديبها في حال النشوز وأهم شرط هو أن يدوم الهجر أكثر من أربعة أشهر. ومايعاب على المشرع عدم تبيانه إذا كانت هذه المدة متتالية أو متفرقة[2].

كما للمرأة طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، بعدما كان النص الأصلي يجيز لها ذلك بسبب الحكم على الزوج بعقوبة شائنة ومقيدة لحريته لمدة أكثر من سنة.

ويشترط طلب التطليق على هذا الأساس أنه لابد من صدور حكم نهائي وبات قد إستنفد جميع طرق الطعن العادية وغير العادية ويدين الزوج [3]، هذا وعلى الزوجة أن تثبت ذلك من خلال تقديم نسخة من هذا الحكم أمام المحكمة[1].

[1] المحكمة العليا، غ أش، 1999/02/16، 213571، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 119.

[2] تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق...، المقال السابق، ص 87.

[3] تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة لسانس حقوق، تلمسان، 2010، غير منشورة .

وقد ربط المشرع هذه الجريمة بشرف الاسرة وإستحالة العشرة الزوجية، وبالرجوع إلى قانون العقوبات نجد أن هذا الوصف يمكن أن تدخل فيه كل الجرائم المتعلقة بإنتهاك الآداب الموجودة تحت القسم السادس من المادة 333 إلى المادة 341 مكرر. ومن هذه الجرائم خاصة جريمة الزنا وزنا المحارم والشذوذ الجنسي وغيرها .

هذا وإضافة لذلك للزوجة الحق في التطليق بسبب غياب زوجها عنها حسب نص الفقرة 05، مع إشتراط أن يكون هذا الغياب لمدة طريلة تفوق السنة ويتم حسابها على أساس السنة الميلادية[2].هذا ويجب أن تكون الغيبة عن قصد متعمدا منها الزوج الإضرار بزوجته وإيذائها، وبهذا يكون الغياب بدون عذر مقبول ودون سبب جدي، ويشترط كذلك أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه فإن ترك لها مالا تنفق منه فلا يجوز لها طلب التطليق[3]، هذا وقد علقت الأستاذة تشوار زكية عن هذا الشرط قائلة: "لماذا هذا الربط هل للمرأة الإستغناء عن الزوج بوجود المال؟"[4]. وفي هذا الصدد نجد قرار للمحكمة العليا يقضي بأنه: "حيث أن الثابت في قضية الحال أن الزوجة تضررت من غياب الزوج وهجره لها لمدة أكثر من سنتين مما يجعل دعواها مؤسسة عملا بالمادة 05/53 الأمر الذي يستدعي الاجابة لطلبها المتعلق بالتطليق"[5].

كما للزوجة طلب التطليق لسبب آخر يتعلق بالشرف وهو إرتكاب الزوج لفاحشة مبينة، إلا أنه لم يبين المشرع ماهي هذه الفاحشة، وهل أنه أخد بالمعنى الضيق للفاحشة أو المعنى الواسع،

---

[1] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة في القانون الخاص، تلمسان، 2010، ص 219.

[2] بلحاج العربي، الوجيز ...، المرجع السابق، ص 298.

[3] عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص. 127.

[4] تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة ...، المرجع السابق، ص 17.

[5] المحكمة الابتدائية ببشار، 1999/10/03، فهرس رقم 640، مقتبس عن سي بوعزة ايمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، 2017، عدد06، ص289؛ عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص.17.

هذا و لم يتحدث كذلك هل يتطلب الأمر صدور حكم بإدانة الزوج أم يكتفي إكتشاف الزوجة لإرتكاب الزوج للفاحشة خصوصا أنه من الناحية القضائية فإن الزوجة مطالبة بالإثبات[1].

وعليه، فإن أمر تقدير الفعل إذا كان فاحشة أو لا يرجع إلى السلطة التقديرية المطلقة للقاضي، الأمر الذي قد يجعل الاحكام القضائية مختلفة من قاضي إلى آخر[2].

وأخيرا، فإن للمرأة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا إلا أن المشرع لم يعرف الضرر، فالضرر حسب الأستاذ وهبة الزحيلي هو: "إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل كالشتم المقذع، التقبيح المخل بالكرامة والضرب المبرح، والعمل علة فعل ماحرم الله والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه ونحوه"[3].

وبذلك نلاحظ أن المشرع إضافة إلى كل الأسباب سالفة الذكر قد أعطى للمرأة سببا آخر يدخل ضمنه العديد من الإعتبارات الشخصية والمادية، و التي تؤدي بالمرأة لطلب التطليق، فأي فعل أو قول يصدر من الزوج ويسبب لها ضررا، فإنه على القاضي الإستجابة لطلبها. وبذلك يمكن القول أن هذا السبب هو أكثرها مرونة وسهولة، وكذا خدمة لمصلحة المرأة مادام المشرع لم يحصر هذا الضرر إن كان مادي أو معنوي و لم يحدد درجته، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

وعليه، فللمرأة طلب التطليق لكل ضرر سواء كان كبيرا أو صغيرا، ويلزم لوقوع التطليق للضرر أن يكون هذا الأخير محققا؛ أي محقق الوقوع بمعنى أن يكون حالا أو وقع فعلا[4]، وأن يكون هذا الضرر ناتج عن فعل الزوج وليس الغير فلا يعتبر الضرر الواقع على الزوجة من أسرة الزوج ضررا موجبا للتفريق، إلا إذا كان هذا الزوج هو المحرض للغير على زوجته[5].

---

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص205.

[2] عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص 22.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي ...، المرجع السابق، ص .527.

[4] فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 20.

[5] تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة حقوق، المرجع السابق.

ونظرا لاختلاف تقدير الضرر المعتبر شرعا من قاض لآخر، قد جاء في قرار للمحكمة العليا: "متى كان من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية "[1].

أما في قرار آخر، فقد جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد الخلاف بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضرر بيّن واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه"[2].

مما يؤكد أن تحديد الضرر المعتبر شرعا يرجع الى السلطة التقديرية الكاملة لقاضي الموضوع، وهنا يمكن التحدث عن ضرب الزوجة كضرر بصيبها يخولها طلب التطليق، بالاضافة الى عدم توفير سكن منفرد لها، وهو ما يفهم من قرارا للمحكمة العليا جاء فيه:" لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا، اثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط"[3] وقضت المحكمة العليا كذلك في قرار لها بتاريخ 1996/01/16 على أنه: "ان ادانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الاسرة، ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب"[4].

وعلى الرغم من كل هذه الأسباب خاصة آخرها والتي تخدم مصلحة المرأة بمجرد إثبات الضرر الحاصل لها إلا أن المشرع لم يكتف بذلك وذهب إلى توسيع دائرة أسباب الطلاق وذلك

[1] المحكمة العليا، غ أش، 1984/12/25، 34767، المجلة القضائية، 1990، عدد 01، ص 92.

[2] المحكمة العليا، غ أش، 1985/05/20، 36414، المجلة القضائية، 1990، عدد 02، ص 58.

[3] المحكمة العليا، غ أش، 2010/07/15، 572240، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص 278.

[4] المحكمة العليا، غ.أ.ش،1996/01/16،ملف رقم 127948، نشرة القضاة، 1999 عدد 54، ص.100، جمال سايس، المرجع السابق، ص.928.

بإضافة حالات أخرى من أجل خلق توازن بين طلاق الزوج وطلاق الزوجة والوصول إلى حتمية الاستجابة للزوجة في طلب التطليق من خلال مايلي:

نص المشرع في الفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه. بهذا النص يقتضي القول أن المشرع أضاف قيدا آخر للقيود الواردة على تعدد الزوجات –سالفة الذكر– حيث بنصه هذا جعل الزوج أمام أمرين، إما أن يتزوج بثانية وفق الشروط المنصوص عليها بالمادة 08 من ذات القانون أو أن زواجه يتعرض للتطليق من قبل زوجته، إذ للزوجة طلب التطليق إما لعدم رضاها عن الزواج، أو وقوعها ضحية تدليس من الزوج، بالاضافة إلى عدم توفير هذا الأخير للعدل المنصوص عليه.

وبالرجوع إلى القضاء نجد ان أغلبية حالات التطليق بناءا على هذه الفقرة يرجع إلى عدم العدل بين الزوجات، إذ جاء في قرار للمحكمة العليا مايلي:"حيث أن الزوج لم يقم بواجباته الزوجية إتجاه المدعية في الطعن لمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجتين طبقا للشريعة الإسلامية وأنه بناءا على ذلك قضى الحكم المعاد بالتطليق بين الزوجين مما يستوجب نقض القرار إذ الحكم سليم"[1].

هذا وقد جاء في قرار آخر عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للمادة 53 ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق[2].

وبفصل المشرع لهذا السبب وجعله سببا مستقلا بذاته لطلب التطليق، فإنه بذلك يؤكد على تقييد تعدد الزوجات وإلزام الزوج بإحترام الشروط والقيود الوادرة ضمن المادة 08 هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يقوم بتسهيل مهمة المرأة في طلب التطليق بتوسيع وتنويع أسباب طلاقها.

[1] المجلس الاعلى، غ ق خ ، 41445/05/05،1986، غير منشور، مقتبس عن اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص200.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش، 2006/07/12، 356997، مجلة المحمة العليا،2006،عدد 02،ص 441.

هذا وأضافت الأستاذة تشوار زكية أن هذا السبب يؤدي إلى حماية المرأة من ظلم التعدد إذ أن الإذن القضائي بالتعدد لم يكف لصيانة حقوقها بل هو إحدى الوسائل المؤدية إلى الحماية[1].

هذا وزاد المشرع من توسيع دائرة أسباب التطليق من خلال إستحداث سبب جديد، وهو الشقاق المستمر بين الزوجين، وقد إستنبط هذا الأخير من خلال إجتهاد القضاء، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "من المستقر عليه أن إستفحال الشقاق بين الزوجين بقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء إستفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون"[2]، بالإضافة إلى قرار آخر جاء فيه:" متى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعلها متضررة ومحقة في طلبها التعويض"[3].

فالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة[4]،وقد تطرق المشرع لهذا الشقاق في المادة 56 حتى قبل التعديل قائلا : "إذا إشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ."ونفهم من هذه المادة أن إشتداد الخصام هو سبب من أسباب التطليق لأنها جاءت بعد الحديث عن الطلاق[5].

مما يعني أن إعادة صياغة المشرع لهذا السبب وإدراجه ضمن المادة 53 كسبب للتطليق ماهو إلا تأكيد لنيته في تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية مقابل طلاق الزوج بإدراته المنفردة، وسعيا إلى تحقيق مبدأ المساواة خاصة في تلك الفترة بالذات – أي فترة التعديل – والتي لقيت مطالب كثيرة من الجمعيات النسوية لإنصاف المرأة في طلب الطلاق .

[1] تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة ...، المرجع السابق، ص 527 .

[2] المحكمة العليا، غ أ ش ، 1996/09/24 ، 139353 ،المجلة القضائية ،1997 ، عدد 02، ص 96.

[3] المحكمة العليا، غ أش ، 1999/06/15، 224635 ، مجلة المحكمة العليا ، 2001، عدد خاص ، ص 129..

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي ...، المرجع السابق، ص 527 .

[5] آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 250.

والشقاق المقصود هنا هو الشقاق الذي يكون ضمن الحياة الزوجية وليس ضمن إجراءات الطلاق القضائية وهو ما وضحه المبدأ القضائي الذي جاء فيه :"يثبت الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين ولا يكفي الخلاف في جلسة الصلح لثبوث الشقاق المستمر والإعتماد عليه في التطليق"[1].

إلى جانب كل الأسباب السابقة فإن المشرع أضاف سببا آخر وهو أنه يجوز للمرأة طلب التطليق بسبب مخالفة الزوج للشروط التي إتفقا عليها بناء على المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري.

فعلى الزوج عند قبوله بشروط الزوجة أن يلتزم بها ويطبقها، وفي حال خالفها، فإنه يجوز للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق على أساس إمتناع زوجها عن الإستجابة لشروطها، ولقبول طلب تطليقها يجب أن يكون الشرط محل إتفاق بينهما وقد وافق الزوج عليه، وأن يكون الشرط مكتوب في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

ومن هذا السبب يظهر جليا سعي المشرع لحماية حقوق الزوجة خاصة تلك التي إشترطتها كعملها وعدم التعدد عليها، ناهيك عن إعطائها سببا إضافيا من أجل طلب التطليق مما يؤكد نية المشرع في إقرار مبدأ المساواة بين الزوجين في حق الطلاق .

وكخلاصة، فإن الأسباب التي أضافها المشرع نجد أنها أكثر ليونة بالنسبة للمرأة مما يجعل مهمتها أسهل في تأسيس طلبها للتطليق، وإعطائها عدة فرص تجعل من رخصتها الجوازية ترتقي شيئا فشيئا الى مرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق.

هذا ولا بد من القول أنه رغم اختلاف صور طلب الطلاق بين القانونين الأسريين الجزائري والتونسي الا أن مبدأ المساواة بين الزوجين مكرس في كلا التشريعين أين تم منح الزوجة الحق الكامل في طلاقها بارادتها مقابل طلاق الزوج. فهل أن حماية المرأة ومساواتها بالرجل تتواصل حتى في الصور الأخرى للطلاق؟

[1] المحكمة العليا، غ أ ش ، 2011/07/14، 624622، المجلة القضائية ،2012، عدد 02، ص.227.

المبحث الثاني

المساواة بين الجنسين في الطلاق بالتراضي والطلاق للضرر

اذا أصبح استمرار الحياة الزوجية مستحيلا مع انعدام المودة والرحمة بين الزوجين، واذا كان الزوجين على قدر من النضج والوعي فإنهما يجدان أنه من الأحسن أن يتراضيا ويتفقا على حل العشرة بدلا من الشقاق وهو ما نسميه الطلاق بالتراضي وهذا النوع من الطلاق أخذ به كلا المشرعين الجزائري والتونسي وجعلاه صورة من صور الطلاق.

الا أن المشرع التونسي انفرد بنصه على صورة أخرى للطلاق وهي الطلاق للضرر والتي تكون إما بطلب من الزوج أو الزوجة، وهذا النوع من فك الرابطة الزوجية لم نجده صراحة في قانون الأسرة الجزائري خاصة بشأن الزوج.

وعلى أساس ذلك سوف يتم دراسة الطلاق بالتراضي في المطلب الأول، ثم التفصيل في الطلاق للضرر في المطلب الثاني مع البحث في مدى المساواة بين الزوجين في هذين النوعين.

المطلب الأول

الطلاق بالتراضي

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 على أنه:"... يحل عقد الزواج ..بتراضي الزوجين...". أما مجلة الأحوال الشخصية فنصت في الفصل 31 منها على أنه: "يحكم بالطلاق ...بتراضي الزوجين...".

فالطلاق بالتراضي هو الاتفاق بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، ذلك أن استمراريتها أصبح أمرا مستحيلا لأي سبب من الأسباب، فتكون إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني وهو الطلاق[1].

ويطلق الفرنسيين على هذا النوع من الطلاق بالطلاق الظريف أو اللطيف[2].

[1] يوسفات علي هشام، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009، ص55.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ج1،ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، 258.

ويمكن إعتبار الطلاق بالتراضي الوسيلة الأقل مضرة للفرقة وذلك لأنها الأقل إضرارا بالأسرة وبالأبناء خاصة[1]حيث أنه يتم بالإحسان والمعروف بين الزوجين.

وهذا النوع من الطلاق يجسد المساواة المطلقة بين الجنسين في حل الرابطة الزوجية، ذلك لأن قرار الطلاق يكون بإرادتهما كليهما وعن إتفاق وتراض بينهما بدون أي فرق أو تمييز.

فيحصل إتفاق بين الزوجين على طلب الطلاق كمبدأ، وعادة مايتفقان كذلك حول فروعه من نفقة الزوجة والأبناء والحضانة والمسكن[2].

وفي كلا التشريعين، فإن هذا النوع لا يلغي الجلسة الصلحية فعلى القاضي بذل الجهد لإقناع الزوجين بالرجوع عن الطلاق[3]. وفي حالة فشل المحكمة في محاولة الإصلاح تحكم بالطلاق بناء على الإرادة المشتركة لهما، مع عدم جوزا مراجعة القاضي لسبب طلاقهما إلا أنه يمكن له ألا يراعي كل ما اتفقا عليه في حال كان ذلك مخالفا للنظام العام والآداب العامة[4]، أو أنها كانت ضد مصلحة الاطفال خاصة فيما يتعلق بالحضانة والتي تسند على أساس معيار مصلحة المحضون.

وتتسم إجراءات الطلاق بالتراضي في القانون التونسي بالقصر مقارنة بصور الطلاق الأخرى ذلك لأن إجراءاته لا تعرف طابعا نزاعيا[5]، فالزوجين يلجآن بإرادتهما إلى القضاء لإضفاء صبغة رسمية على إتفاقهما والحصول على سند رسمي يقضي بخروجهما من مؤسسة الزواج، وما على القاضي إلا إعمال رقابته على سلامة اتفاقهما على الإنفصال بالطلاق وتأمين مصلحة الابناء القصر، دون حاجة للزوجين في الافصاح عن سبب الطلاق[6].

ولما كانت إرادة الزوجين مشتركة في إيقاع الطلاق، فإنه لا يجوز لأحدهما العدول عنه بإرادته المنفردة ودون موافقة الطرف الآخر. وفي هذا الصدد جاء قرار إستئنافي بالقول: "تراكن

[1] سامية دولة، فاطمة الزهلراء بن محمود، المرجع السابق، ص 137.

[2] ساسي بن حليمة، محاضرات...، ص 62.

[3] سامية دولة، فاطمة الزهلراء بن محمود، المرجع السابق، ص 137.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة..، المرجع السابق، ص 259-260.

[5] مريم بلحاج بالطيب، الطلاق ومصلحة الأبناء، رسالة ماجستير في العلوم القانونية الاساسية، جامعة قرطاج، تونس، 2012، ص 03.

[6] محمد اللمجي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر و تنمية فنون الرسم، ط.1، 2008، ص380.

الزوجين أمام القاضي الصلحي على إيقاع الطلاق بينهما بالإتفاق لا يسمح لأحدهما بالعدول عنه دون موافقة الطرف الثاني"[1].

فإرادة الزوجين تتحد بمجرد طلب الطلاق إلى حين إيقاعه من قبل المحكمة، وهو نفس المعنى الذي يأخذ به القانون الجزائري كذلك حيث تنص المادة 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." هذا وصدر قرار المحكمة العليا في 2000/05/23 جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو اشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية، ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير"[2].

وللطلاق بالتراضي أو الإتفاق عدة محاسن، حيث أنه يحافظ على العلاقات الطيبة التي ربطت الزوجين في يوم ما، فلا مجال هنا للنزاعات. والأكثر من ذلك وهو الاهم، فإن تراضي الزوجين يساعد على توازن نفسية الأطفال إن وجدوا، حيث أنهم لا يعيشون صدمة الخلافات بين والديهم فتبقى في أذهانهم نفس الصورة الحسنة لهما[3].

هذا بالنسبة للطلاق بالتراضي في كلا القانونين، فماذا بشأن الطلاق للضرر هل يخص أحد الزوجين أو كلاهما؟

المطلب الثاني

الطلاق للضرر

خول المشرع التونسي إمكانية إيقاع الطلاق بسبب إضرار أحد الزوجين بالآخر بإعتبار ذلك إخلالا بالواجبات الزوجية، والتي تقتضي أساسا الإمتناع عن كل ما يضر بالقرين. وتجدر

[1] محكمة الاستئناف، تونس، 1971/07/08، عدد 23057، مجلة القضاء والتشريع،1972 ، عدد 4و5، ص51.

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

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

الإشارة أن صياغة الفصل 31 قبل التعديل كانت تنص على هذا الحق في الطلاق بالقول: "للأسباب المبينة بفصول المجلة "[1].

وهذا النص يلزم الرجوع إلى كل فصول مجلة الأحوال الشخصية لمعرفة ماهي النصوص التي يمكن أن تصلح أساسا لدعوى الطلاق، ومن بينها الفصل 11 المتعلق بخيار الشرط، و الفصل 38 المتعلق بعدم الإنفاق، كذلك الفصل 23 المتعلق بالواجبات المحمولة على الزوجين[2].

وهذا التفسير يجعلنا نقول أن هذا النوع من الطلاق أقرب مايكون إلى التطليق الموجود في قانون الأسرة الجزائري، إلا أن المشرع التونسي خص الطلاق للضرر بكلا الزوجين وليس الزوجة فقط، فجعلهما متساويان في هذا الطلب. هذا والمشرع الجزائري عدد الأسباب التي يمكن من أجلها طلب التطليق مع إضافة سبب عام وهو كل ضرر معتبر شرعا، أما المشرع التونسي نص على هذا الضرر بصفة عامة وجعله كسبب وحيد لطلب الطلاق على أساسه.

وبتعديل المشرع التونسي للفصل 31 ونصه على أن الطلاق يحكم به بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ماحصل له من ضرر يكون قد ساير جريان العمل لدى المحاكم الذي إشترط عبارة الطلاق للضرر[3]. وعليه، فالمشرع جمع كل الفصول التي يمكن أن تكون أساسا لطلب الطلاق وحصرها بكلمة الضرر مما يعني أن الضرر يكون بخرق أحد الزوجين للواجبات المحمولة عليه بموجب عقد الزواج.

وقد أوكل المشرع التونسي بموجب تعديل 1981 تقدير وجود الضرر ومدى تأثيره في الحياة الزوجية إلى إجتهاد المحكمة[4].

إلا أن الضرر كسبب لطلب الطلاق قد شهد إختلافا فقهيا لأن المشرع لم يبين هل أنه يحكم بالطلاق بسبب الضرر فقط أم أنه لابد من وجود خطأ نشأ عنه الضرر؟ فهل أن تضرر أحد

[1] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص 138.
[2] ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع السابق، ص 62.
[3] ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع نفسه، ص 62.
[4] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص 138.

الزوجين من عقم أو مرض قرينه يمنحه حق طلب الطلاق للضرر، أم أنه يجب أن يكون الضرر ناتج عن خطأ وبالتالي، فلا يد للقرين في مرضه وعقمه مما يستوجب عدم طلب الطلاق للضرر؟

إن هذا التساؤل أدى إلى إنقسام الفقه إلى رأيين في هذه المسألة، حيث يرى بعضهم أن المشرع لم يشترط صراحة خطأ واكتفى فقط باشتراط الضرر، فإذا توفر هذا الاخير، فإنه يعتبر كافيا للحكم بالطلاق. أما الرأي الآخر، فذهب إلى أن المشرع قد اشترط ضمنيا أن يكون الضرر ناتجا عن خطأ.

أما بالرجوع إلى فقه القضاء التونسي، فإن قرارات محكمة التعقيب هي كذلك مختلفة فمرة تحكم بأن الضرر يجب أن يكون ناتجا عن خطأ، من ذلك القرار التعقيبي الذي جاء فيه: "المرض حالة من الحالات التي تصيب كل آدمي كبيرا كان أو صغيرا ولا يمكن بحال أن يكون سببا يعتمد بطلب الطلاق بموجب الضرر خاصة إذا لم يثبت طالب الطلاق أنه كان يجهل تلك الحقيقة عند إبرامه عقد الزواج"[1]. إضافة إلى قرار آخر جاء فيه: "مرض الاعصاب عند الزوجة مصيبة طبيعية حالة بالزوج، لا تكون وحدها سببا لطلب الطلاق للضرر من الزوجة مع تغريم الزوج وحرمانها من حضانة أولادها منه، وبذلك فإن الحكم الصادر على الزوجة من أجل ذلك لا يكون مرتكزا على سند قانوني صحيح فاستحق النقض"[2].

ومرة أخرى، تحكم المحكمة بالطلاق للضرر دون أن يكون ناتجا عن خطأ ومن ذلك القرار التالي: "إن إصابة الزوجة بمرض خطير قبل عقد صداق الزواج بها وإخفاء ذلك على الزوج يجعل هذا الأخير مضررا به وتبعا لذلك فإن طلاقه منها من أجل المضرة يعد طلبا وجيها"[3].

ورغم تضارب قرارات محكمة التعقيب إلا أن أغلبية فقه القضاء يتجه إلى أن الضرر وحده غير كاف لطلب الطلاق، إذ لابد أن يقترن بخطأ صادر من القرين ليكون الضرر معتبرا ومن ذلك الطلاق لعدم الإنفاق وهو ماجاء في القرار التالي: "إن عدم معاشرة الزوجة والإصرار على عدم

[1] محكمة التعقيب، 1987/09/02، عدد 17977، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

[2] محكمة التعقيب، 1981/12/15، عدد 5929، مقتبس عن ساسي بن حليمة، محاضرات...، الرجع السابق ص 65

[3] محكمة التعقيب، 1986/06/17، عدد 15340، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

الإنفاق عليها رغم صدور الحكم بالنفقة والإعلام يعد إخلالا كاف وحده كسند مبرر للطلاق للضرر بصرف النظر عن مآل الحكم الجزائي"[1].

