

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية

وقانون الأسرة الجزائري

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي

إعداد الطالب:

عيساوي عبد النور

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د/حميدو زكية
مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د/تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة البليدة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/بن شويخ الرشيد
مناقشا	جامعة الجزائر 1	أستاذ التعليم العالي	أ.د/تقية عبد الفتاح

الموسم الجامعي: 2015/2014

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية

وقانون الأسرة الجزائري

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي

إعداد الطالب:

عيساوي عبد النور

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د/حميدو زكية
مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د/تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة البليدة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/بن شويخ الرشيد
مناقشا	جامعة الجزائر 1	أستاذ التعليم العالي	أ.د/تقية عبد الفتاح

الموسم الجامعي: 2015/2014

شكر وتقدير

بسم الله والحمد لله، ثم الصلاة على أشرف خلق الله محمد بن عبد الله،
الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل، فله الحمد أولاً وآخراً، ظاهراً
وباطناً. أما بعد،

لا يفوتني بهذه المناسبة أن أتقدم بأسمى عبارات التقدير والشكر
والعرفان لأستاذي، الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي الذي قبل الإشراف على هذا
العمل. وكان خير معين وخير مرشد وخير مشجع، فنفع الله بعلمه، وأمدّ في
أجله وختم له بخير. كما أتوجه بالشكر الجزيل للأستاذة الدكتورة تشوار حميدو
زكية لقبولها ترأس لجنة مناقشة هذه الرسالة، وكذلك الشكر والإمتنان للأستاذ
الدكتور عبد الفتاح تقيّة والأستاذ الدكتور بن شويخ الرشيد على بذلهما وقتهما
لقراءة ومناقشة الرسالة. وفي الأخير، أقول شكراً لكل من ساعدني من قريب
أو بعيد.

عبد النور عيساوي

إهداء

أهدي ثمرة جهدي وخلاصة فكري هذه،

إلى قرّة عيني أمي العزيزة التي تعبت كثير لأجلي، فجزاها الله خير الجزاء،

إلى تاج رأسي أبي العزيز، الأب والصديق والمشجع الذي ألهمني فنون الحياة،

إلى زوجتي الغالية وشريكة حياتي التي وقفت إلى جنبي طويلا وصبرت كثيرا،

إلى ابنتاي وفلذتي كبدي الغزالتين شيما وعفاف،

إلى أختي العزيزة وعائلتها، وإلى كل إخوتي، وعائلة أخي كبير رحمه الله.

إلى عائلتي الثانية، عائلة بلعيش علي، كل بإسمه،

إلى أهل قصر ابشير، وإلى أحبتي بجمعية العلماء المسلمين الجزائريين فرع

غزة الصامدة بغيليزان، وإلى كل الأصدقاء وخصوصا زملاء المهنة.

عبد النور عيساوي

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ق.إ.م.إ.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.أ.	قانون الأسرة
ق.م.	القانون المدني
ص	صفحة
ج	جزء
غ.أ.ش.	غرفة الأحوال الشخصية
غ.أ.ش.م.	غرفة الأحوال الشخصية والمواريث
ق.م.ف.	القانون المدني الفرنسي

ثانياً: باللغة الأجنبية

P.U.F	Presses universitaires de France
p.	page
op. cit	Ouvrage précite
Art	Article
C.c.f	Code civile français
N	Numéro

مقدمة

لا تزال حقوق الإنسان من المواضيع الأساسية التي تشغل الرأي العام على المستوى الدولي، وما يدلّ على ذلك، تلك العهود والمواثيق الدولية التي ظهرت تطالب بضرورة احترام حقوق وحرّيات الأفراد والشعوب.

ولقيت المرأة اهتماماً في هذا الأمر، ولعل ذلك يرجع إلى الإضطهاد والاستعباد اللذين مورسا عليها في حقبات تاريخية سابقة، إذ نسجت حولها الأساطير، فقبل إن المرأة ضعيفة، وأن المرأة شيطان، وأن المرأة خلقت ليفعل بها الرجل ما يشاء، وغير ذلك كثير.

كل هذا جعل أرسطو يشك أن تكون للمرأة فضائل، كالفضيلة، والعدالة، والشجاعة، والاعتدال. وذهب الرومان في العصور الوسطى إلى أبعد من ذلك، فكانوا ينظرون إلى المرأة نظرة احتقار وازدراء، واتهموها بالسحر والعرافة¹.

وكانت العرب في الجاهلية تقوم بؤاد البنات، لأن الفتاة كانت بمثابة العار الذي يجب التخلص منه سريعاً.

وقبل ذلك كانت شريعة حمو رابي تعاقب المرأة على بعض الجرائم الصغيرة بأشنع العقوبات كقتلها شنقاً، أو رميها من فوق الجبال.

غير أن كل ما سبق لا ينفي تمتع المرأة في بعض الأزمنة بالعديد من الحقوق، ومن ذلك حق التملك، إذ أن السيدة خديجة رضي الله عنها كانت صاحبة مال وتجارة في الجاهلية، وكانت سيدة قومها، وأطلعنا القرآن الكريم أيضاً على نماذج لنساء كانت لهن الريادة في قومهن. ومن هذه النماذج قصة بلقيس ملكة سبأ التي برجحان عقلها وذكائها استطاعت أن تجنب قومها حرب عاتية، واهتدت وهدت قومها إلى الحق².

وفي القرن السابع الميلادي، ظهر الإسلام، فرفع من شأن المرأة، وكفل لها حقوقها³، وأصبحت تشارك في بناء الدولة، برأيها وبعملها، دون أن تهمل وظيفتها في الإنجاب وتربية الأبناء⁴.

1- أنظر، أمير يحيوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2003، ص 10.

2- أنظر، محمد متولي الشعراوي، القضاء والقدر، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، بدون تاريخ، ص 145.

3- Abu la'la MAWDUDI, human rights in Islam, the Islamic foundation, United Kingdom, 1980, p.32. and, Abdul Ghaffar HASAN, the rights and duties of women in Islam, Darussalam, Kingdom of Saudi Arabia, 1996, p.4.

4- قال الإمام محمد الغزالي: "إن للمرأة أن تخرج للصلوات خمس مرات في اليوم، ولها أن تخرج إلى حوائجها في الأسواق والمحال التجارية، ولها أن تخرج مع الجيش إذا كانت لها مهارة عسكرية أو طبية أو هندسية". أنظر، محمد الغزالي، الحق المر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006، ص 41.

أما على مستوى التشريع الدولي، فلم يُؤسس مبدأ المساواة بين الجنسين بشكل واضح إلا في منتصف القرن العشرين، إذ نصت ديباجة ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "نحن شعوب الأمم المتحدة، عزمنا...على الإعلان من جديد إيماننا...بالمساواة في الحقوق بين الرجال والنساء...".

ونصت المادة 02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 على أنه: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء".

وهكذا بدأت المواثيق الدولية تؤسس لفكرة المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق، ولقد كان للمرأة المتزوجة نصيب من كل هذا، حيث أشارت المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن "الرجل والمرأة متساويان في الحقوق لدى التزوج".

ونظرا لحساسية مسألة الحقوق الأسرية فقد اهتمت المواثيق الدولية إلى ضرورة التدرج في إصدار النصوص التنظيمية في هذا المجال، حيث في: 1965/11/01 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة توصية الرضا بالزواج. هذه الأخيرة التي ليس لها طابع الإلزام شأنها في ذلك شأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، أكدت على واجب تعزيز كيان الأسرة باعتبارها الوحدة الأساسية في المجتمع، و حق البالغين من الذكور والإناث في الزواج بحقوق متساوية. وأوصت بأن يكون الحد الأدنى لسن الزواج خمسة عشر سنة لأي من الزوجين دون تفرقة بين الرجل والمرأة.

ثم صدر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁵ والذي أكد بدوره على مسألة المساواة بين الجنسين في جميع المجالات، دون أن يفوت الفرصة على الحقوق الزوجية. فنص على حق المرأة والرجل في الزواج مع ضرورة مراعاة الرضا التام لطرفي العقد. فنصت المادة 10 منه على أنه: "يجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه". وإن تركيز العهد على مسألة الرضا كان بسبب أن العديد من حالات الزواج كانت تتم دون موافقة الزوجة، وفي الوقت ذاته كانت مسألة الرضا بمثابة التقديم لمجموعة من حقوق المرأة المتزوجة كان يعترزم طرحها.

5- أنظر، المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 16 ماي 1989 المتضمن الإنضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 17 ماي 1989، عدد 20، ص 531.

وهاهو العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يساير نفس الطرح، إذ نصت المادة 23 منه في الفقرتين 2 و 3 على الحق في التزوج وتأسيس أسرة، وضرورة انعقاد الزواج برضا الطرفين دون إكراه على أي منهما. وفي الفقرة 4 من ذات المادة، تم التأكيد على ضرورة أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لكافة تساوي الحقوق والواجبات لدى الزوجين عند التزوج.

ويلاحظ من خلال النصوص السابقة، أنه ورغم التأكيد على حقوق الزوجين إلا أن تسمية هذه الحقوق ظل غائبا، بل كل ما في الأمر كان التأكيد على مبدأ المساواة، بمعنى أن يكون للمرأة المتزوجة من الحقوق ما يكون لزوجها دون استثناء. وفي هذا السياق، نص إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة⁶ في المادة 2 منه على أنه: "تتخذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي الزوجين في المركز،.... وتساوي المرأة مع الرجل في الحقوق أثناء قيام الزواج".

لقد كان إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة بمثابة التمهيد لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁷، هذه الاتفاقية التي أثارت جدلا كبيرا، بسبب أنها أجزأت اتفاقية تناولت موضوع حقوق المرأة والحقوق الأسرية خاصة بصراحة زائدة عن المألوف. فلم تكتف بالتأكيد على التساوي في الحقوق والواجبات كما جرت عليه العادة في الإعلانات والاتفاقيات التي سبقتها، بل أخذت تسمي هذه الحقوق. ولم تكتف بالطابع الإعلاني، بل تجاوزته إلى الطابع الإلزامي، حيث نصت على إنشاء لجنة أممية تعرف باسم "لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة" وهي مكلفة بتلقي ودراسة تقارير الدول، ومتابعة قضايا المرأة والإهتمام بحقوقها في العالم، ومتابعة مدى التزام الدول بتطبيق نصوص الاتفاقية.

ولقد كانت المادة 16 من الاتفاقية من أهم المواد التي نصت صراحة على حقوق المرأة المتزوجة، ودعت إلى ضرورة المساواة بين الزوجين عند التزوج وأثناء الزواج وبعد انتهاء الزواج، حيث تنص على أنه:

1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

6- اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة رقم 2263 المؤرخ في 07 نوفمبر 1967.
7- اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، وتاريخ بدء نفاذها: 03 سبتمبر 1981. وقد انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية. أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996 يتضمن إنضمام الجزائر مع التحفظ إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية، 24 يناير 1996، العدد 6، ص 4.

- أ. نفس الحق في عقد الزواج.
- ب. نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.
- ج. نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه.
- د. نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.
- هـ. نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وبإدراك للنتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتنظيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.
- و. نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.
- ز. نفس الحقوق الشخصية للزوجة والزوج، بما في ذلك الحق في اختيار إسم الأسرة والمهنة ونوع العمل.
- ح. نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.
2. لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً.
- ورغم أن هذه المادة لم تعدد كل حقوق المرأة المتعلقة بالزواج، لأنها وردت على سبيل الذكر لا الحصر، إلا أن العديد من الدول تحفظت على الإتفاقية بصفة عامة وعلى هذه المادة بصفة خاصة. فالمادة تعطي للمرأة المتزوجة الحرية التامة في إبرام عقد الزواج، وفي فسخه أيضاً، كما لها الحق في اختيار اسم الأسرة والوصاية على الأبناء، وتقرير الإنجاب من عدمه، كما لها الحق في العمل واكتساب الممتلكات وإدارتها بما في ذلك الممتلكات الزوجية.

لقد كان واضحاً أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي أصبحت تعرف فيما بعد باتفاقية السيداو، كانت تهدف في الأساس إلى القضاء على أي دور تقليدي للمرأة المتزوجة، حيث يسود في

العديد من المجتمعات تقاليد تحدد دور الرجل ودور المرأة، وهو ما تطلق عليه الإتفاقية تسمية الأدوار النمطية. إذ ينبغي حسبها القضاء على هذه الأدوار تماما، ويصبح الدور واحدا للرجل والمرأة على السواء.

ولا تزال إتفاقية القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة والبروتوكول الإختياري الملحق بها هما المعاهدتان الدوليتان الوحيدتان المكرستان لحقوق المرأة، إلا أن عدة دول من تلك التي صادقت على هذه الإتفاقية قامت بإعلانات أو أبدت تحفظات من شأنها استبعاد التطبيق المحلي لإتفاقية المرأة كليا، أو الانتقاص منه، ومعظم هذه التحفظات يتعلق حصراً بالغرض نفسه الذي عقدت إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من أجله، ألا وهو القضاء على التمييز ضد المرأة وحمايتها منه، ومن هذه التحفظات ما يتعلق بطبيعة التزامات الدول الأطراف، وبغير ذلك من الأحكام الأساسية للإتفاقية المتعلقة بالمساواة.

وقد علّقت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على تحفظات بعض الدول قائلة :

"لاحظت اللجنة بانزعاج كثرة الدول الأطراف التي أدخلت تحفظات على المادة 16 كلها أو جزء منها، ولاسيما عند قيامها أيضا بإبداء تحفظات على المادة 2، مدعية أن الامتثال يمكن أن يتعارض مع رؤية عامة للأسرة تنبني ضمن جملة أمور على المعتقدات الثقافية أو الدينية أو الوضع الإقتصادي أو السياسي للبلد...، وينبغي للدول الأطراف أن تنبذ بحزم أية أفكار تدعو إلى عدم مساواة المرأة بالرجل، وتقرها القوانين أو الشرائع الدينية أو القوانين الخاصة أو الأعراف وأن تسعى إلى الوصول إلى مرحلة تسحب فيها التحفظات وبخاصة على المادة 16 من الإتفاقية"⁸.

وأعلنت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تحديدا أن المادتين 02 و 16 تتضمنان حكيمين أساسيين من الإتفاقية، وترى اللجنة أن المادة 02 أساسية فيما يتعلق بموضوع الإتفاقية وغرضها، ولا يمكن للممارسات التقليدية أو الدينية أو الثقافية أن تبرر خرق الإتفاقية، واللجنة مقتنعة بالقدر نفسه بأن التحفظات على المادة 16، سواء أتم إيدؤها لأسباب وطنية أم تقليدية أم دينية أم ثقافية، فهي غير مسموح بها ويجب مراجعتها وتعديلها أو سحبها.

وعليه، فلجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المنبثقة عن إتفاقية السيداو لا تعترف بأية خلفيات بما في ذلك الدينية منها، وهذا الطرح لا ينسجم مع ثقافات الشعوب المختلفة وشرائعهم المتعددة، فضلا عن

8- التوصية العامة 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة: المساواة في الزواج والعلاقات العائلية، 4 فبراير 1994، الفقرتان 44 و 41.

التوجهات الوطنية لحكوماتهم. ولقد كان لهذه الإتفاقية وغيرها من المواثيق الدولية تأثيرا بالغا على القوانين الداخلية للدول خصوصا فيما تعلق منها بتشريعات الأسرة. وكان للجزائر نصيبا من هذا.

لقد عانت الجزائر أثناء الحقبة الإستعمارية، حيث حاولت فرنسا طمس الهوية الجزائرية من خلال إصدار العديد من القوانين التي تهدم الأسرة والتي تتعارض في مجملها مع أحكام الشريعة الإسلامية⁹.

وبعد الإستقلال، أرادت الجزائر التخلص من تبعات الإستعمار فألغت جميع القوانين الموروثة عنه¹⁰. إلا أن ذلك خلق فراغا تشريعا، وظلت مسائل الأحوال الشخصية خاضعة لاجتهادات القضاة، كل بحسب تكوينه ومرجعياته الدينية والاجتماعية والسياسية، إلى أن صدر قانون الأسرة سنة 1984، فوضع حدا للإجتهد المطلق، وأصبح القاضي مقيد بالنص.

ولقد ضمن قانون الأسرة للمرأة المتزوجة العديد من الحقوق، من ذلك حقها في إبرام عقد زواجها، وحقها في الصداق كاملا تتصرف فيه كما تشاء، وحقها في المعاشرة بالمعروف، وزيارة أهلها، وحقها في النفقة عليها وإسكانها وأولادها، وحقها في التصرف في أموالها دون رقابة عليها من زوجها، وغيرها من الحقوق.

ولقد استمدت معظم مواد قانون الأسرة الجزائري من الشريعة الإسلامية، ولم ينتقد المشرع الأسري بمذهب معين، بل راعى الرأي الفقهي الذي يتناسب وخصوصيات المجتمع والتطورات الحاصلة فيه. لكن الخلفية الدينية لهذا القانون لم تكن حائلا أمام الإعتراض عليه، فلقد سبق للجمعيات النسائية الجزائرية، أن ركزت جهدها على تحسين الخدمات الاجتماعية المقدمة للمرأة، وعلى إصلاح قانون الأسرة لعام 1984، الذي كان ينص على أن الزوج هو رئيس العائلة، وأن الولي ركن من أركان الزواج، وأن سن الزواج يختلف فيما بين الرجل والمرأة، والمرأة تترث مقدارا أقل مما يرثه إخوانها الذكور.

وطالما بقيت أحكام الشريعة الإسلامية في هذا القانون و لم تعدل فإن المطالبين بحقوق المرأة يرون فيه انحيازا للرجل وعدم مساواة للمرأة معه في الحقوق، ذلك لأن مطلب المساواة يقتضي التوازن بين الحقوق، أو ما يعرف بنظام الحصص، أي أن المرأة يجب أن تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها الرجل وبنفس القدر من التمتع، في حين أن الشريعة الإسلامية أقيمت على العدل لا المساواة، و مبدأ العدل يقتضي إعطاء كل ذي حق

9- حيث وضع موران مرسال المشروع التمهيدي لقانون الأحوال الشخصية سنة 1916، والذي أصبح يعرف فيما بعد بقانون موران. ثم صدر في 11 جويلية 1957 قانون رقم 778/57 المتعلق بأحكام الولاية والفقد والغياب، ثم في 04 فيفري 1959 صدر الأمر رقم 274/59 المتعلق بالزواج والطلاق. إضافة إلى نصوص تشريعية أخرى.

10- وكان ذلك بموجب الأمر رقم 29/73 المؤرخ في 05 جويلية 1973.

حقه وفقا لما خلق له¹¹، بغض النظر عن كون أحدهما متفوق على الآخر في الحقوق، لأن هذا الأمر ليس كذلك في الواقع.

فمثلا، من الشبهات التي يرمى بها قانون الأسرة ومن ثم الشريعة الإسلامية، شبهة التمييز بين الرجال و النساء في الميراث¹²، والتي يزعم مثيروها أنها دليل على انتقاص الإسلام من مكانة المرأة وكرامتها، وانتفاء المساواة بين النساء والرجال. وكذلك الشأن ذاته بالنسبة لمنح الزوج حق الطلاق، في حين أن الزوجة مقيدة في هذا بحالات التطليق المنصوص عليها في القانون، وإلا تضطر للخلع، وهو كما يصفه المعترضين عليه دفع بعض المال من الزوجة إلى الزوج في سبيل شراء خلاصها من رباط الزوجية.

بل لقد طالت الإنتقادات مسألة تعدد الزوجات، واعتبرت تعدد على حق المرأة في الزواج، وكذلك الشأن ذاته فيما يخص الولاية على الأبناء خاصة عند حدوث الطلاق وإسناد الحضانة إلى الأبناء، وغيرها من المسائل كثير.

وفي مقابل الرأي السابق، ظهر رأي آخر أكد تمسكه بقانون الأسرة، ودعا إلى عدم تعديله، مفسرا المطالبة بتعديله بأنها محاولات لإبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية. في حين اتجه رأي ثالث إلى ضرورة تعديل قانون الأسرة مع التفرقة بين الثوابت التي لا تقبل التعديل والمتغيرات التي تخضع للإجتihad حسب ظروف الزمان والمكان.

وفي ظل هذه التجاذبات، وافقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1996 مع إبداء تحفظات عليها، ومن أجل الوفاء بالتزاماتها الدولية بموجب اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وبموجب مؤتمر بكين عام 1995، عمدت الحكومة إلى تشكيل لجنة دائمة تابعة لوزارة التضامن الوطني والعائلة.

11- يقول الأستاذ محمد متولي الشعراوي: إذا نظرنا إلى جنس انقسم إلى نوعين، فيجب أن نقول أنه لم ينقسم إلى نوعين إلا لأداء مهمتين، و إلا لو كانت المهمة واحدة، لظلّ الجنس واحدا، و لم ينقسم إلى نوعين، فانقسامه إلى نوعين دلّ على أن كل نوع له خصوصية في ذاته و الجنس يجمعهما، و لهما معه خصوصية في ذاته... الرجل و المرأة نوعان لجنس هو الإنسان، فكان هناك أشياء تُطلب من كل منهما كإنسان و بعد ذلك أشياء تُطلب من الرجل كرجل، و من المرأة كمرأة، بحيث نستطيع أن نقول أنهما كنوعين من الجنس لهما مهمات مشتركة كجنس، و مهمات مختلفة كنوعين. أنظر: محمد متولي الشعراوي، المرجع السابق، ص 138.

12- قدّم الدكتور صلاح الدين سلطان الأدلة المادية بالاستقراء و الأرقام و الجداول الإحصائية على امتياز المرأة على الرجل في الميراث، و ليس فقط على " الإنصاف" أو "المساواة" فمن بين حالات الميراث، هناك أكثر من ثلاثين حالة تراث فيها المرأة أكثر من الرجل، أو مثله، أو تراث هي ولا يرث هو... بينما ميراثها نصف ما يرث الرجل لا يتعدى أربع حالات...، أنظر، صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة و قضية المساواة، نهضة مصر للطباعة و النشر، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 03.

وبانضمام الجزائر إلى اتفاقية السيداو، تكون قد اختارت أن تفتح على نفسها جبهة ثانية تضاف إلى الجبهة الداخلية المطالبة بتعديل قانون الأسرة بما يكفل حقوق المرأة. وهو ما تجسد فعلا من خلال الحملات الدولية المطالبة بتعديل القانون، ومن ذلك ما جاء في التوصيات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في 27 يناير 1999. حيث ورد في تقرير اللجنة: "إن اللجنة تشعر بقلق شديد إزاء حقيقة أن قانون الأسرة لا يزال يتضمن العديد من الأحكام المميزة التي تحرم المرأة الجزائرية من حقوق أساسية من قبيل الموافقة الحرة على الزواج وحققها على قدم المساواة مع الرجل في الطلاق، وتقاسم المسؤوليات العائلية ومسؤولية تنشئة الأطفال، والوصاية المشتركة على الأطفال مع الأب، والحق في الكرامة والاحترام الذاتي، وفوق هذا وذلك إلغاء تعدد الزوجات".

وعبر المسؤولون الجزائريون في تقريرهم الذي قدّموه إلى الأمم المتحدة سنة 1999 عن أملهم بإصلاح قريب لقانون الأسرة، وكان ذلك الإصلاح موضع بحث في سنة 2003، وصادق المجلس الشعبي الوطني في سنة 2005 على مرسوم رئاسي بتعديل قانون الأسرة الصادر سنة 1984.

وكان من أهم التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة أن أصبحت المرأة تباشر إبرام عقد زواجها بنفسها في حضور وليها الذي ليس له حق الاعتراض، وللمرأة الحرية في اختيار وليها. ثم أن المشرع قيّد تعدد الزوجات بضرورة الحصول على ترخيص قضائي وهذا لا يكون إلا بعد موافقة الزوجة الأولى والمرأة التي ستصبح زوجة ثانية، كما سحب المشرع رئاسة الأسرة من الزوج، ومنح للزوجة في المقابل حق الولاية على الأبناء في حال حصولها على حق الحضانة.

وفضلا عما سبق ألغى المشرع المادة التي كانت تتحدث عن واجبات الزوجة منفردة، ونصّ على حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين، وضمن للزوجة حق الإشتراط بما في ذلك شرطي العمل ومنع التعدد. بل لم يكتف بهذا، بل وسع من حالات لجوء المرأة إلى التطلق، ونص صراحة على عدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع. كما نص على استقلالية الذمة المالية للزوجة، وفتح الباب أمام امكانية اتفاق الزوجين على الإشتراك المالي.

لكن ورغم كل ما تقدم، إلا أن جمعيات الدفاع عن حقوق المرأة أدانت هذا التعديل لعدم استجابته لمطالبها، بل واعتبر القانون مميّزا ضد المرأة من وجهة نظر لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، لأنه في نظرها لا يساوي بين الرجل والمرأة.

وهكذا لا يزال مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة يطرح العديد من التساؤلات، بل إن العديد من الدول الإسلامية تحفظت على مواد بعض الاتفاقيات والمواثيق الدولية، لأنها تنص على المساواة بين الجنسين. ومن ذلك أن بعض الدول، ومنها الجزائر تحفظت على نص المادة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي جاء في الفقرة (أ) منها، أنه: "على الدول الأطراف إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة".

وإذا كان مبدأ المساواة المشار إليه من قبل اللجنة يتعلق بالجنسين معاً، الرجل والمرأة بمختلف الأعمار، فإن دراستي هذه تخص حقوق المرأة المتزوجة فقط، لذلك سوف أتطرق للحقوق المرتبطة بالزواج، سواء عند إبرام العقد، أو أثناء الحياة الزوجية، أو بعد انتهاء علاقة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة.

وإن مما شجعتني على البحث في هذا الموضوع هو الاهتمام المتزايد بحقوق الإنسان عامة، وحقوق المرأة بوجه خاص، فضلاً عن الانتقادات التي ما تزال توجه إلى قوانين الدول العربية والإسلامية -بما فيها القانون الجزائري- بشأن عدم مراعاتها للمساواة بين الرجل والمرأة. والطعن في قوانين الأسرة المستقاة من الشريعة الإسلامية هو طعن غير مباشر في هذه الشريعة. أضف إلى ذلك أنه في إطار العولمة لم تعد الدول تعيش في السياج التقليدي، بل أصبح العالم دولة واحدة، وأصبحت حقوق الإنسان تعتمد كقاعدة أساسية في العلاقات الدولية. لذلك تولد لديّ حافز لتبيين ما هو حق وما ليس كذلك. ولأن البحث في مجال حقوق المرأة بحراً لا ساحل له، فقد حصرت هذه الدراسة في حقوق المرأة المتزوجة، وليس هذا بسبب انعدام دراسات سابقة، ولكن قد تكون هذه الرسالة فريدة من حيث أنها خصصت لحقوق المرأة المتزوجة دون غيرها من النساء. فهي دراسة متخصصة، تجمع ما تفرق في دراسات سابقة مع شيء من التمحيص والنقد والتحليل.

وقد اهتمت في هذه الدراسة بقانون الأسرة الجزائري، كونه ما يزال يتعرض لحمولات شرسة، سواء من الداخل أو من الخارج من أجل تعديله، وإلغاء المواد التي تشكل فيه تحيزاً ضد المرأة، وأهم تلك المواد ما يتعلق منها بالولي، الوصاية، الميراث، الطلاق والتطليق، تعدد الزوجات، عمل المرأة وجنسية الأبناء.

أما اهتمامي بالمواثيق الدولية ففرضته مصادقة الجزائر على العديد منها، الأمر الذي يحتم عليها ضرورة تعديل قوانينها بما يتوافق والاتفاقيات المصادق عليها.

وإنّ أهم ما تهدف إليه هذه الدراسة هو التوصل إلى التفريق بين مواد قانون الأسرة التي تشكل تحيّزاً ضد المرأة المتزوجة، و تلك التي تكرس حقوقها، مع إقامة البيّنة، ومن تمّ المطالبة بتعديل تلك المواد التي تنتهك حقوق المرأة، هذا بعد تحديد ما هو حق للمرأة المتزوجة، وما ليس من حقها، وفقاً لما تقتضيه الفطرة البشرية السليمة دون تحيّز لأي اتجاه كان.

كما تهدف هذه الدراسة إلى تحديد حقوق المرأة المتزوجة التي أعطتها إياها المواثيق الدولية، وتمييز منها تلك الحقوق التي أُسندت للمرأة دون أن تكون من حقها أصلاً، ولا يفوتني ذكر ما سهت عنه هذه المواثيق والعهود الدولية من حقوق للمرأة المتزوجة، قد ذكرت في التشريع الأسري، أو جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية.

وإزاء الانتقادات الدولية والداخلية لقانون الأسرة، واتهامه بالتقصير في تقرير وحماية حقوق المرأة من جهة، وإزاء تحفظات الجزائر على بعض مواد الاتفاقيات الدولية من جهة ثانية، وسعيها من جهة ثالثة إلى تعديل القوانين بما يتوافق والمواثيق الدولية، فإن التساؤل الذي يطرح هو: إلى أي مدى تمّ التكفل تشريعياً بحقوق المرأة المتزوجة على الصعيدين الدولي والداخلي؟، ومن تمّ ما مدى تطابق قانون الأسرة مع المواثيق الدولية فيما يخص حقوق المرأة في كل الأمور المتعلقة بالزواج؟ وهل نجحت النصوص التشريعية في حماية حقوق المرأة فعلاً؟

وللإجابة على الإشكالية المثارة في هذا البحث، سوف لن أعمد إلى الطريقة التقليدية، بالتطرق إلى الموضوع من وجهة قانون الأسرة أولاً، ثم من وجهة المواثيق والعهود الدولية ثانياً، بل سأعتمد على دراسة مقارنة بين ما جاء في قانون الأسرة الجزائري، وما نصت عليه العهود والمواثيق الدولية، دون أن أغفل مصدر قانون الأسرة والظروف التي أحاطت به عند صدوره؛ وكذلك البواعث و الوقائع الدولية التي أدت إلى صدور المواثيق الدولية التي تنص على حقوق المرأة. متبعاً في كل ذلك المنهج الإستنباطي، وذلك باستقراء النصوص وتحليلها، سواء كانت نصوص فقهية أم تشريعية أم قرارات قضائية.

وفي سبيل الوصول إلى بغيتي، قسّمت البحث إلى بابين، سأتناول في الباب الأول الحقوق غير المالية للمرأة المتزوجة، وفي الباب الثاني الحقوق المالية للمرأة المتزوجة.

الباب الأول

الحقوق غير المالية

للمرأة المتزوجة

جرت العادة في الفقه القانوني على تقسيم الحقوق بحسب طبيعتها، فهناك حقوق سياسية وأخرى مدنية، وهناك حقوق خاصة وحقوق عامة، كما تقسم الحقوق إلى اجتماعية واقتصادية وسياسية أيضا، وكل هذه التقسيمات وغيرها¹، يمكن الاعتماد عليها عند الحديث عن حقوق المرأة عموما، وعن حقوق المرأة المتزوجة بصفة خاصة، فللمرأة حقوق مالية وأخرى غير مالية. وإن كان المتعارف عليه اليوم أن أغلب الحقوق لها شق مادي، فليس هناك حق مالي خالص، وليس هناك حق غير مالي خالص، وإنما مرادي هو التركيز على الجانب الغالب في الحق.

تتمتع المرأة المتزوجة بجملة من الحقوق غير المالية، سواء تلك التي تكلفها المواثيق الدولية، أو قانون الأسرة الجزائري، أوهما معا؛ غير أن السؤال المطروح هو: هل وفقت القوانين الداخلية والخارجية منها في النص على حقوق المرأة وحمايتها كاملة؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب حصر الحقوق التي جاءت بها العهود والمواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، والبحث بعد ذلك عن الحقوق التي لم ينص عليها. ومن أجل ما سبق ارتأيت تقسيم هذا الباب إلى فصلين؛ أتطرق في الفصل الأول إلى حقوق المرأة المرتبطة بعقد الزواج، وفي الفصل الثاني تأثير الزواج والطلاق على حقوق المرأة.

الفصل الأول

حقوق المرأة المرتبطة بعقد الزواج

يختلف عقد الزواج عن باقي العقود، لأن عقد الزواج تنتج عنه الأسرة التي هي النواة الأساسية للمجتمع، وتعد الأسرة من أهم التنظيمات الأساسية في المجتمع البشري²، فهي الجماعة الاجتماعية التي يولد

1- من ذلك تقسيم الحقوق إلى أجيال ثلاثة، أنظر في هذا الصدد، لينا الطبال، الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010، ص 9 وما يليها.

2- تنص المادة 2 من قانون الأسرة الجزائري على: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة" وتنص المادة 3/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على: "الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة".

يقول باتريس رولاند: "إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليس له الوظيفة القانونية الملزمة للدول، وإنما هو مجرد وسيلة للتذكير أنه لا يمكن أن يكون هناك سلام عالمي دون إجماع ولو قليل على هذه الحقوق". أنظر،

Patrice ROLLAND, la protection des libertés en France, Dalloz, Paris, 1995, p.100.

ويرى جون مورانج أن مفهوم حقوق الإنسان لم يحقق في تاريخ الإنسانية نجاح عالمي إذا ما نظرنا إلى الحقيقة اليومية. أنظر، Jean MORANGE, droits de l'homme et libertés publiques, Presses universitaires de France, Paris, 2000, p.1.

فيها الفرد، ويتم فيها بدايات تنشأته الاجتماعية ليتحول إلى شخص قادر على التكيف مع المجتمع بكل قيمه وعاداته وتقاليده، وليس معنى ذلك القول بأن طبيعة الأسرة في أي مجتمع معين هي التي تشكل كل السلوك البشري، وإنما التأثير الذي تحدثه بالغ الأهمية³.

إن المرأة تشكل أحد طرفي عقد الزواج، وهي بذلك تساهم إلى جنب الرجل مساهمة فعالة في إنشاء عقد الزواج كما أنه يمكنها أن تنهيه أو تساهم في إنهائه، لأجل ذلك سأتطرق لحق المرأة في تكوين أسرة في المبحث الأول، ثم أبحث الحقوق الثابتة للمرأة داخل بيت الزوجية في المبحث الثاني.

المبحث الأول

حق المرأة في تكوين أسرة

لقد اهتمت النصوص الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بحق المرأة في إنشاء عقد الزواج وساوت بينها وبين الرجل، وكان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁴ صريح العبارة، إذ جاء في المادة 1/16 منه "أن للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس الأسرة". وأكد هذا أيضا إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة في المادة 2/6/ب التي جاء فيها أنه "تتساوى المرأة مع الرجل في الحقوق والواجبات أثناء قيام الزواج وعند حله". كما نصت على هذا أيضا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 1/16 والتي جاء فيها أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحق في عقد الزواج... نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه".

ومسايرة لما سبق، نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 4 منه على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي....". ويفهم من هذه المادة أن عقد الزواج الذي وصف بالعقد الرضائي، يقوم على رضا الطرفين: المرأة والرجل، أي يراعى فيه مبدأ سلطان الإرادة.

3- أنظر، رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الوفاء لنديا للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 266.

4- جاء في المادة 11 من دستور 1963: "توافق الجمهورية الجزائرية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتنضم إلى كل منظمة دولية تستجيب لمطامح الشعب الجزائري و ذلك اقتناعا منها بضرورة التعاون الدولي".

ومبدأ سلطان الإرادة في عقد الزواج يجب أن يتوفر لدى كل من الزوج والزوجة دون أن يشوبه عيب من عيوب الرضا، كما لا يكون صحيحا إلا إذا صدر من شخص ذو أهلية كاملة⁵.

غير أن ما جاء في قانون الأسرة من أن الزواج يكون على الوجه الشرعي، يدفعني إلى التساؤل: هل هذا الزواج الذي جاء به المشرع الجزائري يضمن فعلا حق المرأة في الزواج وفقا لما نصت عليه المواثيق الدولية؟ (المطلب الأول)، وما مدى حرية المرأة في اختيار زوجها والرضا بالزواج؟ (المطلب الثاني)، وهل يعتبر وجود الولي في عقد الزواج تمييزا ضد المرأة؟ (المطلب الثالث)، ثم هل للمرأة الحق في إدراج شروط ضمن عقد الزواج تحمي بها نفسها؟ (المطلب الرابع).

سأحاول الإجابة على هذه الأسئلة في المطالب الآتية، والتي سأبدؤها بالحق في الزواج لمعرفة المقصود بالزواج وشروطه على المستويين الدولي و الداخلي.

المطلب الأول

الحق في الزواج

تمت الإشارة سابقا إلى اتفاق النصوص الدولية والداخلية على أن للمرأة الحق في الزواج على قدم المساواة مع الرجل، غير أن الإشكال يكمن في تحديد مصطلح الزواج، وأنواعه وشروطه، وما مدى التوافق في كل ذلك بين المواثيق الدولية وقانون الأسرة. لذلك سأطرق إلى مفهوم الزواج (الفرع الأول)، ومسألة زواج المثليين (الفرع الثاني)، ثم تكييف الزواج بين الحق والواجب في الشريعة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم الزواج

إن تحديد مفهوم الزواج يعتبر أمرا أساسيا من أجل تحديد المقصود بحق المرأة في الزواج، لذلك فمفهوم الزواج في المواثيق الدولية (أولا) يختلف عنه في قانون الأسرة (ثانيا).

5- أنظر، لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 34.

أولاً: مفهوم الزواج في المواثيق الدولية

يلاحظ أن المواثيق الدولية التي اهتمت بحقوق الإنسان أشارت في مجملها إلى حق المرأة في الزواج مساواة بالرجل، غير أنها غضت الطرف عن المقصود بالزواج رغم أن هذا المصطلح يحتمل عدة معانٍ، فهل يفهم من هذا أن السكوت عن تعريف الزواج يعني ترك تعريفه وتحديده للقوانين الداخلية؟

المعلوم أن القوانين الداخلية لكل دولة من الدول لا تشكل مصدراً من مصادر القانون الدولي، وبالتالي لا يمكن للقانون الداخلي أن يكمل النقص الموجود في القانون الدولي، كما لا يمكنه أن يفسر الغموض الموجود فيه، بل إن أي تعديل أو تفسير يصدر من دولة ما ويخص اتفاقية دولية لا يكون محل اعتبار ولو كانت الدولة طرفاً في الاتفاقية إلا إذا روعيت الإجراءات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، والتي يكون من بينها عادة الرجوع إلى كافة أطراف الاتفاقية أو اللجوء إلى التحكيم⁶.

وإذا كانت الاتفاقيات الدولية لم تعرف الزواج إلا أنها وضعت مقاييس ينبغي احترامها كشرط احترام سن الأهلية، واحترام حرية اختيار الزواج، والتساوي في الحقوق لدى التزوج، وقد جاء التأكيد على هذا في المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وهناك فرق بين الحق في الزواج، والحق في تكوين أسرة، حيث أن الأخير أثر من آثار الأول، فالحق في تكوين أسرة يفترض بقاء وجود عقد زواج بين رجل وامرأة، حيث أن الأمر ليس كذلك دائماً لأنه ربما يوجد عقد زواج ولا توجد أسرة حيث أن من متطلبات تكوين الأسرة إلى جانب الزواج الإقامة المشتركة وإنجاب الأولاد⁷.