ويمكن اعتبار رفض البناء ضررا صادرا عن خطأ القرين وهو ما أكدت عليه محكمة التعقيب من :" أن بقاء إمرأة عذراء أكثر من سنة من تاريخ الدخول بها يمثل ضررا لاحقا بها"[2]، وقد جاء في إحدى حيثيات قرار استئنافي أن:" إحجام الزّوجة عن إتمام البناء يشكّل ضررا بالزّوج خصوصا وقد انقضت مدّة طويلة على إقامة العقد"[3].

والحقيقة أن مادام الضرر قائما، فإن للزوج أو الزوجة طلب الطلاق للضرر سواء كان ذلك ناتجا عن خطأ القرين أو لا، الا أن التعويض هنا يجب أن يكون عن ضرر ناتج عن خطأ الزوج، فمثلا في حالة الطلاق للضرر بسبب المرض، فان الضرر حاصل ولكن لا علاقة للقرين بذلك، وعلية يتوجب الطلاق دون تعويض.

هذا ويقترن كذلك الطلاق للضرر بمشكل آخر وهو مدى صحة طلب الطلاق بسبب ضرر ناتج عن خطأ الغير؟

فالفعل الضار عادة مايصدر من الزوج كالسب وعدم الإنفاق إلى غير ذلك من الافعال، ولكن هل أن فعل أسرة القرين هو ضرر موجب للطلاق؟

إن المشرع التونسي لم ينص كذلك على هذه المسألة إلا أن فقه القضاء أكد على أن الضرر الذي يؤخذ به هو الضرر الناجم عن خطأ القرين ذاته، لا الضرر الناجم عن فعل غيره، كفعل أحد أفراد عائلته. لكن يمكن إعتبار إضرار القرين بأحد أبوي الآخر ضررا موجبا للطلاق[4]، حيث أنه قضت محكمة الإستئناف بسوسة بالطلاق للضرر أين طالبت الزوجة به بسبب الإعتداء على

[1] محكمة التعقيب، 1997/05/13، عدد 56563، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

[2] محكمة التعقيب، 17 جوان 1990، عدد 1101، المجلة التونسية للقانون، سنة 91، ص 85.

[3] محكمة الاستئناف، تونس، 1972/2/24، عدد 63489، م.ق.ت، 1974 ص 27، مقتبس عن أيمن الدريدي، الضرر في العلاقة الزوجية، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، ب.س.ن، ص.16.

[4] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص139.

والدها لا عليها، وذلك على أساس أن الإعتداء بالعنف إعتداء على كرامة الزوجة ويتنافى مع حسن المعاملة المفروض على الزوج[1].

وأمام عدم تعريف المشرع التونسي للضرر نجد أن محكمة التعقيب عرفته عن طريق تبيان أهم الشروط الواجب توافرها فيه وذلك من خلال القرار التالي:" لإن لم يعرف المشرع التونسي الضرر الموجب للطلاق، فإنه يؤخد من روح الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية والقانون المقارن أن الضرر المعتبر يشترط فيه أن يكون ثابتا ومحققا، ومن شأنه أن يجعل إستمرار المعاشرة الزوجية بين الزوجين أمرا مستحيلا، ولا يعد نتيجة ذلك الخلاف البسيط أو الإزعاج الظرفي ضمن ماهية الضرر الموجب للطلاق"[2].

ومن هذا التعريف يمكن القول أن الطلاق للضرر لابد أن يكون نتيجة لقيام القرين بأعمال أدت إلى تضرر طالب الطلاق ضررا محققا وكذا استحالة العشرة بينهما. وعليه، فإذا أخل أحدهما بواجباته المحمولة عليه فللطرف الآخر طلب الطلاق للضرر ومن ذلك سوء معاشرة أحدهما للآخر والإيذاء بالقول والفعل، والإعتداء بالعنف، ومن ذلك قرار لمحكمة الاستئناف بتونس الذي جاء فيه:" اذا اعتدى الزوج على زوجته بالعنف خارج محل الزوجية عد ذلك ضررا يخول للزوجة أن تطالب بالطلاق طبق الفقرة 02 من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية"[3].

أما فيما يخص جريمة الزنا فإنها تمثل سببا حتميا للطلاق للضرر بل أن بعض المحاكم حكمت بالطلاق للضرر دون حاجة إلى ثبوت المعنى الضيق لجريمة الزنا أي الإتصال الجنسي بغير القرين، حيث إعتبرت محكمة الإستئناف بتونس: "أن مجرد إتصال الزوج بعائلة أجنبية دون علم الزوجة

[1] محكمة استئناف سوسة، ب.ت.ن، مقتبس عن ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع السابق، ص 66.

[2] محكمة التعقيب، 1998/02/16، عدد 62581، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

[3] محكمة استئناف تونس، 1971/02/04، عدد 62506، مجلة القضاء والتشريع،1971 ، عدد 06، ص.94.

وخروجه معهم في نزهات واجتماعات لمختلف الأماكن وعديد الأوقات فإنه يعتبر معرضا عن زوجته مما يخول لها الحق في المطالبة بالطلاق للضرر"[1].

هذا ولا بد من الاشارة الى نوع آخر من الطلاق موجود في قانون الأسرة الجزائري و لم ينص عليه المشرع التونسي وهو الطلاق للنشوز وذلك 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 التعويض عن الضرر[2].

وفي ختام الفصل الأول، نقول أن صور الطلاق رغم إختلاف أشكالها بين القانونين إلا أن مبدأ المساواة بين الجنسين كان مجسدا من خلالها، فالمشرع الجزائري منح المرأة حق طلب التطليق مع توسيع الأسباب المؤدية إليه، إضافة إلى حقها في مخالعة زوجها دون موافقته كسبيل لطلاقها أمام إرادته المنفردة .

أما المشرع التونسي، فقد منح لكل واحد من الزوجين طلاقا مقابل الآخر، إذ للزوجة الطلاق للضرر أو بطلب منها أمام إنشاء الزوج الطلاق أو طلبه للضرر هو كذلك، مع إشتراك المشرعين في صورة الطلاق بالتراضي .

ونكرر القول دائما أن المشرع التونسي كان أكثر وضوحا وتكريسا لهذا المبدأ مقارنة بنظيره الجزائري، فماذا بشأن توابع الطلاق المادية والشخصية؟

[1] محكمة الاستئناف، تونس، 1966/07/14، عدد 59009، مجلة القضاء والتشريع، 1966، عدد 09، ص.79، مقتبس عن ساسي بن حليمة، محاضرات ....، المرجع السابق، ص.70.

[2] لمزيد من التفاصيل حول النشوز وحالاته راجع ص 224 وما يليها من هذه الرسالة.

الفصل الثاني

المساواة بين الجنسين في آثار الطلاق

رغم أن لعقد الزواج أهمية كبيرة أين وصف بالميثاق الغليظ إلا أنه قد يتعرض للهدم عن طريق الطلاق بأنواعه، وحفاظا على حقوق الأزواج عامة والأولاد خاصة تم ترتيب عدة آثار تنجم عن حدوثه، حيث تبين هذه الآثار الحقوق وكذا الإلترامات التي تنشأ عن هذه الواقعة. فآثار الطلاق إذن، هي تلك النتائج التي تنجر وتترتب عن فك العصمة الزوجية ومن هذه الآثار مايتعلق بالزوجين ومنها مايتعلق بالأولاد .

وبالرجوع إلى القانونيين الأسريين الجزائري والتونسي نجدهما قد رتبا عدة آثار عن الطلاق، لذا سوف يتم التركيز في هذا الفصل على أهم هذه الآثار والتي تطرح عدة تساؤلات خاصة من ناحية تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين من خلالها، وعليه مامدى تكريس مبدأ المساواة في آثار الطلاق ؟

للإجابة على ذلك يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتعرض في أولهما إلى تلك الآثار الشخصية والمعنوية التي تترتب عن الطلاق خاصة مسألة الحضانة والولاية على الأطفال والتي تثير عدة إشكالات. أما في المبحث الثاني، فسيتم التطرق فيه إلى تلك الآثار المالية التي تتعلق أساسا بسكن ممارسة الحضانة والتعويض المالي عن الطلاق دون نسيان نفقة المطلقة وأولادها.

المبحث الأول

المساواة في الآثار الشخصية للطلاق

إن من أهم الآثار الشخصية للطلاق مايتعلق بالأولاد وهي مسألة الحضانة والولاية عليهم، ذلك أن الطفل يحتاج إلى من يرعاه ويحفظه وهو في سن الضعف عن طريق حضانته بطريقة تليق به، إضافة إلى حقه وحاجته إلى الولاية عليه في النفس أو المال، ذلك لعدم قدرته على رعاية شؤونه سواء من ناحية التعليم أو التربية وكذا حفظ المال وحسن إستثماره .

وعلى أساس ذلك نجد أن كلا المشرعين إعتنيا بهذه المسألة ونظماها من خلال عدة مواد، إلا أن أكثر مايهمنا هو هل أن لكلا الأبوين نفس الحق وعلى قدم المساواة في حضانة أولاده وكذا الولاية عليهم بعد الطلاق ؟

للإجابة على هذا التساؤل سوف يتم التفصيل في مسألة الحضانة في المطلب الأول وبعدها نخوض في الولاية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مدى تطبيق مبدأ المساواة في مجال الحضانة

إن من أهم الآثار القانونية للطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية أين يجب ضمان التربية الصحية والخلقية للطفل .

وبالرجوع إلى مجلة الأحوال الشخصية نص المشرع التونسي على الحضانة في الباب الخامس تحت عنوان في الحضانة من خلال الفصول 54 إلى 67. أما المشرع الجزائري فقد نظمها في الباب الخامس تحت عنوان في الحضانة من المادة 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري، وقد تعرض المشرعين في هذه النصوص إلى كل مايخص الحضانة، فهل تم تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في ممارسة هذا الحق بعد الطلاق خاصة بين الأبوين؟

للإجابة على هذه الإشكالية سوف يتم التفصيل أولا في أهم أحكام الحضانة في كلا القانونين من أجل تبيان مفهومها وكذا كيفية ممارستها، ثم نذهب إلى البحث عن مدى المساواة في إسناد الحضانة بعد الطلاق.

الفرع الاول

أحكام الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري والتونسي

فالحضانة لغة –بفتح الحاء- هي ضم الشيء إلى الحضن[1]وهو جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أوبطنه في قولنا "تعيش الذئاب في حضن الجبل" أي عمقه، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الام إبنها إلى صدرها وهي تعانقه، وتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه[2].

أما إصطلاحا[3] فقد عرفها وهبة الزحيلي أنها: " تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية أو حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل أو كمجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله، وغسل ثيابه ونحوها"[4].

أما قانونا، فقد عرفها المشرع التونسي في الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله: "الحضانة حفظ الولد والقيام بتربيته". وعرفها المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة بالقول: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

من خلال هذين التعريفين القانونيين يتبين لنا أن المشرع الجزائري كان أكثر تفصيلا في تعريفه للحضانة من خلال ذكر أهدافها وتحديده لنطاقها وغايتها الأساسية عكس نظيره التونسي الذي أعطاها تعريفا عاما.

[1] جمال الدين بن منظور، ج1، المرجع السابق، ص.661.

[2] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2010، ص.369.

[3] والحضانة في الشرع هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة، ممن له الحق في الحضانة، أنظر، بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 167.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص117.

وفيما يتعلق بمدة حضانة الطفل، فإن قانون الأسرة نص عليها صراحة قائلا في المادة 65 أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج على أن يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون". وعلى خلاف ذلك فإن المشرع التونسي لم يحدد مدة الحضانة أي عدم تحديده سن معين لإنتهائها، وقد إختلفت الآراء على ذلك فهناك من اعتبر أنها تستمر إلى بلوغ الطفل 18 سنة ويذهب بعض رجال القانون إلى أنها تستمر إلى أن يبلغ الطفل 16 عاما[1].

والجدير بالذكر أن الفصل 67 قبل تنقيح 03 جوان 1966 كان يحدد سن الحضانة بالنسبة للولد 07 سنوات كحد أقصى أما البنت فكان يحددها بتسع 09 سنوات[2]. إلا أنه بعد ذلك أبدل المشرع تحديد سن المحضون بمصلحته كمعيار لمدة الحضانة.

أما بالرجوع إلى القضاء، ففي مرحلة معينة كان يعتبر مدة الحضانة تنتهي ببلوغ الطفل سن 18 سنة حيث جاء في قرار عن محكمة الاستئناف بسوسة أنه:" نستنتج من عموم الفصل 93 من المجلة المدنية أن الحضانة تستمر حتى بلوغ سن 18 سنة، بدليل أن هذا النص اعتبر الوالد والأم يعد مسؤولين عن الضرر المتسبب فيه فعل أولادهما الذين سنهم 18 سنة كاملة والساكنين معهم" [3]، بيد أنه إستقر القضاء بعدها على إعتبار سن الرشد المدني هو سن الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون دائما[4]وهو ما يفهم من قرار تعقيبي جاء فيه:" تسقط الحضانة بانتهاء أمدها الذي ينقضي بانقضاء موجبها وهو ارتفاع حق الولاية على الصبي بتجاوز هذا الأخير السن المقضاة فيها تربيته وحضانته وبالتالي، فإن الحضانة لا تنتهي بحكم المحكمة التي يمكنها الاكتفاء بمعاينة واقعة **بلوغ سن الرشد** القانونية لا غير"[5].

---

[1] ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع السابق، ص 92.

[2] حيث جاء في النص ما يلي:" يتعين أن يكون المحضون قبل بلوغ الذكر لسبع سنوات وبلوغ الأنثى لتسع سنوات عند الحاضنة، وفيما بعد هذا الأمد اذا طلب الاب نقل المحضون اليه يجاب الى طلبه مالم ير الحاكم أن من الأصح بقائه عند الحاضن".

[3] محكمة الاستئناف سوسة، 1972/02/24،عدد 3051، مجلة القضاء والتشريع، 1973، عدد 01، ص.80.

[4] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص250.

[5] محكمة التعقيب، 2005/09/29، عدد 1878، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

هذا فيما يخص سن الحضانة، أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها فيمن يمارسها، فإن مجلة الأحوال الشخصية عبرت عن هذه الشروط في الفصل 58 بالقول: "يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية، ويزاد اذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى، وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها، ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون أو اذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول و لم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أما وولية عليه في آن واحد".

إلا أن المشرع الجزائري إختصر شروط الحاضن في المادة 62 فقرة 02 بقوله: "...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

من خلال النصين نرى أن كلا المشرعين إشتركا في اشتراط قدرة الحاضن على القيام بشؤون المحضون إضافة إلى البلوغ والعقل، حيث عبر عنها المشرع الجزائري بقوله "أهلا" أما المشرع التونسي بكلمة "مكلفا"، وفي مسألة التكليف يؤكد قرار تعقيبي على أنه لا يعني الرشد القانوني بقوله: "المنظور أصالة في الحضانة هي قدرة الحاضن على القيام بشؤون المحضون وتحليه بما يجب من الصفات الأخلاقية والصحية، أما الرشد القانوني فلم يشترطه القانون وانما اشترط التكليف وهو التمييز والبلوغ الطبيعي"[1].

فمستحق الحضانة يجب أن يكون قادرا على القيام بشأن المحضون وأن يكون سالما بدنيا وذهنيا، إذ لا حضانة لعاجز كالأصم الأخرس والمريض، إضافة إلى كبير السن غير القادر على الحركة ذلك لأنه غير القادر لا تتحقق رعاية الطفل بحضانته[2].

[1] محكمة التعقيب، 1962/11/06، عدد 1507، فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص270.

[2] سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، م.ج.ع.ق.أ.س، 2004، عدد 01، ص 142.

هذا وقد أضاف المشرع التونسي إلى جانب البلوغ والعقل أن يكون مستحق الحضانة خاليا من الأمراض المعدية ويقصد هنا الأمراض الخطيرة وهو ما أكده القرار التعقيبي التالي: "يكون قابلا للنقض الحكم الذي قضى بحرمان والدة من حضانة ابنها بحجة أنها مصابة بمرض قبل التحقق من خطورة هذا المرض ومن استمراره لتاريخ الحكم"[1]، فالمقصود بالأمراض هنا تلك التي قد ينتج عنها ضرر خطير قد يتسبب في هلاك المحضون أو إصابته بعاهات عقيمة[2].

وفضلا عن كل ماسبق إشترط المشرع التونسي كذلك شروطا خاصة تختلف بإختلاف جنس الحاضن، فإذا كان الحاضن ذكرا يجب أن يكون من محارم البنت المحضونة وأن يكون لديه من يحضن من النساء، وذلك من أجل أن تمارس مشمولات الحضانة التي يعجز الذكور عن القيام بها .

وفي حال كان الحاضن أنثى يجب أن تكون خالية من زوج دخل بها، ولكن يمكن أن تكون متزوجة وتستمر حضانتها إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة للمحضون، خاصة إذا كان زوجها محرما للمحضونة أو وليا لها وإذا سكت كذلك من له حق المطالبة بالحضانة مدة عام بعد علمه بزواج الحاضن، وأخيرا إذا كانت الحاضنة مرضعا للمحضون أو كانت أما وولية عليه في آن واحد[3].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة يجدر التنبيه إلى أن شروط الحاضن لا تقتصر على ما ذكره المشرع في المادة 62 بل تتعداها وذلك بالرجوع إلى المادة 222 التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية. هذا بالنسبة للأحكام العامة للحضانة في كلا القانونين، فما مدى تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في ما يتعلق باسناد الحضانة؟

[1] محكمة التعقيب، 1962/02/19، عدد 1479، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn .

[2] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص269.

[3] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص269-270.

الفرع الثاني

مدى المساواة بين الجنسين في إسناد الحضانة

إن حضانة الأطفال كثيرا ما تكون محل نزاع بين الأبوين حول من هو الأجدر باستحقاقها، فكل واحد منهما يرغب في أن يظفر بحضانة أولاده مما يجعلنا نتساءل هل أن القانون وضعهما في كفة واحدة أمام حضانتهما لأولادهما على أساس مبدأ المساواة أم أن هناك تفضيل لأحدهما على الآخر؟

لقد نظم المشرع التونسي مسألة إسناد الحضانة من خلال الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية والذي جاء فيه: "... وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما، وعلى القاضي عند البث في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون ...". أما المشرع الجزائري ففصل في هذه المسألة من خلال المادة 64 من قانون الأسرة بقوله: "الأم أولى بحضانة أولادها ثم الاب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

أول مايلاحظ من خلال قراءة المادتين وجود إختلاف بين المشرعين في تنظيم مسألة إسناد الحضانة بعد الطلاق. فالمشرع الجزائري أعطى الأولوية للأم بحضانة أولادها ثم يأتي الأب في المرتبة الثانية، والجدير بالذكر هو أن المشرع انتقل بالأب من المرتبة الرابعة إلى المرتبة الثانية في ترتيب الحواضن[1]مقارنة بالنص القديم قبل التعديل. إذ حسب النص الأصلي لقانون الأسرة، فإن النساء كن أسبق من الرجال في حق الحضانة أين تأتي بعد الأم أم الأم في المرتبة الثانية، وبعدها تأتي الخالة سواء كانت أخت شقيقة أو أخت لأم وتأتي مرتبتها بعد أم الأم مباشرة. وبعد جهة الأم تأتي جهة الأب، فالأب ثم بعده الجدة أم الأب ثم الأقربون درجة .

[1] بوكايس سمية، المساواة....، المرجع السابق، ص 141.

وهو ماكان ينص عليه تقريبا المشرع التونسي قبل التعديل، إذ كان يعتمد على قائمة تفاضلية للذين تسند إليهم الحضانة، وفي طليعة هذه القائمة الأم[1]. وأساس هذه القائمة هي أن النساء أحق من الرجال بالحضانة، وأن القريبات من جهة الأم أحق197-180 بالحضانة من القريبات من جهة الاب[2]. إلا أن المشرع التونسي ألغى هذه القائمة سنة 1966 وأصبحت الحضانة تعهد إلى أحد الأبوين أو إلى غيرهما، بدون تفضيل أي منهما على الآخر.

وعلى أساس كل ماسبق، نرى أن كلا المشرعين خرجا عن الترتيب الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء حيث أن ترتيب الحواضن حسب الجمهور يجعل الإناث أسبق من الذكور[3]، وذلك لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها حيث يكون النساء أشد ملازمة للأطفال. وعليه، فما الغرض من وراء هذا الترتيب لكلا المشرعين؟

إن الغرض من طريقة إسناد كل منهما للحضانة هو تحقيق مبدأ المساواة في هذا الحق وخلق نوع من التوازن بين الأب والأم مع وجود إختلاف بسيط بين التشريعين حيث أن المشرع الجزائري رغم رغبته في تحقيق مبدأ المساواة إلا أنه ترك نوعا من الأفضلية للأم بجعلها أولى من الأب في حضانة ولدها، أما المشرع التونسي فمساواته كانت كاملة ووضع الأبوين في مرتبة واحدة دون أي نوع من التفضيل.

بيد أنه رغم كل ذلك، فإن مبدأ المساواة ليس هو الفاصل في إسناد الحضانة بل أن المعيار هو مبدأ مصلحة المحضون، مما يعني أن منح الحضانة متوقف على مصلحة الطفل.

---

[1] ساسي بن حليمة، محاضرات...،المرجع السابق، ص 94.

[2] وحسب الفصل 57 القديم الأم أولى ثم جدته من قبل الأم، ثم خالته ثم خالة الأم، ثم عمة الأم ثم جدة المحضون من قبل الأب، ثم أخته، ثم عمته ثم عمة أبيه، ثم خالة أبيه، ثم بنت أخ المحضون ثم بنت أخته،ثم الوصي ثم أخ المحضون، ثم عمه ويقدم العم الشقيق على الذي للأم و الذي للأم على الذي للأب في جميع المراتب التي يمكن فيها ذلك، واذا تياوى المستحقون للحضانة في الدرجة يقدم أصلحهم وأكبرهم سنا.

[3] عبد الرحمان البرقوقي، المرجع السابق، ص 170؛ أبو محمد بن قدامة، ج11، ص.120 ومابعدها؛ محمود بن أحمد العيني، ج05، المرجع السابق ص 17 وما بعدها.

ومصلحة المحضون هي مسألة ذاتية ونسبية لا يمكن حصرها أو تعريفها[1] فهي مسألة تتعلق بكل طفل على حدى أين ينظر القاضي إلى الظروف الخاصة لكل طفل بنظرة تخصه، هذا وإن مصلحة المحضون هي مسألة فقهية يصعب إفراغها في مادة قانونية فهي قاعدة متعارف عليها رغم عدم تحديد محتواها، إضافة إلى أنها متطورة ومرنة وتتأقلم مع الظروف الزمنية والمكانية[2].

إن كل ماسبق ذكره يجعل الأمر كله عائدا إلى السلطة التقديرية للقاضي وذلك في تقدير وجود هذه المصلحة من عدمه، وذلك باعتماده على ظروف الحاضن والشروط الخاصة به إضافة إلى النصوص القانونية التي نظمت مسألة الحضانة ومصلحة المحضون فيها.

هذا وقد أكد القضاء سواء التونسي أو الجزائري على مصلحة المحضون كلما سنحت الفرصة وعلى وجوب مراعاتها. ففي فقه القضاء التونسي نجد قرار تعقيبي يقضي بما يلي: "إن مصلحة المحضون هي الرائد الأساسي والمعيار الوحيد لإسناد الحضانة وفق الفصل 64 من مجلة الأحوال الشخصية وأن تقدير الأولوية في الحضانة بين الأب والأم من المسائل الموضوعية الخاضعة لإجتهاد محكمة الأصل في نطاق مصلحة المحضون شريطة التعليل المستكمل"[3].

إضافة إلى قرار آخر جاء فيه :"ركز المشرع في إسناد الحضانة على مراعاة مصلحة المحضون باعتبارها الهدف الأوحد لنظر القضاء"[4].

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، نجد القرار التالي: "يراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الاسرة، وأنه يخضع تقدير مصلحة المحضون هنا للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[5].

---

[1] تشوار جيدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2005، ص75-80.

[2] بوبكر خلف، مصلحة المحضون دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة، مجلة العلوم الانسانية، جوان 2016، العدد 44، ص.523-524 .

[3] محكمة التعقيب، 1997/04/01، عدد 54808، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

[4] محكمة التعقيب، 1994/03/08، عدد 38775، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

[5] المحكمة العليا، غ أ ش، 2011/03/10، عدد 613469، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد01، ص 285.

هذا وتجدر الإشارة إضافة لماسبق أن المشرع الجزائري أتى بنص لم نجد له مثيلا في مجلة الأحوال الشخصية، وهو المادة 67 التي جاء فيها :"...ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"، فالمشرع في هذا النص يؤكد وبصراحة على أن عمل المرأة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها.

والغرض من هذا النص هو التأكيد مرة ثانية على حق المرأة في العمل وأن لاشيء يمنعها من ذلك سواء كانت الحالة أمومة أو زواج أو حضانة. إلا أن ذلك يتوقف على مصلحة المحضون دائما والتي يرجع تقديرها إلى القاضي المختص، فله السلطة الكاملة في تقدير مدى تضرر الطفل من هذا العمل من عدمه.