وأشار إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة في المادة 2 إلى أنه: "تتخذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي الزوجين في المركز،.... وتساوي المرأة مع الرجل في الحقوق أثناء قيام الزواج".

6- تنص في هذا الصدد، مثلاً المادة 1/29 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه "يعرض للتحكيم أي خلاف بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية لا يسوى عن طريق المفاوضات، وذلك بناء على طلب واحدة من هذه الدول، فإذا لم يتمكن الأطراف خلال ستة أشهر من تاريخ طلب التحكيم من الوصول إلى اتفاق على تنظيم أمر التحكيم جاز لأي طرف من أولئك الأطراف إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة".

7- أنظر، منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية لحقوق المرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 220.

أما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فقد أوجبت اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة، وهذا المادة 1/16 منها.

ويفهم مما سبق أن الاتفاقيات الدولية تعنى بما يسمى المساواة في الحقوق، أي ما للرجل يكون للمرأة، أي ألا يكون هناك تمييز بينهما، وقد نصت المادة الأولى من الاتفاقية على أن التمييز ضد المرأة بإنكاره أو تقييده تساويها في الحقوق مع الرجل، يمثل إجحافاً أساسياً ويكون إهانة للكرامة الإنسانية.

وتنظم قوانين الأحوال الشخصية للدول مسائل الزواج، لذلك سأبحث فيما يلي مفهوم الزواج في قانون الأسرة.

ثانياً: مفهوم الزواج في قانون الأسرة

أشار قانون الأسرة الجزائري في المادة 4 منه إلى أن الزواج هو عقد يقوم أساساً على الرضا باعتباره العنصر الجوهري في العقد.

وقد جاء في المادة 09 من ذات القانون، أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، و في هذا تأكيد لحق المرأة في الزواج، وإشارة إلى تساوي الرجل والمرأة في هذا الأمر. ثم أكد مرة أخرى هذا الحق في المادة 10 منه التي جاء فيها أنه يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر. و"المعلوم أن طرفي العقد هما الرجل والمرأة، أي الزوج والزوجة"⁸، ويفهم من هذه النصوص أنه لا دخل لإرادة الثالثة في عقد الزواج. وقد حرص المشرع الجزائري على أن الزواج الذي هو حق للمرأة كما للرجل ينبغي ألا تكون ممارسته جبراً عليها، لأجل ذلك جاءت المادة 13 من قانون الأسرة تشير إلى أنه لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر، التي في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها.

فإذا كان الأب لا يستطيع إجبار أو منع القاصر من الزواج، فمن باب أولى لا يمكنه إجبار أو منع البالغة. فمرضاة المرأة البنت عند الزواج يعتبر أمراً (شرطاً) أساسياً لصحة العقد عليها⁹.

8- Ahmed AKHTARUDDINE, why Islam, Islamic inc, Egypt, 1998, p 19.

9- أنظر، وسام حسام الدين الأحمدي، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 34.

ساير قانون الأسرة الشريعة الإسلامية من حيث الحق في الزواج؛ وكما هو معلوم فإن أغلب نصوص هذا القانون مستنبطة من الشريعة الإسلامية، و أكثر من ذلك فإن المادة 222 من هذا القانون تنص على أن "كل ما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وعند تعريف المشرع الجزائري للزواج في المادة 4 أشار إلى أنه عقد رضائي على الوجه الشرعي، كما ذكر بأن من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، وهذا ما جعل الدكتور بن شويخ الرشيد¹⁰ يقول بأن هذا التعريف وتعريف أخرى في قوانين عربية¹¹، كلها مستمدة من الشريعة الإسلامية و من الآية الكريمة، في قوله تعالى: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"¹².

وبعيدا عن المجتمعات العربية، توجد في بعض المجتمعات عدة أنواع من الزيجات، تصل إلى درجة زواج الشخص من آخر يحمل نفس جنسه¹³، فهل هذا الزواج وغيره، مقبول في نظر الموثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري؟

الفرع الثاني

مسألة تغيير الجنس وزواج المثليين

لا تعتبر زواجا العلاقات التي يقيما مغيرو الجنس فيما بينهم أو مع أشخاص آخرين حتى لو كانوا مختلفين في الجنس ظاهريا¹⁴، أي بعد إجراء التغيير الجنسي الاصطناعي عن طريق إجراء عملية جراحية. ومن باب أولى لا تعد زواجا كذلك تلك العلاقات القائمة بين جنسين مماثلين¹⁵. فالشذوذ الجنسي فعل يخالف

10- أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 24.
11- من ذلك أنه جاء في المادة 4 من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 أن "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".
12- سورة الروم، الآية 21.

13- Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, Droit de la famille, 6^e édition, Dalloz, France, 2013, p.40.

14- لأن الأصل هو أن الله قد خلق من كل شيء زوجين، أنظر في هذا المعنى:
Nabil ABDEL-SALAM HAROUN, Why Islam? proofs of modern science, Dar An-nashr for universities, Egypt, 2003, p 11.

15- أنظر، أعمر يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، الجزائر، 2010، ص20.

الطبيعية، وبشكل جريمة من الشخص ضد نفسه، لكن قد توجد بعض الحالات وعندئذ يجب الإنتباه لها بقدر ما تحمله من خطورة¹⁶.

وعرفت مسألة التقاطع الجنسي تجاذبا فقهيا وقضائيا في فرنسا¹⁷ حيث كانت المحاكم ترفض في البداية الاعتراف بالتغيير الجنسي قبل أن تقضي العديد من المحاكم أنه يجوز للشخص أن يتزوج وفق جنسه الجديد. وإذا كان التقاطع الجنسي حسب القانون الفرنسي قديما كان يخضع لأحكام ولقرارات قضائية متناقضة بعضها البعض، فإن بعض التشريعات الأوروبية الأخرى قد عرفت تطورا ملحوظا في هذه المسألة واعترفت بالتغيير الجنسي الذي يمكن ذكره في سجلات الحالة المدنية. فأصدر المشرع الألماني قانون في 10/09/1980 يسمح بالتغيير القضائي لحالة الشخص وسايه المشرع الإيطالي الذي أباح للمقاطع الجنسي تغيير حالته المدنية تطبيقا لقانون 14/04/1982، وذلك حتى ولو كان متزوجا وله أولاد. وكذلك فعل المشرع السويدي (قانون 21/04/1972) والهولندي (قانون 24/04/1985) والدانماركي (قانون ماي 1989)¹⁸.

وقد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ: 17/10/1986، بأن المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية عندما تضمن الحق في الزواج، إنما تستهدف الزواج التقليدي بين أشخاص ذوي جنس بيولوجي مختلف¹⁹.

16- Jeremy BENTHAN, Défense de la liberté sexuelle, éditions Mille et une nuits, France, 2004, p.10.

17- « La première difficulté a porté sur l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Longtemps indiscutée, la condition de différence de sexe a suscité des critiques grandissantes dans une société peinant à penser les différences, aussitôt qualifiées de discrimination ». Voir, Dominique FENOUILLET, droit de la famille, 3^e édition, Dalloz, France, p.87.

18- واستغرب الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي كيف لهذه التشريعات الغربية أن تتسابق لسن قوانين تخالف الطبيعة البشرية، والواقع يثبت أنها لا تؤدي إلا للفساد الأخلاقي وتدمير المجتمع، ولعل هذا ما دفع الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي يعلق على مسامرة المشرع الإيطالي للمشرع الألماني في هذه المسألة، بأنه يساير "النهج الإنحطاطي". أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص28.

19- أشار إليه، أعمر يحيواوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص20. هذا، وكان قرار المحكمة الأوروبية في 17/10/1986 بمناسبة النظر في قضية ريس Rees، وهو مواطن إنجليزي ولد بكل مظاهر الأنثى لكنه يتصرف وكأنه ذكر، وله طابع غامض، قام بعملية التحويل الجنسي، ورفض طلبه قصد تصحيح سجل المواليد، فرفع عريضة إلى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان مشتتيا القانون البريطاني الذي لا يمنح له مركزا قانونيا يتطابق مع حالته الحقيقية.

الفرع الثالث

الزواج في الشريعة الإسلامية بين الحق والواجب

إن الإسلام أول دين أولى عناية بالغة واهتمام بالغاً لموضوع الزواج من كل ناحية، وقرر في سبيل تنظيمه وتأمينه وحسن تنفيذه تعليمات متينة كلها حكمة ومصلحة للعالم الإنساني. وقد دعا الإسلام أتباعه المسلمين إلى الزواج وتحكيم روابطه بينهم حيث قال الله عز وجل: "وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ"²⁰. وهم الرجال الذين لا زوجات لهم، والنساء والبنات اللاتي لا أزواج لهن²¹.

ويعتبر الزواج حقاً للمرأة والرجل، وهما في هذا الحق سواء، لأن الزواج مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالغيرة الجنسية، وتلك فطرة يتساوى فيها الناس جميعاً سواء كانوا رجالاً أم نساء²².

ولم يشأ الله أن يجعل الإنسان كغيره من العوالم، و يدع غرائزه تتطلق دون وعي، ويترك اتصال الذكر بالأنثى فوضى لا ضابط لها، بل وضع النظام الملائم لسيادته، والمناسب لتكريم الله له²³، فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً كريماً مبنيّاً على رضاها، وعلى إيجاب وقبول وإشهاد، على أن كل منهما أصبح للآخر²⁴.

ورغبت الشريعة الإسلامية في النكاح ودعت إليه، حيث قال الله تعالى: " وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْأَيْتِمَىٰ فَاتَّكُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَتَلَّتْ وَرُبِعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"²⁵.

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: "جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا وأين نحن من النبي صلى

20- سورة النور، الآية 32.

21- أنظر، مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، دون تاريخ النشر، ص 116.

22- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 230.

23- فالإسلام جاء لتكريم الإنسان وإسعاده، لا لزيادة شقوته، أنظر في هذا المعنى:

Muhammad YOUSSEF MOUSSA, Islam and humanity's need of it, AL-AHRAM commercial presses, Egypt, 1993, p.54.

24- أنظر، محمد عبد السلام أبو النيل، المرأة في العالم الإسلامي، بحث مقدم للندوة التي عقدتها الإيسيسكو في القاهرة بتاريخ 19-21/8/1991، منشور في: وضع المرأة في العالم الإسلامي، الطبعة الأولى، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، بيروت، لبنان، 2003، ص 204.

25- سورة النساء، الآية 3.

الله عليه وسلم؟ قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر. قال أحدهم: أما أنا فأصلي الليل أبداً، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبداً. فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: "أنتم الذين قلتُم كذا وكذا؟ أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني"²⁶.

وأكبر من كل هذا فإن الإسلام نهى عن التبتل والخصاء، فقد روى البخاري في صحيحه أنه قال حدثنا أحمد بن يونس، حدثنا إبراهيم بن سعد، أخبرنا ابن شهاب سمع سعيد بن المسيب، يقول سمعت سعد بن أبي وقاص، يقول "رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن له لاختصينا"²⁷ وفي حديث آخر²⁸ قال عبد الله كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم و ليس لنا شيء، فقلنا ألا نستخصي، فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب ثم قرأ علينا: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ"²⁹.

إن كل الآيات والأحاديث التي تحت على الزواج هي في الحقيقة تؤكد في الوقت نفسه على حق المرأة في الزواج، ذلك لأن الرجل لا يمكنه أن يرتبط في الزواج إلا بالمرأة، وليس في حث الرجل على الزواج تجاهلا لحق المرأة، وإنما مراعاة من الإسلام لخصوصية المرأة وحياتها، فلم يدعها لتباعد بطلب التزوج³⁰.

وأشير إلى أن ورود بعض الآيات والأحاديث بصيغة الأمر لا يعني بالضرورة وجوب التزوج، لأن جمهور الفقهاء يرون أن الزواج مستحب ومندوب إليه، والترغيب في الشيء ينافي وجوبه، ولكن مع ذلك فإن بعض الفقه الإسلامي يرى وجوب الزواج، كما عند الظاهرية حيث قال الإمام ابن حزم، "فرض على كل قادر على الوطاء إن وجد من أين يتزوج أو يتسرى أن يفعل أحدهما ولا بد، فإن عجز عن ذلك فليكثر من الصوم"،

26- رواه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري برقم 5063، صحيح البخاري، باب الترغيب في النكاح، ج3، المكتبة السلفية، مصر، 1980، ص354.

27- رواه البخاري برقم 5073، صحيح البخاري، باب ما يكره من التبتل والخصاء، ج3، المرجع نفسه، ص356.

28- رواه البخاري برقم: 5075، صحيح البخاري، باب ما يكره من التبتل والخصاء، ج3، المرجع نفسه، ص356.

29- سورة المائدة، الآية 87.

30- ومع ذلك فإنه لا مانع في الإسلام من أن تعرض المرأة نفسها على الرجل الصالح إذا أمنت الفتنة، فقد روى البخاري قال: حدثنا علي بن عبد الله، حدثنا مرحوم، قال سمعت ثابتا البنانى، قال: "كنت عند أنس وعنده ابنة له، قال أنس جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تعرض عليه نفسها قالت يا رسول الله، ألك بي حاجة، فقالت بنت أنس ما أقل حياءها واسواتها، قال هي خير منك رغبت في النبي صلى الله عليه وسلم فعرضت عليه نفسها". رواه البخاري برقم: 5120، صحيح البخاري، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، ج3، المرجع السابق، ص367.

فالظاهرية يجوبون الزواج مرة واحدة في العمر مع عدم اشتراط بعضهم خوف العنت، وإنما ذهبوا إلى أنه يلزمه التزوج فقط ولا يلزمه الوطء³¹.

قال ابن قدامة: "والناس في النكاح على ثلاثة أضرب، منهم من يخاف على نفسه الوقوع في محذور إن ترك النكاح، فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء، لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها من الحرام، وطريقه النكاح. الثاني، من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور، فهذا الاشتغال له به أولى من التخلي لنوافل العبادة، وهو قول أصحاب الرأي وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم. الثالث، من لا شهوة له، إما لأنه لم يخلق له شهوة كالعنين، أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض أو نحوه ففيه وجهان، أحدهما يستحب له النكاح، والثاني التخلي له أفضل"³².

كما ورد في الحديث الشريف حض على الزواج، فقال عليه الصلاة والسلام: "يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء"³³. ويتضح من الأدلة الشرعية أن الزواج لا يأخذ حكم المباح لأن الشارع طلبه وحض عليه. كما أنه في الأصل لا يصل إلى مرتبة الفرض أو الواجب، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام أمر عند عدم المقدرة على الزواج بالصوم، و لم يفرض الشارع عقوبة على من لم يتزوج. يضاف إلى ذلك أن بعض الصحابة لم يتزوجوا، مع علم الرسول عليه الصلاة والسلام ذلك وعدم إنكاره. لذا فإن الأصل في الزواج أنه مندوب، طلب الشارع فعله دون إلزامه، يثاب فاعله ولا إثم على من لا يتزوج و هذا الأصل في الزواج إنما شرع للأمر الأعم في أصول الناس، وهو الشخص معتدل الطبيعة³⁴.

وفي الفقه الإسلامي إن من أركان الزواج العاقدان، وهما الرجل والمرأة، حيث لا يمكن أن ينعقد الزواج إلا برضا طرفيه³⁵، فالمرأة في الإسلام لها الحق في الزواج ويحترم رأيها ويؤخذ به، لا يمكن إجبارها على الزواج

31- أنظر، ابن حزم الظاهري، المحلى، ج 09، الطباعة المنيرية، مصر، دون تاريخ النشر، ص440.
32- أنظر، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج9، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1997، ص341-343.
33- رواه البخاري برقم 5066، صحيح البخاري، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ج3، المرجع السابق، ص355.
34- أنظر، عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، دون تاريخ النشر، ص41.

35- Abu la'la MAWDUDI, Islamic way of life, International Islamic publishing House, Kingdom of Saudi Arabia, 1997, p 50.

أو عدمه، ومع ملاحظة أن الشريعة الإسلامية عندما تعطي الحق في الزواج لا تقيد به، إنما تفرض حماية لهذا الحق بإدخال الولي الذي يجب أن تكون تصرفاته في مصلحة موليته وإلا اعتبر متعسفا.

ومتى علم الزوج أنه يعجز عن شيء من حقوق الزوجة الواجبة عليه، فلا يحل له أن يتزوجها حتى يبين لها، أو يعلم من نفسه القدرة على أداء حقوقها، وكذلك لو كانت به علة تمنعه من الاستمتاع، كان عليه أن يبين كي لا يغر المرأة من نفسه. وكذلك يجب على المرأة إذا علمت من نفسها العجز عن قيامها بحقوق الزوج، أو كان بها علة تمنع الاستمتاع من جنون أو جذام وبردص أو داء في الفرج لم يجز لها أن تغره وعليها أن تبين له ما بها في ذلك. فقد قال مالك إن كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء، وإن كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار³⁶.

إن واجب الإخبار بالعيوب الواقع على الزوجين معا هو أيضا دليل آخر على أن للمرأة كما الرجل الحق في الزواج، مما يستخلص منه أن قانون الأسرة الجزائري الذي جعل من الزواج أمرا مشروعا معتمدا في ذلك على الشريعة الإسلامية، قد ساير الاتفاقيات الدولية ووافقها، لكن هل يكفي الاعتراف بالزواج كحق للمرأة أم لا بد من شروط في هذا الزواج؟

إن المواثيق الدولية وهي تعطي للمرأة حق الزواج لم تفوت الفرصة لتعرض على الدول الأطراف أن تعطي للمرأة حق اختيار الزوج وأن ترضى بالزواج، وهذا ما سأناقشه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

أهلية المرأة في اختيار الزوج و الرضا بالزواج

اهتمت الاتفاقيات الدولية برضا المرأة في الزواج وحققها في اختيار الزوج بكل حرية، ووصل حد الاهتمام لدرجة خلق اتفاقية دولية خاصة بالرضا بالزواج³⁷. وكذلك جعل المشرع من الرضا الركن الأساسي للزواج، وهو كذلك ركن لا بد منه وفقا للشريعة الإسلامية. ولذلك سأنتظر إلى حق المرأة في اختيار زوجها

36- أنظر، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن احمد ابن رشد القرطبي الأندلسي(ابن رشد الحفيد)، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، الطبعة الأولى، دار السلام، مصر، 1995، ص1348.

37- هي اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، عرضت للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة رقم A1763، المؤرخ في 1962/11/07. وأصبحت نافذة في 1964/12/09 طبقا للمادة 06 منها، ولم تصادق عليها الجزائر.

(الفرع الأول)، وحدود حرية المرأة في اختيار الزوج (الفرع الثاني)، ثم أبحث أسس اختيار الزوج (الفرع الثالث)، وعلاقة الرضا بتحديد سن الزواج (الفرع الرابع).

الفرع الأول

حق المرأة في اختيار زوجها

إن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية³⁸ وعلى قلة الحقوق التي أكد عليها، لم يهمل الحق في الزواج وضرورة مراعاة رضا طرفي العقد، فقد جاء في المادة 10 منه أنه "يجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه".

وتنص المادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، على أنه "لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاء كاملاً لا إكراه فيه وبإعرابهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج والشهود وفقاً للقانون".

ورغم أن الاتفاقية المذكورة تسمح بالزواج بالوكالة إلا أنها تؤكد على ضرورة التأكد من توافر الرضاء، حيث تنص المادة 01/ب على أنه صلاً يكون حضور احد الطرفين ضرورياً إذا اقتضت السلطة المختصة باستثنائية الظروف، وبأن هذا الطرف قد أعرب عن رضاء أمام السلطة المختصة و بالصيغة التي يفرضها القانون و لم يسحب ذلك الرضاء".

وقد أكدت توصية الرضاء بالزواج المؤرخة في الزواج في 01/11/1965، على واجب تعزيز كيان الأسرة باعتبارها الوحدة الأساسية في المجتمع، و حق البالغين من الذكور والإناث في الزواج فلهم حقوق متساوية و قد حددت هذه التوصية الحد الأدنى بسن الزواج آنذاك بخمسة عشر سنة لأي من الزوجين.

ونظمت المادة 2/6/أ من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة حق المرأة في اختيار الزوج بكامل حريتها وبرضاءها التام حيث نصت على أن "يكون للمرأة مثل الرجل حق اختيار الزوج والتزوج بمحض إرادتها"،

38- أنظر، المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 16 ماي 1989 المتضمن الإنضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 17 ماي 1989، عدد 20، ص 531.

وبذلك تكون هذه الفقرة من تلك المادة قد ساوت بين الرجال والنساء في عقد الزواج وحرية اختيار الزوج دون إكراه أو غير ذلك من عيوب الإرادة الأخرى³⁹

وبذلك يكون الإعلان قد أخذ بالتوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1965/11/01 الخاصة بالرضا بالزواج و ضرورة تحديد حد أدنى لسن الزواج و تسجيل عقود الزواج في السجلات الرسمية المعدة لذلك.

وكذلك ضمن قانون الأسرة الجزائري للمرأة حقها في الرضا بالزواج من خلال نص المادة الأولى التي عرفت الزواج بأنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة"، ثم فصل كيف يكون الرضا في المادة 10 التي جاء فيها انه يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

وفي المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري جعل المشرع من الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج مساويا فيه بين الرجل والمرأة، حيث جاء في نص المادة انه ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين .

إذا كان رضا المرأة بالزواج يعتبر حقا ثابتا في المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، فإن هذا الحق يتتبع حقا آخر يرتبط به وهو حق المرأة في اختيار الزوج. هذا الحق الأخير الذي أكدت عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 4/16 منها، حيث طالبت بضرورة المساواة بين المرأة والرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج وذكرت من ذلك اختيار الزوج بإرادة كاملة، أي وجوب احترام إرادة المرأة كما الرجل، وهو ما يعرف اليوم بمبدأ سلطان الإرادة في العقود، حيث إن العقد نشأ بإرادة الطرفين، وهو متوقف على إرادتهما دون سواهما.

وتنادي الاتفاقيات الدولية بحق المرأة في الرضا بالزواج وتكوين أسرة دون قيد أو شرط، وتعبير الرجل والمرأة بإرادتهما الشخصية عن الزواج وتأمين العلانية اللازمة، وحضور السلطة المختصة بعقد الزواج وحضور الشهود، وهذا لا تتكره الشريعة⁴⁰ .

كما نص العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بدوره على أن يجب أن يكون الزواج حق للمرأة كما هو حق للرجل ويجب أن تتزوج المرأة برضاها الكامل وإرادتها الحرة دون إكراه أو تدليس.

39- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 224.

40- أنظر، خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية و الشريعة الإسلامية والتشريع الإسلامي، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 65.

إن الاتفاقيات الدولية تعطي للمرأة حق في اختيار الزوج وتتفي أي قيد من القيود أي كان، وهذا الأمر يطرح في الحقيقة تساؤلاً مفاده: ما حدود حق الاختيار؟

الفرع الثاني

حدود حرية المرأة في اختيار الزوج

تجيب المواثيق الدولية على هذا السؤال بالأحدود لحدق الاختيار إلى درجة تجاهل معتقد الشخص وديانته وعرقه، فهي لا تعترف بأي قيد مهما كان، ومعلوم أن الإنسان مرتبط ببيئته. كذلك فالقوانين التي تصدر لتنظيم حياة الناس تراعي ظروف معيشتهم، فكيف بالمواثيق الدولية أن تتجاهل بيئة المرأة و محيطها وتطالب بأن تكون لها حرية اختيار الزوج اختيار لا قيد فيه.

وبسبب معاناة النساء في كثير من المجتمعات من الزواج عن طريق التسوية، كتزويج المرأة رغما عنها مقابل مبلغا مالي لأبيها أو انتقال المرأة على سبيل الإرث إلى شخص آخر بعد وفاة زوجها، كل ذلك جعل لجنة القضاء على التمييز ضد النساء تؤكد في توصيتها العامة رقم 21 بمناسبة جلستها الثالثة عشر عام 1994 على أن حق المرأة في اختيار الزوج يجب أن يكون محل حماية و دعم من قبل القانون، أو بمعنى آخر يستلزم الحق في الزواج المساواة بين الرجل والمرأة في الدخول في الزواج بالرضا الحر والكامل فقط⁴¹. ويرى CHRISTEN في مؤلفه L'égalité des sexes من الضروري الاعتراف بالاختلاف بين الرجل و المرأة، وهو ما تقترب منه Mari France CALLU التي تعتبر أنه لا يجب إنكار تزامم الحقوق بل ينبغي التسليم به كلية بالبحث بإيجاد التوازن بين الأهلية الكاملة لكل شخص و التقيد الذي يجب أن تقيد به بسبب وجود الغير⁴².

يسمح قانون الأسرة للرجل والمرأة بحرية الاختيار عند الإقبال على الزواج، وهو لم يضع شروطا لذلك، وقد استعمل المشرع كلمة التراضي عند الحديث عن عقد الزواج ولم يفرق في ذلك بين الرجل والمرأة. لكن بتتبع هذا القانون نجده يضع مجموعة من الإجراءات التي قد تكون قيد عند الاختيار، كمسألة حضور الولي في عقد الزواج ومسألة زواج المسلمة من غير المسلم، ومسائل أخرى، كموانع الزواج، وهذه كلها مستمدة من الشريعة

41- امر يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 21-22.

42- ماري فرنس كالي، نقلا عن، امر يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 260.

الإسلامية. فضلا عن هذا، فإن المادة 222 من قانون الأسرة تشير إلى أن "كل مالم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى الأحكام الشرعية الإسلامية".

وقد جاء في توصية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة سنة 1999 بخصوص الجزائر أن اللجنة تشعر بقلق شديد إزاء حقيقة أن قانون الأسرة لا يزال يتضمن العديد من الأحكام المميزة التي تحرم المرأة الجزائرية من حقوق أساسية من قبيل الموافقة الحرة على الزواج⁴³.

وتنص الاتفاقيات الدولية وتوصيات اللجان التابعة لها على أن التحفظات التي تبديها الدول بحجة التعارض بين الاتفاقية والتشريع الداخلي هي تحفظات غير مقبولة، لأن المطلوب في الأصل هو ضرورة تعديل القوانين الداخلية بما يتماشى وما نصت عليه الاتفاقية المصادق عليها.

وتنص المادة 24 من ق.أ على أن "موانع النكاح المؤبدة هي القرابة والمصاهرة والرضاع"، وهذا النص في قانون الأسرة ليس غريبا ولا يشكل قيودا أمام حرية المرأة في اختيار الزوج. كون أن الشخص لا يمكنه بأي حال أن يتزوج من قرابته، فمعلوم أن للقرابة ميزة خاصة لدى جميع الأمم والشعوب.

ونصت المادة 30 من ذات القانون على أنه يحرم من النساء مؤقتا المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا ، كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها وأخالتهن سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع. ويحرم زواج المسلمة من غير المسلم.

لا يمكن أن تكون المرأة زوجة لرجلين في نفس الوقت، لأجل ذلك يكون المشرع الجزائري محقا عندما حرم الزواج بالمحصنة. لكن السؤال المطروح هو هل يعتبر الزواج من المعتدة والمطلقة ثلاثا وزواج المسلمة من غير المسلم، تقييدا لحرية المرأة في حق اختيار الزوج؟ ألا يشكل هذا عدم مساواة بين الرجل والمرأة في عقد الزواج؟

إن ما سبق ذكره في قانون الأسرة يعتبر تقييدا وتمييزا ضد المرأة من منظور المواثيق الدولية، بيد أن قانون الأسرة مستمدة غالبية أحكامه من الشريعة الإسلامية. ولقد هدم الإسلام جميع الأنكحة الفاسدة التي كانت تؤدي إلى ظلم المرأة وامتھانها، والتي حمل النساء فيها وهدهن أثقالها وأوزارها البدنية والأدبية والمالية، فلم يرض بأن تجبر على الزواج بمن لا ترغب ، ولا أن تمنع من الزواج ممن ترغب، ما دام الرجل صالحا. ولم يرض

43- اتفاقية المرأة، التوصيات الختامية، الجزائر، A54UN DOC /38 الفقرة 91 بتاريخ 27 يناير 1999.

الإسلام كذلك أن تترك المرأة وحدها في تقرير هذا الأمر، كما هو الحال عند غير المسلمين، فتقع في برائن المخادعين وتقاسي صنوف العذاب، وإنما اشترط الولي في الزواج⁴⁴.

ولو نظرنا إلى مآسي الحياة الزوجية، فإننا نراها في الغالب تعود إلى سوء اختيار المرء لزوجته، أو سوء اختيار الزوجة لزوجها. فلا يقتصر الاختيار في الزواج على الرجل فحسب، بل على كل من الرجل والمرأة على حد سواء، فعلى كل منهما أن يحسن الاختيار ويدقق في أسباب القبول، ومن هنا عني الإسلام بجملته من المسائل من شأنها إذا روعيت أن تكون قوة في الحياة الزوجية واستمرارها ووقايتها من التعرض للتدهور والانحلال⁴⁵.

وأما أن تزوج الفتاة مع كراهيتها لذلك فهو مخالف للأصول والعقول، فالثيب الكبيرة لا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له تزويجها وإن كرهت، والنخعي قال يزوج بنته إذا كانت في عياله فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها. ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مخيرة، فلم يجز إجبارها عليه كالرجل⁴⁶.

إن الولي في عقد الزواج مقرر في الشريعة الإسلامية لمصلحة المرأة وليس تقييدا لها أولحريتها في اختيار من تريده زوجا، وسيتضح الأمر في هذه المسألة عندما أتناولها بالتحليل في المطالب الموالي.

أما عن مسألة الإسلام فلا يصح عقد غير المسلم على امرأة مسلمة سواء كان هذا الرجل مشركا أو كتابيا ولا يجوز أن تكون المسلمة تحت عصمة غير المسلم لقوله تعالى: "وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ"⁴⁷، أي لا تزوجوا نساءكم المسلمات لرجال مشركين حتى يؤمنوا ويدخلوا في الإسلام.

فإذا وقع زواج المسلمة من غير مسلم فهو سفاح وليس بنكاح، ويفسخ مطلقا سواء وقع عن جهل أو عن قصد، وتعاقب المرأة أو من تولى تزويجها تزويجها في حالة العمد.

44- محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص 241.
45- أنظر، إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1990، ص 78.
46- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 9، ص 406.
47- سورة البقرة، الآية 221.

وقال ابن قدامة الحنبلي: "إذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معا منع وطأها، فإن وطئها في عدتها وقتلنا إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فأسلم المرتد منهما، أو أسلما جميعا في عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه، بهذا الوطء لأننا تبينا أن النكاح لم يزل، وأنه وطئها وهي زوجته، وإن ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لأنه وطء في غير نكاح بشبهة النكاح"⁴⁸.

من خلال قراءة قوله تعالى: "ولا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا"، ومن خلال قراءة الفقرة الأخيرة من المادة 30 المعدلة بالأمر رقم: 02-05 لعام 2005 التي مفادها يحرم زواج المسلمة بغير المسلم، نلاحظ أن كل واحد من القانون السماوي والقانون الوضعي ينهيان عن زواج المسلمة بغير المسلم نهى تحريم.

إن أي عقد زواج أبرم بين أية امرأة جزائرية مسلمة وأي رجل غير مسلم يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، وأن هذه المسألة من المسائل التي تتفق فيها بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية⁴⁹.

وعليه، إذا كان عقد الزواج بين المسلمة وغير المسلم لم يبرم ولم يحرر بيد الموظفين الجزائريين، وكان قد حرر في بلد أجنبي وسجل في سجلات أجنبية فإن مصيره البطلان المطلق، ولا يجوز أن يقع الاستظهار أو الاحتجاج به أمام القضاء الجزائري لإثبات الحقوق الزوجية سواء كانت المرأة المسلمة ممن يحملون الجنسية الجزائرية أو يحملون جنسية أجنبية.

ويعتبر منع زواج المسلمة بغير المسلم في الجزائر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على خلافه، كما لا يمكن تجاوزه.

ويمكن الإعتماد على بعض المعايير لاختيار الزوج، وهذا ما سأبحثه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

أسس اختيار الزوج

إن الإسلام يرشد إلى اختيار الزوجة، كما يرشد لاختيار الزوج، ذلك أن الزوجين هما أركان الأسرة، وهما المنجيبين للأولاد، وعنهما يرثون كثيرا من المزايا والصفات والتقاليد والعادات.

48- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص40.

49- أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 34.

وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: "تتكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك"⁵⁰.

إن في حديث النبي صلى الله عليه وسلم تبيان للأمر التي يبني عليها اختيار الرجل لزوجته، وفيه أيضاً نصيحة للظفر بصاحبة الدين، فإذا كان الإسلام بلغت عنايته باختيار الزوجة إلى حد التفصيل في دواعي النكاح، فهل يكفل للمرأة حق اختيار الزوج؟

فخلق الرجل واستقامته في دينه ومروءته من أهم الأوصاف التي تحرص عليها المرأة أو أهلها في من يأملون أن يستأنوه على ابنتهم وكريمتهم؛ ليطمئنوا على مستقبلها وسعادتها، إذ لا قيمة لأي منقبة في الرجل أو المرأة إذا عري عن الدين والخلق. وجميع الخلال من غنى أو منصب أو جاه عوارض تنال وتنتزع أو تفقد، وتبقى الصفات الأصيلة والخلال المتجذرة والتمكنة من نفس المرء، فلا ينبغي أن تجعل هذه العوارض أساس الاختيار أو معيار للتقديم أو التأخير، وإن كان المال والجاه مما يستعان به على توفير بعض أسباب الراحة والسعادة لا تصنع بالمال فقط⁵¹.

إن المرأة البالغة لها حريتها في اختيار زوجها ورفيق حياتها، شأنها في الزواج شأن الرجل البالغ⁵²، بحيث ينعقد زوجها بمن شاءته بدون حضور أي ولي (قريب أو بعيد) من أوليائها. فالإسلام رفع من شأنها بهذه الحرية⁵³.

هذا وإن كان من حق الرجل أن يختار شريكته، ضمن مواصفات على سبيل المثال الصلاح والجمال، فإنه كذلك من حق المرأة أن تختار شريك حياتها أيضاً ضمن مواصفاتها الخاصة بها، كأن يكون رجلاً صالحاً جميلاً في نظرها، ذلك لأن النساء يحببن ما يحب الرجال سواء بسواء. أما أن تجبر المرأة على الزواج من رجل تراه في عينها ذميماً تنفر منه، وبالتالي لا تتحصن به، فذلك ما نهى عنه الإسلام. يقول عمر ابن الخطاب رضي الله عنه: "يعمد أحدكم إلى ابنته فيزوجها القبيح، إنهن يحببن ما تحبون"، يعني إذا زوجها الذميمة كرهت في ذلك ما يكرهه، وعصت الله فيه⁵⁴.

50- رواه البخاري برقم: 5090، صحيح البخاري، باب الأكلفاء في الدين، ج3، المرجع السابق، ص360.
51- أنظر، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص 28-29.

52- Abu la'la MAWDUDI, Islamic way of life, op, cit. p.49.

53- مبشر الطرازي الحسيني، المرجع السابق، ص 143-144.

54- إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، المرجع السابق، ص 78.

وقال أبو حنيفة على الصحيح: "لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار مجانية وفسقا كان العقد باطلا ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق ظهر سوء اختياره"⁵⁵.

واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة، فعنه هما شرطان الدين والمنصب لا غير، وعنه أنها خمسة، هذان، والحرية والصناعة واليسار، والكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة⁵⁶.

وعند الشافعية قال الغزالي⁵⁷: "واعلم أن الكفاءة حق المرأة والأولياء، فلو رضوا بغير كفاء جاز خلافا للشيعة والكفاءة ترجع إلى مناقب، والمعتبر منها خمس: التنقي من العيوب المثبتة للخيار والحرية والنسب، والصلاح في الدين، والتنقي من الحرف الدنية والجمال لا يعتبر لأنه يرجع إلى ميل النفس، واليسار يعتبر في أضعف الوجهين، ولعل ذلك قدر البلاغ دون التساوي في المقادير، ولا مبالاة بالانتساب إلى الظلمة، بل إلى أرومة رسول الله صلى الله عليه وسلم وإلى العلماء وإلى الصلحاء المشهورين".

ولقد بلغ الإسلام في الاعتناء بحق المرأة في اختيار زوجها أن جعل من الكفاءة حق للزوجة لا للزوج. والحديث عن اختيار الزوج، يدفعني إلى الحديث عن مسألة الأهلية في الزواج، حيث؛ لا يكون رضا الشخص صحيحا إذا كان ناقص الأهلية أو عديما، وهنا يطرح إشكال آخر حول مشروعية تحديد سن الزواج.

الفرع الرابع

تحديد سن الزواج

اهتمت المواثيق الدولية بحماية المرأة من الزواج المبكر، وفي سبيل هذا حدّدت سن الزواج (أولا)، وكذلك قام المشرع الأسري بتحديد السن القانونية للزواج (ثانيا). واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد سن الزواج (ثالثا).

أولا: تحديد سن الزواج في المواثيق الدولية

نصت المادة 02 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج أن الدول الأطراف يجب أن تقوم بالتدابير الشرعية اللازمة لتعيين حدا أدنى للزواج، ورغم أن تحديد هذا السن هو من

55- أنظر، ابن الهمام الحنفي (كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري)، شرح فتح القدير، ج3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص293.

56- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص391.

57- أنظر، محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، الطبعة الأولى، دار السلام، مصر، 1997، ص85.

أجل ألا يكون هناك زواج دون هذا السن، رغم ذلك فإن الاتفاقية سمحت للسلطة المختصة بالإعفاء من شرط السن لأسباب جدية لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما.

إنّ نصوص الاتفاقية كانت صائبة عندما تركت مسألة تحديد حد أدنى للزواج لكل دولة على حدة، ذلك أنّ الظروف تختلف من بلد إلى آخر. وعليه فلا يجوز إلزام دولة ما بأمر يخالف ما تعيشه من واقع، لأجل هذا هناك تمايز بين الدول في تحديد حد أدنى للزواج لكن الاتفاقية والمواثيق الدولية الأخرى تؤكد على ضرورة المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد السن، أي ألا يكون هناك فارق بينهما، كأن يحدد للبننت سن أدنى بـ16 سنة، وآخر للذكر بـ18 سنة، ففي هذا تمييز ضد المرأة.

وما يجدر التنويه إليه أن اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة قد منعت زواج الأطفال، حيث نصت المادة 2/16 منها على ألا يكون لخطبة الطفل أو زواج الأطفال أي أثر قانوني، لكن السؤال المطروح، هو متى يعتبر الشخص طفلاً في نظر القانون؟

إن مسألة تحديد سن الزواج ترتبط بسن البلوغ والاحتلام، وهذا السن الأخير يختلف من دولة لأخرى، وتؤثر فيه الظروف المناخية للدولة، والظروف الفيزيولوجية والعوامل البيولوجية وطبيعة الأجناس، فمثلاً يصل الولد والبننت إلى سن البلوغ والاحتلام في المناطق الحارة كما في السودان ومعظم الدول الإفريقية، وذلك عكس الوضع في أوربا التي يتأخر فيها هذا السن بالنسبة للأولاد الذكور والإناث إلى ما بعد ذلك⁵⁸.