وحسب الأستاذة حميدو زكية، فإنه على القاضي النظر إلى نوع الوظيفة التي تمارسها المرأة، من حيث إذا كانت تشغلها عن المحضون كل الوقت ومن حيث مساهمة هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة الطفل كأن تكون مدرسة فتساعده في الدراسة والتعلم أو تكون طبيبة فتعرف مايضره مما ينفعه، فمادمت الوظيفة مشروعة والحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقتا طويلا إلى حد فقدانه الحنان والرعاية مع القدرة على التوفيق بين العمل والحضانة فإن حق المرأة فيها لا يسقط[1] .

أما عن سبب عدم وجود نص شبيه لهذا في مجلة الأحوال الشخصية، ذلك أن المشرع التونسي لم يجد حاجة لذلك أين نجد أن عمل المرأة في المجتمع التونسي هو حق محمي دستوريا وقانونيا هذا إضافة إلى أن النصوص القانونية التي تعرضت عامة لمسألة الحضانة لا يشوبها الغموض ولا التردد[2]. حيث يهدف المشرع من خلالها الى حماية مصلحة المحضون فبالنسبة له هذا هو معيار إسناد الحضانة ولا يشكل عمل المرأة فارقا في هذا.

[1] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، دراسة نظرية وتطبيقية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008، ص499.

[2] تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي، المرجع نفسه، ص 450.

إلى جانب أن إقرار المشرع الجزائري لمثل هذا النص كان نتيجة لتضارب موقف القضاء حول عمل المرأة وإسقاط الحضانة بسببه، حيث كان القضاء في الأول متشددا حول عمل المرأة إذ جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "إن الشريعة التي منحت الام المرتبة الاولى في ترتيب الحضانة لم تحصر إهتمامها في ضرورة الحنان على الأولاد بل أنها أرادت أيضا أن توفر لهم الاعتناء في كل وقت والرعاية التي يستحقونها....فإن القرار المطعون فيه متى شاهد أن الوظيفة التي تشغلها الأم تجعلها بعيدة عن أولادها الشطر الأعظم من النهار فقد تمكن للمجلس من دون انتهاك الشرع أن يصرح ، لا بسقوط حق الأم في الحضانة فحسب بل عدم قدرتها على الاهتمام بأولادها فقضى بتسليمهم الى أبيهم الذي أثبت وجود شخص في بيته وهي في هذه الحالة أمه وهي جديرة بتوفيرها لهم كل العناية المطلوبة"[1].

إلا أن الاجتهاد سرعان ما غير موقفه من عمل المرأة وهو ما يتجلى من خلال القرار التالي: "من المستقر قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد باسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"[2]، عكس القضاء التونسي والذي لم نجد فيه أي قرار تم الاطلاع عليه قد تكلم عن هذه المسألة.

ويتضح من كل ماتقدم أن مبدأ المساواة بين الجنسين مبدأ معمول به حتى في مسألة اسناد الحضانة إلا أنه تغلب عليه مصلحة المحضون والتي تعتبر المعيار المأخوذ به في كل أحكام الحضانة، فهل هذا المعيار يبقى هو الفاصل حتى في مسألة الولاية على المحضون؟

[1] قرار المجلس الأعلى، غ ق خ، 1969/05/29، عدد 3469، نشرة القضاة، 1970، ص 50.

[2] قرار المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 2000/07/18، عدد 245156، مجلة المحكمة العليا، 2001، عددخاص، ص 188.

المطلب الثاني

مدى تطبيق مبدأ المساواة في مجال الولاية

إن الولاية هي تدبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية، والقاصر هو من لم يستكمل أهلية الآداء سواءا كان مميزا أو فاقدا للتمييز[1].

ويعرفها محمد اللجمي بأنها :"صلاحية قانونية تخول لمن له حق ممارستها ويسمى الولي الإضطلاع بتمثيل المحجور عليه الصغير، ويسمى المولى عليه في علاقاته المدنية وأمام القضاء طالبا أو مطلوبا بما يخدم مصلحته ويحمي حقوقه، وإبرام باسمه وحسابه سائر التصرفات القانونية النافعة له أو الدائرة بين النفع والضرر، سواءا المتصلة منها بحالته الشخصية من زواج وطلاق أو بأمواله من إدراة واستغلال وتفويت وذلك تحت رقابة القضاء"[2] .

إذن، الولاية نوعان ولاية على النفس وولاية على المال، فالولاية على المال هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات كالبيع والإيجار، أما الولاية على النفس فهي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتزويج[3].

وما يثير التساؤل في مسألة الولاية هو هل أن لكلا الأبوين نفس الحق في الولاية على شؤون أبنائه خاصة بعد الطلاق؟ وهل للمرأة الحاضنة ممارسة شؤون الولاية أم أن دورها يقتصر فقط على شؤون الحضانة ؟

إن الجزء الأكبر من مشمولات الولاية جاء بالفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية والذي جاء فيه: "وتتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها من صلاحيات الولاية فيما يتعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية. ويمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة إذا تعذر على الولي ممارستها أوتعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجرة عنها على الوجه الاعتيادي، أو تغيب عن مقره فأصبح مجهول المقر أو لأي سبب يضر بمصلحة المحضون".

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي...، المرجع السابق، ص 746.

[2] محمد اللجمي، المرجع السابق، ص 451.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي...، المرجع السابق، ص 746.

أما في قانون الأسرة الجزائري فنصت المادة 87 من قانون الأسرة عن الولاية بعد الطلاق وذلك بالقول: "...وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

يلاحظ من خلال النصين إختلاف بين المشرعين في منح حق الولاية للأم الحاضنة، فالمشرع الجزائري أعطى الولاية على إطلاقها لمن أسندت له الحضانة دون أي شروط، فالأم إذا كانت هي الحاضنة فلها الولاية الكاملة على أولادها القصر. بخلاف المشرع التونسي الذي فصل في منحه الولاية للأم، فإذا كانت هي الحاضنة فلها الولاية فيما يتعلق ببعض الأمور فقط كسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية، مما يعني أن الولاية هنا ليست على إطلاقها وأن باقي صلاحيات الولاية الأخرى تسند إلى الاب.

وعليه، فالمشرع التونسي مكن الأم الحاضنة من ممارسة بعض صلاحيات الولاية بغرض خدمة مصالح أبنائها القصر، وذلك حتى تضمن لهم الحد الأدنى من ضروريات الحياة المتمثلة في رعايتهم وحمايتهم والتي هم في أشد الحاجة إليها.

وبهذه الولاية، فإن دور الأب ونفوذه يتقلص حيث أصبحت بذلك الأم تشاركه في حق الولاية، فرغم عدم إعطائها كل الصلاحيات[1]إلا أن البعض الذي منح لها بموجب الفصل 67 له أهمية نظرا لتعلقه بالحياة اليومية للأبناء.

والجدير بالذكر هو أن ممارسة الأم لبعض الصلاحيات لا يجعلها تكتسب صفة الولي والتي تبقى للأب بموجب الفصل 08 والفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية[2]، ذلك أنها تمارس فقط بعض مشمولات الولاية سواء الولاية على النفس أو الولاية على المال. فبالنسبة للولاية على النفس، فقد منحها المشرع صلاحيات فيما يتعلق بسفر ودراسة المحضون، أما فيما يخص الولاية على المال، فقد منحها صلاحيات التصرف في حساباته المالية.

[1] يسرى البرشاني الصافي، الولاية والحضانة، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، 2013-2014، ص.10.

[2] عفاف بن روينة، الأم الحاضة في مجلة الأحوال الشخصية، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، 2013-2014، ص. 09.

إن غاية المشرع التونسي من إعطاء الأم هذه الولاية هو وضع نوع من التوازن بين الحضانة والولاية، حيث أن الولاية هي من كانت تتغلب في مجلة الأحوال الشخصية حسب الفصلين 61و62 منها أين كانت تحد من مشمولات الأم في قيامها بشؤون المحضون[1].

إلا أنه إستثناء أعطى المشرع للأم الحاضنة بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 67 صلاحية ممارسة كل مشمولات الولاية سواء الولاية على النفس أو على المال، غير أن ذلك يكون بمقتضى شروط وهي شروط تتعلق بالأب ويكفي أن يتحقق شرط أو حالة واحدة، حتى يتسنى للأم المطالبة بإسناد مشمولات الولاية إليها.

وتمنح لها بموجب إذن قضائي بعد أن ترفع دعوى أمام المحكمة تطالب فيها بذلك[2]وتتلخص هذه الشروط فيما يلي:

01- حالات إرادية:

أ- ...تعسف الأب في ممارسة مشمولات الولاية :

حيث يمكن للأب أن يفقد حقه في الولاية على أبنائه في حالة تعسفه في ممارستها، فإذا مارس الأب السلطات التابعة للولاية بقصد الإضرار بمصالح القاصر والحاضنة فعليه تحمل تبعات ذلك، وكثيرا مايتعسف الأب في الولاية من أجل الاضرار بالأم الحاضنة حتى لا تتمكن من تصريف شؤونهم اليومية[3]ومن صور التعسف إفراط الأب في حق التأديب فيخرج من إطار التأديب إلى الإعتداء بالعنف[4].

[1] ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود...، المقال السابق، ص 47.

[2] عفاف بن روينة، المرجع السابق، ص09.

[3] يسرى البرشاني الصافي، المرجع السابق، ص 18.

[4] فائزة فائزة، الحماية القانونية للأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة تونس، 2003، ص 102.

ب- .تهاون الأب في القيام بالواجبات المنجرة عن الولاية :

ويتمثل التهاون هنا في ترك ماوجب فعله عن قصد أو غير قصد[1]، ولا يعتبر كل تهاون من قبل الأب موجبا لإسناد الولاية الى الأم، وذلك بصراحة الفصل 67 من المجلة والذي يشترط أن يكون هذا التهاون على غير الوجه الإعتيادي لقيام الأب بواجباته ويخضع تقدير عما إذا كان الإهمال عادي أو غير عادي لسلطة قاضي الموضوع ولا تقيده في ذلك سوى مصلحة المحضون ومن صور هذا التهاون كأن يتغاضى الولي عن متابعة النتائج الدراسية للمحضون أو لم يبادر في تسجيله في مؤسسة تعليمية[2].

2- حالات غير ارادية:

أ- . تعذر ممارسة مشمولات الولاية من قبل الأب:

فالتعذر هنا يمكن أن يكون مانعا ماديا كإعاقة الأب أو مرضه المزمن مما يتعذر عليه التنقل للقيام بواجباته، هذا ويمكن أن يكون التعذر مانعا قانونيا كفقدان الأب للأهلية لجنون أو غير ذلك وعليه للأم ممارسة الولاية كلما تعذر على الأب ذلك.

ب- . غياب الأب من مقره بصفة تجعله مجهول المقر:

إذ تتعطل شؤون المحضون بسبب عدم العلم بمقر الأب وإستحالة الإتصال به[3]. وعليه، للقاضي التأكد من هذا الغياب بجميع الوسائل الممكنة كإستدعاء المعني بالأمر شخصيا أو محاولة معرفة مقره الحقيقي[4].

[1] يسرى البرشاني الصافي، المرجع السابق، ص 19.

[2] فائزة فايزة، المرجع السابق، ص.102.

[3] يسرى البرشاني الصافي، المرجع السابق، ص 19.

[4] ساسي بن حليمة، دور قاضي الأسرة في قضايا الطلاق، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1994، ص.25.

ج- أي سبب يضر بمصلحة المحضون :

وأخيرا، قد أورد المشرع حالة أخرى تجعل الأم تمارس مشمولات الولاية كلها وهي أي سبب يضر بمصلحة المحضون. هذا ويجدر الإشارة إلى أن هذه العبارة عامة ومصلحة المحضون واسعة ولا يمكن حصرها أو تعريفها بالتدقيق وجميع الحالات السابقة هي مضرة بمصلحة المحضون، مما يجعل الأمر خاضعا برمته إلى السلطة التقدرية للقاضي المختص. وعليه تمتع الام بمشمولات الولاية يبقى حقا متوقفا على سلطة القاضي المطلقة.

وحسب كل قيل آنفا، يتضح أن ولاية الأم على أبنائها القصر في قانون الأسرة التونسي يكون في بعض مشمولات الولاية فقط وإستثناءا تتمكن الأم من ممارسة كل صلاحيات الولاية بوجود شروط إلا أن هذا الحق الكلي يخضع لمصلحة المحضون ولسلطة القاضي التقديرية .

وهو مايختلف تماما عن التشريع الجزائري الذي يمنح الأم الولاية الكاملة دون تقييد أو شرط سواء قانونا أو قضاء حيث جاء في قرار قضائي: "إن قضاة الإستئناف عندما قضو بإسناد حضانة الطفل لأمه دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأخيرة الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه "[1].

وعليه، إن إقرار مبدأ المساواة بين الجنسين يتحقق في مسألة الولاية، وهنا نجد أن المشرع الجزائري كان هذه المرة أكثر جرأة ووضوحا من نظيره التونسي وذلك لأن هذا الأخير منح الولاية الكلية للمرأة بصفة إستثنائية وفي حالات معينة.

وما يثير الإهتمام في مسألة ولاية المرأة على أطفالها ومايطرح فيها إشكالا هو ولايتها على النفس، ذلك لأنه بمنحها هذه الولاية يكون للمرأة حق تولي زواج إبنها القاصر فكيف يكون ذلك ؟

[1] المحكمة العليا،غ أ ش، بتاريخ 2009/01/14، عدد 476515، المجلة القضائية، 2009، عدد01،أنظر باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.82.

حيث يشترط شرعا لممارسة ولاية التزويج الذكورة. وبالنسبة للقانون التونسي، فإنه أصلا يمنح الحق للمرأة كزوجة في تولي عقد زواجها بموجب الفصل 09 من مجلة الأحوال الشخصية، وكذلك يمنح للمرأة كأم حق الموافقة على زواج أولادها القصر، إلا أنه ذكر كلمة حق الموافقة وليس تولي العقد.

أما المشرع الجزائري، فإنه لم يورد أي نص يجعل الأم طرفا في زواج القاصر سواء بالموافقة أو بالولاية ولكن بتطبيق نص المادة 87و67 من القانونين الجزائري والتونسي، فإنه يصبح لها حق تولي العقد قانونا في كلا التشريعين.

مما يؤدي بنا إلى القول أن سعي المشرعين إلى إقرار مبدأ المساواة بين الجنسين جعلاهما يضعان نصوصا كهذه، دون التفكير في عواقب تطبيقها خاصة إذا كانت الأم كتابية وليست مسلمة، فقد تصبح ولي على طفل مسلم يعلو عليها بإسلامه[1]، فالإسلام شرط سواء في الولاية بصفة عامة أو في ولاية الزواج[2] وذلك لقوله تعالى : **"وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا "**[3].

وعليه من أجل تدارك الموقف، على المشرعين النص وبصفة واضحة على أنه: "تمنح المرأة الحاضنة الولاية على أولادها القصر في كل مشمولاتها بإستثناء ولاية الزواج والتي ينفرد بها الأب أو غيره من الأقارب الذكور في حالة غيابه أو تعسفه".

من خلال ما سبق، يتضح أن المشرعين الأسريين حاولا تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين من خلال اقرار نوع من التوازن بين الأبوين في منح الولاية والحضانة كآثار شخصية للطلاق، فماذا بشأن الآثار المالية له؟

[1] تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة، المرجع السابق.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.461

[3] سورة النساء، الآية 141.

المبحث الثاني

المساواة بين الجنسين في آثار الطلاق المالية

إلى جانب الآثار المعنوية للطلاق نجد آثارا مالية تتعلق أساسا بالحقوق المادية للزوجة والأولاد والتي تنتج عن الطلاق. إذ يظهر مبدأ المساواة هنا بمظهر مغاير، يتجسد من خلال حماية حقوق المرأة. إذ أنه لا بد لها من مسكن من أجل ممارسة حضانتها على أولادها (المطلب الأول)، بالاضافة الى تعويضها عن الضرر الذي أصابها جراء الطلاق (المطلب الثاني)، ناهيك عن استحداث آليات قانونية جديدة من أجل ضمان نفقتها ونفقة أطفالها (المطلب الثالث).

المطلب الأول

سكن الحاضنة

إن حق الحاضنة في المسكن هو حق ممنوح لها سواء في القانون التونسي أو الجزائري، فنجد المشرع التونسي قد خصص له الفصلين 56 و56 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية. أما المشرع الجزائري فقد كفل هذا الحق من خلال المادة 72 من قانون الأسرة.

ونظرا لاختلاف صياغة النصوص القانونية بين التشريعين في هذه المسألة واختلاف وسائل حماية حق المرأة الحاضنة في السكن سنفصل في القانون الجزائري أولا ثم نتعرض للقانون التونسي، مع البحث عن مدى تأثير مبدأ المساواة في أحكام سكن الحاضنة.

الفرع الأول

حق الحاضنة في المسكن حسب قانون الأسرة الجزائري

إن مبدأ المساواة بين الجنسين وسعي المشرع إلى حماية حقوق المرأة والطفل أدى به إلى تعديل أحكام الحضانة خاصة في الجانب المتعلق بسكنى الحاضنة. حيث أنه كانت حمايته لهذا الحق

منقوصة وخاضعة لشروط معينة، حسب المادتين 52 و72 وهما مادتان لم تعرفا إنسجاما ولا تكاملا[1].

وقد أوردت المادة 52 شروطا يصعب تحقيقها للظفر بسكن خاص لممارسة حضانتها حيث نصت أنه:"وإذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت إنحرافها". مما يفهم منه أن الحاضنة التي تستفيد من الحق في السكن هي أم المحضون فقط دون سواها من الحاضنات[2]، هذا ويجب ألا يكون لهذه الحاضنة ولي يأويها ويؤمن لها مسكن[3].

هذا وأثارت عبارة يضمن حقها في السكن مع محضونيها نقاشا حادا حيث يفهم منها وجوب تعدد المحضونين مع عدم ذكر عددهم، وذهب البعض ومنهم الأستاذ عبد العزيز سعد[4]إلى القول أنه لا يجب أن يقل عدد المحضونين عن ثلاث أولاد لكي تمنح الأم سكن .

هذا واعتبر البعض الآخر أن التعدد ليس شرطا من شروط ثبوت حق المطلقة الحاضنة في السكن، واعتبر الأستاذ بلحاج العربي[5] أن حق المرأة في السكن مكفول ولو بوجود طفل واحد. أما الأستاذ فضيل السعد فذهب إلى ضرورة التشدد في ضمان السكن للمطلقة في حالة كثرة المحضونين[6].

أما القضاء فلم يحسم هو كذلك الأمر أين تضاربت قراراته فمرة يمنح المرأة السكن بوجود طفل واحد فقط حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة

[1] حميدو زكية، مصلحة المحضون ....، المرجع السابق، ص.132.

[2] عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 2011، ص.19.

[3] عيسو أسماء، حق المطلقة في مسكن الزوجية واشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2004، ص.30.

[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 1988، ص.307.

[5] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.240.

[6] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج01، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.336.

المجلس قد أسسوا قرارهم على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن الا اذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فانهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم الزام المطعون ضده بتوفير مسكن للحاضنة أو تسليم أجرته"[1]. اضافة الى قرار آخر جاء فيه:" السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة"[2]، ومرة أخرى يشترط وجود ثلاث أطفال فأكثر.[3]

وعليه، أمام هذه الشروط التعجيزية والتناقضات، وأمام ماقلناه آنفا فيما يتعلق بحماية حقوق المرأة كان لابد من تعديل الأحكام المتعلقة بسكن الحاضنة أين سلك المشرع مسلكا مغايرا من خلال المادة 72 والتي جاء فيها مايلي: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

وبذلك يكون المشرع قد ألزم الأب أن يوفر سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك دفع بدل الإيجار[4]بدون أي شروط أو قيود، فسواء كانت الحاضنة تمتلك مسكنا أو لا وبغض النظر إذا كان للمحضون مالا أو لا. وبهذا يصبح حق الحاضنة مع محضونها في السكن حق شخصي مقرر لهما قانونا ويستفيدان منه بموجب حكم قضائي[5].

إذن، فإن الإلزام وصراحة المشرع في هذه المادة، تظهر من خلال ألفاظها ومفرداتها مقارنة بالنص القديم الذي كانت صياغته أحيانا تجعل القضاة يحيدون عن مسألة إلزام الزوج بتوفير

[1] قرار المجلس الأعلى، غ ق خ، 1994/11/29، 1127051، المجلة القضائية، 1995، عدد 01، ص.140.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش، 2002/03/13، 276766، المجلة القضائية، 2004، عدد 01، ص.267

[3] قرار المجلس الأعلى، غ ق خ، 1985/10/07، 38095، وقرار آخر للمجلس الأعلى، غ ق خ، 1984/04/18، 34630، غير منشورين، مقتبس عن حميدو زكية، مصلحة المحضون ....، المرجع السابق، ص.131.

[4] لا بد من الاشارة الى أن الزوج مخير بين توفير سكن أو دفع بدل الايجار، وأنه غير ملزم بجعل بيت الزوجية سكن ممارسة الحضانة وهو ما يفهم من قرار للمحكمة العليا جاء فيه: " يحكم للحاضنة ببدل الايجار لأن طلب تخصيص مسكن الزوجية لممارسة الحضانة يتوقف على موافقة الزوج..."، المحكمة العليا، غ أ ش، 2016/05/04، ملف رقم 0973124، مجلة المحكمة العليا، 2016، عدد 01، ص.155.

[5] عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص 41.

مسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره، مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني بالقيام به[1].

ونظرا إلى سعي المشرع إلى حماية المرأة المطلقة، فإن صياغته لهذا النص استعمل فيه مصطلح الحاضنة فقط دون ذكر المحضون أو مسألة ممارسة الحضانة حيث إشترط أن يكون السكن ملائما للحاضنة بدلا من أن يشترط ملاءمته للحاضن وممارسة الحضانة[2]. ذلك لأن هذا السكن حق مخول للمحضون وليس للأم الحصول عليه بعد الطلاق إلا إذا كانت حاضنة، وبخصوص تحديد هذه الملاءمة[3]، فإن ذلك يرجع فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي.

وإعمالا لحماية حقوق المطلقة المالية، فإنه جعل المسكن حقا للحاضنة الأم فقط دون غيرها من الحاضنات وهو مايفهم من قوله: "في حالة الطلاق يجب على الأب"، وكذلك قوله في الفقرة الثانية: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي...".

وقد أثارت هذه الفقرة الأخيرة إشكالا من الناحية العملية، ذلك أن بقاء المطلقة في مسكن الزوجية مع طليقها هو غير شرعي، لأنها أصبحت أجنبية عنه فالمطلقة شرعا عليها ترك مسكن الزوجية بعد إنتهاء عدتها، فربط المشرع خروج المرأة من المسكن بتنفيذ الحكم القضائي القاضي بالسكن قد ينتج عنه عدة أمور.

فإذا إنتهت العدة والأب لم يوفر بعد السكن، فإن وجودهما في نفس البيت أمر غير جائز شرعا، إضافة إلى أن وجود المطلقين في نفس المسكن قد ينتج عنه نوع من الصراع و التناحر الحاد خاصة إذا كان الطلاق تعسفي أو بسبب ضرر ناتج عن الزوج مما يفقد الأسرة الاحترام الواجب

[1] باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص87.

[2] حميدو زكية، مصلحة المحضون ....، المرجع السابق، ص.144.

[3] حيث أن مصطلح الملاءمة وعلى الرغم مما يحمله من معاني إنما قصد به أن يكون المسكن مناسبا للحاضنة والمحضون مع الأخذ بعين الاعتبار حالة الزوج المادية والاجتماعية، وألا يكون في المسكن ما يضر بالحاضنة أو محضونها كوجوده في مكان معزول أ بناية غير صحية، وكذلك ألا يكون غير مستوفي للمرافق الضرورية للحياة اليومية. وعن مكان سكن الحاضنة فقد حدده الاجتهاد القضائي بالقول: "يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة، اما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة"، قرار المحكمة العليا، غ أ ش، 2010/11/11، ملف رقم 58700، مجلة المحكمة العليا، 2011، العدد 01، ص 252.

تبادله بين الأبوين وأمام الأطفال، هذا وقد يطال هذا الصراع حتى الأبناء متى تم إدخالهما فيه أين يحاول كل طرف تجنيدهم لصالحه مما قد يسبب عواقب وخيمة[1].

ففي خضم كل هذا لم يفكر المشرع فيما قد يحدث نتيجة لبقاء المطلقة بمسكن الزوجية ذلك لأنه كان يسعى فقط وراء حماية المرأة المطلقة وكذا أطفالها من التشرد والضياع عن طريق توفير مسكن مؤقت إلى حين إيجاد الزوج مسكن أودفع بدل الإيجار.

مما يؤدي بنا إلى القول أن سياسة المشرع في تكريس مبدأ المساواة إنطلقت لحماية حقوق المطلقة تحت ستار ممارسة الحضانة، فماذا بشأن المشرع التونسي وهل أنه وفر نفس الحماية للمطلقة في السكن؟

الفرع الثاني

حق الحاضنة في المسكن حسب المجلة التونسية

أقر المشرع التونسي حق الحاضنة في المسكن من خلال الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله: "...وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب اسكانها مع المحضون".

وقد كان يكتفي بهذه الفقرة منذ صدور مجلة الأحوال الشخصية، إلا أنه دعم هذه المادة بإضافة الفقرات 2-3-4-5-6و7 بموجب القانون 20 لسنة 2008 المؤرخ في 04 مارس 2008. ذلك أن الفصل 56 قبل التنقيح كان يثير عدة اشكالات خاصة من ناحية الصياغة فعبارة "اذا لم يكن للحاضنة مسكن" هي عبارة مطلقة تركها المشرع دون تحديد أو توضيح اذا كانت تعني عدم ملكيتها سكن على الاطلاق أم أن سكناها لدى أهلها لا يخول لها حق المطالبة بالمسكن[2]؟

[1] حميدو زكية، مصلحة المحضون ....، المرجع السابق، ص.144.

[2] لمياء الهذلي، الحماية المدنية لسكنى الحاضنة، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، 2013-2014، ص.06.

هذا وقد يفكر الزوج التنصل من واجب اسكان الحاضنة فيقوم ببعض المناورات كأن يكون المحل ملكه فقد يتظاهر ببيعه لأحد الأقارب ويكون البيع صوريا[1].

ولتفادي كل هذا وضمانا لحق الحاضنة في السكن، استحدث المشرع عدة ضمانات لحماية حق المطلقة الحاضنة في المسكن. وعليه، فإن هذه الضمانات سدت الفراغ التشريعي الذي دام العديد من السنوات، خاصة في كيفية تنفيذ وممارسة هذا الحق، مما أدى الى القياس وفتح باب الاجتهاد الذي يكون متضاربا ومختلفا في أغلبه[2].

إضافة الى أن تأمين مسكن للحاضنة يمثل توجها تشريعيا ذو صبغة حمائية، هدفه المحافظة على مصلحة الطفل الفضلى وكذلك تفعيل حقوق المرأة المطلقة كحاضنة. وقبل الخوض بالتفصيل في هذه الضمانات يجدر بنا التنبيه الى أن المشرع التونسي قد حذا حذو نظيره الجزائري في حماية هذا الحق، بالزام الأب باسكان الحاضنة، أين اشترط ألا يكون للحاضنة مسكن.

وعليه، فإن المشرع التونسي لم يكرس حق سكنى الحاضنة بصفة اعتباطية بل اعتمد مقاييس معينة لاسناد هذا الحق[3]. وهو ما يختلف فيه مع المشرع الجزائري والذي منح هذا الحق دون أي شرط أو قيد وحتى لو كان للحاضنة مسكن[4].

وبذلك، فإن سكنى الحاضنة التونسية يرتبط بشرط نص عليه القانون وعمل به القضاء مفاده ألا يكون للحاضنة مسكن، اذ جاء في قرار تعقيبي ما يلي:" القضاء بأن الزوجة محقة غي طلب منحة السكن باعتبارها حاضنة مع امتلاكها لمحل سكن يغنيها عن طلب اسكانها يعد مخالفة صريحة لأحكام الفقرة الاخيرة من الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية"[5]. فاشتراط المشرع في

[1] ساسي بن حليمة،محاضرات...، المرجع السابق، ص.104.

[2] لمياء الهذلي، المرجع السابق، ص.06.

[3] عفاف بن روينة، المرجع السابق، ص13.

[4] وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه:" لا يعفى الوالد من توفير السكن أودفع بدل الايجار باعتبارها من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن..."، المحكمة العليا، غ أ ش، 2002/07/31، 288072، المجلة القضائية، 2004، عدد 01، ص.285.

[5] محكمة التعقيب، 1996/05/14، عدد 49278، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

المادة 60 من مجلة الأحوال الشخصية أن يبيت المحضون عند حاضنه يحتم بداهة على الأب توفير مسكن لهذه الحضانة، ولكن ماذا لو كانت الحاضنة تبيت في منزل والديها، فهل يعتبر هذا المسكن مانعا أمام منحها سكن للحضانة؟

رغم أن المشرع لم يتطرق في تعديلاته الى هذه المسألة، الا أن فقه القضاء أجاب عن ذلك حيث نجد محكمة التعقيب تقر أنه: "سكنى الحاضنة بمنزل والديها لا يحول دون الحكم لها بمنحة سكن طالما أنها ليست مالكة لمحل سكن"[1]، اضافة الى قرار آخر جاء فيه: "على الأب اسكان حاضنة أبنائه ان لم يكن لها مسكن خاص وسكناها مع والديها لا يعفي الأب من هذا الواجب لأن المعني الأصلي بالسكن هو المحضون لا الحاضنة"[2].

وعليه، لا تحرم الأم الحاضنة في حقها في السكن حتى ولو استقرت في منزل والديها، ويقع عبئ اثبات ملكية الحاضنة لمسكن على عاتق الأب، كما عليه اثبات أن هذا المسكن ملائم لتربية المحضون ورعايته[3]، وهو ما أكدته محكمة التعقيب بالقول:" عبء اثبات ملكية الحاضنة لمسكن يفي بحاجيات سكناها محمول على الطاعن"[4].

هذا ويذهب البعض الى أن ملكية الحاضنة لمسكن من عدمه يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ولاجتهاد المحكمة وهي ملزمة بالبت في مشكل السكن والتأكد من وجوده ولو من تلقاء نفسها[5].

وكتعليق منا على ما سبق، يجدر القول أنه يعاب على المشرع التونسي في هذه المسألة عدم نصه على وجوب ملاءمة المسكن الذي تملكه الحاضنة لممارسة الحضانة. ذلك أن ملكية السكن

[1] محكمة التعقيب، 2006/09/21، عدد 2412، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

[2] محكمة التعقيب ، 1998/06/15، عدد 64311، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

[3] لمياء الهذلي، المرجع السابق، ص.09.

[4] محكمة التعقيب ، 2006/05/11، عدد 9230، غير منشور، أنظر، لمياء الهذلي، المرجع السابق، ص.09.

[5] الحبيب العش، الحاضنة في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1985، ص56.

وحدها لا تكفي أين يجب أن يتوفر على مختلف المعايير لتحقيق العناية والرعاية اللازمة للمحضون. فيمكن أن يكون محل سكن الحاضنة في مكان غير صحي أو بعيدا عن مقر دراسة المحضون مما يجعل مصلحته غير متوفرة في هذا السكن الأمر الذي يجعل الأب ملزما بتوفير سكن آخر.

وإلى جانب كل ما قيل أعلاه، فقد طرحت مسألة الملكية المشتركة للسكن العائلي حسب قانون 1998 –الذي سبق التفصيل فيه- فالزوجة على أساس هذا القانون قد تكون مالكة بالاشتراك مع الزوج في البيت، فهل تحرم من السكن على أساس هذه الملكية؟

حسب الفصل 18 من قانون 1998فان الملكية المشتركة تنتهي بالطلاق، وحسب الفصل 25 من ذات القانون، فإن المسكن العائلي ينقسم مناصفة بينهما. أما اذا تعذر قسمه عينا اجتهدت المحاكم في اسناده لأحد الزوجين على أن يدفع من أسند اليه للمشترك تعويضا نقديا والا التجأت الى تصفيته بالبيع[1].

وعليه إذا أصبحت الأم مالكة للمترل، فإن الأب يعفى من اسكانها لصراحة الفصل 56 فقرة 01 من مجلة الأحوال الشخصية، أما إذا كانت ملكيتها غير كاملة، فلا يمكن حرمانها من السكن على أساس الإشتراك وهو ما وضحه وزير العدل بمناسبة مناقشة مشروع قانون 04 مارس 2008 قائلا :"إن الملكية المشتركة لا تعتبر أن المرأة لها مسكن لأن المسكن ليس لها بإنفرادها...."[2].

هذا بالنسبة لشروط إستحقاق الأم الحاضنة للمسكن، أما عن آليات تفعيل هذا الحق فقد وضع المشرع التونسي عدة ضمانات تهدف إلى حماية هذا الحق أكثر وذلك من خلال مايلي:

[1] لمياء الهذلي، المرجع السابق، ص.11 .

[2] مداولات مجلس النواب حول مشروع تعديل بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 21 جلسة 19، فيفري 2008، ص.957 .

أولا: الآليات المدنية لحماية حق الحاضنة في السكن:

إن هذه الآليات تكمن خاصة في تعدد صيغ منح واجب إسكان الحاضنة، فقد عدد المشرع الصيغ التي تمنح للمرأة الحق في السكن ، وذلك من خلال الفقرات 02، 03و04 من الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية وأهم هذه الصيغ إعطاء المطلقة حق البقاء بالقول :"يترتب للحاضنة عند إلزام الاب بإسكانها مع المحضون حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق بزوال موجبه".

وتذكرنا هذه الفقرة بما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 72 بإعطاء المرأة حق البقاء في بيت الزوجية لحين تنفيذ الحكم القاضي بتوفير مسكن للحاضنة، فهل أن المشرع التونسي يقصد من هذا النص نفس معنى ما ذهب المشرع الجزائري إليه ؟

إن هذا النص يحمل عدة تأويلات ذلك أن المشرع لم يستعمل عبارة مسكن الزوجية مثلما إستعمله المشرع الجزائري وذهب إلى مصطلح المسكن الذي على ملك الاب. وعليه، فإذا كان المسكن هو محل الزوجية، فإننا سنذهب لنفس النتائج التي ذهبنا إليها عند الحديث عن هذا الموضوع بالنسبة لقانون الأسرة، وبذلك يكون المشرع قد حاول حماية المطلقة في المسكن دون التفكير في عواقب ذلك.

أما إذا كان المسكن هو محل آخر ملك للزوج فهنا لا يقع إشكال وهو الأحسن للحاضنة والمحضون، فهو مسكن مستقل ومناسب والذي عبر عنه بعض الفقه قائلا:" بأن يكون مناسبا لحال الزوج يسرا أوعسرا وألا يكون فيه المطلق مع مطلقته الحاضنة أو مع حاضنة أخرى مع الصغير تكون غير رحم محرم من المطلق[1].

[1] أحمد نصر الجندي، الحاضنة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص.17.

وإزاء ذلك، لعل المشرع ترك تحديد المسكن عما إذا كان بيت الزوجية أو محل آخر إلى القاضي المختص بناء على ظروف ومعطيات كل حالة.

أما الصيغة الثانية لإسكان الحاضنة، فقد بينها المشرع من خلال الفقرة 03 من الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله :"وفي صورة إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون في المسكن الذي في تسوغه يستمر الأب في آداء معينات الكراء لزوال الموجب".

ويكون ذلك في حالة كان مسكن الزوجية ليس ملكا للأب وإنما في تسويغه، وعليه تبقى الحاضنة ومحضونها بذلك المحل مع إلزام الأب في هذه الصورة بالإستمرار في آداء معاليم الكراء[1].

وتم اقرار هذه الصيغة مراعاة لمصلحة المحضون، ذلك على أساس تعوده على السكن في هذا المحل وكذلك مراعاة لتجنيب الحاضنة عناء البحث عن مسكن جديد وهو ما اعتمدته المحاكم سابقا وحتى قبل التعديل، وهو ما جاء في قرار تعقيبي بالقول: " استقر فقه القضاء على اعتبار أن الاسكان تراعى في اسناده مصلحة المحضون باعتبار أن الحاضنة تكون تابعة للمحضون المعني مباشرة بالاسكان" [2].

إلا أن صيغ سكنى الحاضنة لا تقف عند هذا الحد ذلك أن المشرع فتح بموجب تنقيح 2008 باب الإختيار للقضاء بين العديد من الصيغ وذلك لتتبيث حقها في السكن[3].

فإذا لم تتوفر الصيغ السابقة، فعلى الأب آداء منحة سكن، وذلك حسب الفقرة 04 من الفصل 56 والتي جاء فيها: "عند إلزام الأب بآداء منحة سكن لفائدة الحاضنة يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحال الوقت والأسعار".

[1] المنصف زغاب، سكنى الحاضنة على ضوء قانون 04 مارس 2008، مجلة الأخبار القانونية، أفريل 2008، عدد 44-45، ص19 .
[2] محكمة التعقيب، 2007/09/27، عدد رقم 14733، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.
[3] عفاف بن روينة، المرجع السابق، ص.17 .

ومنحة سكنى الحاضنة تعني مبلغ مالي يحكم به للأم الحاضنة يمكنها من توفير مسكن للحضانة ويرجع تقدير هذه المنحة للقاضي المختص بما يتماشى وحالة الزوج وظروفه المادية[1]ومصلحة المحضون التي غالبا ماتكون هي معيار الإختيار، أو عندما تعمد الحاضنة إلى إختيار هذه الصيغة في الإسكان[2]، وهو ما أكده فقه القضاء بالقول:" ان تقدير النفقة ومنحة السكن من الأمور الموضوعية الموكولة لاجتهاد محكمة الأصل المطلق ولا رقابة عليها طالما عللت قضاءها تعليلا كافيا مستمدا مما له أصل ثابت بالأوراق بالاعتماد على حالة المنفق والمنفق عليها والأسعار"[3].

هذا وإلى جانب تعدد صيغ سكنى الحاضنة، فقد أكد المشرع على حق مسكن المطلقة بجعلها مسألة مستقلة بذاتها وغير تابعة لا للنفقة ولا لأي عنصر آخر، وهو ما أكدته محكمة التعقيب بقولها: "ولئن إقتضى الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية أن النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن، الا أنه يجب التفريق بين الفصل المذكور والفصل 56 من نفس المجلة الذي منح الحاضنة حقا شخصيا تطالب به مباشرة والد المحضون، وهو حق السكنى مع المحضون إن لم يكن لها مسكن، وبذلك فإن سكنى الحاضنة يعتبر حقا مستقلا عن السكنى المشمولة في النفقة الواردة بالفصل 50 لإختلاف مدلول الفصلين المذكورين"[4].

وبالتالي، فإن سكنى الحاضنة حق قائم بذاته تقع المطالبة به بصفة مستقلة عن بقية عناصر النفقة وعن التعويض المادي المحكوم به للمطلقة[5] وذلك حماية لها ولمصلحة المحضون[6].

---

[1] عفاف بن روينة، المرجع السابق، ص.17 .

[2] لمياء الهذلي، المرجع السابق، ص. 26 .

[3] محكمة التعقيب، 2004/10/01، عدد 1588، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

[4] محكمة التعقيب، 1994/03/08، عدد 10384، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

[5] لمياء الهذلي، المرجع السابق، ص.33 .

[6] اضافة الى قرار آخر جاء فيه:" وحيث أن السكن المنصوص عليه في الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية مغاير في اسناده وتعليل الحكم به للسكن الوارد في الفصل 56 من نفس المجلة أما الفصل 50 فإنه يعرف بمشتملات النفقة فقط، إذن فالاسكان بمقتضى الفصل 56 مستقل عن

هذا و لم يتكف المشرع عند هذا الحد، بل إستحدث آليات جزائية لحماية حق السكنى أكثر وهو كالتالي:

ثانيا :الآليات الجزائية لحماية سكنى الحاضنة.

فمن أجل تدعيم الضمانات الكفيلة بحماية حق الأم الحاضنة في السكن، إستحدث المشرع ضمن قانون 2008 جرائم تشكل مساسا بهذا الحق وذلك من خلال الفصل 56 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية، رغبة منه تجاوز أي صعوبات في ممارسة حق السكن. وبقراءتنا للفصل 56 مكرر نجد أن المشرع تكلم عن جريمتين قد تؤدي إلى حرمان الأم الحاضنة من السكن وهي كمايلي :

01-جريمة عدم إدراج حق بقاء الحاضنة بسند التفويت أو الرهن:

حيث نص الفصل 56 مكرر من المجلة على أنه: "يعاقب بالسجن من ثلاثة أشهر إلى عام وبخطية من مائة دينار الى ألف دينار كل من يتعمد التفويت بعوض أو بدونه في محل سكنى ألزم الأب باسكان الحاضنة ومحضونها به أو رهنه دون التنصيص بسند التفويت أو الرهن على حق البقاء المقرر للحاضنة ومحضونها قاصدا حرمانهما من هذا الحق... ".

من خلال هذه الفقرة جرم المشرع الفعل السلبي الذي يقوم به الأب وغيره، وهو عدم التنصيص بسند التفويت أو الرهن على حق البقاء الممنوح للأم الحاضنة. وهو مايعتبر الركن المادي لهذه الجريمة، أما الركن المعنوي فهو القصد الجنائي بحرمان الأم والمحضون من حقهما في السكن وتعمد ذلك .

النفقة المقررة بالفصل 50 وتراعى في اسناده مصلحة المحضون وتكون الحضانة بالنسبة اليه غير معنية مباشرة به وانما هي تابعة له"، محكمة التعقيب، 1999/01/26، عدد 67825، نشرية محكمة التعقيب، 1999، ج2، ص.322، مقتبس عن حميدو زكية، مصلحة المحضون...، ص148.

غاية المشرع من هذا هو التصدي للحيل التي يأتيها الأب بغرض حرمان المحضون والأم من حقهما في السكن وذلك بتعمده بيع أو رهن السكن الذي يسكنانه. وبتجريم هذا الفعل يضمن المشرع حق بقاء الحاضنة بالسكن إلى حين إنتهاء مدة الحضانة[1].

02-جريمة التسبب في إخراج الحاضنة من المحل المحكوم بإسكانها به :

هذه الجريمة نصت عليها الفقرة 02 من الفصل 56 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية بالقول: "ويعاقب الأب بنفس العقوبات المقررة بالفقرة المتقدمة اذا تسبب في اخراج الحاضنة من المحل المحكوم باسكانها ومحضونها به وذلك اما بتعمده فسخ عقد الكراء بالتراضي مع المكري أو عدم أداء معينات الكراء الحالة عليه وفي صورة الحكم عليه بمنحة سكن، قضائه شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه".

إن تسبب الأب في إخراج الحاضنة من السكن يكون بقيامه بأفعال ذكرتها الفقرة على سبيل الحصر والتي تشكل الركن المادي للجريمة، وذلك إما بالإتفاق مع مالك السكن على فسخ الكراء، أو بتخلف الأب المتعمد عن آداء معينات الكراء مما يعرض الحاضنة للخروج لعدم الدفع، أو توقفه عن آداء منحة السكن التي ألزم بدفعها لفائدة الحاضنة مدة شهر ما ينتج عنه عجزها عن دفع مستحقات إيجار المسكن وبالتالي إخراجها منه .

أما الركن المادي، فيتخلف حسب الفعل الإجرامي المرتكب. فالنسبة لعدم آداء معينات الكراء فالقصد فيها تعمد الأب عدم الخلاص عن سوء نية[2]، في حين عدم دفعه منحة السكن فالقصد فيها تعمده الإمتناع عن الدفع رغم إعلامه[3]وأخيرا بفسخ عقد الكراء بسوء نية.

[1] حنان الهرمي، حقوق الأم الحاضنة، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جندوبة، تونس، 2009-2010، ص.141 .
[2] حنان الهرمي ، المرجع السابق، ص.143 .
[3] عفاف بن روينة، المرجع السابق، ص.25 .

الفرع الثالث

مدى تأثير مبدأ المساواة في أحكام سكن الحاضنة

من خلال كل ماسبق ذكره، وعلى إثر تبيان آليات حماية وتفعيل سكنى الحاضنة في كلا القانونين، يتبين لنا أن المشرع التونسي كان أكثر تفصيلا في نصوصه المتعلقة بمسكن الحضانة مقارنة بالمشرع الجزائري الذي نظمها في نص واحد فقط، حيث حاول المشرع التونسي سد كل الثغرات أمام الزوج المطلق لعدم التحايل ومحاولة التنصل من واجب توفير سكن للحاضنة، أما المشرع الوطني فقد ألزم الزوج على توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة دون اعطاء ضمانات كافية لحماية هذا الحق.

وبالتالي نلمس وجود إختلاف في الحماية القانونية لسكن الحضانة والتي بطبيعة الحال كانت أكثر في مجلة الأحوال الشخصية. وعليه، لا بد من القول أن حماية المرأة المطلقة في السكن تبقى ناقصة في القانون الجزائري، ذلك لأن مادة واحدة غير كفيلة بضمان التطبيق السليم لأحكام سكن المحضون، وهو ما أثبته الواقع العملي وما تعانيه المطلقة الحاضنة في أروقة المحاكم، وما يصدر من الأب من مماطلات وتحايلات للتهرب من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار.

لذلك، كان على المشرع الوطني اتباع نظيره التونسي من خلال وضع ضمانات أكثر من أجل حماية هذا الحق خاصة تلك المتعلقة بالجانب الجزائي عن طريق تجريم كل فعل يقوم به الأب أو غيره ويحول دون استفادة المطلقة من سكن لائق وذلك لوضع حد لأي تلاعب مقصود.

أما عن تأثير مبدأ المساواة بين الجنسين على وضع أحكام سكن الحاضنة، فإن ذلك يتجلى من خلال تعزيز حماية المرأة بعد الطلاق عن طريق الزام المطلق بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة، وهو ما يتماشى مع حقوق المرأة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضدها والتي تسعى الاتفاقيات الدولية الى تحقيقه خاصة اتفاقية سيداو.

وعليه، يمكن القول أن مسألة الحضانة في التشربعين الأسررين تم تقسيمها الى جزءين، أين تم الموازنة والمساواة بين الزوجين في اسناد حضانة الأطفال وهو الجانب المعنوي للحضانة والجزء الأول منها، أما الجزء الثاني المالي والمتعلق بمسكن ممارسة الحضانة، فكان فيه دور القانونين حمائي لحقوق المرأة والأطفال.

فمثل هذه الحماية الغرض منها تمكين المرأة المطلقة من مختلف مستحقاتها المادية والمعنوية وتفعيل دورها ومكانتها داخل الأسرة والمجتمع، وتعزيز ثقافة حقوق المرأة أمام الرجل خاصة بعد الطلاق والذي تكون فيه المرأة المطلقة في موقف أضعف.

وتستمر حماية حقوق المطلقة في التشريعين من خلال منحها أيضا تعويض مادي عن طلاقها وهو ماسيتم دراسته فيما يلي.

المطلب الثاني

الحق في التعويض

إن التعويض هو ذلك الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر باصلاحه بآداءات مالية أو عينية[1]، أما شرعا فهو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا لغيره[2]. وعليه، فإن ما يستوجب التعويض هو وقوع الضرر[3]حيث يعرف هذا الأخير أنه ذلك الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له[4]، والضرر يمكن أن يكون مادي ويمكن أن يكون معنوي. فالمادي هو كل ايذاء يصيب الانسان في جسده أو ماله ويمكن أن يشمل الضرر المادي

[1] بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص.35 .

[2] محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق،ط1، دار المكتبي سورية، دمشق، 1998، ص 48؛ ويعرف كذلك أنه عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع، أنظر، جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 272 .

[3] الضرر لغة الضر والضر فالضَر هو الهزال وسوء الحال والضُر ضد النفع، أما اصطلاحا فهو المساس بحق أو مصلحة مشروعة للنفس أو الغير تترتب عنه مفسدة معتبرة، أنظر، جمال الدين بن منظور، المرجع السابق، ص.482-483؛ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص.35 .

[4] محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص.50 .

كل ما يلحق الشخص من خسارة وما يفوته من كسب. أما الضرر المعنوي، فهو عبارة عن الألم والحزن والأسى الذي يصيب الانسان في شعوره أوعاطفته أو كرامته أو شرفه[1].

وبالرجوع الى التشريعين الأسريين الجزائري والتونسي نجد أن كلاهما يقضي بالتعويض عن الضرر جراء الطلاق مع وجود اختلاف بينهما على حسب صور الطلاق(الفرع الأول)، مما يدفعنا الى التساؤل عما اذا كان هناك مساواة بين الزوجين في هذا المجال(الفرع الثاني).

الفرع الأول

صور التعويض عن الضرر في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي

ان التعويض عن الضرر جراء الطلاق هو حق وأثر من آثار فك الرابطة الزوجية، وقد نص عليه كلا المشرعين. ونظرا لاختلاف صور التعويض بين القانونين، فإنه سيتم التعرض (أولا) الى حالات التعويض عن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ومن ثم الى صور التعويض حسب المجلة التونسية (ثانيا).

أولا: التعويض عن الضرر جراء الطلاق في قانون الأسرة.

لقد تعرض المشرع الجزائري الى مسألة التعويض في عدة نصوص أهمها المادة 52 قائلا: "اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". اضافة الى نصه في المادة 53 مكرر أنه:" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وهذا الى جانب المادة 55 بقوله:" عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر".

يظهر من خلال النصوص المذكورة أن المشرع منح المطلقة حق التعويض على أساس تعسف الزوج ونشوزه الى جانب تضررها من التطليق. أما الزوج فمنحه التعويض في حالة واحدة فقط وهي نشوز الزوجة. وعليه، يتم دراسة التعويض في كل حالة على حدى:

[1] محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص.50 .