وقد نص أيضاً إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة في المادة 3/6 على "حظر زواج الصغار وعقد خطوبة الفتيات الغير بالغات".

وقامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإصدار توصية حول تحديد سن الزواج كحد أدنى بموجب قرارها رقم 2018-20 في 1/11/1965، حيث تم تحديد الحد الأدنى للزواج بخمسة عشر سنة لأي من الزوجين. ويصدر هذه التوصية أصبحت الدول ملزمة باحترام الحد الأدنى، إذ أصبح من غير الجائز قانونياً أن يتم تزويج الأطفال ما دون خمسة عشر سنة، بما في ذلك الحالات التي تتطلب الترخيص بالزواج، مع الملاحظة أن المواثيق الدولية تركز على مسألة المساواة، حيث أن تحديد السن يكون خاص بالذكر والأنثى، هما في ذلك سريان.

58- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 227.

والمعلوم أن الأنثى في الكثير من المناطق تصل إلى البلوغ في سن مبكر مقارنة بالذكر، وهو ما يجعل العديد من الدول تزوج الفتيات دون الخامسة عشر، أما بالنسبة للذكور فإنه من النادر أن يتزوجوا قبل هذه السن نظرا لعدة عوامل، من ذلك عدم اكتمال البلوغ فضلا عن انعدام القدرة المادية على الزواج.

وتأكيدا للمساواة بين المرأة و الرجل في أهلية الزواج، وأهلية التصرف بشكل عام، نصت المادة 2/15 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة على أن تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية وتكفل للمرأة بوجه خاص حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات وتعاملهما على قدر المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.

وفيهم مما سبق أن تحديد أهلية الزواج للمرأة بسن أقل مما هو محدد للرجل أو أعلى يعتبر تمييز ضد المرأة بسبب الجنس وفقا لما جاء في المادة 01 من الاتفاقية؛ ذلك أن هذه التفرقة تؤدي إلى عدم تمتع المرأة بالحق في الزواج ما لم تصل إلى السن المحددة قانونا، وبذلك تتخلف عن الرجل أو تسبقه في ممارسة هذا الحق وهذا غير جائز من منظور الاتفاقيات الدولية.

وذهبت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مادتها 3/15 إلى أن العقود والخاصة التي يكون لها اثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطله ولاغية.

وتم تحديد الحد الأدنى للزواج في توصية لجنة القضاء على التمييز ضد النساء بـ 18 سنة للرجل والمرأة⁵⁹. ومهما يكن، فإن المواثيق الدولية قد تركت الحرية للدول فيما يخص أهلية الزواج كونها أعطتها أولا الحق في تحديد هذه الأهلية، ثم أنها سمحت لها بإصدار تراخيص بالزواج قبل هذه السن مراعاة لمصلحة طرفي عقد الزواج، إنما الذي اشترطته المواثيق الدولية هو توحيد أهلية الزواج بالنسبة لكل من المرأة و الرجل مع الإشارة إلى أن المواثيق الدولية هي الأخرى استعملت كلمة «سن البلوغ» للإشارة إلى أهلية الزواج، كما جاء ذلك في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 1/16 التي نصت على أن للرجل و المرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة.

59- أنظر، توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، وثيقة الأمم المتحدة: A/49/38/فقرة 36.

إن كل ما سبق يشير إلى اعتراف المجتمع الدولي من خلال لاتفاقيات الدولية بأن سن البلوغ يختلف ما بين الذكر والأنثى ويختلف من دولة لأخرى بل يختلف داخل الدولة الواحدة من منطقة لأخرى، ومن بيت لآخر، بل يختلف داخل البيت الواحد من جنس لآخر وداخل الجنس الواحد من شخص لآخر.

ثانيا: تحديد سن الزواج في قانون الأسرة

حدد قانون الأسرة في الصياغة الأصلية قبل تعديله، أهلية الزواج للمرأة ب 18 سنة، إلا أنه لم يرتب البطلان في حالة مخالفة هذا الشرط. وقد راع المشرع بذلك سن التعليم الأساسي الذي هو إجباري وفقا لأحكام الدستور الذي عادة ما يتوقف عند هذه السن، كما أن المشرع الجزائري أعطى سلطة للقاضي في تخفيض سن الزواج في حالة وجود مصلحة أو ضرورة وقد وقع في تناقض جعلته يخضع المرأة لأحكام تختلف عن الأحكام التي يخضع لها الرجل⁶⁰.

كان يؤخذ على قانون الأسرة عدم مساواته بين المرأة والرجل في أهلية الزواج، ويعاب عليه إلى جانب ذلك سماحه بتزويج الفتيات غير البالغات دون مراعاة لرضاهن، فضلا عن فرض سلطة الولي⁶¹.

كان قانون الأسرة سابقا يناقض القانون المدني فيما يخص أهلية الزواج، حيث إن المرأة التي بلغت 18 سنة كاملة كانت تعتبر راشدة في قانون الأسرة، في حين تظل قاصرة في ظل القانون المدني الذي يحدد سن الرشد ب 19 سنة⁶².

وفي سنة 2005، وبمناسبة تعديل قانون الأسرة، تدارك المشرع النقص المسجل وسأوى بين الرجل والمرأة في أهلية الزواج⁶³. حيث أصبحت تنص المادة 07 منه على أنه تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة، وأبقت المادة على الترخيص الممنوح للقاضي، والذي يعاب عليه أيضا انه لم يحدد الحد الأدنى للزواج وبالتالي يمكن أن يرخص بالزواج لفتاة وإن كانت أقل من 15 سنة، مراعاة للضرورة أو المصلحة كما نص عليه

60- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة...، المرجع السابق، ص 46-47-51. وللإشارة فقد كان قانون الأسرة الجزائري يحدد سن الزواج ب 21 سنة للذكر و 18 سنة للأنثى قبل أن يعدل في سنة 2005.

61-Yakout AKROUNE, la protection de l'enfant en droit algerien, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit et des sciences administratives, Ben Aknoun, Université d'Alger, 2003, n° 2, p 77-78.

62- تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة.

63- وفي هذا الصدد نصت المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية على أن "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشر سنة شمسية"، وهي الأهلية الواجب توافرها في الزوج والزوجة، أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 25.

المشرع. غير أن ما يحمى عليه المشرع أيضا أنه اشترط على القاضي قدرة الطرفين على الزواج. ومعلوم أن القدرة، قد تكون مادية أو معنوية أو فسيولوجية فيدخل في ذلك تركيبة الجسم، و بالتالي مراعاة سن البلوغ أو الاحتلام كما هو منصوص عليه في الشريعة الإسلامية.

ويقول الدكتور بن شويخ الرشيد: "نرى أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول تحت 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام، خصوصا وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي"⁶⁴.

ويجنح الدكتور تشوار جيلالي إلى الرأي ذاته من حيث المبدأ، مع اختلاف في السن الأدنى المقترح، إذ يقول: "إن مصلحة الأطراف أنفسهم والمجتمع تقضي بعدم تخويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سن معينة يتأكد من خلالها قدرته الجسمية على تحمل التبعات التي يفرضها عقد الزواج، وتمتعه بقدر كاف من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج وعواقب ما هو مقبل عليه. ولكي تتحقق هذه الأمور فعلى المشرع أن يجعل في هذه الحالة الحد الأدنى لسن الفتاة ست عشرة سنة، وللفتى ثماني عشرة سنة. ويمنع قيام الزواج مهما كانت المصلحة أو الضرورة، إذا كانت السن وقت العقد دون ذلك"⁶⁵.

ويبقى تطبيق الحد الأدنى لسن الزواج في كل الأحوال مرتبط بما يغلب على حال الشباب في المجتمع، لذلك يمكن للمشرع تعديل هذه السن كلما اقتضت الضرورة ذلك. فالمعلوم أن المسألة ذاتها محل خلاف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثالثا: تحديد سن الزواج في التشريع الإسلامي

أجاز الفقهاء تزويج الصغيرة، فقال الحنفية للولي إجبار الصغيرة على الزواج دون تعليق ذلك على البكارة من عدمها، فتعليق الحكم في الأصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن أهلية أن يرجع إليه في رأيه أو يلتفت في أمر ونهي⁶⁶.

64- أنظر مزيدا من التفصيل، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 61.

65- أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999، العدد 04، ص 79.

66- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج 4، المرجع السابق، ص 252.

ومع ذلك، يقول الدكتور رشدي شحاتة أبوزيد: "يمكن القول بكل ثقة من خلال أحكام ديننا الإسلامي أن ما تحصل عليه المرأة في عالمنا المعاصر بمقتضى هذه المادة (يعني المادة 15 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة) أقل مما حصلت عليه المرأة المسلمة منذ 1400 سنة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي، فالمرأة في الإسلام لها ذمة مالية مستقلة تماما عن ذمة الرجل، وأهلية كاملة لا تقل عن ذمة الرجل المالية شيئا"⁶⁷.

في حين يرى محمد برهام المشاعلي أن "تحديد سن الزواج أخذ من القوانين الغربية وليس له مستندا في آراء فقهاء الشريعة الإسلاميين، لذلك يراه غير متفق مع مرحلة البلوغ الجنسي لكل من الفتى والفتاة. ولا يتفق مع المصلحة الأخلاقية العامة، فيجب أن يسمح بالزواج منذ البلوغ الجنسي، والفتى والفتاة وأولياؤهما أدري بالمصلحة متى تكون في الزواج، على أنه لا فائدة لتدخل القاضي في هذا الموضوع، فالآباء الراغبون في تزويج بناتهم قبل بلوغهن سن الزواج القانوني يلتمسون من الحيل ما يفسد احتياط القانون لذلك"⁶⁸.

يقول الدكتور المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي: "بعد التأمل في مجموع الأدلة وما دار حولها من بحث ونقاش، بدا لي أن القول بعدم اشتراط البلوغ لصحة العقد أو لا من غيره، لذا كانت المحاكم في البلاد الإسلامية تسير على هذا القول"⁶⁹.

إن الإسلام يبيح تزويج غير البالغ وغير البالغة، عن طريق ولي الأمر لكل منهما، ذلك لأنهما لا يملكان حق التصرف والتعاقد لقصر السن وقصور الإدراك لعواقب الأمور، وسيما عاقبة الزواج، ولهذا فإن لولي الأمر حق فسخ العقد عندما يتم العقد بين القاصرين بدون حضوره ومباشرته، هذا ومن رعاية الإسلام لحرية الفرد انه يعطي حق فسخ العقد لغير البالغ وغير البالغة بعد البلوغ إذا لم يرضى كلاهما أو أحدهما بهذا التزويج.

ويسمح في الشريعة الإسلامية بتزويج الصغيرة، حتى وإن لم تكن تطبق الوطاء وقد جاء في المادة 56 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للشيخ محمد قدري باشا أنه "لا تسلم الزوجة الصغيرة للزوج حتى تطبق الوطاء، ولا يجبر الأب على تسليمها و له طلب ما استحق من مهرها من الزوج".

67- رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية...، المرجع السابق، ص308.

68- محمد برهام المشاعلي، فقه الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الغربية الحديثة، دار الفكر والقانون، مصر، 2010، ص 68.

69- أنظر، المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، تحديد السن في الزواج، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة القانونية، مصر، 2011، ص 87

ويقول محمد زيد الابياني في شرحه لهذه المادة "إن الغرض من الزواج التتاسل وهذا لا يكون إلا بالوطء، فإذا كانت الزوجة مطيقة سلمت للزوج عند طلبه، فإن كانت صغيرة لا تطبق الوطء و طلبها الزوج فلا يجبر وليها على تسليمها له سواء كان أبا أو غيره، ومع ذلك فله طلب ما استحق من مهرها من الزوج، لأنه وجب بالعقد... ولا يعتبر السن لأنه من الجائز أنتكون بنت تسع تطبق الوطء لسلامة بنيتها من كل الأمراض و أخرى في هذا السن وهي نحيفة لا تطيقه"⁷⁰.

وقد أفرد الإمام البخاري باباً أسماه باب إنكاح الرجل ولده الصغار، لقوله تعالى: "واللآئي لم يحضن" فجعل عدتها ثلاثة أشهر قبل البلوغ، ويروي في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها "أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين، و أدخلت عليه و هي بنت تسع و مكثت عنده تسعاً"⁷¹، و اتفق العلماء -إلا من شذ- على أن البكر الصغيرة التي لم تبلغ يجوز لأبيها أن يزوجه بدون إذن، إذ لا معنى لاستئذان من لا تدري ما الإذن، ومن يستوي سكوتها وسخطها. واستدلوا بأن أبا بكر رضي الله عنه زوج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة لم تبلغ، وحملوا قوله صلى الله عليه وسلم "... ولا تتكح البكر حتى تستأذن" أن المراد بالبكر التي أمر باستئذانها: البالغ ولأن الصغر سبب الحجر بالنص والإجماع، فكان هو مناط الإيجاب"⁷².

لم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا إن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلتها الطفولة والتميز وهي تظهر بعلامات توجد في الفتى كالاختلام، وفي الفتاة كالحيض ورغم ذلك فالبلوغ المعتبر عند المالكية يكون بالحيض، وقال ابن حبيب ويكون ببلوغ ثمانين عشرة سنة"⁷³.

إنّ قانون الأسرة الجزائري عندما حدد سن الزواج بتسعة عشر سنة للذكر والأنثى لم يخالف الشريعة الإسلامية في تقدير هذه السن، و إنما قد خالف الفقهاء من حيث أنه جعل أهلية الزواج 19 سنة مع أن الفقهاء يجيزون الزواج قبل ذلك، وهو ما يذهب إليه المشرع الجزائري أيضاً رغم أنه ربط ذلك بضرورة استصدار ترخيص من القاضي الذي يكون ملزماً من التأكد من قدرة الطرفين على الزواج. في حين أنه يمكن في الشريعة

70- أنظر، محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ النشر، ص 91.

71- البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث: 5133، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، ج3، المرجع السابق، ص 371.

72- أنظر، أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج3، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2003، ص 141.

73- أنظر، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، الطبعة الأولى، ج 4، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994، ص 230.

الإسلامية إبرام عقد الزواج وإن لم تكن تقدر المرأة على الزواج، لكن لا يتم الوطاء إلا بعد أن تصبح قادرة على ذلك.

ونظرا للفوارق المعتبرة بين الرجل والمرأة، حيث إن المرأة تظهر عليها علامات البلوغ قبل الرجل عادة، فحسنا فعل فقهاء الشريعة الإسلامية عندما تركوا أهلية الزواج دون تحديد سن معينة. أما قانون الأسرة، فإنه عندما وحد سن الزواج و حدده بـ 19 سنة للذكر والأنثى وافق في ذلك الاتفاقيات الدولية التي تطلب من الدول الأطراف فيها أن تحدد سن الزواج، وأن يكون ذلك بالمساواة بين الرجل والمرأة. لكن الحقيقة إن هناك فروق جوهرية بين الذكر والأنثى لا يمكن تجاهلها في هذا المجال. وعليه، فإن تحديد وتوحيد أهلية الزواج في قانون الأسرة والمواثيق أمر يخالف ما عليه الطبيعة البشرية، و يستوجب إعادة النظر في النصوص هذه التي تنظم ذلك.

إن المرأة إذا اختارت زوجها بكل حرية، ورضيت بالزواج عن طواعية، طرحت أمامها مسألة إبرام العقد، حيث أن عقد الزواج كغيره من العقود لديه طرفين، أحدهما المرأة. فهل من حق المرأة مباشرة إبرام عقد الزواج بنفسها باعتبارها طرفا في العقد، ومساواة بالرجل أم أن الأمر لا يخلو من قيود؟ وما مدى حرية المرأة في مباشرة إبرام العقد؟ خصوصا وأن العديد من التشريعات العربية ومنها قانون الأسرة تتحدث عن مسألة الولي في عقد الزواج، وهو ما يدفع إلى التساؤل حول المركز القانوني للولي وسلطاته وصلاحياته في عقد الزواج، وهذا ما سابعثه في المطلب الثالث.

المطلب الثالث

مباشرة إبرام عقد الزواج ومسألة الولي

لقد نصت المواثيق الدولية على حق المرأة في إبرام عقد زواجها بنفسها، واستبعدت الولي وأي وصي على المرأة من عقد الزواج. وسأعرض لأهم النصوص الدولية التي تؤكد هذا بالتطرق إلى حق المرأة في مباشرة عقد زواجها (الفرع الأول)، والولي في الفقه الإسلامي ومسألة عضل المرأة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق المرأة في مباشرة عقد زواجها

أكدت المواثيق الدولية على حق المرأة في إبرام عقد زواجها بنفسها (أولاً)، ولذلك انتقدت فكرة الولي في عقد الزواج من أساسها (ثانياً).

أولاً: حق المرأة في مباشرة عقد زواجها في المواثيق الدولية

يتضح من نص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن الرجل والمرأة يتساويان في حق إبرام عقد الزواج، حيث أشارت هذه المادة إلى أنهما متساويان في الحقوق لدى التزوج، بمعنى إذا كان من حق الرجل مباشرة إبرام العقد بنفسه دون أي قيد، فإن ذلك من حق المرأة أيضاً بنفس الحرية، وبالقدر نفسه من التمتع بالحق.

وهذا الحق أكدته أيضاً المادة 4/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، حيث أوجبت على الدول الأطراف أن تتخذ التدابير المناسبة لكافة لتساوي الحقوق لدى الزوجين والواجبات أيضاً لدى التزوج، وهذا بعد أن أشارت في الفقرتين 2 و3 إلى الحق في التزوج وتأسيس أسرة، فضلاً عن ضرورة انعقاد الزواج برضا الطرفين دون إكراه .

أما العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فقد أشار إلى الحق في الزواج الذي يجب أن يكون بالرضا التام لطرفي العقد، ومعلوم أن من يملك حقاً له أن يباشره بنفسه، مالم يكن هناك مانع يحول بينه وبين مباشرة حقوقه، كالجنون بالنسبة للمجنون، أو الصغر بالنسبة للأطفال .

وجاء في الاتفاقية الدولية الخاصة بالرضا بالزواج وتحديد السن الأدنى للزواج وتسجيله، إن عقد الزواج ينبغي أن ينعقد برضا طرفيه، وبإعرابهما عنه شخصياً بعد تأمين العلانية اللازمة، إذ يفهم منها أن الإعراب الشخصي هو أن يتولى طرفي العقد (الرجل والمرأة) مباشرة إبرامه بنفسيهما، وهذا ينفي أي تدخل لأي لإرادة شخص ثالث.

وقد حرصت الاتفاقية على أن يكون الإعراب أو مباشرة إبرام عقد الزواج في علانية، وهو ما يعني استبعاد الزيجات التي تتم في السر من مفهوم الزواج. كما حرصت أيضاً على أن يكون الإعراب أمام السلطة

المختصة بعقد الزواج، وهو تأكيد آخر على أن المرأة تتولى إبرام عقد الزواج بنفسها وهو حق لها. لكن إذا كان هذا حق مكفول قانوناً، فهل يمكن تقييده أو التنازل عنه؟

إن الفقرة (ب) من المادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج وتحديد السن الأدنى للزواج وتسجيله تنص على أنه استثناءً من أحكام الفقرة (أ) سابقة الذكر يجوز أن لا يحضر أحد طرفي العقد إذا اقتنعت السلطة المختصة باستثنائية الظروف، وبأن هذا الطرف قد أعرب عن رضاه أمام سلطة مختصة وبالضيعة التي يفرضها القانون، ولم يسحب ذلك الرضا.

في الحقيقة إن الفقرة (ب) إذ تنص على إمكانية إعفاء أحد الطرفين من مباشرة إبرام العقد بنفسه، فهي تنص بذلك على الوكالة بطريقة غير مباشرة، حيث أشارت إلى أنه هذا الطرف ينبغي أن يكون قد أعرب عن رضاه أمام سلطة مختصة غير تلك المكلفة بإبرام عقد الزواج. وفضلاً عن هذا أخضعت الاتفاقية الأمر كله لاقتناع السلطة المختصة على أن تكون هناك ظروف استثنائية ويفهم من كل هذا أن الاتفاقية تضيق من اللجوء إلى إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة، فهل يعتبر الولي في حكم الوكيل في نظر المواثيق الدولية أم أنه تقييد لحق المرأة في مباشرة العقد بنفسها؟

ثانياً: نقد فكرة الولي في عقد الزواج

أكدت اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة أن المرأة مساوية للرجل في كل الأمور المتعلقة بالزواج، من ذلك أن لها نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج، وحيث أن الرجل يعقد زواجه دون الحاجة لوجود شخص آخر كالولي، فإنه ينبغي وفقاً لما جاءت به المواثيق الدولية أن تعقد المرأة زواجها هي الأخرى دون الحاجة لوجود شخص آخر.

وقد أعربت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عن قلقها من الدول التي تفرض تشريعاتها ضرورة زواج المرأة بالولي، ومنها الجزائر، حيث اعتبرت هذه اللجنة المسألة بمثابة التمييز ضد المرأة⁷⁴.

ولعل هذا ما جعل الجزائر تتحفظ على بعض مواد الاتفاقية ومنها المادة 16، حيث أعلنت حكومة الجزائر الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج، أثناء الزواج وعند فسخه على السواء، ينبغي أن لا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

74- أنظر التوصيات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الجزائر، A/54/38 بتاريخ: 1999/01/27؛ الفقرات: 83-84-91.

وفي تعليق على تطبيق المادة 1/16 أ- ب من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، مُقدّم من قبل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة جاء فيه: "إن حق المرأة في اختيار زوجها وفي التزوج بحرية هو حق أساسي لحياتها ولكرامتها ومساواتها كإنسان، وتبين دراسة تقارير الدول الأطراف وجود بلدان تسمح بتزويج المرأة أو إعادة تزويجها قسرا بناء على العرف أو المعتقدات الدينية أو الأصول العرقية لجماعات من الناس ... ويجب صون حق المرأة في الموافقة على مبدأ الزواج وموعده والشخص الذي تتزوجه وإنفاذ ذلك قانونا، رهنا بقيود معقولة على هذا الحق تستند مثلا إلى حداثة سن المرأة أو قرابة الدم التي تربطها بالشريك"⁷⁵.

كان قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله سنة 2005، ينص على أنه يتولى زواج المرأة وليها، ولم يكن مسموحا للمرأة أن تنفرد بإبرام العقد. في حين أنه بعد التعديل سنة 2005، نصت المادة 11 على أنه: "تعد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

ويتضح من نص المادة سابق الذكر أن قانون الأسرة قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد. وبهذا أصبح المشرع الجزائري يعتبر الولاية في الزواج أمرا شكليا غير ذي بال، ما دامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد... فقد ابتدع المشرع معيارا جديدا للولاية هو معيار الاختيار من قبل المرأة ولو كانت هذه المرأة ذات أب وأخ.. ولم يفرق المشرع بين الولي الذي يعد مسؤولية شرعية وقانونية محددة الأسباب والصلاحيات، وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، وأعطاهما نفس الدور والدرجة. فكل منهما ليس له إلا حضور مجلس العقد⁷⁶.

لقد وجدت فكرة الولي إلى جانب المرأة في العقد، تبريرات عدة وتفسيرات، كاعتبار وجود الولي صورة من صور القصور عند المرأة، الأمر الذي جعل أن يوجد من يتكلم بدلا عنها، والمقصود هنا التكلم بصيغة العقد في مجلس العقد؛ وهناك من اعتبره مجرد وكيل مفوض من طرفها بإبلاغ من يتقدم للزواج منها بقبولها أو رفضها⁷⁷.

75- التوصية المتعلقة بالمساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، صدرت أثناء انعقاد الدورة الثالثة عشر 1992، أنظر مزيدا من التفاصيل، وسام حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 179.

76- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 112.

77- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة...، المرجع السابق، ص 54.

إن الثابت في قانون الأسرة اليوم، هو أن الولي أصبح شرط لا معنى له في عقد الزواج، فلا المشرع ترك الولاية ولا هو ألغاه، بل وقف موقف غامض وإلا ما الفائدة من جعل الولي يكون من اختيار المرأة، ثم دوره يكون الحضور فقط.

لا شك أن اتجاه المشرع الجزائري نحو إلغاء الولي في عقد الزواج ينسجم مع ما تنص عليه المواثيق الدولية، ويستجيب للضغوطات الممارسة من قبل لجان حقوق الإنسان وحقوق المرأة، كلجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، غير أن هذا لا يتوافق وخصائص المجتمع الجزائري الذي يستمد قيمه من الدين الإسلامي. وللولي أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية سببها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الولي في الفقه الإسلامي ومسألة عضل المرأة

يقول الدكتور عبد العزيز سعد: "وحيذا لو أن المشرعين الجزائريين الذين لا يعجبهم تزويج الولي لمن هي في ولايته أن يمنحوا هذا الولي المتعثر حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد زواج مع غير كفاء، أومع فاسق أو فاجر، وأنه عاجز عن توفير شروط الحياة الزوجية له ولها، مع العلم أن أمر الزواج لا يهيم المرأة وحدها بقدر ما يهيم أسرتها وأقاربها أيضا، وإن ما قد يصيبها من ضرر يمكن أن يصيبهم أكثر"⁷⁸.

بل إن منح حق الاعتراض للولي هو مذهب الإمام أبو حنيفة، حيث يمكن للولي فسخ زواج موليته إذا كانت قد تزوجت بغير كفاء، وله الاعتراض في تزويجها نفسها بأقل من مهر مثلها، حتى يتم مهر المثل أو يفرق القاضي، ولا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأنه مجتهد فيه، وكل من الخصمين يتشبهت بدليل، فلا ينقطع النكاح إلا بفعل القاضي⁷⁹.

إن اشتراط الشارع للولي في عقد الزواج يهدف لتحقيق عدة مقاصد، غابت عن واضعي المواثيق الدولية، ومنها⁸⁰:

78- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 43.
79- أنظر، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، 2003، ص156.
80- أنظر أكثر تفصيل في : عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 112

- 1- مراعاة مصلحة البنت ببذل النصح لها.
 - 2- تجنب المرأة مخاطر المجازفة والتسرع، لقلة خبرتها بأمر الرجال، فتقع ضحية العاطفة أو الغش أو الخداع.
 - 3- إعطاء عناية كبرى للزواج وإشراك المرأة لأسرتها في الرأي والمشورة تفادياً للسلبات المتوقعة.
- فالإسلام اشترط رضا الولي والأهل حماية للفتاة، ولكن يجب أن يفهم أن دور هؤلاء دور الناصح الموجه والمرشد لا المانع المتعنت. فالولاية هي سلطة للولي على المولي عليه تقيدتها قيود شرعية روعي فيها صلاحية الوالي للولاية ومصلحة المولي عليه⁸¹.

ذهب الجماهير من السلف والخلف⁸²، منهم: عمر وعلي وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة؛ رضي الله عنهم، ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو عبيد والثوري وأهل الظاهر، إلى أن الولي شرط لصحة النكاح، فإذا زوجت المرأة نفسها، فنكاحها باطل. واستدلوا بمجموعة من النصوص، منها: قوله تعالى: "وانكحوا الأيامى منكم" فخاطب الرجال بإنكاح الأيامى، ولو كان أمر التزويج عائد إلى النساء لما وجه الخطاب للرجال. وقوله تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ"⁸³. فنهى الأولياء عن عضل النساء عن العودة إلى أزواجهن، وفي هذا أصرح دليل على اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، ولأنها لو كان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها. وقوله تعالى: "فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ"⁸⁴، فاشترط إذن ولي الأمة لصحة النكاح، فدل على أنه لا يكفي عقدها لنفسها.

عن عائشة رضي الله عنها في قوله تعالى: " وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُنلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَمَىٰ النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ"⁸⁵. قالت: "هذا في اليتيمة التي تكون عند الرجل لعلها أن تكون شريكته في ماله - وهو أولى بها - فيرغب عنها أن ينكحها، فيعضلها لمالها ولا ينكحها غيره كراهية أن يشركه أحد في مالها"⁸⁶.

81- أنظر، رشدي شحاتة أبو زيد، العنف ضد المرأة وكيفية مواجهته، الطبعة الأولى، دار الوفاء لنديا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 229-230.

82- أبو مالك كمال ابن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص 135.

83- سورة البقرة، الآية 232.

84- سورة النساء، الآية 25.

85- سورة النساء، الآية 127.

86- أخرجه البخاري برقم 5128، صحيح البخاري، باب من قال لا نكاح إلا بولي، المرجع السابق، ج3، ص 370.

وحديث أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي"⁸⁷، وحديث عائشة قالت: قال رسول الله صل الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن موليتها فنكاحها باطل - ثلاث مرات - فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا؛ فالسلطان ولي من لا ولي له"⁸⁸.

ذهب الحنفية إلى جواز مباشرة المرأة لعقد الزواج برضاها دون تدخل الولي، ولهم في ذلك أقوال منها: يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كي لا تنسب إلى الوقاحة. فالولاية عندهم ندب على المكلفة ولو بكر، وولاية إجبار على الصغيرة ولو ثيب، وروي عن أبي حنيفة أن ذوي الأرحام من الأولياء فإذا لم يكن ثم ولي أو كان موجودا وعزل الأمر إلى السلطان لأنه ولي من لا ولي له⁸⁹.

ودليل فقهاء الحنفية في ذلك⁹⁰، أن ما رواه الترمذي وحسنه: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل" وما رواه أبو داود وغيره: "لا نكاح إلا بولي"، فمعارض بقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق بنفسها من وليها"، وهي من لا زوج لها بكرة أو لا، فإنه ليس للولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به، ويترجح هذا بقوة السند والاتفاق على صحته، بخلاف الحديثين الأولين فإنهما ضعيفان أو حسنان، أو يجمع بالتخصيص، أو بأن النفي للكمال، أو بأن يراد بالولي من يتوقف على إذنه: أي لا نكاح إلا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر للمسلمة والمعتوهة والعبد والأمة، والأصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه، يجوز نكاحه على نفسه.

ويرى الشيخ مبشر الطرازي الحسيني⁹¹، أنه "ينعقد نكاح البالغة بدون حضور وليها، ذلك لأنها بالغة، وبلوغها لها حق التعاقد والتصرف في شؤونها غير أن حضور الولي إنما ينبغي لكيلا تنسب البالغة إلى قلة الحياء. ومن المعلوم أن الحياء مما اعتنى به الدين الإسلامي في تعاليمه القدسية".

87- أنظر، محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، جزء 1، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، المملكة العربية السعودية، 1998، ص584.

88- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، المرجع نفسه، ص 584.

89- أنظر، محمد ابن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج 12، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ، ص 77.

90- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج4، ص155.

91- هو كبير علماء تركستان، ويكنى أبو النصر، أنظر رأيه هذا في مؤلفه، المرجع السابق الذكر، ص 143.

ويقول الدكتور إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار: "مع ملاحظة أنه لم يعهد في الشريعة أن الأنوثة مانعة من مباشرة العقود، ومنها عقد الزواج، أما الحكمة من وجود الولي ومنع المرأة من مباشرة عقد النكاح، فهو من باب الحرص على مصلحة الأسرة"⁹².

قال الأستاذ إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار: "وإذا كان المالكية إلى جانب جمهور الفقهاء يرون منع تولي المرأة عقد زواجها أو زواج غيرها من النساء، فإنهم - أي المالكية - أجازوا أن تعقد المرأة على من في ولايتها من الرجال أو الذكور، أو تتولى عقد رجل أمرها بذلك، فيصح عندئذ منها كما يصح من الصبي أو الذمي، فهذا هو الثابت المنقول عنهم. قال ابن حبيب: وكذلك المرأة لأبأس أن تعقد على كل ذكر في ولايتها أو يأمرها رجل أن تعقد عليه، أو يأمر الرجل بذلك صبيا... فذلك إن عقده عليه جاز"⁹³.

وخلاصة القول أن الشريعة الإسلامية لا تفرض الولي على المرأة، وإنما المسألة خلافية بين الفقهاء، لدرجة أن بعضهم يجيز للمرأة مباشرة العقد بنفسها وهذا يوافق ما تنص عليه الاتفاقيات الدولية. أما فقهاء الشريعة الإسلامية الذين قالوا بمباشرة الولي لعقد نكاح موليته، فإنهم إضافة إلى استنادهم لنصوص شرعية بينوا أن ذلك في مصلحة المرأة، وفضلا عن هذا فإن الإسلام إذ يعطي للولي هذا الحق، يمنعه في الوقت ذاته من التعسف في استعماله، فلا يمكن أن يمنع المرأة من الزواج أو يزوجه دون رغبتها.

فإذا كان الأمر كذلك في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري، فإن قضية وجود الولي في عقد النكاح بنص القانون أو بحكم الشرع، ليس تقييدا لحق المرأة في مباشرة إبرام العقد بنفسها، كما تنظر إليه اللجان التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، وإنما اعتبروه تقييدا لعدم فهمهم وظيفة الولي والحكمة من وجوده، ولعدم مراعاتهم لطبيعة المرأة وتكوينها الجسدي والنفسي، فضلا على العداء الذي يكنه بعض واضعي المواثيق الدولية لكل ما له علاقة بالإسلام، مما يجعل النصوص غير موضوعية.

إذا ثبت للمرأة كما رأينا الحق في الزواج والحق في اختيار الزوج. ثم الحق في مباشرة إبرام عقد الزواج؛ في المواثيق الدولية وفي قانون الأسرة الجزائري، وفي الشريعة الإسلامية أيضا، فإن السؤال المطروح، هو ما مدى حرية المرأة في أن تضع في العقد شروطا معينة تتعلق بأمر زواجها، أو بعبارة أدق: هل تملك

92- إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، المرجع السابق، ص 89.

93- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 113-114.

المرأة حق الاشتراط في عقد الزواج؟ وما حدود هذا الحق إن كانت تملكه طبعاً؟ سأجيب عن هذا في المطلب الموالي.

المطلب الرابع

الاشتراط في عقد الزواج

أكدت جميع المواثيق الدولية على ضرورة تساوي المرأة مع الرجل، وقد أشارت بعض الاتفاقيات التي عنيت بالزواج، ومنها اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، واتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، أشارت إلى أن المرأة والرجل ينبغي أن يكونا متساويين في جميع الأمور المتعلقة بالزواج، ومن ذلك حرية الاشتراط، فكيف نظمت المواثيق الدولية وقانون الأسرة حرية الزوجين في الاشتراط، وما سبب تخصيص شرطي العمل وعدم تعدد الزوجات بالذكر في قانون الأسرة دون غيرهما؟ (الفرع الأول)، ثم ما هي الشروط التي تعتبر صحيحة في عقد الزواج والتي لا تعتبر كذلك؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حرية الزوجين في الاشتراط

اعتماداً على مبدأ المساواة تمنح المواثيق الدولية للمرأة كما للرجل الحق في الإشتراط في عقد الزواج (أولاً)، وكذلك نصّ المشرع الأسري على هذا الحق (ثانياً)، غير أنه خص بالذكر العمل وتعدد الزوجات (ثالثاً).

أولاً: حرية الزوجين في الإشتراط في المواثيق الدولية

إن الاتفاقيات الدولية تعتبر عقد الزواج عقد مدني رضائي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، لذلك تؤكد وجوب إبرام عقد الزواج برضا الطرفين رضاءً كاملاً لا إكراه فيه ولا غش ولا تدليس. وهذا يعني وجوب خلو الإرادة من عيوب الرضا.

فإذا تساوت إرادة المرأة مع إرادة الرجل في عقد الزواج، فإنه بإمكانها أن تضع الشروط التي تراها مناسبة في العقد، كما يكون ذلك في مقدور الرجل أيضاً، وما دام عقد الزواج عقد رضائي فهو يخضع لاتفاق

الطرفين، لأجل ذلك فإن المرأة تتمتع بحق الاضطرار، وحيث أن الطفل لا يملك إرادة كاملة فإن الموائيق الدولية منعت زواج الأطفال⁹⁴.

ويعتبر طفل على ضوء الموائيق الدولية كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر من عمره ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه⁹⁵.

ومما يكفل للمرأة حق الاضطرار في عقد الزواج أن الاتفاقيات الدولية تلزم الدول الأطراف بضرورة تسجيل الزواج في سجل رسمي⁹⁶، والتسجيل هذا هو بمثابة الحجة عند وجود أي نزاع حول عقد الزواج، لذلك فإن المرأة التي تضع شروطا في عقد الزواج ستكون شروطها مسجلة، وبالتالي تحفظ حقوقها.

ونظرا لأن بعض القوانين الداخلية للدول تضع حدودا لحرية المرأة في عقد الزواج بما في ذلك في حق الاضطرار، كأن لا تسمح للمرأة أن تشترط شروطا معينة، فإن الموائيق الدولية ركزت على أن الحق في الزواج ابتداء وانتهاء، يجب أن يكون محرر من أي قيد أو شرط. لكن تساوي المرأة والرجل في المركز القانوني يدفع إلى التساؤل حول كيفية ممارسة المرأة لحقها في الاضطرار، خصوصا إذا كانت قاصر وتم الترخيص لها بالزواج وفقا لما تسمح به الاتفاقيات الدولية.

من المعلوم أن إرادة القاصر ناقصة لعدم البلوغ، وبالتالي لا يمكن أن يدرك ما ينبغي أن يضمه في العقد من شروط، كما لا يمكن أن يدرك ما الشروط الصارة به فيدفعها أو لا يوافق عليها.

إن الموائيق الدولية التي راعت المساواة بين طرفي عقد الزواج، لم تنظر إلى طبيعة كل من الرجل والمرأة، فلم تنتبه إلى أن المرأة قد تحتاج إلى الحماية من مبدأ المساواة نفسه الذي قد يضر بها، كما في قضية الحال، حيث تحتاج إلى حماية قانونية.

إن الحماية المطلوبة للمرأة في هذه الحالة لا نجدها في الموائيق الدولية، لكنها موجودة في قانون الأسرة الذي يجعل من مباشرة عقد زواج القصر حق للأولياء، وهو الرأي نفسه المستمد من الشريعة الإسلامية،

94- تنص المادة 2/16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة على أنه لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني.

95- تنص المادة 01 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه.

96- تنص في هذا الصدد المادة 2/16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة على أن تتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا.

إذ أنه بإمكان المرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها كما يقول الحنفية، غير أنه لا يمكن للقاصر أن يزوج نفسه، وهذا باتفاق جميع الفقهاء، ولعل هذا امتياز آخر يعزز ويؤكد ضرورة وجود الولي في عقد الزواج وخاصة إذا كانت المرأة قاصر، فللزوجة الحرية في الاشتراط في قانون الأسرة.

ثانيا: حرية الزوجين في الاشتراط في قانون الأسرة

نصت المادة 19 من قانون الأسرة أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام القانون.

يلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع، قد ساوى بين الرجل والمرأة في حق الاشتراط بقوله: "للزوجين" وهذا يوافق ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية من وجوب مساواة المرأة مع الرجل، لكن هل حق الاشتراط هذا الذي كفله المشرع الجزائري للمرأة هو حق مطلق أم ترد عليه القيود؟

يبدو من نص المادة 19 المذكورة أنفا أنه ليست هناك قيود على حق المرأة في الاشتراط، وأن الشروط تخضع لإرادة المرأة، وما تراه ضروري، لكن المشرع أضاف في نهاية المادة عبارة: " ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام القانون"، وهذا يجعل الحق مطلق ما لم يقيد القانون.