01/ التعويض عن الطلاق التعسفي:

إن التعسف في استعمال الحق هو استعمال الحق من صاحبه على نحو يضر بالغير إضرارا جسيما[1]، وعليه فالتعسف في الطلاق هو فك الرابطة الزوجية بارادة الزوج ودون رضا الزوجة ودون سبب معقول أو شرعي يبرر ذلك قصد الاضرار بالزوجة[2].

ويتم تقدير وجود التعسف على أساس عدة معايير:

- قصد الاضرار بالمطلقة؛ أي النية والباعث حيث يكون الزوج قاصدا الاضرار بالمطلقة في استعمال حقه للطلاق[3]. ويرجع أمر معرفة النية الى السلطة التقديرية للقاضي.
- عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق الى تحقيقها.
- ترجيح الضرر على المصلحة بحيث يهدف المطلق الى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية مقارنة بالضرر الذي سيصيب الزوجة[4].

وأمام عدم نص المشرع عن الحالات التي يعتبر فيها الزوج متعسفا وتركه تقدير وجود التعسف من عدمه بيد السلطة التقيرية للقاضي، فانه ليس لنا الا الرجوع الى القضاء والفقه، للبحث عن حالات طلاق الزوج التي اعتبرت تعسفا منه، وعلى أساس ذلك نجد صورتين هامتين للطلاق التعسفي:

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، ج2، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.113 .

[2] بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص.44.

[3] حمليل صالح، نفقتا المتعة والتعويض بين الفقه والقضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2004، عدد.04، ص.41 .

[4] حمليل صالح، نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والمجتمع، د.س.ن، عدد.01، ص.65.

أ-الطلاق دون مبرر مشروع:

اعتبرت المحكمة العليا من خلال قرار لها أن الطلاق تعسفيا اذا توفر على شرطين وهما ايقاع الطلاق دون مبرر معقول وتعرض الزوجة للضرر اللاحق بها، إذ جاء في هذا القرار مايلي: "حيث بمقتضى نص المادة 52 من قانون الأسرة قد حدد توفر شرطين متلازمين لامكانية القضاء بالتعويض المذكور: الأول ايقاع الزوج الطلاق دون مبرر معقول، وثانيهما تعرض الزوجة للضرر اللاحق بها بسببه، وحيث أنه لما توافر هذان السببان فإن المطعون منها تستحق التعويض"[1]. إضافة الى قرار آخر جاء فيه: "طلاق المرأة بعد زواج دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال"[2].

وعليه، يكون الطلاق تعسفيا اذا كان دون مبرر شرعي أو أن الزوج لم يؤسس طلاقه على سبب جدي[3]، وذلك حسب قرار للمحكمة العليا إذ جاء فيه: "حيث أن القرار المطعون فيه قد نوه في أسبابه من كون أن الزوج تمسك بالطلاق ولو بارادته المنفردة علاوة على أن قضاة الموضوع قد أجابوا الطاعن أن الاسباب التي استند عليها في طلبه للطلاق لم تكن جدية أو في مستوى الأدلة الأمر الذي جعلهم يعتبرون الطلاق تعسفي ومسؤوليته تكون على عاتق المطلق"[4].

وعلى أساس ما سبق، هل أن تقديم الزوج لسبب معين يجعل طلاقه غير تعسفي؟

إن تقديم الزوج لسبب معين للطلاق لا يعني بالضرورة عدم تعسفه في طلاقه، ومسألة تقدير هذا ترجع دائما إلى القاضي المختص معتمدا في ذلك على الظروف المعيشية للزوجين بالإضافة إلى ما أدلى به كلاهما.

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/01/18، ملف رقم 233707، غير منشور، مقتبس عن حوابي فلة، دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، 2017، عدد 12، ص.612.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش، 2006/07/12، ملف رقم 368666، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 02، ص.483.

[3] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسيين...، المرجع السابق، ص.159.

[4] المحكمة العليا، غ أ ش، 1999/03/16، ملف رقم 29736، غير منشور، مقتبس عن حوابي فلة، المقال السابق، ص.612.

وبالرجوع إلى القضاء، فإن طلاق الزوج لزوجته بسبب عقهما أو إمتناعها عن السكن مع أقاربه، أو عدم عذريتها يعد طلاقا تعسفيا، وأن هذه الأسباب ليست بمبرر شرعي لطلاقه لها مما يستوجب منح الزوجة التعويض.

فبالنسبة للعقم نجد قرار المحكمة العليا الذي يقضي بأنه: "عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن ارادتها، ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظليم الزوجة"[1]، وعن السكن مع الأقارب جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "امتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا وأن القضاء يايقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفيا في حقها وتستحق التعويض جبرا للضرر"[2]، أما فيما يتعلق بعذرية الزوجة، فإن اجتهاد المحكمة العليا جاء فيه: "يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة"[3].

وحسب قرارات المحكمة العليا، فإن الزوج يكون غير متعسف إذا أثبت أن نشوز الزوجة هو سبب طلاقه منها حيث جاء في قرار لها: "ان قضاة الموضوع أسندوا الخطأ والتعسف الى الزوج الطاعن (المطلق) بعد أن تبين لهم أن المطعون ضدها غير ناشزة لأن النشوز يثبت بصدور حكم على الزوجة"[4]، بالإضافة إلى إرتكاب الزوجة لخطأ وثبت في حقها ذلك الخطأ حيث جاء في قرار قضائي: "إن قضاة الموضوع قد فصلوا بالنسبة لطلب الطاعنة تعويضا عن الطلاق واعتبروا أنه لا تستحق ذلك كونها إرتكبت خطأً جسيما وهي نفسها لا تنكر ذلك الخطأ وهو معاشرتها لشخص أجنبي بصفة غير شرعية"[5].

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، 2006/11/15، ملف رقم 373707، المجلة القضائية، 2007، عدد01، ص 499.
[2] المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/11/21، ملف رقم 231682، المجلة القضائية، 2001، عدد01، ص 290.
[3] المحكمة العليا، غ أ ش، 2004/02/11، ملف رقم 480264، المجلة القضائية، 2009، عدد01، ص 283.
[4] المحكمة العليا، غ أ ش، 1999/06/15، ملف رقم 223984، غير منشور، مقتبس عن حوابي فلة، المقال السابق، ص.613.
[5] المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/03/21، ملف رقم 235049، غير منشور، حوابي فلة، المقال السابق، ص.614.

ب-الطلاق في مرض الموت :

إن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه هلاك المريض عادة وعليه إذا طلق الرجل زوجته في مرض الموت قصد حرمانها من الميراث، فإن طلاقه يعد تعسفيا لأنه رغم أن الطلاق حق مشروع للزوج إلا أنه لم يشرع من أجل الإضرار بالزوجة وحرمانها من حقها في الميراث.

وتطبيقا لذلك، فإن طلاق الزوج صحيح إلا أن المرأة تستحق الميراث، ذلك أنه قصد طلاقها لحرمانها منه حيث جاء في قرار قضائي ما يلي: "حيث أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من إنقضاء عدتها لإحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود"[1].

وعليه حسب كل ما سبق وحسب قرارات المحكمة العليا، فإن للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير التعسف من عدمه، مما يجعل حالات التعسف تختلف من قاض لآخر حسب كل حالة طلاق، وفي هذا الصدد نجد لزاما القول أنه على المشرع محاولة تحديد حالات تعسف الزوج التي تستحق التعويض مستندا في ذلك الى الاجتهادات القضائية في هذا الشأن والى الواقع الاجتماعي.

هذا وبالاضافة لما سلف ذكره، فإن قانون الأسرة يمنح المطلقة حق التعويض عن تضررها جراء التطليق وهو ما سنبينه من خلال ما يلي.

02-التعويض في حالة التطليق :

وأجاز المشرع للقاضي بموجب المادة 53 مكرر منح تعويض للمطلقة في حالة ما أصابها ضرر جراء التطليق، وحسب مادرسناه سابقا، فإن للزوجة طلب التطليق إعتمادا على 10 اسباب منحتها

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، 1998/03/17، ملف رقم 179696، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، ص 98،مقبس عن نبيل صقر، قانون الاسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص. 331.

لها المادة 53. وقد أكدت المحكمة العليا على ماجاء في المادة 53 مكرر بالقول:" يمكن تعويض الزوجة الطالبة للتطليق في حالة ثبوت تضررها فعلا"[1].

وعليه يفهم من ذلك أنه لا تعويض بدون ثبوت الضرر، إلا أنه تجدر الاشارة الى أن الأسباب التي وردت في المادة 53 ليست كلها تستدعي التعويض ومن ذلك اصابة الزوج بمرض مزمن أوعقمه وفي هذا الصدد، فإن الضرر حاصل يستوجب التطليق الا أنه لا يستوجب التعويض، ذلك لأن مرض الزوج لا يد له فيه وخارج عن إرادته، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم، مسؤولية تعويض الزوجة، طالبة التطليق، عن الضرر الحاصل لها، بفعل عدم قدرته على الانجاب"[2].

و بالرجوع إلى حالات وأسباب التطليق التي سبق ذكرها[3]، فإن الأضرار التي قد تصيب الزوجة تكون مادية أو معنوية بيد أن الأساب من الفقرة 02 إلى الفقرة 09، فإن أضرارها تكون معنوية أكثر من مادية لأنها تمس الزوجة في عاطفتها وكرامتها وشرفها[4].

من خلال ما سبق، فإن التعويض في حالة التعسف والتطليق يكون للمرأة فقط، فماذا بشأن النشوز؟

03-التعويض في حالة النشوز:

لم يعرف المشرع الجزائري النشوز بل فقط جعله موجبا للتعويض في حال كان الطلاق بسببه ونتج عن ذلك ضرر.

فالنشوز لغة مشتق من الفعل نشز والنشز والنشوز الإرتفاع، ثم أُستعير فقيل نشزت المرأة إذا استعصت على بعلها، وكذلك نشز بعلها أي جافاها وضربها[5].

---

[1] قرار المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/06/20، 361655، أنظر، باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.50.

[2] قرار المحكمة العليا، غ أ ش، 2011/01/13، 596191، مجلة المحكمة العليا، 2011 العدد02، ص270.

[3] لمزيد من التفاصيل حول حالات التطليق راجع ص.... من هذه الرسالة.

[4] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.239.

[5] جمال الدين بن منظور، ج05، المرجع السابق، ص.430؛ القاموس المحيط، مادة نشز.

أما إصطلاحا، فعرف ابن قدامة نشوز الزوجة بأنه: "معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته، مأخوذ من النشز وهو الإرتفاع فكأنها إرتفعت وتعالت عما فرض الله عليها من طاعته"[1].

أما الإمام أبو زهرة فذهب إلى أن نشوز المرأة هو جحودها لغير سبب شرعي[2].

وبالنسبة لنشوز الزوج ففي تفسير الجلالين لقوله تعالى:" **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**"[3].

وحسب التفاسير، فان نشوز الزوج هو ترفعه عليها بتركه مضاجعتها والتقصير في نفقتها لبغضها وطموح عينيه إلى أجمل منها[4]، وفي غالب استعمال الفقهاء فان النشوز يخص الزوجة أكثر من الزوج[5].

أما النشوز قانونا، فعرفه الاستاذ بلحاج العربي أنه: "عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك"، ويضيف قائلا: "كما يكون النشوز من الزوجة كأن تمتنع عن اللحاق ببيت الزوجية دون أي سبب مشروع، فانه قد يكون من الزوج ومثاله أن يغادر بيت الزوجية أو يتخلى عن الواجبات الزوجية"[6].

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

وبالرجوع الى القضاء، فإن أكثر حالات نشوز الزوجة هو عدم رجوعها لبيت الزوجية بعد الحكم به، وذلك حسب قرار المحكمة العليا الذي قضى: "أن نشوز الزوجة يثبت اذا صدر ضدها

---

[1] أبو محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص.259.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.277.

[3] سورة النساء، الآية 128.

[4] جلال الدين بن محمد، جلال الدين عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.99..

[5] عبد العزيز سايب،علاج النشوز، مجلة الحضارة الاسلامية، المجلد 16، عدد 27، ص.174.

[6] بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ص.309 وما بعدها.

حكم بالرجوع نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به، ويبلغ لها بطريقة قانونية ورفضت الامتثال له بشكل صريح"[1].

أما الزوج فأكثر حالات نشوزه هو عدم توفيره لسكن منفرد للزوجة حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "من المقرر أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر، ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن النفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[2].

أما عن تقدير قيمة التعويض[3] بالنسبة الى كل الحالات السالف ذكرها، فان ذلك يرجع الى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وهو ما جاءت به المحكمة العليا في قرار لها قضى بأنه: "حيث أن التعويضات والنفقات من الأمور الواقعية يعود تقديرها لقضاة الموضوع ولا رقابة عليهم بشأنها مبدئيا خصوصا والقرار المنتقد قد برر قضاءه بشأنها بما فيه كفاية مطبقا أحكام المواد 52-75-78-79 من قانون الأسرة"[4].

وفي قرار آخر قضت: "...ان تقدير مبلغ التعويض والنفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع ..."[5].

وأمام هذا يبقى لنا التساؤل هل أن المشرع التونسي يمنح التعويض عن الطلاق في كل الحالات؟

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، 2005/10/12، ملف رقم 345125، نشرة القضاة، 2006، عدد 01، ص332، جمال سايس، المرجع السابق، ص380.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش، 1998/03/17، ملف رقم 179696، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2000، ص 325.

[3] وتجدر الاشارة الى وجود فرق بين المتعة والتعويض فالمتعة ثابتة بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن والسنة، أما التعويض فهو أمر اجتهادي استند الفائلون يه على نظرية التعويض وتجب المتعة بمجرد الطلاق ولكل مطلقة أما التعويض لا يكون الا في حالة وجود ضرر ناتج عن الطلاق ومن أوجه التشابه بينهما أقرار أن كلاهما يجبان بعد الطلاق البائن وكلاهما جبر لخاطر المرأة وتخفيفا لآلامها، أنظر، جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص. 354؛ حوابي فلة، المقال السابق، ص.620.

[4] المحكمة العليا، غ أ ش، 1984/12/03، ملف رقم 34397، غير منشور، مقتبس عن حوابي فلة، المقال السابق، ص620.

[5] المحكمة العليا، غ أ ش،1994/02/02، ملف رقم 103916، غير منشور، مقتبس عن حوابي فلة، المقال السابق، ص620.

ثانيا: التعويض عن الضرر جراء الطلاق في المجلة التونسية

لقد نص المشرع التونسي على التعويض من خلال الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بالقول:"...ويقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه...".

وبالعودة إلى نص المادة كاملا نجد أن المشرع يتكلم عن حالتين للطلاق يمنح فيهما التعويض وهي حالة الطلاق إنشاء وحالة الطلاق للضرر. والواضح أن المشرع لم يفرق بين ما إذا كان الطلاق من الزوج أو الزوجة، في كلتا الحالتين فالتعويض يكون على أساس مبدأ المساواة بين الجنسين.

فالطلاق إنشاء يكون إما بإرادة الزوج المنفردة أو بإرادة الزوجة، وكذلك هو الطلاق للضرر يكون بطلب من الزوج أو الزوجة على أساس الضرر الحاصل لأحدهما .

ويتضح كذلك من خلال نص الفصل 31 أن المشرع قد أعطى لكلا الزوجين الحق في التعويض سواءا عن الضرر المادي أو المعنوي .

ومايجدر التنبيه إليه أن المشرع قد ميز المرأة عن الرجل في التعويض عن الضرر المادي من خلال منحها حق وإمكانية الخيار بين حالتين إما تعويض ضررها المادي في شكل رأس مال يعطى لها دفعة واحدة، وإما في شكل جراية عمرية وهو ماجاءت به الفقرة 05 من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بالقول: "وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما إعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن وهذه الجراية قابلة للمراجعة إرتفاعا وانخفاضا بحسب مايطرأ من متغيرات إلى أن تتوفى المفارقة ...كل ذلك مالم تخير التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسند إليها دفعة واحدة".

وحق إختيار المرأة لهذا التعويض هو حق ثابث قانونا حسب فقه القضاء والذي، جاء في قرار له: "يؤخذ من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية منطوقا ومفهوما أن إستحقاق المرأة المطلقة

من الزوج التعويض المادي يكون في قالب جراية أو رأس مال حسب اختيارها وحسب الأحوال وهو حق ثابت لا يسقط لأي سبب جبرا للضرر الحاصل لها وتحقيقا للتعويض العادل"[1].

وعليه، فإن التعويض عن الضرر المعنوي يكون دائما في شكل رأس مال أي مبلغ جملي يدفع مرة واحدة [2]سواء كان المتضرر الزوج أو الزوجة.

أما بالنسبة للتعويض عن الضرر المادي، فإذا كان الأمر متعلق بالزوج فهو دائما يكون في شكل رأس مال يعطى له مرة واحدة. أما بالنسبة للزوجة، فلها الخيار بين رأس مال وجراية عمرية[3].

هذا ويلزم القول أن هذه الجراية العمرية تم إضافتها صلب الفصل 31 من المجلة بموجب قانون 1981/02/18 وذلك كحل بديل لنظام ما يسمى "الإشتراك في المكاسب"[4] الذي لم يتم تبنيه، وذلك لحماية الزوجة المطلقة بالإضافة إلى قانون الإشتراك في الأملاك.[5]

إلا أن ما يطرح كإشكال هل أن المطلقة تستحق التعويض في شكل جراية عمرية سواء كانت عاملة أو لا ؟

لم يتضمن الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية أي مُعطى يربط بين إسناد جراية الطلاق وعمل المرأة المطلقة، وبالرجوع إلى فقه القضاء التونسي نجد قراراته مختلفة فمرة يمنحها الحق في الجراية ومرة يمتنع عن ذلك.

ففي حالة منحها الحق في الجراية رغم عملها جاء في قرار تعقيبي أنه :"إن استحقاق المرأة المطلقة إنشاءً في طلب التعويض المادي في قالب جراية أو رأس مال هو أمر ثابت ومستقر لا يمكن

[1] محكمة التعقيب، 1996/05/21، قرار عدد 49352، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

[2] ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع السابق، ص 87.

[3] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص141.

[4] إن هذا النظام تم التفكير فيه في وقت سابق يقوم أساسا على اعتبار أن كل ما يتم اكتسابه من قبل الزوجين سواء عقارات أو منقولات بعد ابرام عقد الزواج فانه يصبح ملكا لهما انصافا، وذلك لحماية الحقوق المالية للزوجة الا أن اللجنة التي كونت لدراسته سرعان ما انقسمت الى ثلاث كتل كتلة كانت مع المشروع انصافا للمرأة، ةالكتلة الثانية كانت معارضة له بصفة عنيفة أما الكتلة الثالثة كانت في موقف وسط بين الكتلتين، كما أن الرأي العام كان رافضا اقحام هذا النظام، ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع السابق، ص88.

[5] ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع نفسه، ص88.

إسقاطه لغنى المطلقة أو توفر مورد رزق لها أو لأي سبب آخر، وإن كانت حالة المرأة المادية يمكن مراعاتها عند تقدير التعويض المادي لها دون إمكانية اعتباره مسقطا لحقها ذلك إلا في صورة طلب مراجعة جراية سبق تقديرها لأسباب لاحقة عن ذلك "[1].

وفي قرار آخر جاء: "إن إستحقاق المرأة المطلقة إنشاءً من الزوج التعويض عن الضرر المادي أمر ثابت ومستقر ولا يمكن إسقاطه لغنى الزوجة المطلقة أو توفر مورد رزق لها ....أن المشرع قد أقر حقها في التعويض عن الضرر المادي بإعتباره حق يستمد أساسه القانوني من التعسف في إستعمال الحق من طرف الزوج باللجوء للطلاق إنشاء فيحرمها من مستوى العيش الذي كانت تنعم به ..."[2].

وفيما يتعلق بعدم حقها في جراية عمرية بسبب عملها نجد قرار جاء فيه :"إن الخيار الذي منحه المشرع في التعويض عن الضرر المادي المتأتي من الطلاق يخص المرأة التي ليس لها دخل قار أما إذا كانت تعمل ولها دخل قار فإنه لا يمكنها المطالبة بجراية عمرية حتى لا تجمع بين دخلين قارين"[3].

إضافة إلى قرار آخر جاء فيه: "يؤخذ من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بأنه لا يمكن الجمع بين أجرين قارين وحينئذ فإن الزوجة التي تعمل ولها دخل قار لا تستحق الجراية"[4].

وأمام عدم النص في الفصل 31 على هذه الحالة، وأمام كذلك قرارات محكمة التعقيب المتضاربة يمكن لنا القول أن حرمان المطلقة من حقها في هذه الجراية بسبب عملها هو إجحاف في حقها وذلك لسببين: أهمهما هو أن المشرع لم يقم بتمييز على أساس الوضعية المهنية للمطلقة عند طلب الجراية، أي أنه عندما خيرها لم يشترط عدم عملها لإستحقاق هاته الجراية .

أما السبب الثاني هو أن غرض المشرع من هذه الجراية هو تمكين المطلقة من العيش نفس الحياة التي كانت تنعم بها قبل المفارقة إلى أن يتغير وضعها هذا دون نسيان أن هذا التعويض سواء كان

[1] محكمة التعقيب، 1989/05/23، قرار عدد 22695، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

[2] محكمة التعقيب، 2006/01/12، قرار عدد 55822، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

[3] محكمة التعقيب، 1998/02/09، قرار عدد 62404، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

[4] محكمة التعقيب، 1999/01/26، قرار عدد 69301، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

جراية عمرية أو رأس مال غرضه جبر الضرر الذي حصل للمرأة، وكذلك التخفيف من آلامها ومما قد تعيشه بعد الطلاق،سواء ماديا أو معنويا خاصة إذا كان الطلاق تعسفيا أنشأه الزوج للإضرار بها دون سبب معقول[1].

ورغم ذلك، فإن بعض الفقه يذهب إلى أن فقه القضاء قد إستقر مؤخرا على إلغاء حق المطلقة في اختيار الجراية متى ثبت صفة العامل لديها أو إستغنائها ماديا عن الجراية بمقولة أنه: "متى ثبت أن للزوجة جراية قارة من شغلها فإنه لا يمكن الحكم لها بجرايتين قارتين"[2].

ويذهب الأستاذ ساسي بن حليمة إلى خلاف ذلك بالقول أن المشرع بوضعه الجراية العمرية أراد ألا تفقد الزوجة ما إعتادته من مستوى للعيش في ظل الحياة الزوجية ولذا فإنه على القاضي حتى إذا كانت الزوجة تعمل أن يحاول تحقيق المستوى الذي إعتادته في ظل الحياة الزوجية[3].

وبغض النظر عن كل ماقيل وعن عمل المرأة المطلقة أو لا، فإن المشرع التونسي يسعى من خلال منحه للمرأة هذا الخيار وكذا منحها للجراية العمرية إلى حمايتها من الحاجة والخصاصة. وذلك بقوله في الفصل 31 من المجلة : "...جراية تدفع لها على قدر ما إعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية...وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الإجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية ..."[4].

وحماية أكثر لهذا الحق، قرر المشرع عقوبة للزوج الذي يتعمد عدم دفع جراية الطلاق وذلك حسب الفصل 53 بالقول: " كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمدا شهرا دون

[1] وما يعزز صحة هذا القول ماجاء في قرار تعقيبي بالقول:" ان التعويض عن الضرر الناشئ عن انشاء الطلاق من طرف الزوج هو حق راجع لكل زوجة يتسلط عليها هذا النوع من الطلاق مهما كانت حالتها المادية وقد جعل المشرع هذا التعويض في شكل رأسمال أو جراية عمرية حسب الاحوال وحرصا منه على تحقيق التعويض العادل جبرا للضرر اللاحق بها من جراء الطلاق الانشائي المسلط عليها وأعطى للزوجة الخيار بحسب ظروفها"، محكمة التعقيب، 1991/07/02، قرار عدد 30262، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn

[2] فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، المرجع السابق، ص163.

[3] ساسي بن حليمة، محاضرات...، المرجع السابق، ص88.

[4] ونفس ذلك أكده القرار التعقيبي الذي جاء فيه:" التعويض المادي للزوجة المتضررة من الطلاق في شكل جراية ضمان لها لما اعتادته من مستوى العيش في ظل الرابطة الزوجية ليحقق لها وضعا ماديا قارا يحفظ كرامتها ويقيها من الحاجة" محكمة التعقيب، 1997/03/18، قرار عدد 430845، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار (100د) الى ألف دينار (1000د)".

أما فيما يتعلق بمسألة تقدير التعويض في القانون التونسي، فإنه كما في القانون الجزائري راجع إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهذا ماأكده القرار التعقيبي التالي:"مسألة تعويض الضرر الناشيء عن الطلاق أمر موكول لمطلق إجتهاد محكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك طالما كان رأيها معللا تعليلا صحيحا ومؤديا للنتيجة التي إنتهت إليها بحكمها وبناء على ذلك تعتبر قد عللت رأيها تعليلا سائغا المحكمة التي رأت أن المبلغ المحكوم به يتناسب والضرر المادي اللاحق بها وما يتناسب وقدرة الزوج المادية "[1].