فما هي الشروط التي تتنافى مع أحكام القانون؟

إن الشروط التي يشترطها أحد الزوجين وبضمنها عقد الزواج، لكي نعرف إذا كانت سليمة ومعتبرة، أو شروطا فاسدة ولاغية، يتعين علينا أن ننظر إليها من ناحية كونها مخالفة لقانون الأسرة أم ليست كذلك. وعليه فإن اشترطت الزوجة شروطا تمس بحقوق الغير، وتتعارض مع مقتضى العقد، فلا يلزم الزوج بالوفاء بها وحكمها كلها البطلان، كأن تشترط ألا يطلقها أبدا⁹⁷.

لقد سمح قانون الأسرة للزوجين بالاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، وفي هذا إعطاء فرصة للمرأة المتزوجة أن تضمن العقد اللاحق شروطا لم تنتبه لها أثناء إبرام عقد الزواج، أو لم تستطيع تضمينه إياها في ذلك الحين، غير أنه باعتبار أن العقد هذا يخضع لإرادة الطرفين، فماذا لو امتنع الزوج عن إبرام عقد لاحق يتضمن شروط معينة؟

97- أنظر، نواردة دري، الشروط الجعلية في عقود الزواج، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2009، ص149.

إن الواقع يثبت أن المرأة تحجم عن وضع شروط على الزوج أثناء العقد، لانعدام الثقافة القانونية من جهة، والخوف من تزعزع تلك الثقة المفترضة اتجاه الزوج من جهة ثانية⁹⁸. ومع ذلك وجدت بعض الحالات التي اشترطت فيها الزوجة على زوجها شروطاً فألزمه القضاء بها، من ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا من أنه: "المبدأ أن تقييم الزوجة، كقاعدة عامة، حيث يقيم زوجها، لكن يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية، عند أو بعد إبرام عقد الزواج"⁹⁹.

ولا شك أن تحديد مكان الإقامة شرط يحقق مصلحة للزوجة، فيلتزم به الزوج، ولا يعتبر منافياً لمقتضى العقد حسب ما ذهبت إليه المحكمة العليا، حيث جاء في قرار لها أنه: "يجوز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي لها فيها فائدة ولا تتناقض عقد الزواج ولا تحرم أو تحل"¹⁰⁰. وكان هذا القرار في قضية اشترطت فيها الزوجة على زوجها أثناء العقد عدم إخراجها من بلدها، فحكم على الزوج بالطلاق بسبب إخلاله بالشرط. لكن قد يكون الزوج مضطراً لعدم احترام الشرط، كأن يصبح مكان العمل بعيداً عن مكان الإقامة.

ثم أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا يخالف ما جاء في قرار آخر من أنه: "من المقرر شرعاً أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للأحكام الشرعية. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج-بالعرف- بتعهده بالبقاء بزوجه بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وفرضوا عليه قيوداً هو مخير فيه ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"¹⁰¹.

فيظهر من الاجتهادات القضائية أن الإشكال يكمن في تحديد الشروط التي تخالف مقتضى العقد، لأنه الأساس الذي يبطل الشرط أو يقيه صحيحاً. ولطالما السلطة تقديرية للقاضي فإن الشرط الواحد قد يختلف تكييفه من قاض إلى آخر.

ولقد خص المشرع بعض الشروط بالذكر على سبيل المثال، كشرط عدم التعدد وشرط ممارسة العمل.

98- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة...، المرجع السابق، ص 62.
99- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 2006/04/12، ملف رقم 358665، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 01، ص 491.
100- المجلس الأعلى، غ،أ،ش، 1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، العدد 02، ص 39.
101- المجلس الأعلى، غ،أ،ش، 1988/06/20، مجلة القضائية، 1991، العدد 02، ص 54.

ثالثا: اشتراط العمل وعدم تعدد الزوجات

أدرج المشرع الجزائري مسألة تعدد الزوجات وعمل المرأة ضمن الشروط التي يمكن أن يتفق بشأنها في عقد الزواج، أو في عقد لاحق. وقد كانت مسألة التعدد محل انتقاد من قبل لجنة التمييز ضد المرأة، حيث رأت أن في التعدد تمييز ضد المرأة. ولعل هذا ما دفع بالمشرع التونسي إلى أن يمنع تعدد الزوجات، فمن تزوج بثانية في تونس يكون مرتكبا لجريمة ويتعرض لعقوبة السجن لمدة سنة وذلك حسب الفصل 18 من مدونة الأحوال الشخصية التونسية.

أما المشرع الجزائري فحاول تنظيم مسألة تعدد الزوجات ووضع لها شروطا وضوابط، محاولا بذلك حصرها في أضيق نطاق. إذ جاء في الفقرة 2 من المادة رقم 8 من قانون الأسرة، أن الزواج بأكثر من واحدة يتم بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، وكذلك لكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش، والمطالبة بالطلاق في حالة عدم الرضا.

ومن هنا إن كان المشرع قد أباح تعدد الزوجات للزوج بعدد محدد شرعا، فلكي لا تستعمل هذه الرخصة كأداة لتعسف الرجل، حاول قانون الأسرة إقامة نوع من التوازن بين الحقوق والواجبات الزوجية ... لكن في الحقيقة هذه الحماية التي أعطاها المشرع الجزائري للزوجة في حق رفع دعوى التطلاق إنما زاد سببا جديدا من أسباب التطلاق¹⁰².

أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، فقبل بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به، وإذا أراد أن يتخلص من هذا الشرط لسبب أو آخر فما عليه سوى إقناعها بالتنازل عن الشرط، ويبدو أن التعديل الجديد قد تأثر برأي الأحناف في الموضوع، حيث يجيزون هذا الشرط¹⁰³.

ومما يثير الاستغراب في قانون الأسرة الجزائري أن المشرع اشترط ألا تكون الشروط التي تضعها الزوجة أو الزوج تنتافي وأحكام القانون، وحيث أن المادة 8 من نفس القانون أباحت التزوج بأكثر من واحدة عند تحقق شروط ونية العدل والمبرر الشرعي؛ أفلا يعتبر إذن اشتراط عدم التزوج عليها مخالف للقانون، وبالضبط

102- أنظر، علام ساجي، ظاهرة العنف في تعدد الزوجات - قراءة قانونية - مجلة دراسات قانونية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، فيفري 2010، العدد 6، ص 86.

103- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 127.

لنص المادة الثامنة؟ ثم إذا كان الأمر، فلماذا يخص المشرع بالذكر شرط تعدد الزوجات إلى جانب شرط عمل المرأة دون غيرهما من الشروط؟

إن التفسير المحتمل للتناقض الظاهر في نصوص قانون الأسرة، هو أن المشرع أدرج شرط تعدد الزوجات معتبرا إياه لا يتناقض مع أحكام القانون، باعتبار أن المادة اشترطت على الزوج إخبار الزوجة السابقة قبل إقدامه على الزواج بثانية، ثم اشترطت على القاضي ألا يمنح الترخيص بالزواج الجديد إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة إضافة إلى موافقة المرأة التي يريد الزوج التزوج بها. وموافقة الزوجة على زواج زوجها بأخرى يعتبر تنازل وإلغاء ضمني لشرط التعدد إن كانت الزوجة قد اشترطته قبل ذلك. كما أن وضع المرأة لهذا الشرط وتمسكها به، يعتبر جائز قانونا لأنه في البداية والنهاية لا يستطيع الزوج التزوج بأخرى إلا بعد حصوله على موافقة الأولى، وهذا بصريح نص المادة 8.

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم اشتراط موافقة الزوجة الأولى للزواج من ثانية، فهناك من أجاز الشرط، وهناك من ألغاه.

قال مالك: "فالأمر عندنا أنه إذا شرط الرجل للمرأة، وإن كان ذلك عند عقدة النكاح ألا ينكح عليها ولا يتسرر، إن ذلك ليس بشيء إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة، فيجب ذلك عليه ويلزمه"¹⁰⁴.

وعند الحنابلة الشروط قسمان قسم صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر أو نقد معين أولا يخرجها من دارها أو لا يتزوج ولا يتسرى عليها فهذا صحيح لازم، وقد اختار الشيخ تقي الدين صحة شرط ألا يتزوج عليها، وإن تزوج عليها فلها أن تطلق نفسها¹⁰⁵.

وعموما يجوز للزوجة سواء ضمن عقد الزواج أو ضمن عقد لاحق ومنفصل عن عقد الزواج أن تشتترط على الزوج أن لا يتزوج عليها إلا برضاها. وإذا كانت تعمل أو تتابع الدراسة لها أن تشتترط عليه أن تبقى تمارس عملها أو تتابع دراستها. وإذا كانت لا ترغب في أن يسافر بها ويخرجها من بلدها إلى بلد أجنبي، فلها أن تشتترط ذلك، كما لها أن تشتترط أن يسكنها بعيدا عن ضررتها، ولها أن تشتترط في عقد الزواج نفسه أو في عقد منفصل أن يكون الطلاق بيدها تمارسه عندما يلحقها الضرر.

104- أنظر، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص 69.

105- أنظر، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي السعدي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج8، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص 152-153.

وإذا كان الزوج قد وافق على أحد أو بعض هذه الشروط ثم خالفها وأخل بها، فإن من حق الزوجة أن تقاضي زوجها أمام القضاء وتطلب التطلق وإنهاء عقد الزواج، باعتبار أن مثل هذه الشروط فيها منفعة للزوجة وليس فيها إضرار بالغير ولا إهدار لحقوق الغير¹⁰⁶. وتقسّم الشروط في عقد الزواج إلى عدّة أقسام.

الفرع الثاني

أقسام الشروط في عقد الزواج

لم يهتم المشرع بتقسيم الشروط، وفي الشريعة الإسلامية تقسم هذه الشروط إلى ثلاثة أقسام وهي¹⁰⁷:

- 1- شروط موافقة لمقصود العقد ومقصد الشارع: كاشتراط الزوجة العشرة بالمعروف والإنفاق والكسوة والسكن، وأن يعدل بينها وبين ضرائرها، فاتفق أهل العلم على صحتها وعلى وجوب الوفاء بها.
- 2- شروط منافية لمقصود العقد، أو منافية لحكم الله وشرعه: كأن تشترط المرأة على زوجها أن لا تطيعه، أو أن تخرج من غير إذنه، أو أن لا يقسم لضرائرها ولا ينفق عليهن فهذه شروط مخالفة لما نص عليه الشرع. فاتفق أهل العلم كذلك على عدم صحتها لتضمنها الأمر بما نهى الله عنه، أو تحريم ما أحله الله. وتعتبر هذه الشروط شروط فاسدة، وقد اختلف أهل العلم في حكم العقد الذي يتضمنها على ثلاثة أقوال¹⁰⁸؛ القول الأول أنه لا يبطل العقد بالشروط الفاسدة إلا شرط التأقيت، والقول الثاني يرى أن من هذه العقود ما يبطل بالشرط الفاسد ومنها ما لا يبطل، والقول الثالث يبطل العقد الذي فيه شرط فاسد.
- 3- شروط لم يأمر الشارع بها ولم ينهاها وفي اشتراطها مصلحة لأحد الزوجين: كأن تشترط المرأة المتزوجة على زوجها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها، أو لا يسافر بها، أو أن تستمر في دراستها أو عملها، فاختلف أهل العلم فيها على قولين: فقائل بأن هذه لا تحل وهي باطلة والعقد صحيح، وقائل بأنه يصح الشرط ويلزم الوفاء به، ولها فسخ العقد إذا أخل بالشرط.

وقد ذهب فقهاء المالكية إلى أن الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها كأن تشترط أن لا يخرجها من بلدها تعتبر شروط صحيحة لا تؤدي لفسخ العقد ويستحب الوفاء بها، وأما الأصل في اشتراطها فمكروه، لما

106- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 76.

107- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص 152.

108- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص 153.

فيه من التحجير والتضييق، ولم يعتبرها المالكية ملزمة¹⁰⁹.

أما الشروط التي يقتضيها العقد ولو لم تذكر فيه كحسن العشرة وقوامة الرجل، فسامها المالكية بالجائزة وقالوا إن وجودها في العقد وعدمه سواء، ووجوب الوفاء بها ثابت بالشرع بمقتضى عقد الزوجية.

إن الشريعة تنظر إلى مصالح الناس بلا ريب، وتسعى إلى تحقيقها بما لا يتنافى منها مع مقاصد الشريعة أو مبادئ النظام العام، أي مصلحة الجماعة بوجه عام. وللفقهاء مسالك معروفة في الشروط في العقود ما بين متشددين ومتسامحين، لكن الإجماع منعقد على أن كل شرط في عقد الزواج يخالف نظامه الأساسي يعتبر لغوا وباطلا¹¹⁰.

إن فسح المجال كثيرا أمام شروط الزوجة قد يعود بالضرر على الزوج، من ذلك إذا اشترطت أن لا يسافر بها مثلا من بلدها، ويجد نفسه مضطرا للسفر، كالأضطرار بسبب العمل، فإذا امتنعت الزوجة من السفر معه، لم يكن أمامه إلا تركها لوحدها أو يضطر إلى طلاقها... لذلك وجب النظر في مثل هذه الشروط بحيث لا يتعنت الزوج ولا تتعنت الزوجة.

إن الحياة الزوجية ليست شركة مادية يحاول كل طرف فيها أن ينال أكبر كسب ممكن بل هي شركة معنوية لا بد أن يتنازل فيها كل واحد للآخر عن بعض حقه، حتى يتم الوئام والانسجام والاستقرار¹¹¹.

وإذا أصبحت المرأة زوجة فإنه تثبت لها حقوق داخل بيت الزوجية دون حاجة إلى اشتراط. وسأبحث هذه الحقوق في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

الحقوق الثابتة للمرأة داخل بيت الزوجية

إن انتقال المرأة من بيت أبيها إلى بيت زوجها وفقا للتقليد السائد في مراسيم الزواج، يشكل في الحقيقة بداية جديدة للمرأة في التعامل مع وضع جديد يفرض عليها التزامات ويعطيها حقوق، وهي في سبيل ذلك تتعامل مع رجل يختلف عنها طبيعة وطبعاً، ثم تثمر هذه العلاقة بأبناء يعيشون بين طرفي العلاقة الزوجية.

109- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 149.

110- محمد برهام المشاعلي، المرجع السابق، ص 69.

111- محمد برهام المشاعلي، المرجع السابق، ص 71.

وفي ظل هذا يتقرر للمرأة المتزوجة حقوق تمكنها من مواصلة حياتها الزوجية دون صعوبة¹¹²، ومن هذه الحقوق حل الاستمتاع وحسن المعاشرة (المطلب الأول)، وحققها في الإنجاب واختيار اسم الأسرة (المطلب الثاني)، وحق المشاركة في تربية ورعاية الأبناء، مع ما يصاحبها من خدمة داخل البيت (المطلب الثالث)، ثم أن الزوجة تجد نفسها وفقا لقانون الأسرة والشريعة الإسلامية ملزمة باحترام قواعد وأحكام القوامة في الوقت الذي قد تكون فيه بحاجة لخادم (المطلب الرابع). فضلا عما سبق يثبت للمرأة المتزوجة الحق في العدل عند التعدد (المطلب الخامس).

المطلب الأول

الحق في حل الاستمتاع وحسن المعاشرة

ليس هناك خلاف بين القانونيين والحقوقيين في أن الزواج يسمح بالتعايش بين الزوجين ويحل الاستمتاع¹¹³ ويوجب حسن المعاشرة، ولهذا جرمت الموائيق الدولية العنف ضد المرأة، بما في ذلك العنف العائلي سواء كان ماديا أو معنويا، وهنا يثور إشكال آخر حول ضوابط تحديد العنف من عدمه خصوصا إذا علمنا أن بعض التشريعات وبعض القوانين وحتى بعض الأعراف والتقاليد تفرض على المرأة التزامات قد تعتبر من قبيل العنف في نظر الموائيق الدولية. وفي ظل هذا التناقض، يطرح السؤال حول المقصود بالمعاشرة بالمعروف (الفرع الأول)، وهل الإستمتاع حق للزوجة أم لزوجها؟ (الفرع الثاني)، وهل يجب على المرأة إجابة دعوة الزوج إلى الفراش متى دعاها؟ (الفرع الثالث)، ثم ما هي ضوابط حق الإستمتاع ومتى نكون بصدد عنف جنسي بين الزوجين؟ (الفرع الرابع).

الفرع الأول

المعاشرة بالمعروف

جاء في المادة 1/16 ج من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات

112- Muhammad ABDEL-RAUF, the Islamic view of women and the family, the supreme council for Islamic affairs, Egypt, 1993, p 28.

113- رغم أن هناك قوانين علمانية تحل الاستمتاع بين طرفين من زيجات متنوعة، بل بعضها يحل الاستمتاع دون وجود أية علاقة، ولعل المشرع الجزائري قد سار في هذا الاتجاه باعتبار أنه لا يعاقب على الزنا إلا إذا كان أحد الطرفين متزوجا. وإن صفح الزوج المضروب يرضع للمتابعة، بمعنى أن رضاه يبيح فعل الزنا، وهذا من أسوأ ما جاءت به القوانين الوضعية.

الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه". وكذلك جاء في المادة 1/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن الرجل والمرأة متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله¹¹⁴.

ويفهم من هذه النصوص أنه في العلاقة الزوجية لا فرق بين الرجل والمرأة من حيث الحقوق والمسؤوليات، بل إن الاتفاقية توجب على الدولة أن تعطي للمرأة نفس الحقوق الزوجية الممنوحة للرجل، ويتحمل هو أيضا نفس المسؤوليات التي تتحملها المرأة، ورغم أن مبدأ المساواة المطلقة هذا لن يستطيع أحد أن يجسده على أرض الواقع إلا أنه أصبح بمثابة القانون الدولي الواجب التطبيق والاحترام.

إن التقيد بحرفية نص المادة 1/16 ج يؤدي بنا إلى القول أن العديد من الأسر في العالم تشهد تمييزا ضد المرأة، لأن المواثيق الدولية تدعو إلى إلغاء الفوارق البيولوجية من أجل تحقيق المساواة المطلقة وهذا أمر مستحيل. فها هي لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عند تعليقها على التقرير المقدم من قبل سويسرا تعرب عن قلقها بشأن المعلومات الواردة في التقرير والتي مفادها أن التمييز بين الرجل والمرأة يسمح به في الحالات التي يستحيل فيها المساواة في المعاملة بسبب الفوارق البيولوجية أو الوظيفية¹¹⁵.

وكان اللجنة لا تقبل أي عذر لعدم المساواة حتى وإن كان خارج عن نطاق البشر.

إنه لا أحد يقول أنه إذا كان على المرأة أن تقوم بوظيفة الإنجاب والحمل فيجب على الزوج أن يقوم بنفس الواجب، ولا عقل يقبل أن تُعد المرأة الأزواج لأن الزوج يُعد الزوجات.

إن الاتفاقيات الدولية التي تتعلق بوضع المرأة في العائلة وفي الحياة الاجتماعية والاقتصادية لم تفلح في الأخذ في اعتبارها خصوصية وضع المرأة في المجتمعات المختلفة. كما أنها تجاهلت - عند صياغتها - حقيقة أن المساواة بين الرجل والمرأة هي مسألة يمكن أن تعالجها التشريعات الوطنية للدول في إطار يتلاءم مع ظروف وثقافة كل دولة من تلك الدول، ولكن في الإطار العام الذي تقرره تلك المواثيق¹¹⁶.

114- كذلك نصت المادة 4/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 على أن "تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله".

115- تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة رقم 38، A58/38 سنة 2003، سويسرا.

116- محمد حسن القاسمي، الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بين النظرية والتطبيق، ص644.

لكن مع ذلك نقول إن المواثيق الدولية تضمن للمرأة المتزوجة الحق في المعاشرة بالمعروف، إذ ترى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تعني ضمنا من حيث المبدأ إمكانية التناسب والعيش معا¹¹⁷.

وقد نصت المادة 04 من إعلان القضاء على العنف ضد المرأة¹¹⁸ على أنه: "ينبغي للدول أن تدين العنف ضد المرأة وألا تتذرع بأي عرف أو تقليد أو اعتبارات دينية بالتوصل من التزاماتها بالقضاء به" وتعطي المادة 02 من نفس الإعلان أمثلة عن العنف الممارس ضد المرأة ومن ذلك «العنف البدني والجنسي والنفسي الذي يحدث في إطار الأسرة». ويفهم من المادتين أن المرأة داخل الأسرة ينبغي أن تُعامل بمعاملة حسنة، وأن كل معاملة سيئة تعتبر عنفا وتميزا يمارس ضدها ينبغي وضع حد له.

ورغم أن الحق في المعاشرة بالمعروف هو أيضا حق للزوج إلا أن المواثيق الدولية تركز على المرأة في هذا الجانب باعتبارها الطرف الضعيف في العلاقة الزوجية، وأن العنف ضد المرأة المتزوجة ظاهرة متعددة الجوانب، ذات أبعاد صحية واجتماعية وقانونية وحضارية، بالإضافة إلى أنها ظاهرة نفسية¹¹⁹.

جاء في قانون الأسرة الفصل الرابع من الكتاب الأول تحت عنوان حقوق وواجبات الزوجين، حيث نصت المادة 02/36 من ذات القانون على أنه: "يجب على الزوجين المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة".

ويلاحظ أن هذه المادة جعلت المعاشرة بالمعروف حق للزوجة في مقابل الزوج وهو في الوقت ذاته حق للزوج في مقابل الزوجة، لذلك استهلكت بكلمة "يجب" بمعنى أنه حق لكل طرف في العلاقة الزوجية وواجب عليه نحو الطرف الآخر.

وقد ألغى المشرع الجزائري المادة 37 التي كانت تضع واجبات على الزوج اتجاه زوجته والمادة 38 التي كانت ترتب حقوق للزوجة من قبيل زيارة أهلها والتصرف في مالها. كما ألغى المادة 39 التي كانت تنص على واجبات الزوجة نحو زوجها وأولاده وأقاربه.

117- نقلا عن، أمير فرج يوسف، الأحكام الدولية المعاصرة في العنف والتمييز ضد المرأة، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، 2009، ص92.

118- اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 104/48، المؤرخ في 1953/12/20.

119- أنظر، زينب وحيد دحام، العنف العائلي في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2012، ص96.

وتتص المادة 03 ق.أ، على أنه تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية. لذلك فإنه من الحقوق المشتركة بين الزوجين حسن المعاشرة، أي أن كل طرف يحسن عشرة صاحبه، ولا يفعل اتجاهه ما ينكره الشرع أو الطبع أو العرف قولاً أو عملاً، مما من شأنه أن يضفي صفة المودة والرحمة المطلوبة في الحياة الزوجية¹²⁰.

ومن مظاهر تكريم الإسلام للمرأة لعنايته بحقوق الزوجات¹²¹، وقد قال تعالى: "وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنَّ كَرِهَتْهُنَّ فَأَعْسَى أَنْ تَكَرَّهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"¹²². قال الدكتور عائض القرني في تفسير الآية: "أيها المؤمنون.. عليكم بحسن معاشرة المرأة واللطف معها ورحمتها وتحمل ما يبدر منها، واتقاء الله سبحانه وتعالى فيها، وعدم الإضرار بها، وهذا كله لضعف المرأة ولعدم قدرتها على مصاولة الرجل، وعليكم بالصبر على المرأة فيما يبدر منها من نقص أو حدة أو نحو ذلك، فربما كان الخير في الإمساك، فيرزقكم الله سبحانه وتعالى الذرية الصالحة"¹²³. قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: "فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله"¹²⁴.

وعن سليمان بن عمرو بن الأحوص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "استوصوا بالنساء خيراً، فإنما هن عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن، فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضرباً غير مبرح، فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً، ألا إن لكم من نساتكم حقا ولنساتكم عليكم حق، فأما حقاكم على نساتكم: فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم: أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن"¹²⁵.

فالزوج ينبغي له أن يعامل زوجته بالحسنى، وأن يقوم بما يجب عليه وبما يضمن لها حفظ كرامتها وصيانتها وأن يتقي الله فيها وألا يعرضها للإهانة أو الضرب المبرح، فإن هذا ليس من أخلاق أهل الإسلام التي

120- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص183.

121- أنظر، يوسف حسن يوسف، حقوق المرأة في القانون الدولي والشريعة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013، ص 218.

122- سورة النساء، الآية 19.

123- أنظر، عائض القرني، التفسير الميسر، الطبعة الثانية، العبيكان للنشر، المملكة العربية السعودية، 2007، ص 106.

124- أخرجه مسلم برقم 1218، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، أنظر، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج10، دار طيبة، المملكة العربية السعودية، 2006، ص558.

125- أخرجه النسائي برقم الحديث 9124، باب كيف الضرب، أنظر، عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، ج8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001، ص 264.

حث عليها النبي صلى الله عليه وسلم¹²⁶. وإن للزوج أن يستمتع بزوجته، كما يثبت الحق ذاته للزوجة.

الفرع الثاني

حق الزوجة في الاستمتاع

إن المواثيق الدولية رغم عنايتها بحقوق المرأة، بما في ذلك حقوقها الزوجية، إلا أنها لم تذكر تفصيلاً هذه الحقوق، ولم تصل إلى الحديث عن حق الاستمتاع بين الزوجين، ذلك أنها ركزت على المساواة في الحقوق كلها. غير أن القول بإثبات حق أحد الطرفين معناه وجود واجب على عاتق الطرف الآخر في مقابلة هذا الحق. لذلك فإن حق الاستمتاع إذا أثبتناه للزوجين معاً فيكون حق للزوج ينبغي على الزوجة أن تؤديه له ويكون في الوقت ذاته حق للزوجة ينبغي للزوج أن يؤديه لها. فامتناع أي منها يعتبر إخلالاً بحق الطرف الآخر، كما يعتبر تنصلاً عن القيام بواجبه اتجاه الطرف الآخر.

فهل يعتبر حق الاستمتاع خاص بالزوجة أم هو للزوج، أم حق مشترك بينهما؟ يبدو من خلال نصوص المواثيق الدولية أن الاستمتاع شأنه شأن باقي الحقوق المترتبة عن الزواج هو حق مشترك بين الزوجين، وبالتالي هو واجب على أحدهما اتجاه الآخر. وهذا ما يستشف من نص المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تطالب بالمساواة في أثناء الزواج. وقد كانت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان أكثر وضوحاً، إذ أشارت المادة 17 منها إلى أنه على الدول الأطراف أن تتخذ خطوات مناسبة لكفالة التساوي في الحقوق والموازنة الملائمة بين مسؤوليات الزوجين فيما يخص التزوج وأثناء الزواج وفي حالة انحلال الزواج¹²⁷.

وفي تقرير للمدير العام لمنظمة الصحة العالمية اعتبر أن "الختان الشديد للبنات من الممارسات الضارة ولما له من أثر على تقليل شيق المرأة فيعصمها من الإلحاح في طلب الجماع"¹²⁸.

ويفهم مما جاء في هذا التقرير أن الزوجة لها الحق في الاستمتاع، وأن الختان الشديد يحرمها من

126- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص219.

127- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 المتعارف عليها باسم حلف سان خوسيه، كوستاريكا، لأنها اعتمدت في تلك العاصمة. دخلت حيز التنفيذ في 18 يوليو 1978. وفي أبريل 2002 بلغ عدد الدول الأطراف فيها 24 دولة. أنظر، الموقع الخاص بمنظمة الدول الأمريكية: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-32.html>

128- أشار إليه: محمد علي سكيكر، حقوق المرأة وواجباتها في الشرائع والتشريع ودورها في رعاية الطفولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2006، ص66.

حقها في الاستمتاع، لأنه يؤدي إلى تقليل رغبتها الجنسية.

لم ينص المشرع الجزائري على حق الاستمتاع، ولا يوجد في نصوصه ما يشير إلى هذا الحق إلا ما جاء في المادة 04 ق.أ من أن: "الزواج عقد رضائي من أهدافه إحصان الزوجين"، والإحصان لا يكون إلا بالوطء، والوطء يستتبعه حق الاستمتاع، لكن ليس في النص ما يبين أهو حق للزوجة أم للزوج؟

وفي الفقرة الأولى من المادة 36 ق.أ، ذكر المشرع أنه: "يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة" ولعل حق الاستمتاع يدخل في نطاق الواجبات المشتركة. كما نص في الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه: "يجب على الزوجين المعاشرة بالمعروف"¹²⁹. ويذهب الدكتور بن شويخ الرشيد إلى أن الاستمتاع بين الزوجين من المعاشرة بالمعروف، فيقول: "إن المعاشرة لها وجه مادي وآخر معنوي، وهذا أمر تدعو إليه الفطرة، ولا يمتنع أحدهما عن الآخر إلا لعذر شرعي: الحيض، أو النفاس أو مرض، والمعاشرة بالمعروف من شأنها أن تديم المودة والمحبة بين الزوجين، وهما أمران تتطلبهما الحياة المستقرة الهادئة... وهو ما يؤكد بأن الاستمتاع بين الزوجين أمر مطلوب من الشارع يُثاب على فعله ويعاقب على تركه دون مبرر شرعي، كما أن التقصير وعدم الاهتمام من هذا الطرف أو ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الانزلاق في هذا الشأن"¹³⁰.

وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية أن حل الاستمتاع هو من الحقوق المشتركة بين الزوجين، فيباح لكل منهما الاستمتاع بالآخر على الوجه الشرعي. ويقول أبو مالك كمال ابن السيد سالم أن: "من حق الزوجة على الزوج أن يعفها فيلبي رغبتها الفطرية ليقصر طرفها من الحرام، ولذا أرشد النبي صلى الله عليه وسلم عثمان ابن مظعون إلى ما لأهله عليه من الحق، لما انقطع عنهم إلى العبادة فقال صلى الله عليه وسلم "وإن لأهلك عليك حق"¹³¹، ووطء المرأة واجب على الزوج في أظهر قولي العلماء وهو مذهب أبو حنيفة وأحمد واختاره شيخ الإسلام، وحد وجوبه بما كان بقدر حاجتها وكفايتها، وبقدرته، بحيث لا ينهك بدنه ويُشغل عن معيشتة"¹³².

129- والمعاشرة بالمعروف تتمثل في المعاملة بالتي هي أحسن، أي حسن التعامل مع الزوجة.

130- أنظر رأيه هذا في: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 165، وقد ذكر الاستمتاع تحت حق المعاشرة بالمعروف وقد اعتبره من الحقوق المشتركة بين الزوجين.

131- عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما: "قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ فقلت: بلى يا رسول الله. قال لا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا، وإن لزورك عليك حقا،..." أخرجه البخاري برقم 1975، صحيح البخاري، باب حق الجسم في الصوم، ج2، المرجع السابق، ص 52.

132- أبو مالك كمال ابن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص 214.

وحق الاستمتاع فيه إعفاف للزوجين، وصون لهما من الوقوع في الحرام، وهو حق ليس من نصيب الزوج وحده، بل هو من حقوق الزوجة أيضا على زوجها، والدليل على ذلك أنه يحق لها طلب التطلق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر طبقا لنص المادة 53/ف3 ق.أ. فيجب على الزوج أن يعف زوجته إن كان قادرا على ذلك من غير تحديد بعدد المرات، لأن هذا يختلف من شخص لآخر حسب القدرة الجنسية والنفسية¹³³.

ولقد ذهب الإجتهد القضائي إلى أن عجز الزوج عن مباشرة زوجته سببا من أسباب التطلق، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج. وأن الإجتهد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها، وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق". ويجد هذا الإجتهد مبرره فيما جاء به المشرع في المادة 53/ف2 ق.أ، من أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج¹³⁴.

وإذا كان ثابتا أن للزوجة حق الإستمتاع، فإن هذا يطرح التساؤل حول مدى أحقية الزوجة في عدم إجابة دعوة زوجها إلى الفراش.

الفرع الثالث

إجابة دعوة الزوج إلى الفراش بين الحق والواجب

ليس في المواثيق الدولية ما يجبر الزوجة على إجابة زوجها إلى الفراش لأجل الاستمتاع، وليس في هذه المواثيق ما يمنعها من ذلك، فالأمر بحسبها متوقف على رضى وتوافق الطرفين أي الزوج والزوجة. وإذا كان ليس بمقدور الزوجة أن تفرض على زوجها المعاشرة الجنسية، فإنه من باب المساواة لا يحق للزوج أن يجبر الزوجة على الاستمتاع. وي طرح هذا الأمر إشكالا حقيقيا كون المباشرة تتعلق بأمور نفسية، وبالتالي قد توجد الرغبة عند الزوج وهي غير موجودة عند الزوجة أو العكس، فهل ينتظر كل واحد منها إلى أن توجد الرغبة عند قرينه في الوقت الذي توجد عنده؟

133- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 398-399.

134- المجلس الأعلى، غ،أ،ش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية، 1989، عدد03، ص73.

تشير نصوص المواثيق الدولية إلى وجوب رضى الطرفين، كما أن أي إكراه تتعرض له المرأة يعتبر بحسبها عنف ضد المرأة، وقد جاء في المادة الأولى من إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة¹³⁵: "الأغراض هذا الإعلان، يعني تعبير العنف ضد المرأة أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه، وأيرجح أن يترتب عليه، أذى أو معاناة للمرأة، سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية، بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل، أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية، سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاص".

وأضافت المادة 02 من نفس الإعلان أنه: "يفهم بالعنف ضد المرأة أنه يشمل على سبيل المثال لا على سبيل الحصر العنف الجنسي الذي يحدث في إطار الأسرة بما في ذلك الضرب والتعدي الجنسي... واغتصاب الزوجة".

فإكراه الزوجة على المعاشرة الجنسية يعتبر عنفا ضدها، ويمكن أن يشكل اغتصابا، فالعنف البدني والجنسي والنفسي الذي يحدث في الأسرة يشمل الضرب، واغتصاب الزوج لزوجته¹³⁶.

إن المادة 39 ق.أ، كانت تنص على أنه: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة"¹³⁷، ولو أن المشرع أبقى على هذه المادة لأمكن الاستدلال بها على وجوب إجابة الزوجة زوجها إذا دعاها إلى فراش الزوجية إلا أن تكون بعذر شرعي، ذلك أن إجابة الزوج إلى المعاشرة الجنسية يدخل في باب طاعة الزوج. لكن المشرع ألغى المادة لإحداث تكافؤ ومساواة بين الزوجين، لأن الزوج ليس مطلوبا منه طاعة الزوجة، فالزوجة لها ذلك كذلك من منظور المشرع.

وفي ظل غياب نص معين يبين الحكم القانوني لإجابة الزوج للفراش فإن المادة 222 تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، وفي هذه الأخيرة لا يجوز للزوجة أن تمتنع من جماع زوجها إذا طلبها، لحديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء، لعنتها الملائكة حتى تصبح"¹³⁸.

135- قرار رقم 104/48، اتخذته الجمعية العامة في ديسمبر 1993، بناء على تقرير اللجنة الثالثة، أنظر، وثيقة الأمم المتحدة رقم (A/48/629).

136- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص40.

137- ملغاة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

138- رواه البخاري برقم 5193، باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص387.

فإذا تزوج رجل امرأة وكانت أهلاً للجماع وجب تسليمها نفسها بالعقد إذا طلب، ويجب عليه تسلمها إذا عرضت عليه، وعلى الزوجة طاعة زوجها إذا دعاها إلى الفراش، ولو كانت على التتور أو على ظهر قتب، ما لم يشغلها عن الفرائض، أو يضرها، لأن الضرر ونحوه ليس من المعاشرة بالمعروف¹³⁹. ووجوب طاعتها له لقوله تعالى: "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ"¹⁴⁰.

إن إجابة الزوجة زوجها إلى الفراش هو أمر واجب في الشريعة الإسلامية ولا يتوقف على رضى الزوجة، كما هو الحال في الاتفاقيات الدولية، إلا إذا كان لها عذر شرعي كمرض أو حيض أو نفاس، أو كان الجماع في حد ذاته مضراً بها.

وقد سئل الشيخ محمد بن صالح العثيمين هل يقع على المرأة إثم إن امتنعت عن زوجها حيث يطلبها بسبب حالة نفسية عابرة تمر بها، أو لمرض ألمّ بها؟ فقال: «يجب على المرأة أن تجيب زوجها إذا دعاها إلى فراشه ولكن إذا كانت مريضة بمرض نفسي لا تتمكن من مقابلة الزوج معه أو مريضة بمرض جسدي فإن الزوج في هذه الحالة لا يحل له أن يطلب منها ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" وعليه أن يتوقف أو يستمتع بها على وجه لا يؤدي إلى ضرر»¹⁴¹.

ولعل حكمة الإسلام في إيجاب طاعة الزوجة لزوجها إذا دعاها إلى الفراش، أن الرجل أكثر شهوة

من المرأة وهو في العادة يعمل خارج البيت. وقد يرى في الشارع ما يؤجج شهوته من نساء غير كاسيات فيحتاج إلى تصريف هذه الشهوة، فأوجب الإسلام تصريفها في الحلال بدلاً من أن يمنع هذا الزوج من زوجته الحلال فينصرف إلى الحرام.

فعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأة فأتى امرأته زينب وهي تمعس منبئة لها، فقضى حاجته ثم خرج إلى أصحابه، فقال: "إن المرأة تقبل في صورة شيطان، وتدبر في صورة شيطان، فإذا أبصر أحدكم امرأة فليأت أهله، فإن ذلك يرد ما في نفسه"¹⁴².

139- أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، 1985، ص335.

140- سورة البقرة، الآية 228.

141- أنظر، محمد بن صالح العثيمين، مقتبس عن: عرفان بن سليم العشا، تحفة العروس، الطبعة الأولى، دار المعرفة، المغرب، 2009، ص379.

142- رواه مسلم برقم 1403، باب نذب من رأى امرأة فوقعت في نفسه إلى أن يأتي امرأته أو جاريتها فيواقعها، أنظر، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج01، ص 631.

إن على الزوجة أن تلبى طلب زوجها، مهما كان العمل الذي تقوم به إن كان الزوج يحتاج إلى مباشرتها، فتلبية طلب زوجها أولى شرعا وقانونا، وحق الاستمتاع فيه إعفاف لكلا الزوجين، وهو حق شرعي يؤثر عليه الزوجان، وهو من حقوق الزوجة أيضا على زوجها¹⁴³. غير أن الزوج قد يكره زوجته على ما لا ينبغي من ممارسات غير لائقة، فيكون ارتكب عنفا جنسيا على زوجته، لذلك فالسؤال المطروح هو: ما هي ضوابط حق الإستمتاع؟

الفرع الرابع

ضوابط حق الاستمتاع ومسألة العنف الجنسي

لم تضع المواثيق الدولية ضوابط لحق الاستمتاع بين الزوجين، بل أكدت على وجوب المساواة في الحقوق والواجبات، فيفهم من هذا أن الاستمتاع بين الزوجين يخضع لإرادتهما دون قيود حول أية طريقة ينتهجانها مادامت قائمة على تراضي الطرفين. ورغم ذلك أشارت تقارير المنظمة العالمية للصحة ولجان حقوق المرأة وحقوق الإنسان إلى منع العنف ضد المرأة ومنه العنف الجنسي والذي تسميه أحيانا اغتصابا داخل الأسرة ومن قبل الزوج.

أما قانون الأسرة ومن خلال الإحالة إلى الشريعة الإسلامية، فإنه يضع ضوابط لحدود استمتاع أحد الزوجين بالآخر ففي الإسلام يحرم الوطء في الدبر، ولا خلاف بين الفقهاء في هذا ويباح ما سوى ذلك، فعن جابر قال¹⁴⁴: كانت اليهود تقول: إذا أتى الرجل امرأته من دبرها في قبلها كان الولد أحول، جاء ولدها أحول، فنزلت: **تِسَاءُكُمْ حَزْتُ لَكُمْ فَأَتُوا حَزَّتْكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ**¹⁴⁵.

إن الثابت فقها أنه يباح للزوج في جماع زوجته جسدها كله ما عدا الدبر، وله أن يجامعها على أي وضع شاء، لكن القول بهذا لا ينبغي أن يفسر بوجه يجعل الزوج يفرض على زوجته أوضاعا تكرهها أولا تطبيقها، ذلك أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والأصل أن الزوجة مطلوب منها إجابة الزوج في الوضع الطبيعي للجماع.

143- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص398.

144- رواه مسلم برقم 1435، باب جواز جماع امرأته في قبلها من قدامها ومن ورائها من غير تعرض للدبر، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص653.

145- سورة البقرة، الآية 223.

لا يمكن القول بأن الشريعة تلزم المرأة بأشياء لا تطبقها أو تنقص من كرامتها، لأنها اعتنت بها في أبسط الأمور، فما هو النبي صلى الله عليه وسلم يعلمنا أن ندعو للزوجة ليلة العرس وأن نسمي الله وندعوا بالبركة قبل أن نغشاها¹⁴⁶.

ويستحب للرجل مداعبة زوجته قبل الجماع، وإذا قضى وطره منها فلا يقوم عنها حتى تأخذ حاجتها، فإن ذلك أدعى لدوام العشرة والمودة¹⁴⁷.

ويحرم على الزوج كما يحرم على الزوجة نشر أسرار الجماع، ويكره للزوج أن يباغت أهله عند قدمه من السفر، بل يخبرهم بموعد رجوعه، فعن جابر بن عبد الله، قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر، فلما ذهبنا لندخل قال: "أمهلوا حتى ندخل ليلاً، لكي تمتشط الشعثة، وتستحد المغيبة"¹⁴⁸.

ويحرم على الرجل أن يجامع زوجته وهي حائض، وقد قال فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين: "إن الضابط في حدود استمتاع الرجل بزوجه في جميع بدنها هو ألا يأتيها في الدبر ولا يأتيها في القبل في حال الحيض أو النفاس، أو تضررها بذلك"¹⁴⁹، لأن الله تعالى قال: "وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ، فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ"¹⁵⁰.

وللزوج أن يستمتع بزوجه حال الحيض بما دون الفرج أما الجماع فلا يحل لقوله تعالى: "وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدَىٰ فَأَعْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ"¹⁵¹.

وإذا كان من حق الزوجين الاستمتاع ببعضهما، وواجب على الزوجة تلبية طلب الزوج إلى الجماع، فهذا لا يعنى أنه يمكن للزوج أن يعنفها إذا امتنعت أو يفرض عليها ما تأباه بطبعها، فإن الإسلام دين الأدب والأخلاق وقد وضع آداباً للجماع، ولم يتركه بحسب الهوى. فمن آداب الجماع أن الرجل يباسط زوجته ويضاجعها ويلعبها قبل المباشرة، فإن ذلك مما نصح به رسول الله صلى الله عليه وسلم جابراً رضي الله عنه

146- لقوله صلى الله عليه وسلم: "أما لو أن أحدكم يقول حين يأتي أهله: " بسم الله، اللهم جنبني الشيطان، وجنب الشيطان ما رزقتنا، ثم قدر بينهما في ذلك، أو قضى ولد لم يضره شيطان أبداً" رواه البخاري برقم 5165، باب ما يقول الرجل إذا أتى أهله، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص378.

147- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص187.

148- رواه أبو داود برقم 2778، باب الطروق، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج3، ص149.

149- محمد بن صالح العثيمين، مقتبس عن: عرفان بن سليم العشاء، المرجع السابق، ص369.

150- سورة المؤمنون، الآيتين 5-7.

151- سورة البقرة، الآية 222.

حينما تزوج، وأخبر بذلك رسول الله، قال: "فالتفت فإذا أنا برسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يا رسول الله إني حديث عهد بعرس قال: "أتزوجت؟" قلت نعم، قال: "أبكر أم ثيبا" قال قلت: لا بل ثيبا، قال: "فهلا بكرا تلاعبها وتلاعبك؟"¹⁵².

ويستفاد من الحديث أن لا يقع الرجل على عروسه، كما تقع البهيمة على الأرض، ولكن بعد الملاعبة والمضاحكة والكلمة الرقيقة اللطيفة¹⁵³. ومن تخلق بهذه الفضائل وراعى آداب النكاح فإنه لن يلجأ إلى العنف الجنسي مع زوجته، ولا يمكن أن يضربها أو يفرض عليها ما تأباه، لأن كل ذلك يخالف آداب الجماع.

إن الرجل قد يمارس العنف الجنسي، وهو كل فعل يصدر من قبل الزوج يؤدي إلى إيذاء الزوجة جنسيا، وقد يتمثل هذا الفعل على سبيل المثال لا الحصر بإجبار الزوجة للقيام بأفعال جنسية مذلة أثناء الجماع أو بإجبار الزوجة على الإذعان لمطالبه وممارساته الجنسية الشاذة¹⁵⁴.

جاء في التوصية العامة رقم 19 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، أن العنف الأسري من أشد أشكال العنف ضد المرأة خبثا، وهو يسود في جميع المجتمعات، وفي إطار العلاقات الأسرية تتعرض النساء من جميع الأعمار للعنف بجميع أنواعه بما في ذلك الضرب، والاعتداء الجنسي¹⁵⁵.

وقد جاء في إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة سنة 1993 في المادة الرابعة من أنه: "ينبغي للدول أن تدين العنف ضد المرأة وألا تتذرع بأي عرف أو تقليد أو اعتبارات دينية بالتصل من التزامها بالقضاء به، وأن تجتهد الاجتهاد الواجب في درء أفعال العنف عن المرأة، والتحقق فيها والمعاقبة عليها، وفقا للقوانين الوطنية، سواء ارتكبت الدولة هذه الأفعال أو ارتكبتها أفراد"¹⁵⁶.

إن قانون العقوبات الجزائري¹⁵⁷ لم ينص على جريمة الاغتصاب، وإنما اسماها جريمة هتك العرض، فقد جاء في المادة 336 ق.ع، أن: "كل من ارتكب جنائية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى

152- رواه البخاري برقم 5247، باب تستخذ المغيبة وتمتشط الشعثة، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص397.

153- عرفان بن سليم العشاء، المرجع السابق، ص120.

154- زينب وحيد دحام، المرجع السابق، ص103.

155- التوصية العامة رقم 19، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية عشر، 1992، العنف ضد المرأة.

156- تم تعيين مقرر خاصة سنة 1994 للنظر في الانتهاكات التي تطل حقوق الإنسان للمرأة ولمواجهة أفعال العنف القائمة على أساس النوع الاجتماعي، ولها صلاحيات عديدة منها: الإبلاغ ورفع التقارير إلى لجنة حقوق الإنسان وتفصي الحقائق استنادا إلى تلقي إدعاءات بانتهاكات لحقوق الإنسان متصلة بالعنف ضد المرأة. أنظر، قرار لجنة حقوق الإنسان، رقم 45 بتاريخ: 04 مارس 1994.

157- قانون رقم 156/66 مؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

عشر سنوات"، ورغم أن نص هذه المادة جاء في القسم السادس تحت عنوان انتهاك الآداب إلا أنه لم يذكر ما المقصود بجريمة هنك العرض. كما أن المشرع لم يشر إلى وجود العنف أو الإكراه على الأقل في هذه الجريمة، وإنما ذكر العنف في جريمة الفعل المخل بالحياء، في المادة 335 ق.ع، والتي جاء فيها: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكر كان أو أنثى بعنف أو شرع في ذلك".

إن النصوص المذكورة وغيرها من قانون العقوبات الجزائري لا يمكن تطبيقها على واقع العلاقات الجنسية بين الرجل وزوجته، كون أن فعل الجماع هنا مباح قانونا وشرعا، وأن إجابة الزوجة طلب زوجها أيضا مطلوب منها وفق الشرع والقانون. وهذا يناقض ما تدعوا إليه الإتفاقيات الدولية.

لقد أشارت المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة في تقريرها بشأن الجزائر إلى أنه¹⁵⁸: "ثبت أيضا انتشار الإغتصاب الزوجي وغيره من أشكال الإعتداء الجنسي بين الأزواج،... وأثناء زيارتي، لم يستطع القضاة والموظفون القضائيون الذين التقيت بهم الجرم بما إذا كان الإغتصاب الزوجي جريمة أم لا، محتجين بعدم وجود أي اجتهاد قضائي بشأن هذه المسألة". وأضافت بأنه "ينبغي للحكومة أن تضطلع بإصلاح قانون العقوبات لضمان عدم التمييز وتعزيز حماية المرأة من العنف، وكحد أدنى ينبغي أن يشمل التشريع التجريم الصريح للإغتصاب في إطار الزواج".

إن القول بإدراج جريمة الإغتصاب الزوجي في التشريع الجزائري، ستكون أولى ثماره تعطيل بعض أهداف الزواج، كإحصان الزوجين وإنجاب النسل. فإذا امتنعت المرأة عن لقاء الزوج ينعدم الإنجاب، وهذا يفتح المجال للحديث عن حق المرأة المتزوجة في الإنجاب، وحقها في اختيار اسم الأسرة.

المطلب الثاني

حق المرأة في الإنجاب واختيار اسم الأسرة

تعترف المواثيق الدولية وقانون الأسرة بحق المرأة في الإنجاب وأن يكون لها اسم داخل الأسرة. غير

158- تقرير المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة، أسبابه وعواقبه، السيدة ياكين ايرتورك، عقب الزيارة الرسمية التي قامت بها إلى الجزائر في الفترة من 21 إلى 31 يناير 2007. أنظر وثيقة الأمم المتحدة، 18 فيفري 2008، رقم: A/HRC/7/6/Add.2، ص 26.

أن الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية التي تمر بها الدول أصبح لها تأثير واضح على الحق في الإنجاب، إذ ظهرت سياسات تحديد النسل وتنظيمه فضلا على أن العديد من القوانين الوطنية الداخلية تنظم اسم الزوجة واسم العائلة التي تنتمي إليها الزوجة بطريقة تختلف عن تلك التي تطمح إليها الاتفاقيات الدولية. ولعل هذا راجع إلى أن أغلب قوانين الحالة المدنية والأحوال الشخصية ترجع إلى قواعد دينية، وفي بعض الأحيان تحكمها عادات وتقاليد ينبغي احترامها.

إنه من الثابت اليوم، أن للمرأة المتزوجة الحق في الإنجاب (الفرع الأول)، وهل يثبت لها الحق في الإسم؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق المرأة في الإنجاب

إن من أهداف الزواج إنجاب الأطفال، لذلك يثبث للزوجة الحق في الحمل (أولا)، لكن هل يستتبع هذا أن يثبت لها الحق في تحديد وتنظيم النسل؟ (ثانيا). وإن كان الحمل غير مرغوب فيه، فهل للمرأة الحق في الإجهاض؟ (ثالثا)

أولا: حق المرأة في الحمل

إن حق المرأة في الحمل والإنجاب كان من أولويات اتفاقية السيداو، وذلك ليس لأنه من الحقوق المهمة ولا لأنه حق مغتصب، وإنما لأن هذا الحق يقترن بالتمييز ضد المرأة، فقد جاء في ديباجة الاتفاقية "إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، إذ تدرك أن دور المرأة في الإنجاب لا يجوز أن يكون أساسا للتمييز بل إن تنشئة الأطفال تتطلب بدلا من ذلك تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل".

إن الاتفاقية تركز على أنه لا ينبغي حصر دور المرأة في الإنجاب فقط¹⁵⁹، أي يفهم من كل ذلك أن حق الإنجاب كان موجودا في أغلب المجتمعات وهو الذي كان سببا في تثبيت الدور التقليدي للمرأة. لذلك جاء في ديباجة اتفاقية السيداو أن "الدول الأطراف إذ تدرك أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة".

159- هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص74.

إن حق الإنجاب في نظر المواثيق الدولية في كثير من الأحيان يكون سببا للتمييز، ويؤكد هذا دراسة بعنوان "الجدل الجنسي" لفاير ستون¹⁶⁰ عام 1971 طرحت فيها ما يسمى علاقات الإنجاب كأساس للتمييز الذي تتعرض له المرأة، وترى أن الحل للتناقض القائم في العلاقة بين الرجل والمرأة وتحقيق المساواة سوف ينتهي عندما تستقل عملية الإنجاب تماما عن كليهما وذلك بإحلال الإنجاب الصناعي محل الإنجاب الطبيعي. في حين تقول ليلي عبد الوهاب تعقيبا على هذا الرأي: "إن سبب التمييز ليس العوامل البيولوجية أو الخصائص الفسيولوجية وإنما هو في المقام الأول شكل علاقات الإنتاج السائدة في المجتمع وشكل الملكية فيه"¹⁶¹.

وجاءت المادة 16 من اتفاقية السيداو تركز على الحقوق الزوجية للمرأة بما في ذلك الحق في الإنجاب، رغم عدم تسميته صراحة، غير أنه يستشف من فقرات هذه المادة، ومن ذلك ما جاء في الفقرة (ج) على أن: "للمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج"، بمعنى إذا كان الحق في الإنجاب مكفول للزوج، فينبغي أن يكون مكفولا أيضا للزوجة، وكذلك الفقرة (هـ) التي نصت على أن: "يكون للمرأة نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبإدراك للنتائج عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه". وهذه الفقرة صريحة في إعطاء الحرية في تحديد عدد أطفالها، أي بمعنى أن الإنجاب حق للمرأة وهي حرة في توقيت الإنجاب من عدمه وفي عدد مرات الإنجاب.

إن الفقرة (هـ) من المادة 16 من اتفاقية السيداو لم تقرر حق الإنجاب للمرأة فقط، بل اشترطت على الدول ضمان حق آخر يكون ملازما للحق في الإنجاب، وهو حق المرأة في الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة التي تمكنها من ممارسة هذا الحق.

وبعد التأمل في مبدأ المساواة الذي تعتمده المواثيق الدولية والذي على أساسه منحت للزوجة الحق في الإنجاب كما هو حق للرجل، فإن هذا يفترض وجود اتفاق وتفاهم بين الزوج والزوجة حول الإنجاب، لكن السؤال يطرح ماذا لو تعارضت مصالحهما فاختلفا حول الإنجاب، كالاختلاف في عدد الأطفال أو في عدم الإنجاب؟ إن المواثيق الدولية لا تعطي إجابة عن هذا السؤال وبالتالي مصير الأسرة وفقا لهذا النهج هو التفكك والانهايار.

160- أشارت إليه، ليلي عبد الوهاب، تغير أدوار المرأة وتطور المجتمع، المجلة الاجتماعية القومية، تصدر عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، جمهورية مصر العربية، سبتمبر 1978، العدد 2-3، ص 137.

161- ليلي عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 137-138. لكن في الحقيقة ما يسمى تمييزا بين الرجل والمرأة لم يكن يوما سببه الإنجاب ولا الخصائص الفسيولوجية ولا علاقات الإنتاج، وإنما مرده أن كل من الرجل والمرأة قد خلقا لمهتين مختلفتين، فكان تكوينهما الجسمي والنفسي موافقا لذلك، وهذه هي الفطرة السليمة التي خلق الله الناس عليها، وبالتالي لا يمكن القول بالمساواة المطلقة بينهما ولا يمكن اعتبار الاختلاف تمييزا ضد المرأة، لأن الكون قائم على العدل.

جاء في المادة 24 من اتفاقية حقوق الطفل¹⁶² في الفقرة (د) أن: "على الدول الأطراف أن تتخذ التدابير المناسبة من أجل كفالة الرعاية الصحية المناسبة للأمهات قبل الولادة وبعدها" وهذه المادة وغيرها من المواد التي تنص على صحة الأم الحامل، هي في الحقيقة تقرر وتعترف للمرأة بالحق في الإنجاب، وفي سبيل هذا الحق تضع قواعد لحفظ صحة الأمهات.

وجاء في التوصية المتعلقة بالعنف ضد المرأة¹⁶³، أنه: "ينبغي للدول الأطراف أن تكفل اتخاذ تدابير لمنع الإكراه فيما يتعلق بالخصوبة والإنجاب". كما جاء في نفس التوصية أن "للتعقيم أو الإجهاض القسريين أثرا سيئا على الصحة الجسدية والنفسية للمرأة، وفيهما انتهاك لحقوقها في أن تقرر عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل آخر".

إن للمرأة في ظل المواثيق الدولية الحق في الإنجاب تمارسه برضاها دون أي إكراه مع ضرورة تدخل الدولة من أجل توعية المرأة وتنقيفها لتكون مدركة إدراكا تاما للنتائج التي تستتبع تصرفاتها بشأن الإنجاب.

ومع ذلك يذهب البعض إلى أن الإنجاب ليس بحق ولا واجب، إذ يقول الدكتور محمود أحمد طه: "إن الإنجاب لا يتعدى كونه مجرد رخصة أوحرية لصاحبه لإشباع رغبته في الإنجاب دون أن يترتب عليه التزام بذلك، وفي نفس الوقت دون إلزام الغير بتمكينه من ذلك، حتى إلزام الزوجة تجاه زوجها بإشباع رغبته في الإنجاب، والعكس إلزام الزوج اتجاه زوجته بإشباع رغبته في الإنجاب ليس ضمن التزامات عقد الزواج"، وهو ما أوضحه البابا بولس الثاني عشر في رسالته للمؤتمر الطبي عام 1956 بقوله: "الزواج لا يمنح مثل هذا الحق للآباء (الحق في الإنجاب) لأن غايته ليس الحصول على الولد، إنما غايته أفعال مادية تصلح لإنجاب حياة جديدة، وهي أفعال مخصوصة لذلك"¹⁶⁴.

لا شك أن التبرير الذي ساقه الدكتور محمود أحمد طه غير سليم، فهو يركز حول ما يذهب إليه بعض رجال الديانة المسيحية، والمعروف أن منهم من ذهب إلى تحريم الزواج في حد ذاته، وهذه المواقف

162- اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، وكان تاريخ بدء نفاذها يوم 02 سبتمبر 1990. ولقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية، أنظر، المرسوم الرئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة، مع التصريحات التفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، أنظر، الجريدة الرسمية، 23 ديسمبر 1992، العدد 91، ص 2318.

163- صدرت أثناء انعقاد الدورة الحادية عشر للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، سنة 1992.

164- أنظر، محمود أحمد طه، الحقوق الإنجابية للمرأة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2010، عدد خاص، ص 1238.

تتناقض مع الشريعة الإسلامية، وقبل ذلك تتناقض مع الفطرة السليمة.

جاء في قانون الأسرة في المادة 04 من أن: "الزواج عقد رضائي من أهدافه المحافظة على الأنساب"، وفي هذا الإشارة إلى حق الإنجاب، وقد اعترف المشرع بهذا الحق ونظم إثبات النسب ونفيه، بل إنه لجأ إلى أبعد من ذلك عندما أجاز في المادة 45 مكرر ق.أ، اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بهدف الإنجاب، وقد وضع في سبيل ذلك مجموعة من الضوابط.

وذهبت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1992/12/22 إلى أنه: "من المقرر قانوناً وقضاءً أنه يجوز طلب التخليق استناداً إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة، وتربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتخليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ماعدا ما يتعلق بالزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب جزئياً في هذا الجانب نقض القرار لانعدام حالة التعسف"¹⁶⁵.

وفي هذا القرار تأكيد على أن الإنجاب حق للمرأة، وعدم الإنجاب بسبب عقم الزوج يعتبر عيباً يمنح للزوجة الحق في طلب التخليق. وهذا ما أكدته المحكمة العليا صراحة في قرار آخر لها جاء فيه¹⁶⁶: "متى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التخليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتخليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً".

وفي الشريعة الإسلامية ذكر الفقهاء أن من فوائد الزواج تكثير النسل وإيجاد الولد الذي ينتفع به¹⁶⁷، وقال فقهاء الحنفية أن للمرأة حق في الولد¹⁶⁸، وخالصة تشريع الزواج في الإسلام هي إيجاد النسل لبقاء الجنس البشري عند طريق إشباع الرغبة الجنسية باتصال الرجل والمرأة عن طريق عقد زواج، فيحصل مقصود الزواج

165- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 1992/12/22، ملف رقم 87301، المجلة القضائية، 1995، عدد2، ص92.

166- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 1999/02/16 ملف رقم 213571، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص119.

167- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص74.

168- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص1553.

من إيجاد النسل واستمتاع الزوجين أحدهما بالآخر على الوجه المشروع وتكوين الأسر المتماسكة التي ينشأ فيها النسل¹⁶⁹.

ثانياً: حق المرأة في تحديد وتنظيم النسل

كانت اتفاقية السيداو جد واضحة في إعطاء المرأة المتزوجة الحق في تحديد وتنظيم النسل، فقد جاء في المادة 1/16 هـ، أنه: "على الدول الأطراف أن تضمن للمرأة نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر".

يستشف من المادة المذكورة أعلاه أن المرأة تقرر عدد أطفالها والفترة اللازمة بين طفل وآخر، وفي هذا القرار مسألتين هامتين هما تحديد النسل وتنظيمه. أما التحديد فالمقصود به الاقتصار على عدد معين من الأطفال دون زيادة، وهذا يستلزم التدخل من أجل منع الحمل بعد عدد محدد من الأطفال، وأما تنظيم النسل، فيقصد به ترك الفترة المناسبة بين إنجاب طفل وآخر.

تؤكد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21¹⁷⁰، أن سبب إعطاء المرأة الحق في أن تقرر عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر هو أن مسؤوليات المرأة المتعلقة بالحمل وتربية الأطفال تؤثر على حقوقها في الحصول على التعليم والعمل وغيرها من الأنشطة، كما أن تلك المسؤوليات تلقي على عاتقها أعباء مجحفة من العمل، ولعدد الأطفال والفترة بين إنجاب طفل وآخر أثر مماثل على حياة المرأة وعلى صحتها البدنية والعقلية وصحة أطفالها.

ويعتبر حق المرأة المتزوجة في تحديد وتنظيم النسل في الوقت ذاته حق للرجل، فهو من الحقوق المشتركة، وأشارت إلى هذا لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في التوصية المذكورة أعلاه. غير أنها ذكرت أنه إذا كان يفضل اتخاذ قرار إنجاب الأطفال من عدمه بالتشاور مع الزوج أو الشريك، فيجب مع ذلك ألا يقيد الزوج أو الوالد أو الشريك أو الحكومة الحق في اتخاذ هذا القرار، ونلاحظ أن اللجنة كعادتها لا تعطينا حلاً عند اختلاف الزوجين في تنظيم النسل أو تحديده.

169- أنظر، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج6، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993، ص13.

170- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر، 1992، التوصية العامة رقم 21، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية.

إن مما يؤخذ على المواثيق الدولية في قضايا المرأة أنها تدعوا ومن خلال المؤتمرات الدولية أيضا إلى تحديد النسل وتحت على ضرورة توفير خدمات الصحة الجنسية والإنجابية للمرأة ونشر وسائل منع الحمل ذات النوعية الجيدة، ومنع حالات الحمل غير المرغوب فيه¹⁷¹.

جاء في المادة 10/ح من اتفاقية السيداو أنه: "على الدول الأطراف أن تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة إمكانية الحصول على معلومات تربية محددة تساعد على كفالة صحة الأسرة ورفاهيتها، بما في ذلك المعلومات والإرشادات التي تتناول تنظيم الأسرة". ويفهم من نص هذه المادة أنه لا يكفي إعطاء المرأة المتزوجة الحق في تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، بل لا بد إلى جانب ذلك إعطاء المعلومات اللازمة للقيام بهذه العملية وتوفير الوسائل اللازمة لذلك. وهذا أيضا مطلب من لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التي ذكرت في توصيتها العامة 21 أنه يجب أن تتوفر للمرأة معلومات عن وسائل منع الحمل وعن استخدامها، وأن يكفل لها الحصول على الثقافة الجنسية وخدمات تنظيم الأسرة. وتم تأكيد هذا أيضا في المادة 16/1هـ، على أن للمرأة الحق في الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.

ويبدو أن المشرع الجزائري كان متأثرا بما ذهب إليه المواثيق الدولية عندما أقدم على تعديل قانون الأسرة، أو على الأقل هذا ما يدل عليه ما جاء في تقرير الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة سنة 2005 حيث أشار ممثل الجزائر¹⁷² أن السياسة المطبقة في مجال تنظيم الأسرة أفضت إلى زيادة سنتين في معدل العمر المتوقع للمرأة ومكنت من تقليص وفيات الرضع والنواقص وخفض معدل خصوبة الأزواج.

وإن ما جاء على لسان ممثل الجزائر أمام لجنة السيداو، قد تجسد فعلا في قانون الأسرة حيث جاء في المادة 4/36 منه أنه: "يجب على الزوجين التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات". وهذه الفقرة لم تكن موجودة قبل التعديل، وأهم ما يلاحظ عليها أن المشرع استعمل عبارة "يجب" مما يفيد أن الأمر يتعلق بواجب. وإذا كان التشاور داخل الأسرة أمر محبذ، فإنه طبعا يدخل في إطار المعاشرة بالمعروف. ثم يلاحظ أن المشرع أشار إلى التشاور في التسيير وفي تباعد الولادات، وهذه العبارة الأخيرة تفيد أن المشرع يعترف بحق تنظيم النسل وقد يجعله حق مشترك للزوج والزوجة إن لم نقل واجبا مشتركا، وقد استبعد ضمنا ما يعرف بتحديد النسل.

171- أنظر، فؤاد بن عبد الكريم بن عيد العزيز العبد الكريم، قضايا المرأة في المؤتمرات الدولية، دراسة نقدية في ضوء الإسلام، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2003/2002، ص141.

172- أنظر، عرض ممثل الجزائر أمام لجنة السيداو، في الملاحظات الختامية للجنة على التقرير الدوري الثاني للجزائر، جلسة رقم 667 وجلسة رقم 668 بتاريخ: 11 يناير 2005 وثيقة الأمم المتحدة: (cedaw/c/sr 667-668).

يسمى تحديد النسل بالتعقيم¹⁷³، وقد أفتى العلماء بعدم جوازه، فيحرم التعقيم لأي واحد من الزوجين أو كليهما بدواء أو جراحة إذا كان يترتب عليه عدم الصلاحية للإنجاب مستقبلاً، فلا يجوز إلا لضرورة، كأن يكون أحد الزوجين مصاباً بمرض ينتقل بالوراثة يضر بالأمة، حيث تنتقل العدوى مع ذريته المريضة، وبذلك يكون ثقلاً على المجتمع، لأن درء المفساد مقدم على جلب المصالح¹⁷⁴. أما تنظيم النسل فهو اصطلاح حديث، لم يعرفه القدماء من الفقهاء والذين عرفوه هم المحدثون، والذي عرفه الفقهاء القدماء في هذا الشأن هو العزل ومعناه النزح قبل الإنزال لينزل خارج الفرج أي صرف الماء عن المرأة حذراً عن الحمل¹⁷⁵.

وقد اختلف العلماء في العزل على أربعة مذاهب، فمنهم من أباحه مطلقاً بكل حال، ومنهم من حرم العزل بكل حال، وقائل منهم أحل ذلك برضا الزوجة ولا يحل بدون رضاها. وقائل آخر يقول إن العزل مباح في الإماء دون الحررات¹⁷⁶.

وقد رجح الشيخ أبو مالك كمال بن السيد سالم¹⁷⁷ أن العزل مكروه وقال: "إن النبي صلى الله عليه وسلم قد سئل عن العزل فقال: "ذلك الوأد الخفي"¹⁷⁸. وعن جابر أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن عندي جارية لي وأنا أعزل عنها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن ذلك لن يمنع شيئاً أرادته الله"¹⁷⁹.

ويلحق بالعزل ما تتعاطاه المرأة لمنع الحمل مؤقتاً من الحبوب وغيرها من الوسائل والطرق الحديثة، فالشريعة الإسلامية لا تمنع تنظيم النسل ولكنها تمنع تحديده، واشترط الفقهاء أن التعقيم المؤقت يحرم إذا اقترن بنية عدم الحمل خشية ضيق الرزق أو الفقر لأنه سوء ظن بالله، قال تعالى: "وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا"¹⁸⁰.

173- هذا النوع من التعقيم تبيحه بعض الولايات المتحدة الأمريكية بشرط رضا الشخص على ذلك، ولا توجد نصوص تبيحه في التشريعات العربية، أنظر: محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص1242.

174- أنظر، أحمد محمد مصطفى نصير، حقوق المرأة وواجباتها، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص510.

175- أنظر، عبد الرحمن محمد عبد القادر، تنظيم النسل بين المعارضين له والمؤيدين، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، جمهورية مصر العربية، 1981، العدد الثالث، ص 202-203.

176- أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع نفسه، ص509.

177- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص189.

178- رواه مسلم برقم 1442، باب حكم العزل، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص 658.

179- رواه مسلم برقم 1439، باب حكم العزل، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص 657.

180- سورة الإسراء، الآية 31.

وقد ساق الدكتور طارق محمد الطواري في دراسة له ثمانية عشر حديث نبوي عن العزل وقام بتحقيقها، ولم يذكر حديثاً فيه نهي عن العزل إلا حديثاً واحداً، عن عبادة بن الصامت قال: «إن أول من عزل نفر من الأنصار، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا: إن نفراً من الأنصار يعزلون، ففرع، وقال: إن النفس المخلوقة لكائنة»، فما أمر ولا نهى»، وقد ضعّفه جماعة¹⁸¹.

ويثبت الواقع أن بعض النساء يتّجهن إلى التخلص من حملهن عن طريق الإجهاض.

ثالثاً: حق المرأة في الإجهاض

لقد كفلت المواثيق الدولية للمرأة الحق في الإنجاب وأعطتها الحق في أن تقرر كيفية تنظيم النسل وأتحديده، غير أنه قد يحدث الحمل وترغب المرأة في أن تتخلص منه قبل تمامه، ويسمى الأمر هنا إجهاضاً. فما موقف المواثيق الدولية والقانون الجزائري من الإجهاض؟

لم تأت اتفاقية السيداو بأي نص يبيح الإجهاض¹⁸²، أو يمنعه، ولكن ورد في نص المادة 1/16/هـ أن للمرأة الحق في الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق (يعني التحكم في عدد الأطفال والفترة المقررة بين إنجاب وآخر). وفي هذه الفقرة غموض قد يفسر على أنه دعوة لإباحة الإجهاض، إذ تم استعمال عبارة "الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل". فهل يعتبر الإجهاض من قبيل هذه المعلومات، ومن قبيل الطرق التي تسمح بتنظيم وتحديد النسل.

لقد جاء في توصية لجنة السيداو رقم 19 أن "للتعقيم أو الإجهاض القسريين أثراً سيئاً على الصحة الجسدية والنفسية للمرأة، وفيهما انتهاك لحقوقها في أن تقرر عدد أطفالها والفترة بين أنجاب طفل وآخر"، ثم أضافت: "ينبغي للدول الأطراف أن تكفل عدم اضطرار المرأة إلى اللجوء إلى الإجراءات الطبية غير المأمونة كالأجهاض غير المشروع بسبب الافتقار إلى الخدمات المناسبة فيما يتعلق بالتحكم في الخصوبة".

181- أنظر، طارق محمد الطواري، العزل عن المرأة: دراسة شرعية وطبية، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2001، العدد 23، ج2، ص247.

182- وهو كل نشاط من شأنه أن ينهي حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي ويخرج الجنين قبل الأوان، فالفعل يتحقق بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى موت الجنين في رحم أمه أو إلى خروجه من الرحم قبل موعد الولادة الطبيعي ويمكن أن يقع الإجهاض في أي مرحلة من مراحل الحمل بحيث يستوي في ذلك أن يكون الإجهاض قد ارتكب في بداية الحمل أو في وسطه أو في نهايته. أنظر، عادل يوسف الشكري، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إجهاض الحامل، دراسة مقارنة، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، كلية الإدارة والإقتصاد، جامعة الكوفة، العراق، 2009، العدد 13، ص04.

ويفهم من هذه التوصية أن الإجهاض إذا كان قسريا (بالإكراه) فهو ممنوع قانونا، ثم أن هناك حالات تضطر فيها المرأة إلى الإجهاض، ويسمى هنا إجهاض غير مشروع، فهل هذا يعني أن الإجهاض قد يكون مشروعاً؟

إن اتفاقية السيداو لا تمنع الإجهاض، بل تبيحه حسب ما يبدو، فقد جاء في توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بخصوص التعقيم الإجباري في البيرو أنه¹⁸³: "من واجب الدول الأطراف أن تتخذ التدابير اللازمة لتؤمن إبقاء النساء اللاتي تجرى لهن عمليات جراحية للتخلص من الحمل على علم تام بذلك وببديين موافقتهم على ذلك بحرية". فكلما اشترطته اللجنة هو موافقة المرأة¹⁸⁴ على التخلص من الحمل.

إن تجريم الإجهاض يتم دفعه بأن القوانين التقييدية بشكل لا مبرر له المتعلقة بالإجهاض قد تعرض حياة وصحة المرأة الحامل للخطر إن لجأت هذه المرأة إلى التخلص من الحمل بطريقة سرية¹⁸⁵.

ولقد جاء في تقرير اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بخصوص حالة معينة في غواتيمالا¹⁸⁶ أن: "تجريم كافة عمليات الإجهاض، المصحوب بعقوبات شديدة يفرضها التشريع الساري إلا في حالة تعرض حياة الأم للخطر، يفضي إلى مشاكل خطيرة، خاصة في ظل التقارير التي لا مجال للطعن فيها المتعلقة بالتأثير الخطير على وفيات الأمهات من جراء الإجهاض السري نظرا لأنه يعاقب على عمليات الإجهاض ولو كان الحمل نتيجة لاغتصاب".

وقد أشارت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن مثل هذه الأحكام القانونية ينبغي تعديلها لأنها لا تتماشى مع النصوص القانونية التي تضمن الحق في الحياة، وأوصت اللجنة أن يكون تعديل هذه القوانين بوضع استثناءات على الحظر والعقاب الذي تفرضه في حالة الإجهاض.

183- التوصية العامة رقم 25 (الأبعاد المتصلة بنوع الجنس للتمييز العنصري)، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.

184- إن حرية الإنسان أساسية لكن لا ينبغي أن تكون على حساب حماية حق الإنسان (الجنين) في الحياة، أنظر، Roze-Marie LOZANO, la protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine, la documentation Française, Paris, France, 2001, p. 398.

185- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص51.

186- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الدورة الرابعة بعد المائة، من 12 إلى 30 مارس 2012، أنظر وثيقة الأمم المتحدة المؤرخة في 19 أبريل 2012، رقم CCPR/C/GTM/CO/3، ص7.

وتذهب بعض الدول إلى إباحة الإجهاض¹⁸⁷ مبررة هذا النهج بأنه من شأنه المساهمة في حل مشكلة زيادة السكان حتى تكون هناك معادلة سليمة بين سكان الأرض وما تنتجه من خيارات بما يكفل للناس أن يكونوا في مأمن من المجاعات التي قد تضر بهم وتسيء إليهم في حياتهم الصحية والاجتماعية ، فضلا عن وجوب احترام حرية المرأة ورغبتها، وانه مما يتنافى مع تلك الحرية ويهدرها أن تجبر المرأة على حمل جنين لا ترغب في حمله¹⁸⁸.

وأباح المشرع التونسي الإجهاض سنة 1973 بموجب الفصل 214 من المجلة الجزائية لأي سبب كان، متى تم خلال الأشهر الثلاث الأولى من عمر الجنين، شريطة أن يتم بواسطة طبيب مختص وداخل مركز طبي مرخص له¹⁸⁹. وعلى العكس من ذلك قدمت مالطا تحفظا على المادة 1/16هـ يفيد بأنها غير ملزمة بتطبيق هذه المادة إذا ما تم تفسيرها بطريقة تنشئ التزاما عليها بأن تقرر مشروعية الإجهاض. وهذا ما جعل اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة تعلق على تقرير مالطا بالقول: "إن اللجنة قلقة لكون الإجهاض غير قانوني في جميع الأحوال بموجب قانون الدولة الطرف، ولكون النساء اللاتي يخترن الخضوع للإجهاض يتعرضن للسجن"¹⁹⁰.

ومما نتج عن المؤتمرات العالمية التي تناولت حقوق المرأة أنها تضمنت دعوات إلى أن يكون الإجهاض غير مخالف للقانون وأن يكون حقا من حقوق المرأة خاصة عندما يكون الحمل غير مرغوب فيه، وأن يسير لها هذا الحق وأن يكون مأمونا طبييا¹⁹¹.

وجاء في تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بشأن دولة باراغواي أنه¹⁹²: "تحت اللجنة الدولة الطرف على العمل دون تأخير من أجل اتخاذ وتنفيذ تدابير فعالة... للحيلولة دون لجوء النساء إلى عمليات

187- En Italie, au Danemark, et dans les anciens pays du bloc de l'Est (hormis la Pologne), l'avortement est ouvert pendant les dix premières semaines de grossesse. Pour la Norvège, la France, l'Allemagne et la Belgique, le délai est porté à douze semaines. L'Autriche autorise l'avortement jusqu'à quatorze semaines, la Suède seize et les Pays-Bas, vingt. Voir, Emmanuel PIERRAT, Julien FOURNIER et Sophie VIARIS DE LESEGNO, La Famille d'aujourd'hui, First éditions, France, 2013, p.98.

188- محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص1250.

189- أنظر، المرسوم رقم 2 لعام 1973 المؤرخ في 26 سبتمبر 1973، المصادق عليه بالقانون عدد 57 لسنة 1973 المؤرخ في 19 نوفمبر 1973.

190- أنظر، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بخصوص التقرير الرابع لدولة مالطا، 09 نوفمبر 2010، وثيقة الأمم المتحدة رقم: CEDAW/C/MLT/CO/4، ص10.

191- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز، المرجع السابق، ص143.