الفرع الثاني

مدى المساواة بين الجنسين في التعويض جراء الطلاق

من خلال كل ما سبق قوله ودراسة حالات التعويض عن الضرر جراء الطلاق، نلاحظ أولا أن المشرع الجزائري لم يكتف بالطلاق والتطليق لمنح المطلقة التعويض بل أضاف الى جانب ذلك حالة نشوز الزوج كسبب مستقل، وذلك من أجل حماية حقوقها خاصة في حالة فك الرابطة الزوجية.

أما ثانيا، فإن المشرع قد جعل التعويض عن الطلاق للنشوز لكلا الزوجين وبالتالي أخذه بمبدأ المساواة بين الجنسين في هذه الحالة فقط، مقابل توفير حماية أكثر للمرأة في الحالات الأخرى للتعويض.

ومن باب المقارنة، فإن فكرة وتجسيد حماية المرأة المطلقة موجودة وبشدة في كلا القانونيين الأسريين إلا أن الإختلاف يكمن في طريقة ونسبة تجسيد هذه الحماية فالمشرع الجزائري جعل للمطلقة التعويض عن الطلاق في عدة حالات أمام حالة واحدة للزوج. أما المشرع التونسي فقد

[1] محكمة التعقيب، 1996/02/13، قرار عدد 47512، فقه القضاء التونسي بوابة وزارة العدل، الموقع الإلكتروني www.justic.tn.

ساوى في حالات التعويض عن الطلاق بين الزوجين فلهما الحق في التعويض عن الضرر الحاصل سواء كان الطلاق انشائي أو للضرر، غير أن المشرع التونسي ميز المرأة المطلقة عن الرجل بأن منح لها حق الخيار في طريقة استفادتها من التعويض، وذلك لحمايتها أكثر مع فرض عقوبات جزائية لتعزيز حماية هذا الحق.

وسعيا أكثر لحماية حقوق المرأة المطلقة وخاصة الأولاد بعد الطلاق تم إستحداث صندوق النفقة الغذائية وصندوق النفقة وجراية الطلاق وهو ما سيتم دراسته من خلال مايلي :

المطلب الثالث

حماية نفقة المطلقة وأولادها

إضافة الى التبعات المالية سالفة الذكر تترتب على حل الرابطة الزوجية بالطلاق للمطلقة والأولاد كذلك الحق في النفقة، وهو ما سعى كلا المشرعين الى حمايته من خلال أحكام القانون الأسري وحتى الجزائي.

الا أن هذه الحماية لم تكف أمام تنصل الزوج المطلق من واجباته وامتناعه عن دفع النفقات المستحقة لمطلقته وأولاده مما أدى الى استحداث آليات جديدة من أجل توفير حماية أكثر لهذا الحق، وذلك من خلال صندوق النفقة وجراية الطلاق في القانون التونسي وأخذا عنه صندوق النفقة الغذائية في القانون الجزائري.

حيث نص الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقته لها مدة عدتها"، ونص الفصل 46 من نفس المجلة على أنه: "يستمر الانفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعد الى نهاية مراحل تعليمهم على ألا يتجاوز الخامسة والعشرين سنة من عمرهم وتبقى البنت مستحقة للنفقة اذا لم يتوفر لها الكسب أو لم تجب نفقتها على زوجها كما يستمر الانفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن سنهم."

من خلال هذين النصين، فإن الزوج ملزم بالانفاق على أبنائه سواء أثناء الزواج أو بعد الطلاق، كما أنه ملزم يالانفاق على زوجته حتى بعد الطلاق مادامت في فترة العدة وهو ما يسمى بنفقة العدة.

ولتحصيل مبالغ النفقة مكن المشرع التونسي الام الحاضنة من ضمانات ذات طابع زجري بالاضافة الى هذه الضمانات المدنية، وذلك من خلال تجريم عدم تسديد النفقة وهو ما جاء في الفصل 53 مكرر[1]من مجلة الأحوال الشخصية بالقول:" كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار (100د) الى ألف دينار (1000د) والآداء يوقف التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب". إذ تهدف هذه العقوبة الى حماية الحق في النفقة فهي وسيلة تهديد وضغط على المدين لفائدة الدائن لضمان دفع النفقة[2].

ولقيام جنحة عدم تسديد النفقة لا بد من صدور حكم بآداء النفقة اضافة الى علم المدين بهذا الحكم بواسطة أحد عدول التنفيذ[3]. والركن المادي لهذه الجريمة هو الامتناع عن دفع النفقة بعد مضي شهر[4]على اعلام المدين بالحكم. أما الركن المعنوي فهو تعمد وقصد الزوج الاضرار بالدائنين بالنفقة[5].

ورغم هذه الضمانات الا أن المطلقة الحاضنة وجدت صعوبة في تحصيل مبالغ نفقتها وتفقة أبنائها، مما استدعى الى البحث عن حماية أكثر لهذا الحق وعدم ارهاق المطلقة وأولادها وذلك عن

[1] أضيف هذا الفصل بالقانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981 ونقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993.

[2] محمد الحبيب الشريف، حول طرق التنفيذ في مسائل الأحوال الشخصية، المجلة القانونية التونسية، 2000، عدد10، ص.13.

[3] وفاء عكاز، نفقة الأبناء، مذكرة ماجستير، جامعة قرطاج، تونس، 2012، ص.48.

[4] وقد كانت هذه المدة 3 أشهر قبل تنقيح 1993، وسبب هذا التخفيض هو السياية التشريعية للمشرع الهادفة الى حماية حق الأبناء والمطلقة في النفقة وتدعيمها.

[5] وفاء عكاز، المرجع السابق، ص.49.

طريق استحداث صندوق[1] ينوب عن الزوج المطلق في دفع النفقات ويحل محل المطلقة في تحصيل المبالغ المدفوعة من الزوج، وهو ما جاء الحديث عنه في الشطر الثاني من الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية بالقول:" ويتولى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلدده وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق ويحل هذا الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها".

وقد استحدث هذا الصندوق بموجب القانون عدد 65 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993[2]. أما عن اجراءات وكيفية تدخل هذا الصندوق فقد تم النص عليها بموجب أمر عدد 1655 لسنة 1993 المؤرخ في 09 أوت 1993[3] من خلال 09 فصول. ويعتبر هذا القانون حماية لحق المطلقة والأبناء في النفقة، وهو ذو طابع علاجي وليس زجري.

من خلال الرجوع الى نصوص القانون المحدث لصندوق النفقة يتبين أن المستفيد منه هو المرأة المطلقة والأبناء وذلك حسب الفصل 02 من هذا القانون الذي جاء فيه:" يمكن للمطلقات وأولادهن..."[4].

[1] وقد جاءت أسباب استحداث هذا الصندوق في التقرير المشترك بين لجنة الشؤون الاجتماعية والصحة العمومية ولجنة التشريع العام والتنظيم العام وذلك بالقول:" تبين أن المطلقات وأولادهن لا يتمكنون في الكثير من الحالات من الحصول على مبالغ النفقة أو جراية الطلاق المحكوم بها لفائدتهم بمقتضى أحكام باتة نتيجة تلدد المحكوم عليه ....فلا يكون الدفع متواصلا فتصبح المطلقة وأولادها بدون مورد رزق، مما يجعلهم عاجزين على تلبية أبسط مقومات العيش ومتطلبات الحياة، ومن ناحية أخرى فان العقوبة المقررة التي جاء بها الفصل 53 مكرر من م أ ش ، والسلطة على من تعمد عدم دفع النفقة أو جراية الطلاق لم تكف لردع المتلددين وهو ما يجعل قضايا اهمال العيال في تزايد مستمر." أنظر محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي (التجليات)، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص424.

[2] قانون عدد 65 لسنة 1993 المؤخ في 1993/07/05، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1993/07/06، عدد 50، ص 1851.

[3] أمر حكومي عدد 1655 لسنة 1993 المؤخ في 1993/08/09، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1993/08/20، عدد 62، ص 1302.

[4] اضافة الى الفصل 53 مكرر الذي جاء فيه:" ...لفائدة المطلقات وأولادهن..".

والجدير بالذكر أن الأبناء هنا هم صنف معين وهم أبناء الطلاق فقط، وليس الأبناء في حالة الزوجية والأبناء في حالة عدم صدور حكم بات بالطلاق اذ أن هؤلاء لا يمكن لهم اللجوء الى هذا الصندوق[1].

أما عن شروط الاستفادة من هذا الصندوق فتتمثل في وجوب صدور حكم قضائي بات بالنفقة غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، ويضيف الفقه لهذا الشرط قائلا:" ان معيار صدور حكم الطلاق هو المحدد الرئيسي لتدخل الصندوق لا معيار صدور الحكم البات المتعلق يالنفقة في حد ذاته" [2]؛ مما بعني أنه لابد أن تكون المطلقة قد صدر حكم نهائي بطلاقها اضافة الى حكم بات بالنفقة.

هذا ويضيف الفصل 02 من قانون صندوق النفقة وجراية الطلاق شرط آخر لتدخله وهو تلدد المدين المطلق في الاذعان لحكم النفقة حيث يقول: "...وتعذر تنفيذها لتلدد المدين..."، ويضيف نفس الفصل قائلا أنه: " يثبت تلدد المدين اذا تعلقت به قضية اهمال عيال طبقا لمقتضيات الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية". وبتوفر هذه الشروط يتولى الصندوق صرف المبالغ المستحقة للدائنين بها في مدة لا تتجاوز 15 يوم من تاريخ تقديم الطلب.

أما عن اجراءات تدخل هذا الصندوق، فإنه تم النص عليها ضمن الأمر 1655 سالف الذكر[3]. وهي تتلخص في وجوب تقديم طلب أمام المكتب الجهوي للصندوق القومي للضمان الاجتماعي[4] مع وجوب ارفاق هذا الطلب بمجموعة من الوثائق عددها الفصل 02 من هذا

[1] محمد رشيد الجلامي، مجلة الأحوال الشخصية والتضامن: صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق، المجلة القانونية التونسية، أفريل 2008، ص155.

[2] رضا خماخم، أحكام النفقة في مجلة الأحوال الشخصية بعد التنقيح، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس، 12 جويلية 1993، ص 108.

[3] وتجدر الشارة أن هذا الامر تم تنقيحه بموجب الأمر عدد 826 لسنة 2006 المؤرخ في 23 مارس 2006.

[4] وذلك حسب الفصل 01 من الأمر 1655.

الأمر[1]. وبعد دراسة المطالب وبتوفر الشروط يقوم الصندوق بالتكفل بتحمل دفع مستحقات النفقة أو جراية الطلاق مع شرط عدم تجاوز فترة تكفله ثمانية أشهر خلال الينة المدنية الواحدة[2].

وما يميز هذا الصندوق أنه لا يتكفل بالنفقة فقط، بل حتى جراية الطلاق التي يحكم بها كتعويض للمطلقات وهو ما لا نجده في صندوق النفقة الغذائية.

فقد تعرض المشرع الجزائري إلى أحكام النفقة من خلال المواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة وقد سبق أن تكلمنا عن النفقة كأثر من آثار الزواج، وما يهمنا في هذا الإطار تلك النفقة التي تستحقها المطلقة وكذا أولادها بعد الطلاق.

بالنسبة للأولاد، فإن نفقتهم واجبة على الأب سواء في حالة الزوجية أو بعد الطلاق بموجب المادة 75 التي تنص على أنه :" تجب نفقة الولد على الأب مالم يكم له مال فالبنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب ".

أما نفقة المطلقة فقد نص عليها المشرع في المادة 61 من قانون الأسرة قائلا: "لا تخرج الزوجة المطلقة من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها...ولها الحق في النفقة في عدة طلاقها".

ومن هذا المنطلق تبدأ الضمانات المدنية لهذا الحق إذ على الزوج المطلق دفع نفقة المطلقة إلى جانب نفقة أولاده، وحرصا من المشرع أكثر على حماية هذا الحق وبموجب المادة 57 مكرر[3]من

[1] والوثائق هي: نسخة من الحكم القاضي بالطلاق، شهادة عدم الطعن بالاستئناف أو بالتعقيب في حكم الطلاق، نسخة من الحكم البات القاضي بالنفقة أو جراية الطلاق، محضر اعلام المدين بالحكم البات القاضي بالنفقة أو جراية الطلاق، محضر محاولة تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة أو جراية الطلاق، شهادة في نشر قضية في اهمال عيال لدى القاضيالناحية المختص ترابيا، مضمون دفاتر الحالة المدنية لكل من المحكوم لفائدتهم بالنفقة أو بجراية الطلاق، نسخة من الحكم المسند للحضانة ان وقع اسنادها لغير الأبوين.

[2] وذلك حسب الفصل 03 من الأمر 1655.

[3] والتي جاء فيها:" يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

الأمر 05-02 أصبح الحق في تحصيل النفقة بوجه الإستعجال بمجرد أمر يصدره رئيس قسم شؤون الأسرة الفاصل في دعوى الموضوع [1].

وإلى جانب الضمانات المدنية، قد تم التدخل جزائيا كذلك من أجل حماية وضمان هذا الحق أين إعتبر المشرع عدم الوفاء بها جنحة يعاقب عليها قانون العقوبات من خلال المادة 331 منه والتي تنص على أنه :" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 300.000دج كل من إمتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته، وعن آداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم...ويفترض أن عدم الدفع عمدي مالم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال ..."[2].

والظاهر من النص، أن هذه الجريمة تعتبر وسيلة قمع وضغط على الأب المطلق من أجل دفع النفقة. والركن المادي لهذه الجريمة هو عدم دفع مبلغ النفقة المحكوم به، هذا ويشترط أن يكون قد صدر حكم قضائي[3]يقضي بالنفقة وأن يكون هذا الحكم نافذا.

هذا ولا يعتد بالإعسار الناتج عن سوء السلوك وهو ما أكدته المحكمة العليا كذلك بالقول:"من المقرر قانونا أن الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو السكر أو عدم

[1] مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والاولاد في ظل القانون رقم 01/15 المتضمن انشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مارس 2015، عدد05، ص.213.

[2] عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20، ج.ر رقم 84، ص.24.

[3] ويجدر القول أن الحكم القضائي هنا له مفهوم واسع في النفقة يشمل عدة أحكام منها الاحكام الصادرة عن محكمة الاسرة في الدعاوى الاصلية بالنفقة، وأوامر أداء النفقة الصادر عن القاضي الاستعجالي، وأحكام أداء النفقة الصادلرة عن القضايا التعلقة بالتطليق أو النسب أو الولاية الشرعية على الأولاد، بن عومر محمد الصالح، صندوق النفقة كآلية قانونية لضمان تسديد النفقة، مجلة القانون والمجتمع،المجل04، 2015، عدد02، ص.105.

الإمتهان للعمل لا يعتبر عذرا مقبولا لعدم تسديد نفقة الزوجة ومن ثم فإن النعي على القرار بالخطأ في تطبيق القانون غير سديد ..."[1].

ويضاف إلى الركن المادي وجوب إنقضاء مهلة شهرين كاملين يبدأ حسابها من تاريخ إنتهاء مدة إنذار المطلق بالدفع و المقدرة بـــ15 يوم بواسطة محضر إلزام بالدفع[2].

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فيتمثل في القصد الجنائي الذي يراد به إنصراف إرادة الجاني المدين بالنفقة إلى عدم الوفاء بها قصدا رغم قدرته على ذلك[3].

ومن باب المقارنة بين التشريعين الجزائري والتونسي نجد أن كلاهما يهدف إلى حماية الحق في النفقة جزائيا، مع الإختلاف في بعض الأمور حيث أن المدة المقرر كمهلة للدفع أقل في القانون التونسي مقارنة بالقانون الجزائري، إضافة إلى أن هذا الأخير لا يعتد بالإعسار الناتج عن سوء السلوك والذي لم نجد له مثيل في الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية.

وأمام عوائق تحصيل مبالغ النفقة المحكوم بها سواء للمطلقة أو أولادها والتي غالبا ما تكون بامتناع المطلق عن الدفع ما أدى إلى تنامي قضايا عدم تسديد النفقة في أروقة المحاكم، حيث أن إدانة المتوقف عن الدفع بالحبس هو أقصى مايمكن أن يقدمه جهاز العدالة[4].

وعلى إثر ذلك ذهب المشرع الوطني على غرار التجربة السابقة لنظيره التونسي إلى إيجاد آلية جديدة، وهي إنشاء صندوق النفقة الغذائية للمطلقة الحاضنة وقد أُنشئ هذا الصندوق بموجب

[1] المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، 1993/01/29، 59472، المجلة القضائية، 1993، عدد03، ص 282.

[2] بن عومر محمد الصالح، صندوق النفقة، المرجع السابق، ص.105

[3] منصوري المبروك، الجرائم الماسة بالاسرة في القوانين المغاربية دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، تلمسان، 2013-2014، ص.216.

[4] نسيمة أمال حيفري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جوان 2007، السنة التاسعة، عدد 27، ص.09

القانون رقم 01/15 المؤرخ في 04 جانفي 2015 [1] وهو كيان قانوني يؤدي دورا إجتماعيا[2] .

وحسب وزير العدل، فإن هذا الصندوق له طابع إنساني وهو يشكل لبنة جديدة تضاف إلى المنظومة القانونية لحماية وتعزيز حقوق المرأة والطفل في الجزائر[3]، ويتكون هذا القانون من 16 مادة مقسمة حسب فصول، وقد بين المشرع في المادة 01 منه النفقة التي يشملها هذا الصندوق، وهي النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، إضافة إلى النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الاطفال في حالة رفع دعوى الطلاق، والنفقة المحكوم بها للمراة المطلقة.

إلا أن المشرع لم يحدد نوع النفقة المحكوم بها لصالح المرأة[4]، علما ان نفقة المرأة قد تكون نفقة عدة أو نفقة اهمال أو نفقة متعة[5]، وحسب رأينا فإن النفقة المقصودة هنا بالدرجة الأولى هي نفقة عدة وأحيانا نفقة متعة ذلك أن النفقة التي يحكم بها دائما في حالة الطلاق هي نفقة العدة والتي تم النص عليها صراحة. أما نفقة الإهمال، فتكون في حال إهمال الزوج لزوجته وتركها دون مأوى أو غذاء، ويمكن أن تكون نفقة الإهمال التي يحكم بها جراء التطليق لعدم الإنفاق.

[1] جريدة رسمية، 2015 عدد،01 ، ص06.

[2] مقدم عبد الرحيم، صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات الانسانية، 2016، عدد 12، ص.49.

[3] كلمة وزير العدل حافظ الأختام حول صندوق النفقة الغذائية، 2015/01/03، الموقع الالكتروني www.aps.dz

[4] ذبيح هشام، عبد الرؤوف بابش، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، 2016، عدد14، ص65.

[5] بالنسبة لنفقة المتعة فإن المشرع لم يتكلم عنها بل تحدث عن التعويض في الطلاق وحسب قرارات المحكمة العليا فإن متباينة و لم بحسم هل أن المتعة هي التعويض أو لا.

أما بالنسبة للأشخاص المستفيدين من هذا الصندوق فقد نص عليهم المشرع على سبيل الحصر من خلال المادة 01 بالقول:" المستفيد أو الدائن بالنفقة: الطفل أو الاطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة وكذلك المطلقة المحكوم لها بالنفقة"[1].

وبهذا النص يكون المشرع الجزئري قد سلك منوال قرينه التونسي الذي نص على أن الإستفادة من خدمات الصندوق تكون فقط للمطلقات وأولادهن، إلا أن المشرع الجزائري يختلف عنه في مسألة نفقة الاولاد أين يشمل الصندوق نفقة الأولاد سواءا المحضونين بعد الطلاق أو في حالة رفع دعوى الطلاق، عكس المشرع التونسي الذي جعل أبناء المطلقين هم فقط من يستفيدون.

هذا ويختلفان كذلك حول نفقة المطلقة، فالمشرع الجزائري جعل الصندوق يشمل نفقتها فقط أما التونسي فقد كان أوسع من ذلك وجعل المطلقة تستفيد سواء بالنسبة للنفقة أو جراية الطلاق والتي تعتبر كنفقة مستمرة عبر الزمن.

وهذا الحصر في الفئات المستفيدة من قبل المشرع الجزائري عرضه للإنتقاد ذلك أنه إستثنى فئات كثيرة من الإستفادة من الصندوق وهم بحاجة ماسة إلى مثل هذه المساعدة الإنسانية، ومنهم الزوجة قبل الطلاق،كذلك الأرملة المتوفي عنها زوجها، ناهيك عن الأطفال دون نسب وذوي الإحتياجات الخاصة[2].

[1] وتجدر الاشارة الى أن النص جاء بصيغة لا تقصد مجرد حصر الفئات انما تتعدى ذلك الى ترتيب أولوية الاستفادة فالنص أصر على الترتيب كما يلي:

-الطفل أو الاطفال بعد رفع دعوى الطلاق وقبل الحكم بالطلاق

- الطفل أو الاطفال المحضونين بعد الحكم بالطلاق

-المرأة المطلقة، أنظر مقد عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.55.

[2] بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة المنشأ بالقانون 01/15، دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه، مداخلة بمناسبة يوم دراسي حول" منازعات النفقة ودور صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة والطفل، يوم 22 أفريل 2015، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، ص06 وما بعدها؛ مقدم عبد الرحيم، المقال السابق، ص56.

وكرد على هذا الإنتقاد، يمكن القول أن سبب عدم إدراج المشرع سواء الجزائري أو التونسي لكل هذه الفئات هو عدم رغبته في إثقال كاهل الصندوق وعدم تعجيزه، إضافة إلى أن أغلب منازعات النفقة والتي تعج بها المحاكم والتي لم يتم تنفيذها هي تلك المتعلقة بالمطلقة وأولاها المحضونين. هذا دون أن ننسى أن المشرعين من خلال هذا الصندوق يسعيان إلى تكريس حقوق المرأة والطفل وحمايتهما خاصة بعد الطلاق من الحرمان والضياع والحاجة.

وعن شروط الإستفادة من هذا الصندوق يمكن القول أنها تتلخص في صدور حكم قضائي ينهي الرابطة الزوجية، إضافة إلى صدور حكم نهائي بالحضانة والنفقة. أما إذا كان الطلب يتعلق بالأطفال وقد رفع قبل صدور حكم طلاق فلا بد من إستصدرا أمر مؤقت بالنفقة من القاضي المعروضة عليه الدعوى الاصلية[1]. هذا إلى جانب تبليغ المدين بالنفقة عن طريق تبليغ رسمي بواسطة محضر قضائي مع إثبات عدم تنفيذ المدين كليا أو جزئيا لإلتزاماته بعد تبليغه، وذلك بموجب محضر رسمي، وعدم التنقيذ يكون إما: لرفض أو إمتناع المدين المحكوم عليه التنفيذ كليا أو جزئيا، عجز المدين عن السداد وعدم قدرته على ذلك بسبب مرض أو إعاقة أو بطالة، عدم معرفة موطن أومحل إقامة المدين بالنفقة مما يحول دون تبليغه ودون التنفيذ[2].

هذا إلى جانب وجوب إثبات الطالب تقديمه لشكوى ضد المدين ومضي أجل شهرين دون تنفيذ هذا الأخير لإلتزماته.

أما فيما يتعلق بإجراءات الإستفادة، فإن الدائن بالنفقة يتقدم بطلب إلى رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا، وبهذا الطلب تكتب أهم البيانات المتعلقة بالدائن والمدين بالنفقة[3] .وقد تم

[1] مقدم عبد الرحيم، المقال السابق، ص59.

[2] وذلك حسب المادة 03 من القانون 01/15.

[3] ومبروك زيوش، المرجع السابق، ص 222، وكذلك المادة 04 من القانون 01/15.

إعداد نموذج خاص به على أن يكون مرفقا بوثائق معينة حددها قرار وزاري مشترك[1] .

وعليه، بعد إتمام الملف وإيداع الطلب يقوم القاضي المختص بالبت فيه بموجب أمر ولائي غير قابل للطعن في أجل 05 أيام من تاريخ تلقيه الطلب، وبعد إصدرا القاضي لأمره يتم تبليغه إلى كل من الدائن والمدين والمصالح المختصة في أجل أقصاه 48 ساعة من تاريخ صدوره[2] ويتم صرف هذه المستحقات في أجل لا يتجاوز 25 يوم [3].

ومن خلال التمعن في إجراءات الإستفادة من الصندوق نلمس طابعا إستعجاليا يظهر من خلال قصر المدة الزمنية لإجراءات الاستفادة[4]، بالإضافة إلى البت في الطلب عن طريق أمر ولائي غير قابل للطعن[5]، إلا أنه مقارنة بالقانون التونسي فإن إجراءاته تعتبر أكثر إستعجالا ذلك لأن الصندوق ملزم بصرف المستحقات في أجل أقصاه 15 يوم، عكس المشرع الجزائري الذي جعل هذا الأجل لا يتجاوز 25 يوم. وعليه، فإن هذه المدة طويلة مقارنة بما تعانيه المطلقة وأولادها وبما للنفقة من أهمية.

[1] قرار وزاري مشترك بين وزير العدل والمكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الاجتماعي، مؤرخ في 18 جوان 2015، يحدد الوثائق التي يتشكل منها الملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، ج.ر عدد 35 وهذه الوثائق هي: نسخة من الحكمالقضائي القاضي بالطلاق، ونسخة من الأمر أو الحكم الذي أسند الحضانة ومنح النفقة اذا لم يتضمن حكم الطلاق ذلك، محضر اثبات تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه هن ذلك، صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطبا عليه.