الإجهاض غير المأمونة وحمايتهن من آثار تلك العمليات المضرة بصحتهن، وتحت اللجنة الحكومة على تعزيز تنفيذ البرامج والسياسات الرامية إلى توفير سبل حصول المرأة فعليا على المعلومات المتعلقة بالرعاية الصحية وخدماتها، خاصة ما يتعلق بخدمات الصحة الإنجابية ووسائل منع الحمل الميسرة، وذلك بهدف الحيلولة دون إجراء عمليات الإجهاض السرية. وهي توصي كذلك بإجراء مشاورات وطنية مع فئات المجتمع المدني، بما فيها الجماعات النسائية، لمعالجة مسألة الإجهاض، الذي يعتبر غير قانوني بموجب القانون الحالي، والذي يندرج ضمن أسباب ارتفاع معدلات وفيات النساء".

إن اللجنة من خلال التقرير المذكور توصي الدولة الطرف بضرورة تقنين الإجهاض، ليصبح مشروعاً. لأنها ترى بأن تجريم الإجهاض يعتبر سبباً لارتفاع معدلات وفيات النساء. وهذا الرأي لا يستقيم، لأنه من غير الممكن أن نقضي على جريمة بإباحة جريمة أخرى، فكان الأولى تجريم فعل الزنا ووضع عقوبات رادعة له، كون المرأة غالباً ترغب في التخلص من الحمل غير الشرعي الذي ينتج عن المعاشرة خارج فراش الزوجية.

ليس في قانون الأسرة نص يتناول مسألة الإجهاض، وهذا راجع إلى أن الإجهاض في التشريع الجزائري لا يعتبر حقا للمرأة، بل إنه يعتبر جريمة، وقانون الأسرة ليس منوطاً به التجريم، بل ذلك يعهد إلى قانون العقوبات، رغم أن قانون الأسرة يحيل إلى الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة تجرم الإجهاض.

جاء في المادة 304 من قانون العقوبات أن: "كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو استعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أولم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".

إذن فالمشرع الجزائري يجرم الإجهاض ولا يعتد برضا المجني عليه (الحامل)¹⁹³، بل أكثر من هذا يعاقب المشرع الأطباء والقابلات وغيرهم ممن لهم علاقة بالطب أو المواد الطبية أو الصيدلانية بنفس عقوبة

192- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع والتقرير الدوري الخامس لباراغواي، يناير 2005، أنظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: 672 CEDAW/C/SR.671 .

193- تبدأ الحماية الجزائرية للطفل قبل ولادته أي في بطن أمه وذلك بحماية حق الطفل في المجيء إلى الدنيا والحياة فيها، وحمايته من كل الأخطار، فكان أول حماية له هو تجريم الإجهاض. أنظر، بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011/2010، ص59. وانظر كذلك، الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، دراسة=

مرتكب الإجهاض إذا أرشدوا إلى طرق إحداث الإجهاض أو سهلوا ذلك، في حين أنه يخفض العقوبة لتصبح الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار إذا أجهضت المرأة نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض، وكذلك يعاقب كل من حرض على الإجهاض¹⁹⁴. ومتى توفر القصد الجنائي فلا يهم الدافع إليه¹⁹⁵.

ولا نجد ترخيصا للإجهاض عند المشرع الجزائري إلا في حالة واحدة نص عليها في المادة 308 ق.ع، والتي جاء فيها: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغ السلطة الإدارية".

فبإباحة الإجهاض إنقاذاً لحياة الأم أو في حالة الخطر الذي يهدد صحتها استناداً على المبادئ العامة التي تحكم الإباحة استعمالاً للحق في مجال العمليات الجراحية والعلاج على أصول الفن، فإذا ثبت طبيياً أن حالة الأم الحامل الصحية لا تتحمل الحمل وآلام الوضع، أو كانت الأم صغيرة السن لا تقوى لصغرها على أن تتحمل مشاق الحمل، فيكون الإجهاض مباحاً وذلك لأن مصلحة الأم تقدم على مصلحة الجنين لأن بقاء الأم أصلح للمجتمع¹⁹⁶.

ويلاحظ على المادة 308 أن المشرع قد ضيق من حالات اللجوء إلى الإجهاض الاستثنائي إلى أبعد الحدود، لذلك فهو قد فرض ضوابط، وهي:

- 1- أن يكون الإجهاض تستوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر.
- 2- أن يجريه طبيب أو جراح¹⁹⁷.
- 3- أن يكون الإجهاض في غير خفاء.
- 4- أن يتم إبلاغ السلطة الإدارية بالإجهاض.

=مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2013، ص 78 وما يليها.

في حين أن الحماية الأوربية لحقوق الإنسان قبل الميلاد كما يرى بعض الفقه لا تزال بعيدة عن التطور المطلوب، فمبدأ احترام الذات الإنسانية لا يشكل محلاً للحماية القانونية بالنسبة للقانون الأوربي عندما يتعلق الأمر بجنين لم يولد. أنظر، Roze-Marie LOZANO, op, cit, p. 394.

194- أنظر المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات الجزائري.
195- أنظر، محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 62.

196- عادل يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 08.

197- أما غير الطبيب وغير الجراح مثل القابلة والمرمضة فلا يشملهما الإعفاء من العقاب إذا قامت إحداها بعملية الإجهاض من أجل إنقاذ حياة الأم، ولو كان ذلك مع توفر الشروط الأخرى، لأن الإعفاء من المسؤولية الجزائية في مجال الإجهاض منصوص عليه في القانون على سبيل الحصر. أنظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002، ص 65.

ويلاحظ أن المشرع لم يتعرض لحالة تشوه الجنين، فالمبدأ هو حظر الإجهاض، والإستثناء هو إباحتها في حالة الإجهاض العلاجي فقط، فلا مجال للقول بتفويت فرصة إسقاط الجنين لتشوهه، لأنها لا تعتبر حقاً أوحرية مشروعة، بل هي بمثابة فعل إجرامي¹⁹⁸.

إن المشرع كان موافقاً لما ذهب إليه الشريعة الإسلامية بخصوص تجريم الإجهاض. ففي الشريعة إذا تمّ التعدي على امرأة حامل فأجهضت أو أُلقت جنينها، فإما أن تلقى حياً أو ميتاً، فإذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً، فعقوبة الجاني هي دية الجنين وهي الغرة، وهي خمس من الإبل أي نصف عشر الدية. أما إذا انفصل الجنين حياً ثم مات بسبب الجناية عمداً فقال المالكية الراجح وجوب القصاص إذا أدى الفعل في الغالب إلى الموت. وتجب الدية فقط لا الغرة إذا لم يؤد الفعل غالباً إلى نتيجة، وقال الحنفية والحنابلة والصحيح عند الشافعية إن الجناية على الجنين لا تكون عمداً أو خطأً، لأنه لا يتحقق وجود الجنين وحياته حتى يقصد، فتجب الدية كاملة، ولا يرث الضارب منها شيء¹⁹⁹.

وإسقاط الجنين بعد خلقه محرم في الإسلام، وحرمة على وجوه حسب ما ذكره الشيخ مبشر الطرازي، منها أنه بمثابة قتل النفس بغير الحق وهو من كبائر المعصية، وأنه جرأة ضد إرادة الخالق الذي أراد تكوين الجنين والذي لا تخلو إرادته عن مصلحة ولا مشيئته عن حكمه، وأن فيه تشجيع نحو الفواحش والفساد الجنسي مما لا يخفي خطورته ضد الأخلاق²⁰⁰.

يعتبر الجنين واحداً من الأسرة، حيث ينسب إليها ويتسمى بإسمها. ولأمه الحق في اختيار اسم هذه الأسرة.

198- أنظر، فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2012/2013، ص 279. وفي تقرير حق الحياة للجنين وحمايته كإنسان، يجاري المشرع القيم الإنسانية العليا التي لا يصح التفريط فيها. أنظر، باسم شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 387.

199- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، المرجع السابق، ص 362 وما بعدها.

200- أنظر، مبشر الطرازي الحسني، المرجع السابق، ص 122، وقد ذكر الكاتب من جملة الوجوه أن الإجهاض فيه كشف لعورة المرأة لدى الطبيب. أقول وهذه حجة لم تقم لها قائمة الآن لوجود الطبيبات، فضلاً عن طرق أخرى يتم بها الإجهاض دون الحاجة إلى الطبيب، وكذلك قوله أنه جرأة ضد إرادة الخالق، فأقول: إن المعاق قد خلق بإرادة الخالق، لكن معالجته ليست جرأة على إرادة الخالق، لذلك فإن تحريم الإجهاض كان لحكم قد نعلمها وقد نجهلها.

الفرع الثاني

الحق في الإسم

إن دخول المرأة في علاقة زوجية يعني تأسيس أسرة جديدة، فهل يحق للزوجة اختيار اسم لهذه الأسرة؟ (أولاً)، وهل يحق لهذه الزوجة أن تحتفظ باسمها الذي كانت تعرف به قبل الزواج؟ (ثانياً).

أولاً: الحق في اختيار اسم الأسرة

جاء في نص المادة 1/16 ز من اتفاقية السيداو أنه: "تمنح الدول الأطراف نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة...".

إن هذه الفقرة من المادة 16 تدعو صراحة الدول لأن تعترف للمرأة بحق اختيار اسم عائلتها، ونتساءل هنا عن المقصود باسم العائلة، هل يقصد به اختيار اسم العائلة ككل بما فيها الزوج والزوجة والأبناء، أم هو اختيار اسم الزوجة فقط، لقد جاء في التوصية رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أنه: "ينبغي أن يكون لكل من الشريكين²⁰¹ الحق في اختيار اسمه الذي يحافظ به على فرديته وهويته في المجتمع المحلي، ويميزه عن غيره من أفراد المجتمع"²⁰². وتشير هذه الفقرة إلى أن المقصود باختيار اسم الأسرة هو أن يكون للمرأة كما للرجل أن تختار اسم بعد الزواج تعرف به في المجتمع، وهي حرة في اختيارها. وهنا نرى أن الاسم شخصي وليس عائلي، باعتبار أن للزوج نفس الحق، وإذا كان الأمر كذلك، فلست أدري ما الفائدة من اختيار اسم جديد طالما أن لكل من الزوج والزوجة اسم حتى قبل الزواج؟

إن التفسير الصحيح لحق اختيار اسم الأسرة يكمن في ما جاءت به اللجنة المعنية بحقوق الإنسان²⁰³ فيما يخص المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أن: "حق كل من الزوجين في أن يحتفظا باستخدام اسمه العائلي الأصلي أو يشتركا على قدم المساواة في اختيار لقب عائلي جديد ينبغي أن يمان وأنه ينبغي للدول الأطراف أن تكفل تجنب حدوث تمييز قائم على أساس الجنس فيما يخص حق كل زوج من الزوجين في أن يشارك على قدم المساواة في اختيار اسم عائلي جديد".

201- لفظ الشريكين المستعمل من قبل اللجنة يدل على اعترافها بمختلف أنواع الزوجات، وهي بذلك تساوي بينها وبين الزواج الشرعي بين رجل وامرأة.

202- التوصية العامة 21 المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية: الدورة 13، سنة 1992.

203- وثيقة الأمم المتحدة رقم A/56/38، الوثائق الرسمية العامة.

تتمتع المرأة والرجل في ظل القانون الدولي بحق اختيار اسم عائلي²⁰⁴، فالمرأة المتزوجة إما أن تحتفظ باسمها العائلي الأصلي، أو تختار اسما جديدا منفردا عن اسم الزوج، أو تشترك مع الزوج في اختيار اسم عائلي جديد، على أنه ينبغي ألا يفرض عليها. وما دام الأمر خاضعا للاتفاق، فإنه يمكن الاتفاق بين الزوجة والزوج على أن يكون الاسم العائلي هو اسم الزوج الأصلي، كما يمكن الاتفاق على أن يكون الاسم العائلي الجديد هو اسم الزوجة الأصلي.

إن إعطاء نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة، مفاده أنه يجوز أن يحمل الأبناء اسم أسرة الأم، بمعنى آخر يجوز أن ينسب الأبناء إلى الأم²⁰⁵. ويُطرح إشكال آخر عندما يختار الزوج اسم وتختار الزوجة اسما مغايرا لها، فأبي اسم سيحمله الأبناء، وهو اسم الزوج أم اسم الزوجة؟ إنه لا توجد إجابة عن هذا في الموثيق الدولية، وهذا خير دليل على عدم سلامة هذا الطرح. ورغم هذا فإن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تنتقد الآراء التي تعطي الأبناء اسم الأب عند تعذر الاتفاق، وهذا ما فعلته بشأن هولندا حيث جاء في تعليق لها أن: "اللجنة تعتقد أن القانون الجديد السائد في هولندا المتعلق بالأسماء يخالف المبدأ الأساسي للاتفاقية بشأن المساواة، خاصة من حيث أنه يمنح الأب القرار النهائي في إعطاء ابنه اسما عندما يتعذر الاتفاق بين الأبوين. ولذلك تطلب اللجنة من الحكومة العمل على جعل هذا القانون متوافقا مع الاتفاقية"²⁰⁶. فهل سيكون التوافق مع الاتفاقية بعدم إعطاء اسم للطفل؟

ذهب المشرع الجزائري إلى خلاف ما ذهب إليه الموثيق الدولية، حيث جاء في المادة 28 من القانون المدني أنه: "يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده"، فالاسم العائلي والذي يسميه المشرع الجزائري اللقب، هو اسم الزوج (لقبه) وهو الذي يتسمى به الأولاد.

ويكتسب الاسم العائلي بالنسب الذي هو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم، فينسب الوالد إلى أبيه، ويكتسب بالقانون عندما يختار ضابط الحالة المدنية اسم اللقيط للشخص المولود من أبوين مجهولين²⁰⁷، أولاديين ليس لهما اسم شخصي. أما اكتسابه بالزوجية فجرت العادة الغربية أن تحمل الزوجة لقب زوجها طبقا لقاعدة

204- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص101.

205- محمد حسن القاسمي، المرجع السابق، ص639.

206- أنظر، تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة السادسة والخمسون للجمعية العامة، ملحق رقم 37، 2001، وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/56/38، ص82.

207-Ahlam TABET DERRAZ et Farida HAMADI KADDOUS, abandon d'enfant et droit au nom, les cahiers de LADREN, laboratoire des droits de l'enfant, université d'Oran, 2008, n°1, p 202-203.

عرفية، ولا تفقد لقبها العائلي فيكون لها اسمان ولها الاختيار بينهما ، وجرى العرف على أن تفقد الزوجة لقب زوجها بالطلاق وأن تظل المرأة الأرملة محتفظة باسم زوجها إذا لم تتزوج بعد وفاته²⁰⁸.

أصدر المشرع الجزائري أمرا بتاريخ: 1966/10/14 نظم بموجبه شروط تكوين الحالة المدنية وتأسيسها من جديد واستثنى الأشخاص الذين ليست لهم ألقاب عائلية حيث جعلهم يستمرون في الاستفادة من التشريعات الصادرة في عهد الإحتلال وهذا من أجل اكتساب لقب عائلي إلى أن صدر في: 1976/02/20 الأمر رقم 07/76 الذي تضمن إجراءات جديدة لاكتساب اللقب العائلي وألغى جميع النصوص المخالفة له²⁰⁹.

ورغم أن قانون الحالة المدنية قد سمح بتغيير اللقب والإسم أوإضافة أوإكتساب لقب عائلي لعدم اللقب إلا أنه لم ينص على اكتساب الزوجة للقب جديد بعد زواجها، حتى وإن كانت مجهولة النسب، فلا تكتسب لقب زوجها.

أمر الإسلام بدعوة المولود إلى أبيه، فإن لم يعرف نسبه، ارتبط بالمجتمع بأخوة الدين، قال تعالى: "الدُّعْوَةُ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا"²¹⁰. وحرّم الإسلام على الإنسان أن ينسب إلى غير أهله²¹¹، **عن سعد رضي الله عنه** قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"²¹². كما حرّم الإسلام على المرأة أن تدخل في قوم من ليس منهم²¹³.

208- أنظر، محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص64-65.

209- أنظر، عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ج2، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص190-191.

210- سورة الأحزاب، الآية 05.

211- نصت المادة 40 من ق.أ على طرق مختلفة لإثبات النسب، وأشارت إلى أن نفي النسب يكون بالطرق المشروعة، هذه الأخيرة التي فسرتها المحكمة العليا بأنها اللعان، ويرى الدكتور تشوار جيلالي أنه تفسير تعسفي، حيث يقول: "ما كان على قضاة المحكمة العليا إلا أن ينتهجوا البساطة في تفسير هذه النصوص، وأن الشرع لم يكن أبدا ضد العلم النافع، بل حث عليه، ويعد الإجتهد بشأنه مسؤولية وواجبا في الوقت ذاته. وعليه فإن تأكيد حقيقة اللعان كوسيلة واحدة لنفي النسب، وترتيب على ذلك، امتناع القياس بين نظام القيافة والوسيلة العلمية الحديثة المتمثلة في A.D.N. ، فهي ليست بالمنهجية السليمة". أنظر، تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، العدد01، ص20.

212- رواه البخاري برقم 6766، باب من ادعى إلى غير أبيه، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج4، ص 244.

213- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص185.

فلقد وضع الفقه الإسلامي، نظرا لخطورة هذه المسألة، من الأحكام ما يكفل حماية الولد من الضياع، ويحظر اختلاط الأنساب، ويصون الأعراض، وتطبيقا لذلك يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره، وأبينة تقيمها الزوجة،... وجميع هذه المبادئ التي سطرها الفقه الإسلامي اعتنقتها أصلا قوانين الأسرة المغربية²¹⁴.

وتصبح المرأة بالزواج عضوا من عائلة زوجها، غير أنها تمتلك الحق في الاحتفاظ بإسمها. ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعالج نسب الطفل الناجم عن العلاقة غير الشرعية.

ثانيا: حق المرأة المتزوجة في الاحتفاظ باسمها

إذا كانت المواثيق الدولية قد أعطت للمرأة المتزوجة الحق في اختيار اسم الأسرة فإنها في الوقت ذاته أعطتها الحق في أن تحتفظ باسمها الأصلي (لقبها العائلي) ولا يجوز أن يفرض عليها اسم الزوج أو أي اسم آخر لا ترغب فيه، وقد جاء في المادة 1/16/ز، من اتفاقية السيداو أنه: "على الدول الأطراف أن تضمن نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة"، ويعتبر الاسم من الحقوق الشخصية.

وقد ذكرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أنه ينبغي على الدول أن تضمن حق كل من الزوجين في أن يحتفظ باستخدام اسمه العائلي الأصلي، أو الإشتراك على أساس المساواة في اختيار اسم جديد للأسرة²¹⁵.

إن اهتمام المواثيق الدولية بحق المرأة المتزوجة في الاحتفاظ باسمها مرده إلى الأعراف التي كانت سائدة في بعض الدول والتي تطلق اسم الزوج على الزوجة، بمجرد الزواج، بل وأحيانا تجبر على استعمال اسم زوجها.

لقد أعربت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة²¹⁶ عن قلقها من أن القانون المتعلق بجوازات السفر في جمايكا ينص على أنه: "لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تحتفظ باسمها إلا إذا كانت تصر على ذلك لأسباب مهنية وأن ملاحظة ستوضع في جواز سفرها في كلتا الحالتين بخصوص اسم زوجها وحقيقة كونها متزوجة"،

214- أنظر، تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، العدد 03، ص 05.

215- أنظر، التعليق العام رقم 28 للجنة المعنية بحقوق الإنسان، (المساواة في الحقوق بين الرجال والنساء)، اعتمده اللجنة في جلستها رقم 1834 (الدورة الثامنة والستون) المعقودة في 29 مارس 2000، وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/55/40.

216- أنظر، تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة السادسة والخمسون للجمعية العامة، ملحق رقم 37، 2001، وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/56/38، ص 28.

ودعت اللجنة الحكومة إلى أن تعمل على تغيير القانون المتعلق بجوازات السفر فيها ليصبح متمشيا مع المادة 01/16/ز، من اتفاقية السيداو.

ويرى "جون كاربونييه"²¹⁷ أن القضاء الفرنسي يعطي الزوجة الحق في المطالبة بالاحتفاظ باسمها العائلي الأصلي أو اكتساب اسم زوجها بالاتفاق معه حول ذلك لأن حمل الزوجة لقب زوجها لا يعد من الواجبات.

وليس في التشريع الجزائري ما يمنع الزوجة من الاحتفاظ باسمها العائلي، بل إن الأصل أن المرأة المتزوجة تبقى محتفظة بلقبها العائلي خلافا لما ذهب إليه الموثيق الدولية. لكن يرى بعض الفقه أنه في المقابل من حق الزوجة أن تحمل اسم زوجها وفقا لما جرت عليه العادة والعرف، وليس ذلك بواجب²¹⁸.

وأعطى الإسلام للزوجة الحق في الاحتفاظ باسمها قبل الزواج، فهذا الاسم من أهم وأبرز ما يميز الزوجة عن غيرها، فهو يشكل خاصية من خصائص شخصيتها لذلك، يجب عليها أن تحتفظ باسمها العائلي، وتمارس حياتها بهذا الاسم وتوقع به على الأوراق والوثائق في حياتها المدنية والتجارية وليس لأحد ولو كان زوجها أن يجبرها على تغيير اسمها أو استخدام اسم زوجها بدلا من اسمها العائلي²¹⁹.

ولقد ثبت في القرآن الكريم وفي سنة محمد صلى الله عليه وسلم أن النساء المتزوجات كن يحتفظن بأسمائهن العائلي، وقد كانت المرأة على عادة العرب تدعى إلى أبيها، أي يعرف نسبها بإضافة اسم أبيها، وذلك أن العرب لم تكن تستعمل الألقاب، وقد ذكر القرآن السيدة مريم ونسبها إلى أبيها، قال تعالى: "وَمَرْيَمَ ابْنَتْ عِمْرَانَ الَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا فَنَفَخْنَا فِيهِ مِنْ رُوحِنَا وَصَدَّقَتْ بِكَلِمَاتِ رَبِّهَا وَكُنْتِ مِنَ الْقَائِمِينَ"²²⁰، ولا تذكر المرأة مضافة إلى اسم الزوج إلا بتوضيح أنها زوجته، كقوله تعالى: "ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِلَّذِينَ كَفَرُوا امْرَأةً نُوحٍ وامْرَأةً لُوطٍ كَانَتَا تَحْتَ عَبْدَيْنِ مِنْ عِبَادِنَا صَالِحِينَ فَخَانَتَاهُمَا فَلَمْ يُغْنِيَا عَنْهُمَا مِنَ اللَّهِ شَيْئًا وَقِيلَ ادْخُلَا النَّارَ مَعَ الدَّاخِلِينَ"²²¹.

217- Jean CARBONNIER, Droit Civil, Tome 1, introduction, les personnes, PUF, Paris, 1985, pp. 296-297.

218- أنظر، تشوار حميدو زكية، الحق في الإسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، العدد 06، ص 147.

219- أنظر، جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، 2009، ص 98.

220- سورة التحريم، الآية 12.

221- سورة التحريم، الآية 10.

وإذا كان الإسلام لا يسمح للرجل أن يفرض لقبه على المرأة أو أن ينسبها إليه، فإنه في المقابل يسمح للمرأة وإن كانت متزوجة أن تتخذ كنية تعرف بها، فقد ثبت أنه لما استأذنت أم هانئ على النبي صلى الله عليه وسلم قال لها "من هذه" قالت: "أم هانئ بنت أبي طالب"²²²، فلم يكره ذكرها الكنية²²³.

لقد كرم الإسلام المرأة، فهي التي تربي الأجيال وترعاهم، وهذه مهمة نبيلة لا يمكن بأي حال اعتبارها من واجبات الخدمة داخل البيت. ولذلك فإن الحديث عن حق المرأة في تربية الأبناء يطرح في المقابل مسألة الخدمة داخل البيت، أهي واجب على المرأة أم حق لها؟

المطلب الثالث

حق المشاركة في تربية ورعاية الأبناء، ومسألة الخدمة داخل البيت

يعتبر الأولاد من أهم ثمار العلاقة الزوجية، وحيث أن الطفل يولد صفحة بيضاء، فإنه يحتاج إلى رعاية و عناية لازمة مستمرة إلى أن يبلغ أشده، ويقدر ما هي مسؤولية ملقاة على عاتق الوالدين، إلا أنها في الوقت ذاته تعتبر حقا لهما، إذ لا يمكن لأي أحد أن يمنع الأب أو الأم من أن يرعى أو ترعى ابنها.

إن الأصل أن الأسرة تقوم على التعاون بين الزوجين، فيتولى كليهما مسؤولية العناية بالأبناء، والتي هي في الوقت نفسه حق للأبناء، يضمن لهم حتى في حال تفكك أو اصر الأسرة في الطلاق أو الوفاة، فينبغي تربية الطفل تربية سليمة، وهذا يستلزم أن يكون ثابتا للأب وللأم حق تربية الأبناء ورعايتهم (الفرع الأول). وهناك مستلزمات تتبع حق التربية والرعاية (الفرع الثاني)، كما أن العناية بالصغار تتطلب ثبوت حق الولاية أو الوصاية عليهم (الفرع الثالث). غير أنه قد لا يوجد أبناء في كنف الزوجية، فيمكن للمرأة المتزوجة كفالة الأطفال (الفرع الرابع)، أو تبنيهم - إذا كان القانون يسمح بذلك - (الفرع الخامس).

الفرع الأول

حق تربية الأبناء ورعايتهم

إن مفهوم التربية حسب توصية المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم، هو تعلم الأشخاص ضمان التطور الكامل لشخصيتهم وكفاءاتهم وأوضاعهم ومعارفهم²²⁴.

222- رواه البخاري برقم 3171، باب أمان النساء وجوارهن، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج2، ص 411.
223- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج1، الطبعة الأولى، دار الإمام مالك، الجزائر، 2007، ص524.

لقد نصت المادة 4/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أنه "تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما... خلال قيام الزواج ولدى انحلاله"، فإذا كانت تربية الأبناء تكمن أثناء الزواج وبعد انحلاله، فإن حق العهد ذاته أنه: "يكون لكل ولد دون أي تمييز... حق على أسرته وعلى المجتمع وعلى الدولة في اتخاذ تدابير الحماية التي يقتضيها كونه قاصراً".

يلزم إعلان حقوق الطفل من خلال المبدأ العاشر منه²²⁵ أن: "يربى الطفل على روح التسامح والصدقة بين الشعوب والسلم والأخوة العالمية، وعلى الإدراك التام لموجب تكريس طاقته ومواهبه لخدمة إخوانه البشر".

ونصت المادة 1/18 من اتفاقية حقوق الطفل²²⁶ على أنه: "تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه، وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي".

إنه طبقاً للمادة 05 من اتفاقية السيداو، يتحتم "على الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير المناسبة لتحقيق الاعتراف بكون تنشئة الأطفال وتربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين". وهذا ما ذهبت إليه أيضاً المادة 1/16 ح من أنه تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة وتضمن بوجه خاص على أساس المساواة بين الرجل والمرأة... نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفها أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما.

إن التربية -حسب اتفاقية حقوق الطفل واتفاقية السيداو- تقوم على تقاسم الزوجين للحقوق والمسؤوليات الأبوية بالتساوي²²⁷. وحاولت اتفاقية السيداو محو العادات الشائعة التي تجعل من مهمة الرعاية وتربية الأبناء لصيقة بالأم، فقد ذكرت المادة 05 من الاتفاقية أنه: "ينبغي تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية

224- توصية حول التربية، صادرة عن المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم، بتاريخ: 1974/11/19.
225- إعلان حقوق الطفل، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة رقم: 1386 (د-14) المؤرخ في 1959/11/20.

226- اعتمدت اتفاقية حقوق الطفل وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 فبراير 1989، وتاريخ بدء نفاذها هو 02 سبتمبر 1990 وفقاً للمادة 49 منها. وقد صادقت عليها الجزائر؛ أنظر، المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة، مع التصريحات التفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل، الجريدة الرسمية، 23 ديسمبر 1992، عدد 91، ص 2318.
227- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 105.

لسلوك الرجل والمرأة بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية... أعلى أدوار نمطية للرجل والمرأة".

يطلب هذا البند الأول الأطراف بتعديل الأنماط الثقافية والاجتماعية والقضاء على الأدوار النمطية للمرأة، وهو لا يعطي تفسيراً لماهية الأدوار النمطية، إلا أن كثرة استخدام الاتفاقية لهذه العبارة في ديباجتها وفي اثنين من موادها، وتردد استخدام هذا اللفظ تسع مرات في تفسير الأمم المتحدة للاتفاقية، تبين أن الدور المقصود هنا هو دور الأم المتفرغة لرعاية أطفالها²²⁸.

وأفصحت توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة سنة 1992، عن مفهوم الدور النمطي للمرأة حيث جاء فيها: "في جميع المجتمعات كانت أنشطة المرأة التي تؤدي دورها التقليدي في الحياة الخاصة أو المنزلية تعتبر في منزلة أدنى منذ زمن طويل".

إن عملية تقسيم العمل بين الجنسين والتمييز بينهما تقوم على أساس أن يقوم الرجل بالمشاركة في كافة النشاطات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع ويبقى دور المرأة فقط محصوراً عند حدود الأسرة أي كونها زوجة وأما وربة بيت وما يعكسه ذلك من علاقة يحتل الرجل فيها القوة والسيادة وتظل المرأة الطرف التابع والخاضع²²⁹، وانطلاقاً من هذا المفهوم لاحظت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها سنة 1992 أن الكثير من الآباء لا يشاركون في مسؤولية رعاية أطفالهم ورعايتهم وإعالتهم إذا كانت الأمهات مطلقات أو يعشن منفصلات، ولاحظت اللجنة أن المرأة داخل الأسرة تلقى على عاتقها أعباءً مجحفة من العمل بسبب مسؤولياتها المتعلقة بالحمل وتربية الأطفال.

تلقي المواثيق الدولية على عاتق الرجل والمرأة بالتساوي مسؤولية تربية ورعاية الأبناء وتكون التربية بتزويد الأبناء كل ما يحتاجونه للانطلاق في الحياة من تعليم وتنقيف وتدريب وغيرها، كما أن الرعاية ينبغي أن تشمل حماية الأطفال من أي خطر أو سوء العناية بهم جسداً وروحاً²³⁰، بما في ذلك الرعاية الصحية والرعاية الأخلاقية.

228- نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2006، ص212.

229- ليلي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 138.

230- Yakout AKROUNE, op, cit, p80.

لقد نص المشرع الجزائري على حق الزوجة في رعاية وتربية الأبناء في قانون الأسرة في الفصل الرابع تحت عنوان حقوق وواجبات الزوجين، رغم أنه أشار إليه على سبيل الواجب لا الحق، فذكرت المادة 36 ق.أ، أنه "يجب على الزوجين ... التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم".

إذن لم يكتف المشرع الجزائري بإيجاب التربية بل تطلبها أن تكون حسنة.

إن التربية الحسنة والعناية بالأولاد حق للآباء والأمهات، لذلك وجه الله تعالى الوالدين إلى تعهد أولادهما بالرعاية والعناية بهم والإحسان إليهم وتربيتهم على الآداب الفاضلة والأخلاق الكريمة وتنشئتهم تنشئة إسلامية صحيحة. والمقصود بالتربية الحسنة في الإسلام في التربية المتفقة مع المنهج الإسلامي وأهدافه في صياغة الشخصية المسلمة، فيجب على الوالدين الاعتناء بأبنائهم وأن يؤدبهم بآداب التربية الإسلامية وأخلاقها، وأن يعلمهم ما هو ضروري وما يتناسب مع العصر²³¹. وتبدأ مسؤولية الأسرة في هذا المجال قبل تكوين الجنين بحيث اختيار كل من الزوجين للآخر وتستمر حتى بلوغ الأطفال رشدهم واستقلالهم بالمسؤولية الدينية والقانونية²³².

وفي حالة انفصال الزوجين، فإن المشرع الجزائري أوكل أمر التربية والرعاية إلى من تسند له الحضانة، وهذا ما عبرت عنه المادة 62 ق.أ من أن: "الحضانة هي رعاية الولد تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، وتسند الحضانة ابتداء حسب المادة 64 إلى الأم، ويلاحظ أن إسناد الحضانة إلى الأم لتقوم بالتربية والرعاية وحدها دون مشاركة الأب، يخالف ما جاءت به الاتفاقيات الدولية، وينتهك مبدأ المساواة، لكن الأظهر والأصح هو موقف المشرع الجزائري، لأنه في حال انتهاء العلاقة الزوجية لا يمكن تصور مشاركة الأب في تربية الأبناء وهو قد أصبح يعيش بعيدا عن المرأة التي كانت له زوجة والتي تحتفظ بالأبناء، وربما هذا يُفسر على أن الموثيق الدولية التي تطلب المساواة في التربية والرعاية للأبناء بعد انتهاء الزواج تنطلق من كون الزواج في الغرب يمكن أن ينتهي بالانفصال الجسماني أي دون طلاق مع بقاء الزوجين يعيشان مع بعضهما، فضلا عن اعتماد الحضانة المتناوبة²³³.

231- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 73-74.

232- رشدي شحاتة أبو زيد، العنف...، المرجع السابق، ص 348.

233- يقصد بالحضانة المتناوبة أن يمكث الأبناء عند الأب ثلاثة أيام، وعند الأم أربعة أيام، أو العكس.

وقرن المشرع الأسري حق الحضانة بحق الزيارة، هذا الأخير الذي يمكن الأب من المشاركة في العناية بالأبناء عن طريق مراقبة تربيتهم. كما له حق تأديبهم والتماس المراضع لهم، مع مراعاة مصلحة المحضون.

الفرع الثاني

مستلزمات حق التربية والرعاية

إذا كانت المواثيق الدولية قد ذكرت حق الزوجة في تربية ورعاية أبنائها، فإنها لم تتطرق لتفاصيل هذه الرعاية، وكذلك فعل المشرع الجزائري الذي أشار إلى التربية الحسنة. ورغم أن رعاية الأبناء تستلزم العديد من الأمور، كالتغذية والتعليم وحفظ الصحة، التربية الخلقية، والرضاع، ونظرا لأن الموضوع واسع، سأقتصر في البحث على حقي الرضاع والتأديب.

أولا: حق الرضاع

كان المشرع الجزائري ينص في المادة 39 ق.أ، قبل إلغائها على أنه: "يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم". ورغم أن هذا النص لم يشر إلى أن الرضاعة حق للأم واعتبرها واجبا مغلبا مصلحة الطفل إلا أنه ألغي، وليس هناك أي مبرر لإلغائه، إلا إذا كان الأمر يتعلق بعدم إيجاب الإرضاع على الأم حسب الرأي الفقهي المعروف.

جعل الإسلام رعاية الطفل، وضمنا مؤونة إرضاعه على ذمة المولود له، فعلى الأب أن يستأجر له مرضعة لترضعه، وعلّة عدم إيجاب الرضاع على الأم أن الأم ربما تعجز عن إرضاع الطفل لمرضها أو ضعفها وعدم كفاية لبنها، فلا معنى في إيجاب الإرضاع على نمتها، وربما تترفع الأم عن الإرضاع تجنباً عن التعب، ولهذا فإن الحكمة تقتضي عدم الإيجاب وترك الأمر إلى حريتها، مع أنها تتطوع عند استطاعتها للإرضاع²³⁴.

قال تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ

234- مبشر الطرازي الحسيني، المرجع السابق، ص45.

ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ²³⁵.

قال وهبة الزحيلي²³⁶: "اتفق الفقهاء على أن الرضاعة واجبة على الأم ديانة تسأل عنها أمام الله تعالى حفاظا على حياة الولد، واختلفوا في وجوبها عليها قضاء. غير أنهم اتفقوا على وجوب الإرضاع على الأم قضاء في ثلاث حالات، أولها ألا يقبل الطفل الرضاع إلا من ثدي أمه، وثانيها ألا توجد مرضعة أخرى سواها، وثالثها إذا عدم الأب لاختصاصها به أولم يوجد لأبيه ولا للولد مال".

قال المالكية لا تجبر المرأة على الإرضاع إذا كانت شريفة لثراء أو حسب ولا يجب الإرضاع أيضا على المطلقة طلاقا بائنا²³⁷، لقوله تعالى: «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن».

إن الأم أقرب الناس إلى وليدها، ولبنها أفضل غذاء له مما عدها²³⁸، لأنه يلائم جسمه الذي يتغذى به دما وهو جنين في بطنها²³⁹. لكن مع ذلك يمكن أن تحفظ حياته بغير حليب أمه. وفي هذا يقول الدكتور عبد القادر داودي²⁴⁰: "لقد تغيرت العادة في أكثر المجتمعات المعاصرة، حيث أصبحت أغلب النساء يعزفن عن إرضاع أولادهن بالحليب الإصطناعي. وبالتالي لا يكون الإرضاع واجبا في حق الأم متى امتنعت عنه لسبب من الأسباب مادام الحليب الإصطناعي يفي بالغرض وهو حفظ حياة الطفل،... ولذلك فإن كثيرا من أحكام الرضاع التي تناولها الفقهاء سابقا قابلة للمناقشة والتغيير".

ثانيا: حق التأديب

للمرأة المتزوجة حق تأديب أولادها، ويعتبر التأديب جزء من مقتضيات التربية، ولا يمكن للزوج أن يمنعها من ذلك. وقد قال صلى الله عليه وسلم: "أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم"²⁴¹، كما قال أيضا صلى الله عليه وسلم مشيرا إلى بعض طرق التربية: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع".

235- سورة البقرة، الآية 233.

236- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص698-699.

237- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج2، ص56.

238- Nabil ABDEL-SALAM HAROUN, op, cit, p37.

239- أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص520-521.

240- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 203

241- رواه أبو داود برقم 495، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج1، ص 239.

والطفل إذا ثبت انحرافه أو أصبح سيء السلوك ومارقا من سلطة أبيه وأمه وجب تقويمه، وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية تأديب الوالدين لأبنائهم من أسباب الإباحة²⁴².

إن العقاب بسبب ممارسة حق التأديب، لا يمكن قبوله إلا بشأن العنف أو التعدي البسيط والذي لا يؤدي إلى أي عجز في العمل، ويعترف القضاء بحق التأديب بشرط عدم تجاوز حدود هذا الحق، ومن الأشخاص الذين يملكون حق التأديب هم الأب والأم²⁴³. ولذلك يثبت لهما حق الولاية والوصاية على الأبناء.

الفرع الثالث

حق الولاية والوصاية على الأبناء

ورد في إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967، في المادة 2/6 ج، منه أنه: "ينبغي أن تتخذ جميع التدابير وخاصة التشريعية منها من أجل أن يترتب للوالدين وعليهما حقوق وواجبات متساوية في الشؤون المتعلقة بأولادهما".

ومن شؤون الأبناء داخل الأسرة نظام الولاية والوصاية وما يشبههما من أنظمة لحفظ الطفل، وهي حق للأب والأم، وواجب عليهما أيضا، وقد نصت المادة 1/16 د، من اتفاقية السيداو على أن: "للرأة على أساس المساواة مع الرجل نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول".