[2] ارجع الى المادة من 04 الى 09 من قانون 01/15

[3] وذلك حسب المادة 06 من القانون 01/15.

[4] هذا ويعتبر البعض أن أجل 05 أيام للفصل في الطلبات هو أجل قصير يصعب بل قد يستحيل على القاضي في العديد من الحالات الالتزام به، وعلى المشرع أن يتدارك ذلك وتمديد الأجل الى 10 أيام، أنظر، عامر نجيم، حماية حق الطفل في النفقة وفقا للقانون 01/15، مداخلة بمناسبة يوم دراسي حول" قانون الاسرة الجزائري الواقع والآفاق، يوم 27 فبراير 2017، المركز الجامعي، مغنية، تلمسان، ص42.

[5] بوكايس سمية، الطابع الاستعجالي لاجراءات الاستفادة من صندوق النفقة الغذائية وأثره على المرأة والطفل، مداخلة بمناسبة يوم دراسي حول"منازعات النفقة ودور صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة والطفل، يوم 22 أفريل 2015، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، ص02 وما يليها .

وفي الختام يمكن القول أن كلا المشرعين سعيا إلى حماية حقوق المرأة المطلقة وأولادها في النفقة، خاصة من خلال إستحداث صندوق يضع حدا للمعاناة الكبيرة التي كانوا يتعرضون لها أو على الأقل التخفيف منها.

وكخلاصة للباب الثاني، فان مبدأ المساواة تم تكريسه في كلا القانونين الأسريين، الا أنه يغلب عليه الطابع الحمائي، أي الميل الى حماية حقوق المرأة أكثر خاصة فيما يتعلق بآثار الطلاق. أين كان سعي المشرعين في تحقيق هذه الحماية واضحا من خلال منح المرأة الحق الكامل في الطلاق أمام الرجل، مع ضمان كل مستحقاتها ومستحقات أولادها المالية.

الخاتمة

حاولنا من خلال هذه الدراسة المتواضعة تبيان المركز القانوني للمرأة في الجزائر وتونس ضمن منظومة الأحوال الشخصية وبالتالي ما لها وما عليها دون نسيان موقف الشريعة الاسلامية. هادفين بذلك الى تنوير القارئ عامة والمرأة خاصة بما جاءت به هذه القوانين.

وعليه، بعد التعرض الى موضوع المساواة بين الجنسين ومن خلال كذلك المقارنة التي قمنا بها تم التوصل الى مجموعة من الاستنتاجات:

أهمها أن مبدأ المساواة بين الجنسين كان مجسدا في كلا القانونين الأسريين مع اختلاف بين المشرعين في كيفية تجسيده ومدى تجسيده. هذا بالاضافة الى جرأة المشرع التونسي في صياغته للنصوص القانونية من خلال اقراره وتكريسه التام لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة سواء في مسائل الزواج أو الطلاق وكذا آثارهما.

وخلافا لذلك نجد تردد المشرع الجزائري في اقرار مبدأ المساواة عند صياغته للنصوص خاصة فما يتعلق بالولي تعدد الزوجات نظرا لحساسية هذه المسألتين وتضارب الآراء والمواقف حولهما. ولا بد من القول أن مبدأ المساواة بين الجنسين ليس دائما في صالح المرأة ومناسبا لها، حيث اذا كان في غير موضعه ينقلب إلى اجحاف وظلم بحقها بدل أن يكون امتياز تتمتع به كمسألة النفقة التي تصبح عبئا عليها إذا كلفت بها مثلها مثل الرجل.

إن الشريعة الإسلامية كرمت المرأة وحفظت حقوقها وحقوق أبنائها بما يتلاءم مع مكانتها ومع أنوثتها وأن الاسلام ساوى بين الرجل والمرأة في المقام، الا أنه ميز بينهما في المهام. فإن للرجل والمرأة شرعا نفس القيمة والأهمية الا أن أدوارهما مختلفة وذلك ليكونا مكملين لبعضهما البعض.

وما يعاب على المشرع التونسي جرأته وسعيه لتكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة دون الأخذ بعين الاعتبار ما جاءت به الشريعة الاسلامية كون تونس بلد اسلامي عربي. ورغم كل ما حقق لصالح المرأة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الا أن البعض يجد أن هذا غير كاف وأن مبدأ المساواة بين الجنسين غير محقق على اطلاقه، ولابد من اضافة بعض التنقيحات للمجلة من أجل جعلها نموذجا لتكريس حقوق المرأة ومساواتها.

ولتحقيق ذلك وضعت لجنة الحريات الفردية والمساواة تقريرا مميزا حول المساواة وحقوق المرأة في تونس، أين اقترحت هذه اللجنة مشروع قانون أساسي "يتعلق بالقضاء على التمييز ضد المرأة وبين الأطفال" الهدف منه القضاء على ما تبقى من مظاهر التمييز في كل المنظومة التشريعية التونسية. وفيما يتعلق بالأحوال الشخصية، فإن اللجنة اقترحت أن يصبح المهر اختياريا باتفاق الزوجين، وأن يكون الأصل في الميراث هو المساواة بين الجنسين ولمن شاء خلاف ذلك أن يصرح في حياته بأن يختار توزيع تركته استنادا الى قاعدة " للذكر مثل حظ الأنثيين" شرط أن يكون التصريح بحجة رسمية حررها عدل اشهاد، وبذلك يكون مبدأ المساواة هو الأصل في الميراث وعدم المساواة هو الاستثناء[1].

أما المشرع الجزائري، فيعاتب عليه أنه لم يتبن مبدأ المساواة بشكل كامل ومطلق و لم يترك النصوص على أصلها، مما أدى الى صياغة نصوص فريدة خاصة به ولا مثيل لها في التشريعات، محكما بذلك موقفه دون الاستناد الى مصدر واضح وثابت دائماً .

ولهذا ننتقد وبشدة بعض الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري والتي جردت المجتمع من اسلامه وعروبته، ذلك لأن الغاية من صياغتها كانت حماية حقوق المرأة وتكريس مساواتها بالرجل دون النظر الا عواقب ذلك، خاصة مسألة اختيار المرأة لأي شخص لتولي عقد زواجها مما جعل دور الولي شكليا.

[1] تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، 2018/06/01، تونس، ص.05.

وبالمقابل، فإنه رغم تذبذب نصوص قانون الأسرة إلا أن المشرع أحسن صنعا في بعض الأحكام عندما لم يتبع مجلة الأحوال الشخصية وما جاءت به المواثيق الدولية خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة، كمسألة تعدد الزوجات الذي شدده دون منعه وتجريمه، ومسألة النفقة التي جعل الرجل ملزما بها دون تكليف المرأة، وقضية الميراث التي تحاول تونس مؤخرا تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين فيها.

قائمة المراجع

أولا: المصادر

- القرآن الكريم

ثانيا: المراجع

1/باللغة العربية

أ/ المراجع العامة:

1. ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج.5، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992.

2. ابن عباس، تنوير المقياس من تفسير ابن عباس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1992.

3. ابن كثير الدّمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط.1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2003.

4. أبو الحسن بن بطال، شرح صحيح البخاري، ج.7، مكتبة الرشد، الرياض، بيروت، لبنان، د.س.ن.

5. أبو الحسين مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم، ط.1، دار طيبة، السعودية، 2006.

6. أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى،ج.3،ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987.

7. أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج.5، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان، 1999.

8. أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن،ج.4، ط.2 ،دار الكتب العلمية، لبنان،2002.

9. أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، القسم الأول، دار الجليل، بيروت، لبنان، ب.س.ن.

10. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج.18، ط.1، هجر للطباعة، القاهرة 2001.

11. أبو داوود الساجستاني، سنن أبي داوود، ج.2، ط.1، دار الحزم بيروت،1994.

12.أبو عبد الله بن اسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه المشهور بصحيح البخاري، الطبعة الأولى، المطبعة السلفية، القاهرة، 1979.

13.أبو محمد بن حزم ، المحلى بالآثار ، ادارة الطباعة المنيرية ، مصر، د.س.ن.

14.أبو محمد بن قدامة ، المغنى ، ط.3 ، دار عالم الكتب ، السعودية،1997.

15.أبي الحسين العمراني الشافعي، البيان في مذهب الشافعي، دار المنهاج للطباعة والنشر، د.ب.ن، د.س.ن.

16. أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف، أحكام القرآن، القسم الأول، دار الجيل، بيروت، لبنان، ب. س.ن.

17. أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.

18. أحمد الجصاص، أحكام القرآن، ج.2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1985.

19.أحمد الصاوي، بلغة السالك، لأقرب المسالك، ج2، دار الكتاب العلمية، لبنان، د.س.ن.

20.أحمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج.12 ،ط.1، دار طيبة، الرياض، 2005.

21. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

22.إسماعيل البامري ، أحكام الأسرة بين الحنفية والشافعية،ط.1 ،دار الحامد، الأردن، 2009.

23. أمير فرج يوسف، موسوعة قانون حقوق الانسان الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،2008.

24. باديس ديابي، قانون الاسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

25. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.

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

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

28.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق الميراث، الوصية، الجزء01،الطبعة 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1991.

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

30. جلال الدين بن محمد، جلال الدين عبد الرحمان، القرآن الكريم وبهامشه تفسير الامامين الجليلين، ج.2، ب.ط، دار بن كثير، ب.ب.ن، ب.س.ن.

31.جمال الدين بن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجيل، بيروت، 1988.

32. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية،ج.2، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

33.الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2002.

34. الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار الخدونية ، الجزائر ، 2008.

35. زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج.3، ط.1، دار التراث العربي، دمشق، 2002

36. ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية ، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011.

37. السيد سابق، فقه السنة،ج.2،ب.ط، دار مصر للطباعة، القاهرة، د.س.ن.

38. شمس الدين الشيخ، قانون الاسرة والمقترحات البديلة، الطبعة الأولى، دار الامة للنشر، الجزائر، 2003.

39. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

40. عبد الرحمان البرقوقي، أوضح المسالك شرح أسهل المسالك، ط. 4، دار الفكر، بيروت ، د. س.ن.

41. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، دار حلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

42. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دار هومة، الجزائر،1988.

43. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007.

44. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر، 2008.

45. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دار البصائر للنشر، الجزائر، 2010.

46. عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، مطبعة السعادة، مصر، 1976.

47. عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين، الطبعة الاولى، دار الفتح للطباعة، بيروت، 1978.

48. علي جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج5، ط1، دار العلم، للملايين، بيروت، 1970.

49. عمر زودة، طبيعة الأحكام بانها الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، اينسوكلوبيدلا للنشر، بن عكنون، الجزائر، 2003.

50. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

51.قانون العائلة، تلخيص موسع مع ابراز التعاليق على الفصول والقرارات والمواضيع، السنة أولى أساسية قانون خاص، تونس،2010

52.لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.1، دار هومة، الجزائر، 2005.

53. لوعيل محمد لمين، الأحكام الاجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2012.

54.مالك بن أنس ، الموطأ ، ط.1، دار الإمام مالك ، الجزائر ، 2002.

55.مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت،1994.

56.محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

57.محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان في تفسير القرآن بالقرآن، ج10، ب.س.ن، ب.ب.ن

58.محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن.

59.محمد الرازي فخر الدين، تفسير الرازي، ج.17، ط.1، دار الفكر، بيروت، 1981.

60.محمد الشربيني، مغني المحتاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر،1958

61.محمد اللمجي، قانون الأسرة، الشركة التونسية للنشر و تنمية فنون الرسم، ط.1، 2008.

62.محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط.2، دار المعرفة، لبنان، 1982.

63.محمد بن عبد العزيز القصل، فقه الأسرة، مركز التنمية الأسرية، السعودية، 2008

64.محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير سنن الترمذي، ج.2،ط.1، دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1996.

65.محمد بن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، ط.1،دار عالم الفوائد، الرياض، د.س.ن.

66.محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج.5، ط.1، دار السلام للطباعة، ب.ب.ن،1997.

67.محمد حضر قادر، دور الإدارة في إبرام عقد الزواج، دراسة فقهيه مقارنة دار اليازوري للنشر، عمّان، الأردن، 2010

68.محمد سيف عبد الله العديني، قانون الأحوال الشخصية اليمني بين مقاصد الشريعة ومتغيرات الحياة، ط1، مؤسسة التنوير للقضية الاجتماعية، اليمن، 2014.

69.محمد عبده، الأعمال الكاملة، ج2، الكتابات الاجتماعية، دار العلم، بيروت، 1981.

70.محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، ج1،دار محمد للنشر والتوزيع،ب.س.ن.

71.محمد كمال الدين امام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، القاهرة، 2007.

72. محمد متولي الشعراوي، تفسير القرآن العظيم، عن موقع شبكة مشكاة الإسلامية.

73.محمد ناصر الدين الألباني، ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج.7، ط.1، مطبعة الحلبي، المكتب الاسلامي ،بيروت،1979 .

74.محمد ناصر الدين الألباني، التعليقات الرضية على الروضة الندية، ج.2، ط.1، دار ابن القيم، الرياض، 2003.

75.محمد ناصر الدين الالباني، سلسلة الاحاديث الصحيحة، ج.1، ط.2، مكتبة المعارف، الرياض، 1975.

76. محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الاسلامي، بيروت، 1988.

77.محمود بن أحمد العيني ، البناية في شرح الهداية، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990.

78.موفق الدين أبي محمد، شمس الدين أبي الفرج، علاء الدين أبي الحسين، المقنع والشرح الكبير والانصاف، ج.22، ط.1، هجر للطباعة، القاهرة،1999.

79.نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

80.نبيل صقر، قانون الأسرة الجزائري نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2006

81.وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء 07، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1984.

ب/ المراجـــــع المتخصصة:

I. المؤلفـــــــات:

1. أبو القاسم الديباجي، حقوق المرأة في الاسلام، الطبعة الالكترونية الأولى، ب.ب.ن، 2003.

2. أبو النصر مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الاسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، ب.س.ط.

3.أحمد محمد المومني؛ اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، دار المسيرة، الأردن، ب.س.ط.

4. أحمد محمد مصطفى نصير، حقوق المرأة وواجباتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

5. أحمد نصر الجندي، الحاضنة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

6. أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة، تيزي وزو، 2010.

7. أمير فرج، الأحكام المعاصرة في العنف الأسري ضد النساء والأطفال ومكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، مصر، 2011.

8. أميرة عبد الرزاق خليل السنباطي، النظام السياسي التونسي بين التوجه العلماني وحركات الإسلام السياسي، المكتب العربي للمعارف، تونس، ب.س.ن.

9. الأنصاري حسن البيدابي، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2001.

10. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

11. بوعبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، ط.2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

12. تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية-دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة-دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008.

13. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2009.

14. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، ط1، دار العامة للنشر، الأردن، 2009.

15. حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، القاهرة، 2007.

16. حسنين المحمدي بوادي، حقوق المرأة بين الاعتدال والتطرف، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

17. حقوق المرأة في تونس من المساواة الى الشراكة، مركز البحوث و الدراسات والتوثيق والاعلام حول المرأة، تونس، 2007.

18. خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الاسلامية والتشريع الوضعي دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر 2007.

19. رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية، ج.1، ج2، ط.1، دار الفروق للنشر، مصر، 2007.

20. رشدي شحاتة ابو زيد، اتفاقية القضاء على جمع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الاسلامي، الطبعة الأولى، دار الوفاء للنشر الاسكندرية 2007.

21. رشدي شحاتة ابو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2011.

22. صفوان محمد غضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر ، عمان، 2009.

23. صلاح الدين سلطان، امتياز المرأة على الرجل في الميراث والنفقة، دراسة فقهية، الفكر الإسلامي، ب ب ن، ب.س.ن

24. صلاح الدين سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، الطبعة الأولى، نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، 1999.

25. عبد الحميد القضاة، رسالة إلى الشباب الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟ المكتبة الوطنية، جمعية العفاف الخيرية، عمان، 2003.

26. عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الاحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 2011.

27. عبد المجيد الزروقي، المساواة في الميراث، في مقولة ان الوارثات في القانون الإسلامي لا تحصلن في العموم إلا على نصف مناب الورثة من نفس المرتبة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011.

28. غاري حسين صباريني، الوجيز في حقوق الانسان وحرياته الأساسية ، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان 1997.

29. قيس عبد الوهاب الحيالي، ميراث المرأة في الشريعة الاسلامية، والقوانين المقارنة ، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2008.

30. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري دار هومة، الجزائر، 2006.

31. محمد أديب قبيسي، فقه الطلاق و توابعه، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الملاك، بيروت، لبنان، 2007.

32. محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي (التجليات)، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006

33. محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، الطبعة الأولى، دار المكتبي، سورية، دمشق، 1998.

34. محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ط2، مركز النشر الجامعي،تونس، 2003.

35. محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن والسنة الصحيحة، ط1، دار السلام للطباعة، ب.ب.ن، 2005.

36. محمد بن عبد الله بن سليمان بن عرفة ،حقوق المرأة في الاسلام، الطبعة الثانية، المكتب الاسلامي ، ب.ب.ن، 1983.

37. محمد رشيد رضا الحسيني ، حقوق النساء في الاسلام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت ،2005.

38. محمد محدة، الخطبة والزواج، ط2، شهاب للنشر، د.ب.ن، 1994.

39. محمد ممدوح صبري الطباخ، أوجه الاختلاف بين الرجل والمرأة في أحكام الشريعة الاسلامية و التشريع الوضعي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009.

40. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

41. منال فنجان الملك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2009.

42. منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية واصالة التشريع الاسلامي، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، الطبعة الاولى دار الثقافة للنشر، لبنان، بيروت، 2011.

43. ناي بنسادون، حقوق المرأة منذ البداية حتى أيامنا، الطبعة الأولى، عويدات للنشر، بيروت، 2001.

44. نيفين مسعد، حقوق المرأة، أعمال الندوة الاقليمية حول سبل تفعيل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

45. وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في الشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

II. أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير واجازات المدرسة العليا للقضاء:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1.بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.

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

3.ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، الجزائر،2011.

4.عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية، وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تلمسان،2015 .

5.لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2006.

6.مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

7.مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006.

8.منادي مليكة بريكة، أحكام الأسرة بين الثابت و المتغير في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس ،سيدي بلعباس ،2006.

9.منصوري المبروك، الجرائم الماسة بالاسرة في القوانين المغاربية دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، تلمسان، 2013-2014

10. نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الاثبات في مجال الزواج، أطروحة، دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2009-2010.

ب- .مذكرات الماجستير:

1. أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في ابرام عقد الزواج ، مذكرة ماجستير في القانون، عقود ومسؤولية، الجزائر،1998.

2. أيمن أحمد محمد نعيرات، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009،

3. .بن عيشوش فاطمة، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، عقود ومسؤولية، الجزائر،2011.

4. بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، 2015/2014.

5. بهلول سعيدة، الحقوق الزوجية تدبير وقائي من الطلاق بين تأكيد الشرع ومشكلات الواقع الجزائري، بحث فقهي مع دراسة ميدانية في ولاية بومرداس، مذكرة ماجستير في العلوم الاسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2009.

6. بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.

7. بوجاني عبد الحكيم، اشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان، 2014.

8. بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان، 2014.

9. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الاسرة في مسائل الزواج وأثاره، مذكرة ماجستير في قانون الاسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

10. حنان الهرمي، حقوق الأم الحاضنة، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جندوبة، تونس، 2009-2010.

11. فائزة فائزة، الحماية القانونية للأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة تونس، 2003.

12. فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة " الأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، وجدة، 2010،

13. رتيبة عياش، نفقة الزوجة بين الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007 .

14. سنية العش ملاك، واجب الاخلاص بين الزوجين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية الأساسية، جامعة قرطاج، تونس، 2012

15. طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الانسان، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، بن عكنون، الجزائر، 2000.

16. صفوان محمد علي عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص الفقه، جامعة البرموك، الأردن، 2004

17. عربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة خروبة، الجزائر،2002.

18. غادة الصغير، السكوت والعقد، مذكرة ماجستير، جامعة تونس المنار، تونس، 2010-2011.

19. صباح خليفة، انفاق المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية الأساسية، جامعة 07 نوفمبر، قرطاج، تونس، 2009-2010

20. عاطف مصطفى البراوي، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير، كلية شريعة وقانون ، غزة، فلسطين، .2006

21. عمران عائشة ، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون، - عقود مسؤولية- بن عكنون- الجزائر.2008.

22. عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وانهائه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، تلمسان، 2014

23. عيسى طعيبة، سكن المحضون في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود مسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2011.

24. سنية العش ملاك، واجب الاخلاص بين الزوجين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية الأساسية، جامعة قرطاج، تونس، 2012

25. فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001.

26. لوعيل محمد لمين ، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، عقود مسؤولية، الجزائر 2001.

27. مسعودي يوسف الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، بشار،2007.

28. نبيل فتوش، واجبات الزوجين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تونس المنار، تونس، 2004.

29. نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، 2006.

30. نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في القانون، الجزائر، 2000.

31. وفاء عكاز، نفقة الأبناء، مذكرة ماجستير، جامعة قرطاج، تونس، 2012

32. وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الاسرة على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير في قانون الاسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

33. يزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون – عقود ومسؤولية- ،بن عكنون، الجزائر،2003.

34. يوسفات علي هشام، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

35. أحمد مخلوفي، نظام الاشتراك في الملكية حسب قانون 09 نوفمبر، 1998، مذكرة ماجستير، تونس، 2011.

ج- اجازات المدرسة العليا للقضاء ومحاضرات ختم التمرين:

1. أحلام نصيبي، انتهاء الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي بتونس، السنة القضائية، 2013-2014

2. أيمن الدريدي، الضرر في العلاقة الزوجية، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، ب.س.ن.

3. بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الاسرة في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08، مذكرة نهاية التكوين لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 18، 2010/2007.

4. سارة الزعفراني، الطعن في الحكم القاضي بالطلاق إنشاء، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي بتونس، 2014/2013

5. سعيدة دحمانة، واجب الانفاق المحمول على الزوج، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحاماة، الفرع الجهوي، تونس، 2013-2014

6. سنية السحباني، جريمة التزوج بثانية، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي بتزرت، تونس، 2014

7. عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2003.

8. عفاف بن روينة، الأم الحاضة في مجلة الأحوال الشخصية، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، 2013-2014

9. عيسيو أسماء، حق المطلقة في مسكن الزوجية واشكالاته المثارة أمام القضاء، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2004.

10. لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2002-2005.

11. لمياء الهذلي، الحماية المدنية لسكنى الحاضنة، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، 2013-2014،

12. يسرى البرشاني الصافي، الولاية والحضانة، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين، الفرع الجهوي، تونس، 2013-2014

III. المقالات:

1. أحمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، مجلة دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة، الجزائر، 2011، عدد 10.

2. أحميدة مرغيش، ميراث المرأة في الإسلام، الرد على شبهة الدعوة إلى المساواة في الإرث، 2017/08/15.

3. بدرية عبد الله العوضي، وضعية المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، الجزائر، 1987، عدد02.

4. بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج علي ضوء قانون الاسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر،2007،عدد01 .

5. بلحاج بن بابا، كرامة المرأة وحقوقها في الاسلام، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامي ، الجزائر سنة 2000، عدد 03.

6. بن عومر محمد الصالح، صندوق النفقة كآلية قانونية لضمان تسديد النفقة، مجلة القانون والمجتمع،المجل04، 2015، عدد02

7. بن عومر محمد صالح، تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، أدرار ديسمبر، 2014، العدد4.

8. بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة المنشأ بالقانون 01/15، دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه، مداخلة بمناسبة يوم دراسي حول" منازعات النفقة ودور صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة والطفل، يوم 22 أفريل 2015، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان.

9. بوكايس سمية، الخلع في قانون الاسرة الجزائري من الرخصة الجوازية إلى الحق الأصيل، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، يناير 2015، عدد 02

10. بوكايس سمية، الطابع الاستعجالي لاجراءات الاستفادة من صندوق النفقة الغذائية وأثره على المرأة والطفل، مداخلة بمناسبة يوم دراسي حول"منازعات النفقة ودور صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة والطفل، يوم 22 أفريل 2015، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان.

11. بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري ما بين الإلغاء والإبقاء، مجلة الفقه والقانون، المغرب، جوان 2014، العدد 20.

12. بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، دورية محكمة تعني بالدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، ديسمبر، 2013، العدد 02.

13. تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك ،مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسي، جامعة تلمسان، 2011 عدد12.

14. تشوار جيلالي ،بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، مجلة المعيار،2004،عدد 09.

15. تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الاسرية في بعض مسائل الزواج اية عدالة قانونية أم قضائية، مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، عدد 10.

16. تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص التشريعية والتطور الاجتماعي، مجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية ، مخبر القانون والتكنلوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ب.ع.

17. تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الاسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، الجزائر 2007، عدد 02.

18. تشوار جيلالي، سن الزواج بين الاذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، الجزائر، 1999، عدد04.

19. تشوار جيلالي، مدى فعالية أحكام حماية المرأة في قانون الاسرة الجزائري في ضوء مواثيق حقوق الانسان، مداخلة بمناسية ملتقى دولي بعنوان "فعالية آليات حماية حقوق الانسان"، المكتبة المركزية، جامعة تلمسان، يومي 08 و09 ديسمبر 2009.

20. تشوار حميدو زكية، الدور الايجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والادارية والسياسية، 2003، عدد 02.

21. تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة ، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية، جامعة تلمسان، 2011، عدد 12.

22. تشوار حميدو زكية، عمل المرأة الحاضنة بين نصوص قوانين الأحوال الشخصية المغاربية والاجتهادات الفقهية والقضائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والادارية والسياسية، 2002، عدد 02.

23. تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم القاضي مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق، تلمسان 2010، عدد 10.

24. جلال بوكثيف، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 1999.

25. جيلالي صاري، الاسرة الجزائرية والقانون والمبادئ الاسلامية، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامي ، الجزائر، 2000، عدد 03.

26. الحبيب العش، الحاضنة في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1985.

27. حسام علي سالم الشامسي، اشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الاسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الاسلامي ، الجزائر سنة 2000، عدد 03.

28. حسن صلاح الصغير عبد الله، التزامات الرجل بقوامته على زوجته في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2002، العدد 02، الجزء 02.

29. حقوق المرأة في تونس من المساواة الى الشراكة، مركز البحوث و الدراسات والتوثيق والاعلام حول المرأة، تونس، 2007

30. حمليل صالح، نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والمجتمع، د.س.ن، عدد.01

31. حمليل صالح، نفقتا المتعة والتعويض بين الفقه والقانون والقضاء مجلة الحقيقة، تصدر عن جامعة أدرار، 2004، عدد 04.

32. حوابي فلة، دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الاسرة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، 2017، عدد 12

33. خالد بن عثمان السبت، القوامة، بتاريخ 03 ذو القعدة 1426 .

34. داودي كريم، رضا الزوج في المخالعة، مجلة الحضارة الاسلامية، جوان 2006، عدد 29.

35. دليلة براف، التطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، سعد دحلب، البليدة، 23 فيفري 2009، ب.ع.

36. دنوني هجيرة ،المستحدث من تشريعات الاسرة في مجال حماية العلاقات الاسرية ، دراسات قانونية، مجلة تصدر عن مخبر القانون الخاص الاساسي، جامعة تلمسان،2010، عدد 07.

37. دنوني هجيرة، اجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر ،2000، عدد 03.

38. ذبيح هشام، عبد الرؤوف بابش، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، 2016، عدد14.

39. رباحي احمد، ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الاسرة والفقه الاسلامي، دراسات قانونية مجلة سداسية تصدر عن المخبر القانون الخاص الاساسي ،جامعة تلمسان، 2010، عدد07 .

40. ربيع الميمون، واقع المرأة في المجتمعات البشرية ووضعها في القرآن الكريم، مجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية ، الجزائر، 2000، عدد3.

41. ربيعة زواش، المساواة بين المرأة والرجل في المواثيق الدولية لحقوق الانسان والشريعة الاسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، جوان 2014، عدد رقم 41.

42. رشيد بن شويخ، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية، جامعة تلمسان، 2011، عدد12.

43. رضا خماخم، أحكام النفقة في مجلة الأحوال الشخصية بعد التنقيح، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس، 12 جويلية 1993.

44. سارة بن شويخ، نظم توثيق الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، سعد دحلب، البليدة، 23 فيفري 2009، ب.ع.

45. ساسي بن حليمة، تعليق على حكم ابتدائي الصادر من المحكمة الابتدائية بصفاقس، تحت عدد 12374 بتاريخ 17 مارس 1986، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، 1992، عدد 02.

46. ساسي بن حليمة، دور قاضي الأسرة في قضايا الطلاق، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1994.

47. ساسي بن حليمة، قانون العائلة بين التطور والجمود، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقص، تونس، 2005.

48. سالم بن براهيم، من قضايا المرأة والاسرة في الاسلام، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية ،الجزائر، 2000 عدد03.

49. سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2004، عدد01.

50. سلمى حراز؛ مريم شرايطية، جزائريون يقبلون على الزواج العرفي لمراوغة القانون، جريدة الخبر، الاثنين 03 سبتمبر 2012.

51. شيماء رحمونة، المساواة في الميراث تلفت الأنظار إلى مكانة المرأة التونسية، 2017/08/20، صحيفة العرب، العدد 10728.

52. صالح بويشيش، نفقة الزوجة والأولاد في حال الاعسار والامتناع، بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، 2002، عدد خاص.

53. صويلح بوجمعة، نظرة تحليلية للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة في ضوء مستجدات الأمر02/05 المعدل والمتمم له واجتهاد المحكمة العليا، جوان2006.

54. عامر نجيم، حماية حق الطفل في النفقة وفقا للقانون 01/15/ ، مداخلة بمناسبة يوم دراسي حول" قانون الاسرة الجزائري الواقع والآفاق، يوم 27 فبراير 2017، المركز الجامعي، مغنية، تلمسان

55. عبد الجليل الجوادي، تعدد الزوجات في تونس بين الواقع والقانون، مقال منشور بتاريخ 2012/08/30.

56. عبد الرحمان طالب، حقوق وواجبات المرأة في الاسلام، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد03.

57. عبد السلام عبد القادر، جديد الخلع في الامر05-02 مجلة الحجة تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، 2011 عدد 02.

58. عبد المجيد مزيان، فقه الاجتهاد وقوانين المراجعة المستمرة في نظام الاسرة وحقوق المرأة، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى دورية في الثافة الاسلامية ،الجزائر،2000 ،عدد 03 .

59. عز الدين الخطيب التميمي، حقوق المرأة و قضاياها في الشريعة الاسلامية، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد03.

60. عمر صدوق، دراسة الجديد في تعديل قانون الاسرة، مجلة المحاماة تصدر عن منظمة المحامين، تيزي وزو، 2007، عدد05.

61. العيشى نوارة، مقابلة بين مركز المرأة والرجل في الميراث، م.ح.ع.ق.إ.س، الجزائر، 2008، عدد 03.

62. فاطمة الزهراء لقشيري، العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جوان 2017، العدد11،

63. فاطمة الزهراء لقشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق، دراسة في المطلب والمبررات، مجلة دراسات وأبحاث، مجلة دولية علمية محكمة تصدر عن جامعة الجلفة، الجزائر، 2012، العدد09

64. فاطمة بنت عبد الله الزناتي، حق الزوج على الزوجة، مجلة السنة وحقوق الإنسان، 1431هـ، العدد 04

65. فريدة نباش، 54% من الجزائريين يؤيدون تقاسم الميراث بين الرجل والمرأة بالتساوي، الحوار 23-12-2010.

66. فوزي أوصديق، تطور المركز القانوني للمرأة في الجزائر، دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة، الجزائر 2010، عدد 04.

67. قانون منع تعدد الزوجات في تونس ثابت رغم الدعوات المتجددة لإلغائه، مقال على صحيفة العرب، نشر بتاريخ 2015/10/11، العدد 10063

68. كاترين مخائيل، المساواة الدستورية والقانونية للرجل مع المرأة، الحوار المتمدن، عدد 2924، 2010/02/10، الموقع الالكتروني www.ahewar.org

69. كمال لدرع، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الاسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2000، عدد01.

70. مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والاولاد في ظل القانون رقم 01/15 المتضمن انشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مارس 2015، عدد05.

71. مجلس الأمة الضمانات البرلمانية لتطبيق اتفاقية القضاء على جمع اشكال التمييز ضد المرأة، مجلة الفكر البرلماني متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، الجزائر 2005 ، عدد08.

72. محمد الحبيب الشريف، حول طرق التنفيذ في مسائل الأحوال الشخصية، المجلة القانونية التونسية، 2000، عدد10

73. محمد حمدان، المرأة والميراث قبل وبعد الإسلام، 2015/02/19.

74. محمد رشيد الجلامي، مجلة الأحوال الشخصية والتضامن: صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق، المجلة القانونية التونسية، أفريل 2008.

75. محمد علي التقرقي، نشوز الزوجة في فقه القضاء التونسي، مقال بتاريخ 30 مارس 2016.

76. محمود اسماعيل الشريف، وضع المرأة والاسرة في المبادئ الاسلامية وطرق معالجتها بالقوانين المدنية، مجلة المحاس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000،عدد03.

77. محمود العنابي، خواطر حول مساهمة الزوجة في الانفاق، مجلة القانون والتشريع ، 1974، عدد 07

78. محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، مقال منشور في 2017/10/05 شركة دار القانون للمحاماة والاستشارات القانونية، تونس، 2017

79. مديحة بن محمود، تعدد الزوجات في تونس ...إلى الوراء سر، مقال منشور بتاريخ 2005/04/5

80. مسعودي رشيد، الشهادة الطبية قبل الزواج، دراسة مقارنة، الراشدية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، معسكر، 2008، عدد 01.

81. مسعودي رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة تصدر عن جامعة أدار، 2004، عدد 4.

82. معروف الدواليبي، وضع المرأة في الاسلام، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، 1983، السنة السابعة عدد 03.

83. معروف عرايبي محمد، قانون الاسرة ماله وما عليه ،الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية ، مجلس الامة، الجزائر، 2005 ، عدد 10.

84. مقدم عبد الرحيم، صندوق النفقة الجزائري الجديد تجربة دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات العربية، مجلة البحوث والدراسات الانسانية، 2016، عدد 12،

85. منصف المحواشي، المساواة والشراكة الزوجية في تشريعات الأحوال الشخصية التونسية، الثابت والمتحول، مؤتمر حول الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، كلية الحقوق، جامعة عمان من 20-21 أفريل2010، ط1، دار الحامد للنشر، عمان، 2012.

86. المنصف زغاب، سكنى الحاضنة على ضوء قانون 04 مارس 2008، مجلة الأخبار القانونية، أفريل 2008، عدد 44-45.

87. ناصر الدين ماروك، قانون الاسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000،عدد 03.

88. نسيمة أمال حيفري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جوان 2007، السنة التاسعة، عدد 27.

89. نعيمة رحماني، الزواج من منظور الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري المعدل مجلة الحجة، تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، ،2011 ،عدد 02.

90. نمر محمد الخليل النمر، انصاف المرأة في أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، مجلة المنارة، المجلة 15، 2009، العدد 02.

91. نهى القرطاجي، قراءة اسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعة الاسلامية و الاتفاقيات و الاعلانات الدولية"، جامعة طنطا، مصر، 7 – 9 أكتوبر، 2008، الموقع الالكتروني www.iicw.org.

92. نوارة العشي، مقابلة بين مركز الرجل ومركز المرأة في الميراث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، تلمسان ، 2008 ،عدد 03.

93. نورالدين زمام، بن قفة سعاد، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، 2012، عدد07.

94. هدى عبد المنعم، دراسة الوثائق الدولية من جوانبها المختلفة، بحث مقدم لمؤتمر بعنوان "أحكام الأسرة بين الشريعة الاسلامية والاتفاقيات والاعلانات الدولية"، جامعة طنطا، مصر، 7 – 9 أكتوبر، 2008؛ الموقع الالكتروني www.iicw.org.

95. وهبة الزحيلي، وحدة النفس البشرية، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، دورية في الثقافة الاسلامية، الجزائر، 2000، عدد 03.

ج/ النصوص القانونية:

1. دستور1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم96-438 المؤرخ في 1996/12/07 ج.ر 76 المؤرخة في 1996/12/08المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 ج.ر رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج.ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008. والأمر 16-01المؤرخ في 06 مارس 2016 ج.ر رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

2. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر 1979 والمصادق عليها بموجب الأمر الرئاسي 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996.

3. الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20نوفمبر1989.

4. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 49، المؤرخة في1966/06/11، المعدل والمتمم.

5. الأمر 70-86 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ج.ر 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

6. أمر علي المؤرخ في 13/أوت/1956 يتعلق باصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1956/08/17، عدد 66.

7. القانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27. ج.ر 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

8. القانون 09/08، المؤرخ في 2008/02/25 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 ، المؤرخة في 2008/04/24.

9. القانون رقم 01/15 المؤرخ في 04 جانفي 2015، جريدة رسمية عدد 01، مؤرخة في 05 جانفي 2015.

10. المرسوم التنفيذي 154/06 ، مؤرخ في 2006/05/11، يحدد شروط وكيفية تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة ، ج.ر31، الصادرة بتاريخ 2006/05/14.

11. قرار وزاري مشترك بين وزير العدل والمكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الاجتماعي، مؤرخ في 18 جوان 2015، يحدد الوثائق التي يتشكل منها الملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، ج.ر عدد 35.

رابعا: التقارير والتوصيات والمداولات.

1. التقرير الأولي للجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 01 سبتمبر 1998.

2. التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عن تنفيذ اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18ماي2009 .

3. تقرير حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة في أساس النوع الاجتماعي، تعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأوروموتوسطية، برنامج ممول من قبل الاتحاد الأوربي، تونس 2008-2011

4. تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، 2018/06/01، تونس.

5. التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الدورة الثالثة عشرة، 1992.

6. التوصية العامة رقم 29 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، بتاريخ 30 /2013/10.

7. ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع ،(CEDAW/C/DZA/3-4)، الدورة الحادية والخمسون، 13فبراير-02 مارس 2012.

8. اللجنة الدائمة للإفتاء، حكم النشوز و الخلع، الجزء 01 ، البحوث العلمية، السعودية، 2004.

9. مداولات البرلمان الجزائري، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 2005/146 المؤرخة في 2005/03/26، وكذلك الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة رقم 2005/02 المؤرخة في 2005/03/26.

10. مداولات مجلس النواب حول مشروع تعديل بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 21 جلسة 19، فيفري 2008

11. الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون، 13فبراير-02 مارس 2012، (CEDAW/C/DZA/Q4).

12. نص التحفظات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 22ماي 1996.

د/ مواقع الأنترنت

1. www.4shared.com
2. www.ohchr.org
3. www.daawa-info.net
4. www.iicwc.org

ه/ محاضرات:

1. بلقاسم شوان، الخطبة والزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، محاضرات في مقياس فقه الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2013-2014

2.تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الأولى ماجستير دفعة 2011-2012، غير منشورة.

3.تشوار جيلالي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الرابعة ليسانس دفعة 2009-2010، غير منشورة.

4.ساسي بن حليمة، محاضرات في القانون المدني والأحوال الشخصية، جامعة تونس المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، د.س.ن،

5.قانون العائلة، تلخيص موسع مع إبراز للتعاليق على الفصول والقرارات والمواضيع، محاضرات ملقاة على طلبة السنة أولى أساسية قانون خاص، جامعة تونس، 2010.

6.كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009-2010.

2/باللغة الفرنسية:

1- Ouvrage:

1. Djilali TCHOUAR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, la dot, la tutelle matrimoniale, la polygamie, le divorce-répudiation et l'adoption, office des publications universitaires, Alger, 2004.

2- Articles :

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

2. Djilali TCHOUAR, Droit de la famille quels principes d'égalité…, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz éditions, Tlemcen, 2013.

3. Farida DEKHLI, Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Alger, 1988, volume 04.

3-Thèse du doctorats:

1.BOUDERBALA Mediouni Cyrine, L'égalité homme femme, étude comparative entre les droits tunisiens et marocain de la famille (le lien conjugal et sa dissolution , mémoire en vue de l'obtention du mastère en sciences juridiques fondamentales, Université du 7 novembre à Carthage, Tunis, 2008-2009.

الفهرس

مقدمة عامة 02
الباب الأول: المساواة بين الجنسين في مسائل الزواج وآثاره 14
الفصل الأول: المساواة بين الجنسين في ابرام عقد الزواج..... 15
المبحث الأول: المساواة بين الجنسين في انعقاد الزواج والمرحلة السابقة له 16
المطلب الأول: الخطبة 17
الفرع الأول تعريف الخطبة وطبيعتها القانونية 18
أولا: تعريف الخطبة: 18
ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة 20
الفرع الثاني: المساواة بين الجنسين في الإعلان عن الخطبة 22
أولا: بالنسبة للشريعة الإسلامية 23
ثانيا: الإعلان عن الخطبة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي 25
الفرع الثالث: تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في العدول عن الخطبة 26
الفرع الرابع: المساواة بين الجنسين في آثار العدول عن الخطبة 29
أولا: مركز المرأة في التعويض عن العدول عن الخطبة 30
ثانيا: مبدأ المساواة بين الخطيبين في استرجاع الهدايا..... 35
المطلب الثاني: ركن الزواج 40
الفرع الأول: مفهوم ركن الرضا 41
أولاً: تعريف الرضا..... 41
ثانيا: كيفية التعبير عن الرضا بالزواج 42
الفرع الثاني: الرضا بالزواج كضمان لمبدأ المساواة بين الزوجين 44
المطلب الثاني: المساواة في الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج 48
الفرع الأول: الولي في عقد الزواج 49
الفرع الثاني: المساواة بين الجنسين في سن الزواج 61
الفرع الثالث: الشهادة الطبية كشرط شكلي لانعقاد الزواج 66

المبحث الثاني: المساواة في الاشتراط والتعدد 71
المطلب الأول: مدى تطبيق مبدأ المساواة في مسألة تعدد الزوجات 72
الفرع الأول: أحكام تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية 73
الفرع الثاني: تعدد الزوجات بين التقييد والمنع..... 74
أولا: قيد اخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج 75
ثانيا: إثبات وجود المبرر الشرعي 76
ثالثا: توفر شروط ونية العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية..... 77
رابعا: شرط الحصول على رخصة من رئيس المحكمة..... 78
المطلب الثاني: المساواة بين الجنسين في الاشتراط..... 85
الفرع الأول: شرط عدم تعدد الزوجات..... 88
الفرع الثاني: شرط عمل المرأة 89
الفصل الثاني: المساواة بين الجنسين في آثار الزواج..... 93
المبحث الأول: المساواة بين الجنسين في الآثار الشخصية..... 93
المطلب الأول: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين 94
الفرع الأول: واجب المعاشرة بالمعروف 95
الفرع الثاني: التعاون على مصلحة الأسرة وتسيير شؤونها وتربية الأولاد 98
الفرع الثالث: التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات 100
المطلب الثاني: الحقوق والواجبات الملغاة والتي تعيق تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين 102
الفرع الأول: واجب طاعة الزوجة لزوجها 103
الفرع الثاني: حق قوامة الزوج على الزوجة 106
المبحث الثاني: المساواة بين الجنسين في آثار الزواج المالية 112
المطلب الأول: النفقة 112
الفرع الأول: واجب الزوج بالإنفاق في ضوء الشريعة الإسلامية..... 113
الفرع الثاني: المساواة بين الجنسين في الإنفاق 115
المطلب الثاني: مدى المساواة بين الزوجين في الذمة المالية 120
الفرع الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجة عن الزوج 121
الفرع الثاني: حماية حقوق المرأة من خلال العقد المالي بين الزوجين..... 125

أولا: عقد الاتفاق على الأموال المكتسبة في القانون الأسري الجزائري.....125
ثانيا: نظام الاشتراك في الأملاك حسب قانون 1998 التونسي.....127
المطلب الثالث: مدى المساواة بين الجنسين في أحكام الميراث 130
الفرع الأول: ميراث المرأة قبل الإسلام 131
الفرع الثاني: حالات ميراث المرأة مقارنة بالرجل.....134
أولا: حالات ترث فيها الأنثى نصف ما يرث الذكر.....134
ثانيا: حالات تتساوي فيها الأنثى مع الذكر في الميراث.....135
ثالثا: حالات ترث فيها الانثى أكثر من الذكر 137
رابعا: حالات ترث فيها الانثى والذكر لا يرث 138
الفرع الثالث: أسباب أخذ المرأة نصيب أقل من نصيب الرجل في الميراث 138
الفرع الرابع :ردود الأفعال حول المطالبة بالمساواة في الميراث 140
الباب الثاني: المساواة بين الجنسين في مسائل الطلاق واثاره.....146
الفصل الأول: المساواة بين الزوجين في أحكام فك الرابطة الزوجية 147
المبحث الأول: مدى المساواة بين الجنسين في الطلاق بطلب أحد الزوجين 148
المطلب الأول: الطلاق بطلب من الزوج.....148
المطلب الثاني: الطلاق بطلب من الزوجة 159
المبحث الثاني: المساواة بين الجنسين في الطلاق بالتراضي والطلاق للضرر 177
المطلب الأول: الطلاق بالتراضي.....177
المطلب الثاني: الطلاق للضرر.....179
الفصل الثاني: المساواة بين الجنسين في آثار الطلاق.....185
المبحث الأول: المساواة في الآثار الشخصية للطلاق.....185
المطلب الأول: مدى تطبيق مبدأ المساواة في مجال الحضانة 186
الفرع الاول: أحكام الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري والتونسي 187
الفرع الثاني: مدى المساواة بين الجنسين في إسناد الحضانة 190
المطلب الثاني: مدى تطبيق مبدأ المساواة في مجال الولاية 195
المبحث الثاني: المساواة بين الجنسين في آثار الطلاق المالية.....201
المطلب الأول: سكن الحاضنة 202

الفرع الأول: حق الحاضنة في المسكن حسب قانون الأسرة الجزائري.....202
الفرع الثاني: حق الحاضنة في المسكن حسب المجلة التونسية.....206
أولا: الآليات المدنية لحماية حق الحاضنة في السكن.....209
ثانيا :الآليات الجزائية لحماية سكنى الحاضنة.....212
الفرع الثالث: مدى تأثير مبدأ المساواة في أحكام سكن الحاضنة 214
المطلب الثاني: الحق في التعويض 216
الفرع الأول: صور التعويض عن الضرر في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي 217
أولا: التعويض عن الضرر جراء الطلاق في قانون الأسرة. 217
ثانيا: التعويض عن الضرر جراء الطلاق في المجلة التونسية.....224
الفرع الثاني : مدى المساواة بين الجنسين في التعويض جراء الطلاق 229
المطلب الثالث: حماية نفقة المطلقة وأولادها.....230
الخاتمة 243
قائمة المراجع.....247

ملخص

تعتبر قضية المساواة بين الجنسين من أهم القضايا التي برزت حديثا، أين تميزت في وقتنا الحالي بكثرة المطالبة بها والإلحاح على تطبيق مبادئها، ونتيجة لذلك تعرضت مختلف قوانين الأسرة العربية ومن بينها القانونين الجزائري والتونسي الى جملة من التعديلات.

وعليه، يعالج هذا الموضوع مدى أخذ المشرعين الجزائري والتونسي بمبدأ المساواة بين الجنسين في مجال شؤون الأسرة. ويظهر من خلال هذه الدراسة أن هذا المبدأ كان مجسدا في كلا القانونين سواء في مسائل الزواج وآثاره أو في مسائل الطلاق وآثاره. غير أن المشرع التونسي كان أكثر تكريسا له من خلال وضوح نصوصه وجرأتها، أما نظيره الجزائري، فإن تبنيه لهذا المبدأ كثيرا ما كان بطريقة غير مباشرة، مما جعل نصوصه متميزة ومختلفة ومتناقضة أحيانا.

الكلمات المفتاحية: مساواة، امرأة، رجل، أسرة، مقارنة، تشريع جزائري، تشريع تونسي.

Résumé:

L'égalité des sexes est l'une des questions les plus considérables soulevées récemment, car elle se caractérise par le fait de la mise de l'application de ses principes. D'où, l'amendement des dispositions législatives des différents codes de la famille des pays arabes parmi lesquels figurent les codes algérien et tunisien.

Ainsi, cette étude traite la problématique suivante : quelle est la portée de l'application du principe d'égalité des sexes par les législateurs algérien et tunisien en matière familiale. Pratiquement, il en résulte que, d'une manière générale, ce principe est inclus dans les deux législations aussi bien en matière du mariage et du divorce que dans leurs effets. Toutefois, le législateur tunisien s'est montré plus audacieux par la clarté de ses textes quant à l'application dudit principe, alors que son homologue algérien l'a embrassé d'une manière indirecte, rendant ainsi ses dispositions distinctes, différentes, voire contradictoires.

Mots-clés: Egalité, femmes, hommes, famille, comparaison, législation algérienne, législation tunisienne.

Abstract:

Gender equality is one of the most important issues raised recently, as it is characterized by the implementation of its principles. Hence, the amendment of the legislative provisions of the various codes of the family of the Arab countries among which include the Algerian and Tunisian codes.

Thus, this study deals with the following problem: what is the scope of the application of the principle of gender equality by the Algerian and Tunisian legislators in family matters. Practically, it follows that, in a general way, this principle is included in both legislations as well in the matter of marriage and divorce as in their effects. However, the Tunisian legislator has been more audacious by the clarity of its texts as to the application of this principle, while its Algerian counterpart has embraced it indirectly, thus making its provisions distinct, different, even contradictory .

Keywords: Equality, women, men, family, comparison, Algerian legislation, legislation