لم تبيّن الاتفاقية المقصود بمفاهيم الوصاية والولاية والقوامة ولم تحصرها في شكل معين، بل إنها لم تشترط وجودها، بل اشترطت المساواة عند وجوبها. وفي سبيل هذه المساواة جاء في توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة رقم 21 لسنة 1992، أن كثيرا من الدول الأطراف تنص على حقوق ومسؤوليات الزوجين اعتمادا على تطبيق مبادئ القانون العام أو القانون الديني أو العرفي بدلا من التقيد بالمبادئ الواردة في الاتفاقية، ولهذه التفاوتات عواقب تقيد حقوق المرأة في تساوي المركز والمسؤولية داخل الزواج، فينبغي للدولة انفاذ الحقوق

242- أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص 527.

243- أنظر، بن شيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 68-69.

والمسؤوليات المشتركة المنصوص عليها في الاتفاقية من خلال المفاهيم القانونية المتصلة بالولاية والقوامة والوصاية والتبني، وينبغي للدول أن تكفل المساواة بين الوالدين في الحقوق والمسؤوليات تجاه أطفالهما.

إذا كان القانون الدولي يمنح المرأة المتزوجة نفس الحق في القوامة والوصاية والولاية على الأولاد فإن الإسلام يجعل القوامة للرجل وليست للمرأة، وأن الأب هو الولي الطبيعي على أولاده الصغار، وعند وفاته يحق للأُم أن تكون وصية عليهم بموجب قرار من السلطة المختصة، كما يحق لأقارب الزوج المتوفى القيام بهذه الوصاية إذا كان ذلك في مصلحة الصغار²⁴⁴.

ومع أن المرأة لها مقام "مساعدة الرئيس" عند وجود الرجل، ومقام "رئيسة العائلة" في غيابه، فإنها في المقامين تقوم بإدارة الحياة وشؤونها، ولا سيما بتربية الأولاد كمدرسة أولى، وبهذا تقوم بخدمة المجتمع بتقديمها إليه رجالا صالحين في جميع الشؤون الدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية²⁴⁵.

إن الأسرة مؤسسة مكونة من زوجين، فالإسلام أعطى مسؤولية القوامة للرجل، فقوامة الرجال ليست استبدادا، بل هي مسؤولية وتكليف²⁴⁶.

ومع ذلك فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة القوامة، والمادة الوحيدة التي كانت نتناول ذلك هي المادة 39 ق.أ، وقد تم إلغاؤها²⁴⁷ من أجل تحقيق المساواة بين الزوجين.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينظم مسألة القوامة، والتي يرجع بشأنها إلى الشريعة الإسلامية، فإنه في المقابل نظم كل من الولاية والوصاية والتقديم فقد جاء في المادة 87 ق.أ، أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. فالمشرع يمنح الأب الولاية على أولاده ولا يشرك الأم في ذلك، ولا تكتسب هذا الحق إلا بعد وفاة الأب فتنتقل الولاية لها بحكم القانون، وأشار المشرع إلى مفهوم الولاية ومهمة الولي في المادة 81 ق.أ، من أنها النيابة القانونية عن القصر من الأولاد بما في ذلك التصرف في أموال القاصر طبقا للمادة 88 ق.أ.

244- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص240.

245- مبشر الطرازي الحسيني، المرجع السابق، ص41.

246- أنظر، أمانة نصر، دراسة تحليلية بين الشريعة وبنود الوثيقة (السيداو): رؤية لمدى ملاءمة الاتفاقية مع الثوابت الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2011/2010، عدد خاص، ص1520.

247- كانت هذه المادة تنص على أن الزوج رئيس العائلة، فيجب على الزوجة طاعته ومراعاته باعتباره كذلك.

ثم أن المشرع منح للمرأة المتزوجة باعتبارها أما حق الولاية في حياة الأب وقيدها بشروط، منها أن يغيب الأب أو يحصل له مانع، وأن يتعلق الأمر بالولاية بأمر مستعجلة متعلقة بالأولاد، ولم يبين المشرع معيار الأمور المستعجلة، كما لم يبين هل المرأة في حاجة إلى إذن قضائي أم أنها تمارس هذه المهمة تلقائياً في غيبة الأب مادياً ومعنوياً.

وجاء في الفقرة الثالثة من المادة 87 ق.أ، أنه في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، فقد ربط المشرع بين الولاية على الطفل وبين الحضانة وجمع بينهما مع أن الغرض منهما مختلف، وليس هناك تلازم بين الحضانة وبين الولاية على النفس وعلى المال، وما دامت أن الأم هي الأولى بالحضانة فمعنى هذا أن الولاية على الأولاد المحضونين توّول إلى الأم طوال فترة الحضانة ولو في حياة أبيهم²⁴⁸، وهذا يطرح إشكالا وهو: هل للأب ولاية على أولاده المحضونين أم لا؟

إن المتأمل في موقف المشرع الجزائري يلاحظ أنه أعطى الولاية للأب عند قيام الحياة الزوجية ثم منحها للأم عند غياب الأب وعند انتهاء الحياة الزوجية بالوفاة أو بالطلاق، وهو نوع من التوازن يهدف إلى المساواة بين الرجل والمرأة أدخله المشرع على المادة 87 ق.أ، بعد تعديلها إذ لم تكن تنص من قبل على ولاية المرأة (الأم).

أما الوصاية فقد أكد المشرع في المادة 95 ق.أ، أن للوصي نفس سلطات الولي في التصرف وفقا للقانون، والوصي حسب المادة 92 ق.أ، يتم تعيينه من قبل الأب أو الجد ليشرف على الأولاد القصر إذا لم تكن لهم أم، وأثبت أنها غير أهل لذلك قانونا. وللقاضي طبقا لنص المادة 94 ق.أ، حق تثبيت الوصاية أو رفضها، ولم يعط المشرع للمرأة الحق في أن تعهد بالوصاية إلى أحد باعتبار أنه قصر ذلك على الأب والجد، وأن كان هذا مقبولا عند انعدام الأم، فكيف الحال إذا كانت الأم هي من يتولى الولاية بعد وفاة الأب هل يحق لها أن تعين وصي؟ الإجابة طبعا: لا، وفقا لما جاء في القانون، وهذا يعتبر تمييزا في منظور المواثيق الدولية.

إذا مات الأب تنتقل الولاية إلى الأم وإذا لم توجد تنتقل إلى الوصي، لكن إذا انعدم الولي أبا كان أو أمًا، وانعدم الوصي فإن الأبناء لن يضيعوا، فقد جاء في المادة 99 ق.أ، أن المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، وجاء في المادة 100 ق.أ، أن المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.

ويستفيد الكافل أيضا من الولاية القانونية على المكفول، شأنه في ذلك شأن الأب. ويمكن للمرأة قانونا أن تكون كافلا، إذ يثبت لها حق الكفالة.

الفرع الرابع

حق كفالة الأبناء

لم تذكر المادة 16 من اتفاقية السيداو حق الكفالة، ولكنها أشارت إليه ضمنا من خلال عبارة "الوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني" وطالما أن الكفالة موجودة في التشريع الوطني الجزائري، فهي تعتبر بين الحقوق التي تكفلها المواثيق الدولية للمرأة على قدم المساواة مع الرجل.

وتم ذكر حق الكفالة صراحة في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، حيث جاء في المادة 3/20 أنه: "يمكن أن تشمل الرعاية في جملة أمور، الحضانه، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي" ورغم أن الاتفاقية أشارت إلى الكفالة باعتبارها من حقوق الطفل إلا أن هذا لا ينفي أنها في الوقت ذاته حق للكافل بما في ذلك المرأة المتزوجة.

توسعت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في وجوب تحريم المعاملة التمييزية بين الزوجين، حيث شددت على حقيقة أنه لكي تفي الدول الأطراف بواجبها يجب عليها أن تكفل انطواء النظام الخاص بالزواج على حقوق والتزامات متساوية لكلا الزوجين فيما يخص الوصاية على الأطفال ورعايتهم²⁴⁹.

إذن تعتبر الكفالة نظام إسلامي خالص بامتياز، ويشمل هذا النظام عدة فئات كالأيتام، واللقطاء، وذوي الاحتياجات الخاصة والمحرومين من بيتهم العائلية وتستند كفالة هذه الفئات وغيرهم من سائر الأطفال ورعايتهم الاجتماعية في الإسلام إلى نصوص شرعية عديدة²⁵⁰. ولا عجب إذا حدث الدين على رعاية المستضعفين وإيواء الأيتام، وترقيق القلوب لهم وإرصاد الأموال لمساعدتهم²⁵¹.

249- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص103.

250- أنظر، لعسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص294.

251- أنظر، محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الرائدة والواعدة، الطبعة الأولى، دار الهناء، الجزائر، 2009، ص207.

استمد المشرع الجزائري نظام الكفالة من التشريع الإسلامي²⁵² وقننه في مواد قانون الأسرة من 116 إلى 125 تحت عنوان الكفالة في الفصل السابع، وقد عرّف المشرع الكفالة في المادة 116 ق.أ، على أنها: "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنيه وتتم بعقد شرعي".

ويلاحظ من نص المادة المذكورة أن المشرع ابتداء جعل الكفالة على وجه التبرع أي أن تكون دون مقابل مالي، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في الفقرة د من المادة 21 منها من أنه: "تتخذ جميع التدابير المناسبة كي تضمن بالنسبة للتبني في بلد آخر أن عملية التبني لا تعود على أولئك المشاركين فيها بكسب مالي غير مشروع"، وإن كان النص يتحدث عن التبني إلا أن الكفالة تلحق به استنادا إلى نص المادة 3/16 من ذات الاتفاقية.

إن فرض التبرع في حق الكفالة هو من باب تفادي التلاعب بمصير الأطفال في مقابل الحصول على امتيازات مالية، وهنا يثور التساؤل حول حكم أخذ مال في مقابل الكفالة، فالمعلوم أن الرضاعة من مسائل الكفالة، وأجر الرضاعة واجب على أب الطفل في الشريعة الإسلامية، وإذا عدم الأب وكان فقيرا غير قادر على دفع الأجرة، أخذت من مال الصبي إن كان له مال²⁵³، فهل تصح الأجرة على الرضاع دون سواه من متطلبات الكفالة.

اشتراط المشرع أن تكون الكفالة بعقد شرعي ووضح ذلك في المادة 117 ق.أ، من أنه: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان"، كما اشتراط المشرع أن يكون الكافل مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته.

تكون الكفالة على صغير معلوم أو مجهول النسب²⁵⁴، فإن كان معلوم النسب فيحتفظ المكفول بنسبه، أما إن كان الولد مجهول النسب فتطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية، أي تسوية وضعيته الإدارية بمنحه الاسم واللقب العائلي، وهي ضرورة اقتضتها الحياة في المجتمع، لأن كل إنسان لا بد له من اسم يميزه عن غيره، وهو أحد أهم صفات الشخصية بالنسبة للإنسان²⁵⁵.

252- Nadia YOUNSI HADDAD, La kafala en droit algérien, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit et des sciences administratives, Ben Aknoun, Université d'Alger, 1999, n° 4, p12.

253- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص202.

254- Nadia YOUNSI HADDAD, op, cit, p.17.

255- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 248.

جاء المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في: 13/01/1992 المتعلق بتغيير اللقب الذي يعدل المرسوم رقم 157/71 المؤرخ في: 03/06/1971، ونص في المادة الأولى منه على أنه يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائده، وذلك قصد مطابقة لقب الولد بلقب الكافل.

إن المرسوم التنفيذي يخالف المواد 46 و 120 ق.أ والمادة 64 من قانون الحالة المدنية، وأن تعديل أي قانون لا بد أن يكون بقانون آخر مساو له في الدرجة²⁵⁶. أما اللقيط الذي لا يعرف أمه فليس لحاضنته أن تنسبه إليها²⁵⁷. أما كفالة اللقيط أو مجهول النسب فهي جائزة بموافقة الجهة المختصة، غير أنه لا يثبت بالكفالة نسب²⁵⁸.

وتثبت الكفالة كحق للمرأة في قانون الأسرة، لأن المشرع استعمل لفظ الكافل مما يدل على أن الكافل اسم يصح أن يطلق على الرجل كما يطلق على المرأة، وإذا ثبتت لها الكفالة فإنها تثبت لها طبقا لنص المادة 121 ق.أ، الولاية القانونية أيضا²⁵⁹، وفي حال وفاتها تنتقل الكفالة إلى ورثتها إن التزموا بها، أما إذا طلب أبوي الولد المكفول أو أحدهما عودته إلى ولايتهما فيختر إذا بلغ سن التمييز، وإذا لم يبلغ فلا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.

إن الكفالة وإن كانت كافية للعناية بالطفل، إلا أن المواثيق الدولية لا تزال تولي أهمية بالغة لنظام التبني، هذا الذي أصبحت له صبغة دولية، إضافة إلى صبغته المحلية في بعض الدول.

256- أنظر، تشوار جيلالي، تغيير اللقب في ضوء الصلاحيات الدستورية للسلطين التشريعية والتنفيذية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2004، العدد 2، ص 11-12؛ تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم...، المرجع السابق، ص 150.

257- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص 532.

258- محمدي زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي رقم 24/92 مع أحكام الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، 2000، العدد 2، ص 75-76.

259- تقول الأستاذة بولنوار عزمو مليكة: "مبدئيا عند سكوت المشرع، لا يوجد مجال للقول بأن الكفيل يجب أن يكون من أحد الجنسين،... والكفيل يمارس الولاية على المكفول". أنظر،

Malika BOULNOUAR AZZMOU, Recueil légal (Kafala) et adoption dans le code de la famille algérien, les cahiers de LADREN, no 1, laboratoire des droits de l'enfant, Université d'Oran, 2008, p.14.

الفرع الخامس

حق التبني الوطني والدولي للأطفال

ورد ذكر التبني إلى جانب الحضانة والكفالة في اتفاقية حقوق الطفل ضمن الرعاية التي ينبغي أن يحظى بها الطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية، واكتفت الاتفاقية بالإشارة إلى أن الكفالة واردة في القانون الإسلامي دون تفصيل لشروطها، في حين وضعت ضوابط للتبني والذي هو حق للطفل وحق للمرأة أيضا.

يمكن للمرأة أن تقوم بتبني طفل إذا كانت دولتها تجيز ذلك أو تقره، وقد جاء في المادة 21 من اتفاقية حقوق الطفل أنه: «تضمن الدول التي تقر أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول»، وواضح من هذه الفقرة أنها لا تفرض نظام التبني على الدول، إنما الأمر متعلق بالقانون الداخلي لكل دولة، لكن في حال إذا ما أقرت الدولة نظام التبني أو أجازته، فإنها طبقا للمادة المذكورة تكون ملزمة بمجموعة من الضمانات وهي الضمانات التي تتعارض مع قانون الأسرة الذي لا تجيز التبني.

أولاً: التزامات الدول اتجاه نظام التبني

جاء في الفقرة من المادة 21 من اتفاقية حقوق الطفل أنه تضمن الدول ألا تصرح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة التي تحدد وفقا للقوانين، والإجراءات المعمول بها، وعلى أساس كل المعلومات ذات الصلة الموثوق بها أن التبني جائز نظرا لحالة الطفل فيما يتعلق بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين وأن الأشخاص المعنيين، عند الاقتضاء قد أعطوا عن علم موافقتهم على التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من المشورة.

وطبقا للفقرة ب من المادة 21 آنفة الذكر "تعترف الدول بأن التبني في بلد آخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل، إذا تعذرت إقامة الطفل لدى أسرة حاضنة أو متبنية أو إذا تعذرت العناية بأي طريقة ملائمة في وطنه". فحسب الاتفاقية لا يكفي إجازة التبني داخليا، إنما يجب الاعتراف به خارجيا أيضا بحيث يكون ممكن للطفل أن يُتبنى في دولة غير دولته باعتراف من دولته، وهذا تبني دولي.

وأكدت الفقرة ج أنه تضمن الدول بالنسبة للتبني في بلد آخر أن يستفيد الطفل من ضمانات ومعايير تعادل تلك القائمة فيما يتعلق بالتبني الوطني. وفي مقابل ذلك تتخذ هذه الدول جميع التدابير المناسبة كي تضمن بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن هذه العملية لا تعود على أولئك المشاركين فيها بكسب مال غير مشروع. أشارت الفقرة هـ من المادة 21 إلى إمكانية لجوء الدول إلى اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أو عقد ترتيبات لضمان أن يكون تبني الأطفال وفق جهات مختصة.

ثانياً: منع التبني قانوناً وشرعاً

إن الاتفاقيات الدولية تعطي للدول الحرية في منع التبني أو إجازته، لكن ينبغي أن يكون المنع مصاحباً بنظام آخر لرعاية الأطفال كنظام الكفالة، ولقد جاء في المادة 46 ق.أ، أنه: "يمنع التبني شرعاً وقانوناً". إن التبني هو بأن يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به، ومع ذلك يتخذه ولداً له ويعطيه اسم والملاحظ أن جل التشريعات العربية تحرم التبني بشكل صريح، وخرج على هذه القاعدة المشرع التونسي الذي أجاز التبني²⁶⁰.

وأصل منع التبني في قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية، بنص صريح الآية، لقوله تعالى: "وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا"²⁶¹.

ويختلف التبني عن الإقرار بالبنوة، فمن أقرّ لمجهول النسب أنه ابنه فقد اعترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية وأنه خلُق من مائه سواء كان صادقاً في الواقع أم كاذباً، وعليه تثبت له جميع أحكام البنوة شرعاً وإن كان كاذباً في الواقع فعليه إثم كذبه، أما التبني فهو إلحاق شخص معروف النسب أو إستلحاق مجهول النسب إلى رجل غريب مع اعترافه واعتقاده بأنه ليس ابناً بأي وجه من وجوه إثبات النسب ويتخذه ولداً له، فالتبني كذب صريح²⁶².

260- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 250.

261- سورة الأحزاب، الآية 4-5.

262- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 196.

يرى بعض الفقه أن الأخذ بالتبني مهما كانت متطلبات الواقع المعاش والتطورات الاجتماعية الطارئة، ما هو إلا اعتراف بل انحراف، يقوم على تزييف شخصية الطفل المتبني من جهة، وعلى تشجيع العلاقات غير الشرعية بين الرجل والمرأة من جهة أخرى²⁶³.

جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني، فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا. وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبني، قد أخطأوا في تطبيق القانون، ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب"²⁶⁴.

لقد أثبت الواقع الاجتماعي أن التبني وسيلة للفساد والاضطراب لعدم قيام حرمة المصاهرة بين الطفل ومن تبناه، فضلا عن إثارة الأحقاد والضغائن بين أفراد الأسرة الواحدة إذ ينازع الطفل المتبني (وهو وارث غير شرعي)، ورثة المتبني الشرعيين بغير حق مما يؤدي لا محالة إلى الكيد والتنازع، وحرمان الورثة²⁶⁵، وهذا ما يستتف من قرار المحكمة العليا.

إن تربية أبناء الصلب أو أبناء الكفالة أو التبني يحتاج إلى جهد من قبل المرأة، فالمرأة المتزوجة بقدر ما ثبت لها من حقوق اليوم، قد أثقل كاهلها أيضا بالواجبات. لذلك تطرح إشكالية مفادها: هل من حق المرأة أن تُخدم، أم أنها تكون خادمة لزوجها لأن له القوامة عليها؟

263- تشوار الحيلالي، تغيير اللقب...، المرجع السابق، ص20.

264- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1994/06/28، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص155. وفي فرنسا يمنح لكل طفل نسب مهما كانت وضعية أبيه، وتلجأ الأمهات اللواتي يتخلى عنهن الآباء بعد انجاب الأطفال خارج العلاقة المؤطرة إلى الإعتماد على الوسائل العلمية الحديثة لإثبات نسب الطفل بغية الحصول على نفقة من أبيه. أنظر،

Jean HAUSER, La protection personnelle et patrimoniale de l'enfant de parents divorcés ou séparés en droit français, dans: «la protection juridique et sociale de l'enfant», Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, Etablissement Bruylant, Bruxelles, 1993, p.362.

265- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص524.

المطلب الرابع

حق المرأة في أن تُخدم ومسألة القوامة

يتحدث الكثير من الكتاب في مؤلفاتهم عن خدمة البيت باعتبارها واجب على المرأة، وقلّما وجدنا كاتباً يذكر أن خدمة البيت حق للمرأة، وإن كان هذا راجع في جزء منه للأعراف السائدة في المجتمع وفي جزء آخر لاختلاف الآراء الفقهية، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار الرأي القائل بوجوب أن يوفر الزوج لزوجته خادماً (الفرع الأول)، وكلما ذُكرت الخدمة في البيت برزت إلى الوجود مسألة القوامة (الفرع الثاني). وكثيراً ما عابت لجان حقوق الإنسان وحقوق المرأة على العديد من التشريعات الداخلية أنها تمنح القوامة للرجل دون المرأة أو تجعل منه رئيساً للعائلة وهذا تمييز بحسبهم ينبغي إزالته، غير أن هناك أسباب لقوامة الرجل على المرأة (الفرع الثالث). وإلى جانب القوامة تطرح مسألة طاعة الزوج (الفرع الرابع)، وما إن كان يملك تأديب زوجته بالضرب؟ (الفرع الخامس).

الفرع الأول

حق المرأة في الخادم

حرصت المواثيق الدولية على المساواة بين الزوج والزوجة في كل الأمور المتعلقة بالزواج، بما في ذلك الخدمة داخل البيت، وهاجمت قيام المرأة بالخدمة لزوجها وأولادها باعتبار هذه الخدمة تشكل دور نمطي يؤدي إلى التمييز ضد المرأة، وبالتالي وجب القضاء عليه، وعلى هذا الأساس تكون الخدمة داخل البيت وفقاً لهذه المفاهيم متنافسة بين الزوج والزوجة.

أما المشرع الجزائري فلم يشر إلى الخدمة داخل البيت، وبالتالي يرجع هذا إلى الشريعة الإسلامية، ورغم أن المعلوم لدى عوام الناس أن الزوجة يجب عليها خدمة زوجها داخل البيت، نظراً لشيوع العرف بذلك إلا أنني أريد أن أوضح رأي فقهي معتمد لا يوجب الخدمة على المرأة، وفي المقابل يعطيها الحق في أن يكون لها خادم يخدمها وأهل بيتها، دون أن أنسى رأي آخر معارض يوجب الخدمة على المرأة.

أولاً: إثبات حق المرأة في أن تُخدم

يذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا حق للزوج على زوجته في خدمة البيت والقيام بشؤونه وفي خدمة

الزوج والقيام بحاجاته، إلا أن تقوم بها مختارة دون إجبار ولا إلزام عليها²⁶⁶، أي ليس واجبا عليها الخدمة، ومن حقها أن تخدم.

جاء في "الشرح الكبير" في فقه المالكية أنه يجب على الزوج إيدام أهله بأن يكون الزوج ذا سعة، وهي ذات قدر ليس شأنها الخدمة، أو هو ذا قدر تترى خدمة زوجته به، فإنها أهل للإيدام بهذا المعنى، فيجب عليه أن يأتي لها بخادم²⁶⁷. وكذلك الشأن نفسه في مذهب الحنفية، حيث قال الإمام الكاساني: ولو جاء الزوج بطعام يحتاج إلى الطبخ والخبز، فأبت المرأة الطبخ والخبز لا تجبر على ذلك، ويؤمر الزوج أن يأتي لها بطعام مهياً، وذكر الفقيه أبو الليث أن هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ أو كانت من بنات الأشراف، فأما إن كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم نفسها تجبر على ذلك²⁶⁸.

وذكر في "المهذب" في فقه الشافعية أنه لا يجب على الزوجة خدمة زوجها في الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدم، لأن المعقود عليها من جهتها هو الاستمتاع، فلا يلزمها سواه²⁶⁹.

وقال الحنابلة فيما نص عليه أحمد أنه ليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه، ككنس الدار وملء الماء من البئر، لأن المعقود عليها من جهتها هو الاستمتاع²⁷⁰. وقال الإمام ابن حزم الظاهري أنه ليس على الزوج أن ينفق على خادم زوجته ولو أنه ابن خليفة وهي بنت خليفة، إنما عليه أن يقوم لها بمن يأتيها بالطعام والماء مهياً ممكناً للأكل كل غدوة وعشية، وبمن يكفيها جميع العمل من الكنس والفرش²⁷¹.

وعليه فالفقه الإسلامي أعطى الحق للمرأة في أن تخدم حتى وإن كان ذلك مقروناً بشرط، إلا أن هذا ما كانت لتجده في المواثيق الدولية ولو بعد حين.

ثانياً: إيجاب خدمة البيت على الزوجة

إن القول بوجود الخدمة على المرأة قد قال به بعض الفقهاء، ويعتبر هذا الرأي أيضاً استثناء موجود

266- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج7، ص302.

267- أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، ج2، دار الكتب المصرية، دون تاريخ النشر، ص510-511.

268- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص24.

269- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج1، دار الكتب العلمية، لبنان، دون تاريخ النشر، ص581.

270- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص21.

271- ابن حزم الظاهري، المحلى، المرجع السابق، ج10، ص90.

عند بعض فقهاء المذاهب عند توفر شروط معينة، فقد ذهب الحنفية إلى أن أعمال البيت وإن لم تكن واجبة على الزوجة قضاء، فإنها واجبة عليها ديانة²⁷². وقال المالكية تجب عليها الخدمة إذ لم تكن أهلاً للإخدام، وإذا كانت أهلاً والزوج فقير فعليها الخدمة الباطنة ولو غنية ذات قدر، ولا تخدم ضيوفه فيما يظهر²⁷³.

قال الحنابلة، الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به لأنه من العادة ولا تنتظم المعيشة بدونه ولا تصلح الحال إلا به²⁷⁴.

وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية إلى أنه يجب على المرأة خدمة زوجها بالمعروف من مثلها لمثلها، وابتنوع ذلك بتنوع الأحوال²⁷⁵.

ولقد استدل الفقهاء في وجوب الخدمة على المرأة بأدلة منها حديث فاطمة وحديث أسماء²⁷⁶، وقال ابن القيم²⁷⁷ في حديث أسماء: "ولما رأى النبي صلى الله عليه وسلم أسماء والنوى على رأسها، والزبير زوجها معه، لم يقل له عليه الصلاة والسلام لا خدمة عليها وأن هذا ظلم لها، بل أقره على استخدامها وأقر أصحابه على استخدام أزواجهن وهذا أمر لا ريب فيه". ويعتبر هذا القول من أقوى الأدلة في وجوب الخدمة على المرأة، لكن هذه الخدمة لا تعني استعباد المرأة وإهانتها، فالرجل يشرف على الأسرة ولا يسيطر عليها، والقوامة بهذا المفهوم أمر مشروع.

272- الكاساني، البدائع، ج4، ص24.

273- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص510.

274- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص21.

275- أنظر، فهد بن عبد الرحمن اليحيى، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، ج8، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2009، ص507.

276- أما الحديث الأول فأخرج البخاري في صحيحه أن فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتت النبي صلى الله عليه وسلم تسأله خادماً، فقال: "ألا أخبرك ما هو خير لك منه؟ تسبحين الله عند نومك ثلاثاً وثلاثين، وتحمدين الله ثلاثاً وثلاثين وتكبرين أربعاً وثلاثين" رواه البخاري برقم5362، باب خادم المرأة، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص427. وأما الحديث الثاني فأخرج البخاري في صحيحه عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنها، قالت تزوجني الزبير وماله في الأرض مال ولا مملوك ولا شيء غير ناضح وغير فرسه، فكنت أعلف فرسه، واستقي الماء وأخرز غربه، وأعجن ولم أكن أحسن الخبز وكان يخبز جارات لي من الأنصار، وكن نسوة صدق، وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعها رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسي، وهي من على ثلثي فرسخ، فجننت يوماً والنوى على رأسي فلقبت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه نفر من الأنصار فدعاني ثم قال: أخ ليحملني خلفه فاستحييت أن أسير مع الرجال، وذكرت الزبير وغيرته، وكان أعير الناس، فعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم أنني قد استحييت فمضى، فجننت الزبير، فقلت: لقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى رأسي النوى ومعه نفر من أصحابه فأناخ لأركب فاستحييت منه وعرفت غيرتك، فقال والله لحملك النوى كان أشد علي من ركوبك معه، قالت أسماء: حتى أرسل إلي أبو بكر بعد ذلك بخادم تكفيني سياسة الفرس فكأنما أعتقني. رواه البخاري برقم5224، باب الغيرة، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص393.

277- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد...، ج3، المرجع السابق، ص33.

الفرع الثاني

مشروعية القوامة

لا تعترف المواثيق الدولية بقوامة الرجل، لأنها تدعو للمساواة، ومن ثم تعتبر القوامة تمييز ضد المرأة، حيث جاء في توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة رقم 21 لسنة 1992 أنه كثيرا ما تبين من تقارير الدول الأطراف أنها تضع قيودا تقيد حقوق المرأة في تساوي المركز والمسؤولية داخل الزواج، وهذه القيود كثيرا ما تؤدي إلى إعطاء الزوج مركز رب الأسرة وصاحب الكلمة الأولى في اتخاذ القرارات، وبالتالي تخالف أحكام الاتفاقية.

أضافت اللجنة أن الكثير من البلدان يؤمن بالنظام الأبوي للأسرة الذي يحابي الأب أو الزوج أو الابن²⁷⁸، وترى اللجنة في الفقرة 42 من توصيتها أن سبب تدهور مكانة المرأة في الأسرة تدهورا حادا يعود إلى العودة للقيم والتقاليد القديمة بتشجيع من الأفكار الرجعية والآراء المتطرفة والأصولية.

وتماشيا مع ما سبق ذهبت اللجنة إلى طلب الدول أن تتبذ بحزم أية أفكار تدعو إلى عدم مساواة المرأة بالرجل في المنزل، وأن تسحب تحفظاتها وبخاصة على المواد 9 و15 و16 من الاتفاقية، مشيرة إلى أن هذه الأفكار الرجعية مصدرها القوانين الداخلية أو الشرائع الدينية أو القوانين الخاصة والأعراف.

إن الملاحظ من خلال التقرير الجزائري إلى اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 2005 هو قبول الجزائر ورضوخها لكل طلبات اللجنة، حيث ذكر ممثل الجزائر²⁷⁹ أمام اللجنة أن من أولويات الجزائر المواءمة التدريجية لتشريعاتها الوطنية مع أحكام الاتفاقية، والجزائر ملتزمة التزاما راسخا بمواكبة العصر وتحقيق التقدم.

278- Le Sénateur Pierre MARCILHACY dit: "Par crainte qu'un changement trop brusque de législation ne bouleverse la vie quotidienne des ménages, le législateur a cru devoir maintenir en 1965 la règle selon laquelle le mari administre seul la communauté (art. 1421 du Code civil). Mais l'innovation est que le mari ne tranche plus en «seigneur et maître» pour tout ce qui concerne notamment l'administration des biens communs ; il doit répondre des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses pouvoirs et solliciter le consentement de la femme pour les actes les plus importants". Voir, Rapport, au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sur le projet de loi tendant à assurer l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et dans la gestion des biens de leurs enfants, Sénat, 06/12/1978, France, p8.

279- أنظر، عرض الدولة الطرف في الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الدوري للجزائر، وثيقة الأمم المتحدة: A/60/38.

وفي رد الجزائر على التوصيتين رقم 25 و26 للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة قالت: "إن اللجنة الوطنية المنشأة لتعديل قانون الأسرة قد لاحظت أن الأسرة الجزائرية تطورت من أسرة يرأسها الزوج إلى وحدة عائلية تقوم على أساس تقاسم المهام والتعاون فيما بين الرجل والمرأة"²⁸⁰.

إن الجزائر تؤكد عزمها على إلغاء كل ما يمكن أن يفهم أنه قوامة للرجل، وقد قامت في سبيل هذا بإلغاء المادة 39 ق.أ، التي كانت تتحدث عن طاعة الزوج، وإذا كان المشرع قد ألغى القوامة بطريقة ما، فإنها لا تزال موجودة في الشريعة الإسلامية، وقد قال الله عز وجل: "الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"²⁸¹.

والمقصود بقوامة الزوج على زوجته في الآية الكريمة، قيامه عليها بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة وتولي أمرها وإصلاح حالها، أما ناهيا لها كما يقوم الولاية على الرعايا، فهو رئيسها وكبيرها والحاكم عليها ومؤدبها إذا اعوجت، وهذه القوامة هي في مصلحة المرأة، إذ بهذه القوامة يكلف الرجل بالكسب والإنفاق على زوجته، فيتيسر لها القيام بوظيفتها الفطرية، وهي الحمل والولادة وتربية أطفالها وهي آمنة في سربها كيفية من أهر رزقها"²⁸².

إن الإسلام قد جعل رياسة الرجل في الأسرة رحيمة قائمة على المودة والمحبة والإرشاد، وقيدها بقيود كثيرة تحفظ للمرأة كرامتها وتضمن حقوقها وتحقق مصلحتها على خير وجه، فهي رعاية ومحبة مخصصة وليست بسلطان مفروض، وهي تدابير وإرشاد وليست بسيطرة ولا استبداد، وقد أَرادها الإسلام في صورة تكفل مصلحة الأسرة ومصلحة المرأة نفسها"²⁸³.

قال تعالى: "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"²⁸⁴ وهي درجة القوامة، وقد كلف الله سبحانه المرأة بطاعة زوجها"²⁸⁵، كي تعاونه على السير بهذه الجماعة في ركب السعادة

280- إن الأسرة الجزائرية كانت ولا تزال قائمة على التعاون، وإن تقاسم المهام كان ولا يزال قائم حيث تقوم الزوجة بمهام البيت ويقوم الزوج بالعمل خارج البيت. وحتى وإن كانت الزوجة عاملة فهي لم تتخلى عن مهام البيت، وليس هناك أسرة جزائرية لا يرأسها زوج، ولست أدري أي أسرة يتحدث عنها التقرير؟

281- سورة النساء، الآية 34.

282- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج7، ص277.

283- أنظر، الشحات إبراهيم منصور، المرأة بين حقوقها السياسية واتفاقية عدم التمييز في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مؤسسة الإخلاص للطباعة والنشر، مصر، 2008، ص86.

284- سورة البقرة، الآية 228.

285- Abdul Ghaffar HASAN, op, cit, p.10.

والرفاهية، ولا يستقيم أمر جماعة من الجماعات ما لم يكن لها رئيس، يوجهها إلى غايتها، ويرجع إليه عند النزاع، وهذا مشاهد حتى في عالم الحيوان²⁸⁶.

إنّ الزوج هو مدير شؤون الأسرة بحكم القوامة البدنية والمالية والنفسية التي فُطر عليها، وبحكم طبيعة المرأة الخلقية والعاطفية التي جعلها أكثر ميلا إلى القيام بشؤون البيت وتربية الأولاد²⁸⁷.

قال تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"²⁸⁸، فالزوج وإن منحت له الرئاسة داخل الأسرة فهي قائمة على المودة والرحمة لا على التسلط وإذلال المرأة، فهذا لم يقل به أحد ولا يوجد في الإسلام. لكن السؤال المطروح هو لماذا القوامة للرجل؟

الفرع الثالث

أسباب قوامة الرجل على المرأة

إن من مقتضيات القوامة تولي رئاسة الأسرة وقيادتها، ولا يمكن بأي حال أن تكون القيادة في بيت الزوجية مشترك بين الرجل والمرأة، لأن ذلك سيؤدي إلى التصادم عند اتخاذ القرارات وتسيير شؤون الأسرة. لكن إعطاء القوامة للرجل لا يعني إهمال رأي المرأة، بل إن الواجب شرعا أن يستشيرها الرجل ويأخذ برأيها الصواب، وهذا يدخل في حق المعاشرة بالمعروف. لكن إذا كان لا بد من قائد للأسرة، فلماذا أعطيت القيادة للرجل بقوامته ولم تعطى للمرأة؟

إن منح القوامة للرجل وعدم منحها للمرأة له أسباب عديدة، ودرج الفقهاء على ذكر سببين رئيسيين للقوامة وهما: تفضيل الرجال على النساء، وتكليف الرجال بما لم تكلف به النساء من إنفاق عليهن وغيره.

فالسبب الأول لقوامية الرجل على المرأة أن الله تعالى فضل الرجال على النساء في أصل الخلقة، وأعطاهم من الحول والقوة ما لم يعطهن، فكان من أجل ذلك التفاوت في التكاليف والأحكام الشرعية وفي الحقوق والواجبات مترتبا على هذا التفاوت في فطرتهم، وأصل خلقهم وجبلتهم واستعدادهم²⁸⁹.

286- محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص291-292.

287- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص181.

288- سورة الروم، الآية21.

289- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج7، ص277.

يمكن التفضيل الفطري في صفات منها نفسي وجسدي²⁹⁰، تجعل الرجل مهيباً لأن يتولى القيادة، والواقع والمشاهدات في الحياة كلها تدل على أن جنس الرجال أقرب إلى تحكيم النظر العقلي في الأمور منه إلى الاستجابة إلى العاطفة. وأيضاً فإن المرأة تعترتها حالات خاصة من الحمل والحيض والولادة وسن اليأس، وهذه تسبب لها متاعب صحية ونفسية تخلع عليها نوعاً من حالات الضعف البدني والنفسي تنتهي بها إلى أنواع من عدم الاستقرار مما جعل نظرها للأمور بعيد شيئاً ما عن الهدوء والموازنة²⁹¹.

لقد أودع الله تعالى في الرجل مؤهلات قيادة الأسرة، ومن ذلك عمق التفكير، والصلابة والخشونة، والوعي التام وقلة الانفعال، وقوة التحمل والصبر، والقدرة على القيام بما كلف به من نفقة وسهر وغيرها²⁹².

ثم من الضروري وجود رئيس في الحياة العائلية له سلطة في تطبيق النظام على حياة هذا المجتمع الصغير. ولذلك فإن الإسلام قد اختار الرجل لرئاسة العائلة وإدارة شؤونها، لأن له امتيازات في السياسة وحسن التدبير، وزجر أفراد الأسرة وردعهم عن فساد الأخلاق والانحراف عن طريق الحق والصواب والفصل في النزاع العائلي الذي يقع بين أعضاء العائلة²⁹³.

كما أن المرأة محبوسة على ذمة الرجل، فوجب نفقتها عليه، وقد سوى الله المرأة على هذا الوضع حتى يكون لها من طبيعتها ما يتيح لها القيام بوظيفتها الأساسية وهي الأمومة والحضانة على خير وجه فلا يخفى أن هذه الوظيفة تحتاج إلى عاطفة مرهقة ووجدان رقيق وحنان رحيم أكثر مما تحتاج إلى التفكير والإدراك والتأمل²⁹⁴.

290- Le sénateur Antonin Gourju dit: "Nous avons pris de plus en plus la bonne habitude de donner aux femmes la part qui leur appartient, et, si nous sommes tous d'accord pour reconnaître qu'il est physiologiquement impossible de les assimiler en toutes matières au sexe masculin, il est du moins indispensable et cela est reconnu à peu près sans résistance de leur faire dans la vie du droit et de l'équité une place identique à celle qui est la nôtre.

Le jour est venu où il convient de donner enfin aux femmes la satisfaction qu'elles attendent depuis si longtemps et de rendre plus humain notre code civil". Voir, Le libre salaire de la femme, 1907-2007, Assemblée nationale, Paris, France, 2007, p.44. Publié dans: www.carinna.fr.

291- أنظر، 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، ص798.

292- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص76.

293- مبشر الطرازي الحسيني، المرجع السابق، ص37.

294- الشحات إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص85.

قال القرطبي²⁹⁵: "قيل للرجال زيادة قوة في النفس والطبع ما ليس للنساء، لأن طبع الرجال غلب عليه الحرارة واليبوسة، فيكون فيه قوة وشدة، وطبع النساء غلب عليه الرطوبة والبرودة، فيكون فيه معنى اللين والضعف، فجعل لهم حق القيام عليهن بذلك وبقوله تعالى: "وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"²⁹⁶.

إن السبب الثاني للقوامة، هو سبب كسبي يدعم السبب الفطري، وهو ما أنفق الرجال على النساء من أموالهم، فإن المهور تعويض النساء ومكافأة على دخولهن بعقد الزوجية تحت رياسة الرجال. فالشريعة كرمت المرأة إذ فرضت لها مكافأة عن أمر تقتضيه الفطرة، ونظام المعيشة، هو أن يكون زوجها قيما عليها، فجعل هذا الأمر من قبيل الأمور العرفية التي يتواضع الناس عليها بالعقود لأجل المصلحة²⁹⁷.

ومن الالتزامات التي تقع على عاتق الرجل بمقتضى القوامة على زوجته، أنه ملزم بالإففاق على زوجته، بما تتضمنه النفقة من مشتقات وتوابع، تتمثل في الطعام والكسوة والمسكن والتداوي والزينة ونفقة الخادم، إضافة إلى أنه مطالب بالمعاشرة بالمعروف بما في ذلك عدم الإضرار بالزوجة لا بالقول ولا بالفعل²⁹⁸.

إن الإسلام جعل في ذمة الزوج أيضا نفقات الأولاد وتكاليف تربيتهم وتعليمهم، ونفقات غيرهم من أعضاء العائلة، وغيرها مما تتطلبه الحياة العائلية، ولذلك له الحق المعترف به في رئاسة الأسرة²⁹⁹. ومن ثم كان على الزوجة طاعته.

الفرع الرابع

طاعة الزوج

ترفض المواثيق الدولية تحميل الزوجة التزاما بطاعة الزوج، لأن هذا الالتزام يجعلها في مرتبة أدنى من الرجل، وهذا ما ينافي مبدأ المساواة الذي تدعو إليه وقد انتقدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها رقم 21، الدول الأطراف التي تقيد حقوق المرأة المتزوجة باعتبار أن هذه القيود كثيرا ما تؤدي إلى إعطاء الزوج مركز رب الأسرة وصاحب الكلمة الأولى في اتخاذ القرار، وبالتالي تخالف أحكام الاتفاقية.

295- أنظر، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2006، ص280.

296- سورة النساء، الآية 34.

297- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص243-244.

298- حسن صلاح الصغير عبد الله، التزامات الرجل...، المرجع السابق، ص803-804.

299- مبشر الطرازي الحسيني، المرجع السابق، ص36.

إن الاعتراض على إعطاء الزوج مركز رب الأسرة، أشبه ما يكون كأن تعترض على إعطاء رئيس الجمهورية صفة الحاكم، ونطلب من أفراد المجتمع عدم طاعته على أساس المساواة، حيث ينبغي أن يكون الحاكم والمحكوم متساوون في الحقوق والواجبات، إن أمر كهذا سيفسد المجتمع ويدخله في حالة من الفوضى وعدم الاستقرار، فكذلك الحال بالنسبة للأسرة التي هي النواة الأساسية للمجتمع، وهي بمثابة مجتمع صغير، الحاكم فيه هو الزوج.

لقد جاء في تقرير الجزائر ردا على التوصيتين 25 و 26 للجنة السيداو أن: "مفاهيم طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قد حذفت ولم يحل مكانها سوى حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين ولا سيما الحفاظ على العلاقات الزوجية والتعايش في وئام واحترام متبادل...".

وهكذا فإن الجزائر قد وافقت اتفاقية السيداو في عدم إيجاب طاعة الزوج على الزوجة، أو على الأقل هذا ما يتضح من خلال إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة، والتي كانت تنص على أنه: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة". ولقد عاشت الأسرة الجزائرية في ظل المادة من 1984 إلى 2005، حوالي واحد وعشرين سنة دون أن تؤثر على مكانة المرأة في الأسرة وفي المجتمع، بل أن المرأة كانت تحظى بالتقدير والاحترام كزوجة في ظل هذه المادة، ولم تمنعها من المشاركة في مختلف الجوانب والمسؤوليات داخل الدولة.

إن السؤال يبقى مطروحا: إذا لم يكن الزوج رئيس العائلة، فمن سيرأس هذه العائلة، أم تبقى دون رئيس، هل يتصور أن تسيّر شركة دون مدير، أو تسيّر بلدية دون رئيس³⁰⁰؟ إن الأسرة أعظم من الشركة وأعظم من البلدية.

قال تعالى: "فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا"³⁰¹، وهذا بعد أن ذكر أن القوامه للرجال وأن لهم حق التأديب، ووجه الدلالة في هذه الآية أنها أثبتت القوامه للزوج، ولا معنى للقوامه بدون طاعة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنها أثبتت للأزواج الحق في تقويم الزوجات عند النشوز، ولو بالضرب

300- يقول الدكتور عبد الكريم زيدان: "إن الحياة الزوجية في جوهرها شركة عيش مشتركة طيلة أيام حياتهما، ولهذا يقول الفقهاء عن عقد الزواج بأنه عقد العمر، وكل شركة بين اثنين فأكثر لا بد لها من رئيس تكون له الكلمة الأخيرة والنافذة عند الإختلاف، ولهذا كان مما شرعه الإسلام اتخاذ رئيس في أقل الاجتماعات وفي الأمور العارضة والمؤقتة التي يقوم بها الناس"، أنظر مزيدا من التفصيل في كتابه، المفصل...، المرجع السابق، ج7، ص278.

301- سورة النساء، الآية 34.

ونفى السبيل عليهن عند الطاعة، فدلّ على أن الطاعة واجب³⁰².

قال القرطبي³⁰³ في تفسير الآية: "قوام من القيام على الشيء، وهو أن يقوم بتدبيرها وتأديبها، وإمساكها في بيتها، ومنعها من البروز، وأن عليها طاعته وقبول أمره ما لم تكن معصية، وقوله تعالى: "قَالَصَالِحَاتٌ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ"³⁰⁴ هذا كله خير، ومقصوده الأمر بطاعة الزوج والقيام بحقه في ماله وفي نفسها في حال غيبة الزوج".

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر: "ألا أخبرك بخير ما يكنزه المرء، المرأة الصالحة، إذا نظر إليها سرته وإذا أمرها أطاعته وإذا غاب عنها حفظته"³⁰⁵.

من حق الرجل على امرأته أن تطيعه في غير ما معصية فإنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم النساء على طاعة أزواجهن لما في ذلك من المصلحة والخير. وقد حذر الرسول الكريم النساء من مخالفة أزواجهن وبين أن أكثر ما يدخل المرأة النار عصيانها زوجها، كما أن المولى عز وجل كلف المرأة طاعة زوجها واعتبر هذه الطاعة من سمات الصلاح والتقوى، والخروج عليها نشوزا يستوجب التأديب³⁰⁶.

وقرر الفقهاء أن الأصل في الزوجة الطاعة، وأنها إذا امتنعت عن طاعة الزوج تكون ناشزة، وتسقط نفقتها عليه من تاريخ هذا الامتناع، وسبب ذلك أن الشريعة الإسلامية جعلت حقوق الزوجية وواجباتها متقابلة، فألزمت الزوج بالإنفاق على زوجته في حدود استطاعته، وأوجبت على الزوجة طاعته بأن تستقر معه في بيت الزوجية شرط أن يوفيهما عاجل صداقها وأن يهباً لها المسكن الشرعي المناسب، وأن يطلبها لهذا المسكن ولم يوجد مانع شرعي³⁰⁷.

إنّ حق الزوج في الطاعة ثابت شرعاً، وهو مقيد بعدم مخالفة شرع الله، أما إذا عصت الزوجة زوجها في غير معصية الله فله أن يؤدبها ومسألة التأديب تطرح إشكالا آخر وهو مسألة ضرب الزوجة.

302- حسن صلاح الصغير عبد الله، التزام المرأة بطاعة زوجها في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2002، العدد 02، الجزء 01، ص324.

303- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج6، ص280.

304- سورة النساء، الآية34.

305- رواه أبو داود برقم 1664، باب في حقوق المال، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج2، ص209.

306- محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص292-293.

307- أنظر، أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 1998، ص300.

الفرع الخامس

مسألة ضرب الزوجات

اعترضت المواثيق الدولية على مسألة ضرب الزوجة لمجرد ورودها في نصوص تشريعية كما جاءت في الشريعة الإسلامية دون إدراك لشروط الضرب وكيفية وقد صنفته هذه المواثيق في إطار العنف ضد المرأة، فهل هو كذلك؟

يقول: سيد إبراهيم الدسوقي: "إن بعض المستشرقين والمغالين يقولون أن الإسلام يهدر كرامة المرأة عندما ذكرت الآية الكريمة حالات المعاملة مع الزوجة لإصلاح حالها، فبدأت بالموعظة ثم الهجر ثم الضرب"³⁰⁸.

لقد جاء في إعلان القضاء على العنف ضد المرأة في مادته الثانية أنه: "يفهم بالعنف ضد المرأة أنه يشمل على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، العنف البدني والجنسي والنفسي الذي يحدث في إطار الأسرة بما في ذلك الضرب...". وفي المادة 4 منه جاء فيه: "ينبغي للدول أن تدين العنف ضد المرأة وألا تتذرع بأي عرف أو تقليد أو اعتبارات دينية بالمتصل من التزامها بالقضاء به، وينبغي لها أن تتبع بكل الوسائل الممكنة ودون تأخير سياسة تستهدف القضاء على العنف ضد المرأة".

وفي نفس السياق ذهبت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها عام 1992 إلى أن المادة 01 من اتفاقية السيداو تعرف التمييز ضد المرأة، ويشمل هذا التعريف العنف القائم على أساس نوع الجنس، أي العنف الموجه ضد المرأة بسبب كونها امرأة أو العنف الذي يمس المرأة على نحو جائز، ويشمل الأعمال التي تلحق ضرراً أو ألماً جسدياً أو عقلياً أو جنسياً بها، والتهديد بهذه الأعمال³⁰⁹. وأضافت اللجنة أنه ينبغي للدول الأطراف أن تضمن أن تتيح القوانين مناهضة العنف وإساءة المعاملة في الأسرة.

إن ظاهرة العنف الأسري وضرب الزوجات من الظواهر الاجتماعية الخطيرة... ويرجع السبب الرئيسي في ذلك إلى ارتباط العنف بعلاقة الرجل بالمرأة، وهي علاقة فوقية من جانبه ودونية من جانبها، وبسبب النظرة

308- أنظر، سيد إبراهيم الدسوقي، الحماية الدولية لحقوق المرأة على ضوء اتفاقية منع التمييز الجنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص179.

309- التوصية المتعلقة بالعنف ضد المرأة، صدرت أثناء انعقاد الدورة الحادية عشر 1992 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.

الاجتماعية التي تتلخص في أن حاجات المرأة وهويتها وحمايتها لا تتحقق إلا من خلال الرجل الذي يصبح الحامي والمعتدي في نفس الوقت³¹⁰.

إن ضرب الزوجات بالشكل العنيف الذي يشكل تمييزاً ضد المرأة لا علاقة له بالقواعد التشريعية التي تنتظم حق التأديب، إنما هو نتيجة لفهم خاطئ لهذه النصوص، أو بسبب عادات وتقاليد تحيد عن جادة الصواب. ومن صور تكريم الإسلام للمرأة أن جعل ضرب المرأة لتأديبها في أضيق الحدود وبالضوابط الشرعية، فجعله مندوباً إليه في وقت، ومذموماً في وقت آخر لئلا يكون الأمر على هوى الزوج بل هو في الآخر آخر مراحل الإصلاح³¹¹، قال تعالى: "وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً"³¹².

إن الأمر التشريعي بالضرب يخضع في البداية لقاعدة تشريعية هي أمر الزوج بالمعاشرة بالمعروف حتى لو كره زوجته، أي أننا أمام زوجة يعاملها زوجها بالمعروف وهي لا تأتي إلا بنشوز، فيأتي الأمر التشريعي لعلاج هذا النشوز بوسائل، منها الوعظ، فإن لم ينفع فبالهجر في المضاجع، فإن لم ينفع فبالضرب³¹³، ويشترط في الضرب ألا يكون على الوجه ولا على المواطن المخوفة كالبطن، أو في أي منطقة من المناطق الحساسة³¹⁴.

وقال صلى الله عليه وسلم: "اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمه الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح"³¹⁵. وضرب الأدب غير مبرح، فلا يكسر عظماً ولا يشين جارحة، كاللكزة ونحوها، فإن المقصود منه الصلاح لا غير، فلا جرم إذا أدى إلى هلاك وجب الضمان، وأخرج الطبري عن ابن عباس أنه قال الضرب غير المبرح بالسواك ونحوه³¹⁶. وقد قال صلى الله عليه وسلم منفراً من الضرب: "لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم"³¹⁷.

310- وسام حسام الدين أحمد، المرجع السابق، ص223.

311- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص224.

312- سورة النساء، الآية34.

313- نسرین عبد الحمید نبیہ، حقوق المرأة في الإسلام، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011، ص142.

314- أنظر، خالد عبد العظيم أبو غابة، الخيانة في واجب الطاعة والمال، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008، ص95.

315- رواه مسلم برقم 1218، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص556.

316- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج6، ص285، ص287.

317- رواه البخاري برقم 5204، باب ما يكره من ضرب النساء، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص390.

أما ما يجرؤ عليه الأزواج من شتم الزوجة بأتفه سبب والتسرع إلى ضربها بدون تدبر، أو ضربها بقسوة، فإنه ظلم لا يرضاه الله ورسوله في تعاليم الإسلام، وإذا أحدث الزوج عاهة على جسم الزوجة، أو كسرا أو تلفا فإنه يستحق التعزير في دار القضاء وللزوجة طلب الطلاق³¹⁸.

وكذلك يشترط في الضرب أن يظن الزوج أنه يفلح في التقويم، بمعنى أن يكون متعينا للتأديب لا يفيد فيه غيره، فإن ظن عدم فائدته كان ممنوعا لأنه عقوبة مستغنى عنها، ويعد ظلما والظلم حرام بالنصوص الكثيرة التي تدل على ذلك³¹⁹.

فضرب الزوجة يؤدي إلى تضررها، مما يجعل القاضي يمنحها حق التطلاق، فلقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "متى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطلاق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطلاق والتعويض معا لثبوت تضررها"³²⁰. لكن هل يعني هذا نفي الضرب كوسيلة لتأديب الزوجة؟

لم ينص المشرع الجزائري على حق التأديب، لكنه يعاقب على العنف، وإن عدم العقاب بسبب ممارسة حق التأديب، لا يمكن قبوله إلا بشأن العنف أو التعدي البسيط الذي لا يؤدي إلى أي عجز عن العمل³²¹.

تقول الدكتورة هناء عبد الحميد إبراهيم بدر "يعتبر حق التأديب سببا من أسباب الإباحة في التشريع المصري رغم أنه لم ينص عليه القانون المصري صراحة، ولكن الفقه والقضاء المصريين قد اتفقا على أنه يعد من تطبيقات استعمال الحق"³²².

إن للزوج الحق في تعدد الزوجات في بعض الشرائع، فإذا حدث ذلك، فإن للزوجة الحق في العدل بينها وبين باقي الزوجات.

318- مبشر الطرازي الحسيني، المرجع السابق، ص44.

319- أنظر، سويسبي صالح يونس بدر الزوي، حق التأديب في فقه الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر 2008، ص126.

320- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، رقم 192665، بتاريخ 1998/07/21، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص116.

321- بن شيخ حسين، المرجع السابق، ص68.

322- أنظر، هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009، ص197.

المطلب الخامس

حق الزوجة في العدل عند التعدد

ينبثق عن مسألة تعدد الزوجات خلافاً وتناقضاً حاداً بين المواثيق الدولية والمواثيق الداخلية للعديد من الدول الخاصة العربية والإسلامية، ففي الوقت الذي يعتبر التعدد تمييزاً ضد المرأة في نظر القانون الدولي، تتجه بعض القوانين الداخلية إلى اعتباره حقاً للزوج وتتحدث في المقابل عن حق الزوجة في العدل في حال التعدد، ورغم غياب نصوص قانونية تسمح بالتعدد في الدول العربية إلا أن هذه الدول تسمح بالتعدد في شكل دنيء من خلال نظام الخيلات.

إن تعدد الزوجات أمر واقع، فهل يشكل حق للزوج أم تمييز ضد المرأة؟ (الفرع الأول)، وما دواعي التعدد وما الحكمة منه؟ (الفرع الثاني). ثم كيف يمكن ضبط التعدد لصالح المرأة؟ (الفرع الثالث)، وهل يمكن للزوجة أن تمنع زوجها من التعدد؟ (الفرع الرابع). أم يجب تدخل المشرع لتجريم التعدد ومنعه؟ (الفرع الخامس).

الفرع الأول

تعدد الزوجات حق للزوج أم تمييز ضد المرأة

ذهبت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها رقم 21 سنة 1992، إلى أن: "تقارير الدول الأطراف تكشف عن أن تعدد الزوجات يمارس في عدد من البلدان، وهذا التعدد يخالف حق المرأة في المساواة بالرجل، وقد تكون له نتائج عاطفية ومالية خطيرة على المرأة وعلى من تعولهم إلى حد يستوجب عدم تشجيع هذه الزيجات وحظرها، وتلاحظ اللجنة بقلق أن بعض الدول الأطراف التي تضمن دساتيرها تساوي الحقوق، تسمح بتعدد الزوجات وفقاً لقانون الأحوال الشخصية أو للقانون العرفي، وهذا ينتهك الحقوق الدستورية للمرأة ويخالف أحكام المادة 5/أ من الاتفاقية".

إن اللجنة اعتبرت تعدد الزوجات تمييزاً ضد المرأة ودعت إلى إلغائه من قوانين الدول التي تسمح به فهو يعارض مبدأ المساواة، وادّعت اللجنة أن لهذا النظام نتائج خطيرة على المرأة وعلى أولادها.

لا شك أن النظر إلى نظام تعدد الزوجات من منظور مجرد ومادي بحث يؤدي بنا إلى القول بأنه يشكل تمييزاً واضحاً ضد المرأة. ولكن الحكم على نظام كهذا لا بد أن يتم من خلال تمعن النظر في مبررات

الأخذ به والضوابط التي تحكمه، فما ذهبت إليه اللجنة يمكن أن يكون له سند من الحقيقة إذا ما ترتب على تطبيق نظام التعدد الإخلال بحقوق المرأة وبوضعها في الأسرة وتلك مسألة تحكمها الضوابط التي ينبغي للرجل أن يراعيها³²³.

أعربت اللجنة في ملاحظاتها الختامية³²⁴ على التقرير الدوري الثاني للجزائر عن: "قلقها لأن التعديلات المقترحة إدخالها على قانون الأسرة لا تشمل إلغاء تعدد الزوجات". ورغم أن المشرع الجزائري قد أبقى على التعدد في قانون الأسرة مستهلا المادة 8 بعبارة "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة..." مما يدل على أنه جائز ويعتبر حقا للزوج إلا أن إعادة تنظيم تعدد الزوجات في قانون الأسرة كان بنية إلغاء التعدد. وهذا ما يستشف من تقرير الجزائر الثالث والرابع المجمعين للجنة السيداو فقد جاء فيه: "يشكل تعدد الزوجات حالة استثنائية في المجتمع الجزائري، وقد أضاف المشرع اشتراطات مشددة زادت من صعوبة ممارسته".

لقد عرفت المجتمعات البدائية في العصر الحجري ظاهرة تعدد الزوجات وكذلك عرفته المجتمعات القبلية والراجح أنه كان موجودا في القانون المصري الفرعوني الذي لم يحدد حد أقصى لعدد الزوجات، ورغم أن الأصل في حضارة بلاد ما بين النهرين كان هو نظام الزوجة الواحدة إلا أنها عرفت أيضا نظام تعدد الزوجات وكذلك الحال في حضارتي الصين والهند القديمتين، ومارس التعدد الإغريق والرومان والفرس، وكذلك عُرف التعدد في الشرائع السماوية السابقة كاليهودية³²⁵.

لما جاء الإسلام قام بمعالجة موضوع التعدد معالجة حكيمة، حيث لم يمنع تعدد الزوجات وإنما حدده بحدود وقيده بشروط، قال تعالى: **"وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا"**³²⁶. وقد أنصف عدد من المستشرقين الإسلام ومنهم فونس إيتين ديبه الذي يقول إن تعدد الزوجات قانون طبيعي سيبقى ما بقي العالم مع أن نظرية التوحيد في الزوجة وهي النظرية التي تأخذ بها المسيحية ظاهرا تنطوي تحتها سيئات متعددة³²⁷.

323- محمد حسن القاسمي، المرجع السابق، ص628.

324- نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2) في جلستها رقم: 667 و 668 المعقودتين في 11 يناير 2005. (أنظر وثيقة الأمم المتحدة 668 , CEDAW/C/SR. 667)

325- رحاب مصطفى كامل، تعدد الزوجات ومدى مشروعيتها تدخل الزوجة لمنع التعدد، (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2009، ص 12 وما يليها.

326- سورة النساء، الآية 03.

327- مبشر الطرازي الحسيني، المرجع السابق، ص176-179.

فالشريعة الإسلامية تقر مبدأ تعدد الزوجات في حدود أربع زوجات، وذلك على سبيل الإباحة، والعيب ليس عيب الحكم الشرعي، بل عيب التطبيق له الناشئ عن سوء الفهم أو سوء الخلق والدين، فلا شك أن كثيرا من المسلمين أساءوا استخدام رخصة التعدد الذي شرعه الله لهم³²⁸.

إن الإسلام الذي أباح التعدد بشروط، استجاب بذلك إلى المنطق والعقل، فالتعدد له أسباب تجعله في أحيان كثيرة حتمي، كما أن تشريعه جاء لحكمة.

الفرع الثاني

دواعي التعدد والحكمة منه

لقد كتب الكثير حول الأسباب الداعية إلى التعدد والحكمة منه، وإذا كان جائزا القول بمعرفة أسباب التعدد، فإنه غير ممكن حصر الحكم من تشريع التعدد، وإن عرفنا حكمة من التعدد فإن حكم عديدة قد تخفى علينا ويبقى الله وحده أعلم بها، فهو الذي تولى تشريع التعدد إجازة، لكن مع ذلك يقال إذا عرف السبب بطل العجب.

تدعو إلى نظام تعدد الزوجات ضرورات اجتماعية وأخرى شخصية، والجامع بين كافة هذه الضرورات هو أن وضع المرأة في ظل نظام التعدد يكون أكثر حفاظا على كرامتها واستقرارها، فكان الأجدر بلجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن تدعو إلى تقييد ممارسة ذلك الحق بشرط عدم المساس بمكانة المرأة وكرامتها وحقوقها المعترف بها بدلا من أن تنادي بإلغاء نظام التعدد ككل³²⁹.

لقد خلق الله الرجل محبا للنساء، ميالا لحيازة أكبر عدد منهن فلكي لا يستغل هذا الميل في الاستمتاع بهن فقط، شرع التعدد في زواج شرعي، يتفق وكرامة الإنسان ويؤتي ثماره الطيبة بثمره النسل التي يتبعها العزة والرخاء³³⁰.

قد تكون للرجل قوة جنسية كبيرة لا تستطيع زوجة واحدة أن تلبي رغباته فيكون ذلك سببا للتعدد، وإذا أغلقنا على هذا الصنف من الرجال باب الحلال فتحوا لأنفسهم باب الحرام، فكثير من الرجال يتخذون خليات

328- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، المرجع السابق، ص277-281.

329- محمد حسن القاسمي، المرجع السابق، ص628.

330- محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص318.

يعيشون معهن في الحرام، فلا بأس لمن تاقت نفسه وكانت عنده القدرة أن يتخذ زوجة ثانية وثالثة ورابعة³³¹.
وإلا كيف يفعل من تغلب عليه شهوة ولا تتدفع حاجته بزوجة واحدة لكثرة ما يعرض لها من موانع المخالطة الجنسية، فتعدد الزوجات ضرورة لا بد منها تتفق مع تحريم الله للزنا تحريماً قاطعاً، فلقد مضت سنة الله في تشريعه أنه كلما سد أمام عباده باباً من أبواب الحرام فتح لهم باباً من أبواب الحلال³³².

إن الزوجة قد تصاب بمرض معدٍ أو منفر لا أمل له بالشفاء، وزوجها شاب في مقتبل العمر، فماذا يفعل؟ ليس أمامه إلا ثلاث حالات: أن يطلقها أو يتزوج عليها أو أن يخونها ويتصل بغيرها اتصالاً غير مشروع³³³.

يظهر جلياً لكل ذي عقل أن أفضل الحلول للزوجة المريضة ولزوجها أيضاً هو أن يتزوج بثانية فيسد حاجته، ويحفظ للزوجة الأولى كرامتها بعدم تطليقها حتى لا يزيدا معاناة إلى معاناتها مع المرض، وكذلك الحال إذا كانت الزوجة عقيمة لم تتمكن من العلاج، وكان زوجها يرغب في أن تكون له ذرية، فالتعدد أحسن السبل.

وقد يكون الرجل بحكم عمله كثير الأسفار، وتكون إقامته في غير بلده تستغرق في بعض الأحيان شهوراً وهو لا يستطيع أن ينقل زوجته معه، ولا يستطيع أن يعيش وحيداً في سفره تلك الأيام الطويلة، فالأحسن له أن يتزوج أخرى ويقيم معها إقامة شرعية وأولادها منه أولاد شرعيين³³⁴.

وتختلف طبيعة الرجل عن المرأة من ناحية التكوين الجسماني، فهو أكثر طلباً للأنتى في الغالب، ومستعداً لأداء النسل طول حياته ولو عمر طويلاً، والمرأة وإن كانت تتفق مع الرجل في الحكمة من النقائهما وهي حفظ النسل، إلا أنها تكون مستعدة لذلك إلى سن الخمسين، وبعدها ينقطع دم حيضها، وتتعدم بويضات التئاسل، بينما الرجل يكون مستعداً لذلك طول حياته³³⁵.

إنه قد يصل ببعض أعداء الإسلام أن ينادوا بإباحة تعدد الأزواج للمرأة من أجل تحقيق المساواة مع الرجل، ولا يخفى على أحد ما في هذا من مفاصد واختلاط الأنساب فضلاً على أن من مقاصد الزواج حفظ

331- أنظر، بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، الجزائر، 2007، ص135.

332- أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص190.

333- أنظر، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة السابعة، دار الوراق، المملكة العربية السعودية، 1999، ص72.

334- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص71.

335- أنظر، محمد إبراهيم الجمل، تعدد الزوجات في الإسلام، دار الاعتصام، مصر، دون تاريخ النشر، ص84.

النسل، فإذا افترضنا أن رجلا تزوج مئة امرأة فسيكون له مئة ولد خلال سنة وأما المرأة إذا تزوجت مئة رجل فلن تنجب إلا ولد واحدا خلال سنة.

ومن ضرورات التعدد أن عدد النساء يزيد عن عدد الرجال في الظروف العادية، وهذا مشاهد في البلاد الإسلامية والعالمية، وقد تتعرض الأمة في نقص لرجالها بسبب الحروب، فقد أثبتت الإحصائيات أنه وجد بعد الحرب العالمية الأولى نقص في بعض البلاد للرجال الصالحين للزواج³³⁶.

إن الحكمة من التعدد تكمن إجمالاً في أنه جاء يعالج مشاكل تظهر في المجتمع بسبب ازدياد عدد النساء، ومن ذلك بقاء النساء بلا أزواج وانتشار العلاقات غير الشرعية واختلاط الأنساب، وغيرها كثير³³⁷. ومع ذلك لا ينبغي أن يكون التعدد وسيلة لظلم المرأة المتزوجة واحتقارها، لذلك كان الواجب يقتضي ضبط التعدد.

الفرع الثالث

ضبط التعدد لصالح المرأة

حاول المشرع الجزائري ضبط التعدد بشروط تحمي الزوجة وتمنع قدر الإمكان لجوء الزوج إلى التعدد، وفي هذا الصدد قام المشرع في 2005 بتعديل المادة 8 ق.أ، التي كانت تنظم التعدد وأضاف إليها المادتين 8 مكرر و8 مكرر 01، ويظهر جلياً من قراءة هذه المواد محاولة المشرع، التوفيق بين الرأي الشرعي بجواز التعدد والقانون الدولي الذي يمنع التعدد.

اشتراط المشرع لجواز التعدد وجود مبرر شرعي، وتوفير شروط ونية العدل، فضلاً عن موافقة الزوجة الأولى والمرأة التي يقبل الرجل على الزواج بها ثم استصدار ترخيص من المحكمة وهذه الشروط هي نفسها التي قالت عنها الجزائر في تقريرها للجنة السيداو³³⁸، أنها: "قواعد جديدة تم فرضها وبتحتم على الزوج احترامها، وهي تزيد من صعوبة ممارسة التعدد".

336- أنظر، عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة مدعم بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، مصر، 2012، ص72-73.

337- Djilali TCHOUAR, Le mariage polygamique entre le Fiqh et le droit positif algérien, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit et des sciences administratives, Ben Aknoun, Université d'Alger, 1997, no 2, p.567.

338- أنظر تقرير الجزائر: الثالث والرابع، وثيقة الأمم المتحدة رقم: CEDAW/C/DZA/3

إن المشرع استلزم أن يكون لدى الزوج مبرر شرعي للتعدد، ولم يوضح المقصود من المبرر الشرعي، فالعبارة تحتل العديد من التأويلات، ثم من الذي يقدر هذا المبرر، فما يعتبر مبررا في نظر الزوج قد لا تعتبره المحكمة كذلك، ورغم أن المشرع يحيل إلى الشريعة الإسلامية، إلا أن فقهاء الشريعة لم يذكروا اشتراط وجود مبرر لأجل التعدد، وهذا أمر منطقي، لأن الزوج قد يبغض زوجته أو قد لا تفي بحاجته في الفراش، فكيف يثبت الزوج هذا، وهل سيلجأ القاضي إلى الخبرة الطبية، فتكون النتيجة هتك أسرار الأسرة وحرمتها من أجل التعدد.

يقول الدكتور اعمر يحيوي: "أما المبرر الشرعي أوحالة الضرورة المتداولان في تشريعات الدول العربية ولدى أكثر الكتاب، فلا مسوغ لهما لأن الإباحة المقررة في الآية جاءت مطلقة ولم تقيد بأي وصف فتبقى على إطلاقها، ويتضح أن النص محمول على الإباحة، فتعدد الزوجات أمر مخير فيه بين الإقدام عليه أو تركه، وهو ما يطلق عليه بالمفهوم العصري حرية عامة"³³⁹.

صدر في الجزائر منشور وزاري³⁴⁰ رقم 102/84 يفسر معنى المبرر الشرعي فأشار إلى أنه يكفي في إثباته شهادة طبية من طبيب أخصائي تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال، وأضاف منشورا آخر³⁴¹ برقم: 14/85، أنه يمكن للقاضي أن يأذن بوجود أسباب أخرى بشرط قبول الزوجة الأولى.

ثم قيّد المشرع التعدد بقيد آخر عندما اشترط توفر شروط ونية العدل، وإذا كان العدل مطلوب بصريح الآية لقوله تعالى: " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً..."³⁴²، فإن السؤال يطرح بشأن المقصود بشروط ونية العدل، فالعدل لا يظهر وجوده من عدمه إلا بعد الدخول بالزوجة الثانية، وأما نية العدل فهذا أمر داخلي لا يمكن للقاضي ولا غيره الإطلاع عليه.

قال تعالى: " وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا"³⁴³. يقول محمد شرفي، كلما خطيرا تعليقا على الآيتين السابقتين، ومن ذلك قوله: "إن وفقنا بين الآيتين نستطيع أن نصل إلى أن القرآن يسمح بالتعدد، ووضع له شرطا وهو معاملة الزوجات بالتساوي، وأكد أن هذا الشرط غير ممكن التحقيق، بمعنى آخر أن هذا التسامح ما هو إلا

339- اعمر يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص282.

340- منشور وزاري صادر عن وزارة العدل مؤرخ في: 84/09/23 متضمن كيفية تطبيق المادة 8 من قانون الأسرة.

341- منشور وزاري صادر عن وزارة العدل مؤرخ في: 85/05/22 متضمن كيفية تطبيق المادة 8 من قانون الأسرة.

342- سورة النساء، الآية 03.

343- سورة النساء، الآية 129.

ظاهري والأمر يتعلق في جوهره بالمنع³⁴⁴. وفي هذا الكلام اتهام صريح للشريعة الإسلامية ، وقد رد العديد من الكتاب على افتراءات هذا الرجل.

إن العدل المستطاع هو التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة من النفقة والمبيت وحسن المعاشرة³⁴⁵ وعدم الاستطاعة تكون في الأمور القلبية، وإذا كان الأمر كذلك فلا تميلوا كل الميل إلى المحبوبة منهن، المالكة ما لا تملكه الأخرى من القلب، فتعرضوا بذلك عن الأخرى فتذروها كالمعلقة كأنها غير متزوجة وغير مطلقة³⁴⁶، وقد كان صلى الله عليه وسلم يقول: "اللهم هذه قسمتي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"³⁴⁷.

لقد أضاف المشرع في المادة 8 ق.أ، أنه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها ورغم أنه لم يبين كيفية الإخبار إلا أن ذلك ممكن بشتى الطرق المتاحة، لكن الأمر لم يتوقف عند هذا، لأنه عاد واشترط موافقتها التي يجب على القاضي أن يتأكد منها قبل إعطاء الزوج الترخيص بالتعدد، وإن وافقت المرأة التي ستصبح زوجة ثانية ففي الغالب لا توافق الزوجة الأولى، وهذا ما يدفع الزوج إلى اللجوء إلى الزواج عرفيا بالثانية، وهذا أسماء المشرع تدليس وأعطى للزوجة الحق في طلب التطليق في هذه الحالة. لكن هل تملك الزوجة حق منع الزوج من التعدد.

الفرع الرابع

سلطة الزوجة في منع التعدد

إن الثابت أن الزوج يستطيع ممارسة التعدد سواء من باب الحق أو من باب الحرية العامة أم من باب الرخصة الاستثنائية، ومع ذلك يبقى للمرأة حق في أن تمنع الرجل من التعدد، ويكون ذلك في حالات معينة، فالزوجة تستطيع أن تمنع زوجها من أن يعدد وذلك بعدم إعطائه الموافقة القانونية، كما تستطيع منعه باشتراط عدم التعدد في عقد الزواج وفي عقد لاحق، ولها أن تمنعه أيضا بطلب فسخ زواجه بالثانية، إذا لم يكن قد دخل بها ولم يكن قد استصدر ترخيص بالزواج وفقا للقانون.

344- Mohammed CHARFI, Islam et liberté, édition Casbah, Alger, 2000, p.137.

345- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص185.

346- أنظر، رشاد حسن خليل، دفع شبه التفاضل بين الرجل والمرأة، مجلة الشريعة، جامعة الأزهر، مصر، 2000، العدد 22، ج2، ص77.

347- رواه أبو داود برقم 2134، باب في القسم بين النساء، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج2، ص415.

إن مسألة الحصول على الموافقة المسبقة من الزوجين على الزواج هي أمر يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، وهي مسألة نادرة جداً، بل إن هذه الموافقة تعد مستحيلة في الكثير من الأحيان³⁴⁸، ويظهر من خلال نص المادة 08 ق.أ، أن القاضي لا يمنح الترخيص ولو توفرت جميع الشروط، إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزوجة والمرأة التي ستكون زوجة ثانية. وبهذا يكون المشرع قد أعطى للزوجة الأولى خصوصاً سلطة تامة في منع الزوج من التعدد إن هي أبدت عدم موافقتها، ولست أدري ما مدى وجاهة هذا الرأي، إذ قد تكون الزوجة عاقراً لا تلد أوبها مرض مزمن يحول دون الاستمتاع، وتمتتع عن الموافقة لأجل التعدد، فتدفع الزوج إلى طلاقها، وبالتالي نجبر الزوج على تحمل تكاليف الطلاق وتوابعه من أجل أن يعيد الزواج بأخرى تتيح له إنجاب الأولاد أو تحقق له حق الاستمتاع.

ويمكن للزوجة أن تمنع زوجها من أن يتزوج عليها بأن تشترط عليه ذلك في عقد³⁴⁹، وقد كان قانون الأسرة يسمح بهذا الإجراء قبل تعديله حيث كانت المادة 19 ق.أ، تنص على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون". غير أن هذا النص كان يطرح إشكالا وهو هل اشتراط عدم التعدد يتنافى مع قانون الأسرة الذي أجاز التعدد أم لا؟

ومن أجل الخروج من هذا الإشكال قام المشرع بتعديل المادة 19 ق.أ، والتي أصبحت تنص صراحة على أنه يمكن للزوجين الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة.

إن حق الاشتراط لمنع التعدد أصبح ثابت قانوناً، غير أن القانون لا يعتمد مبدأ مساءلة الزوج عند عدم وفائه بالشروط الملحقة بعقد الزواج، بل يعطي للزوجة الحق في التطليق عند الإخلال بهذا الشرط. ومن زاوية موضوعية، فإن المرأة تحجم عن وضع شروط على الزوج أثناء العقد لانعدام الثقافة القانونية من جهة والخوف من تزعزع تلك الثقة المفترضة اتجاه الزوج من جهة ثانية³⁵⁰.

ولدى المالكية أن من شرطت على زوجها أن لا يتزوج عليها، فإن شرطها فاسد لا يعمل به، قال مالك: "وله أن يتزوج ما شاء دون إذن منها" لأنه شرط يحرم على الزوج ما أحل الله، فقد أحل للرجل أن يتزوج

348- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص113.

349- Djilali TCHOUAR, Le mariage polygamique..., op, cit. p.544.

350- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة...، المرجع السابق، ص61-62.

أربعة نساء، إلا إذا اشترطت عليه ذلك أثناء العقد وعلق بطلاق أو عتق، فإنه يجب أن يوفي لها بالشرط³⁵¹.

وذهب الحنابلة إلى أن من اشترطت موافقتها إذا أراد زوجها الزواج من غيرها، فإن شرطها صحيح يجب الوفاء به، لأنه يحقق غرضا ومصلحة للمرأة، سئل الإمام ابن تيمية رحمه الله، عن رجل تزوج امرأة، فشرطت عليه عند النكاح ألا يتزوج عليها، فهل يلزمه الوفاء؟ وإذا أخلف هذا الشرط فهل للزوجة الفسخ أم لا؟ فأجاب: "الحمد لله، نعم صحيح هذا الشرط وما في معناه في مذهب الإمام أحمد وغيره من الصحابة والتابعين"³⁵²، ولعل المشرع الجزائري استند إلى رأي الحنابلة عندما أجاز هذا الشرط.

لم يكتف المشرع بأن أعطى للزوجة الحق في منع الزوج من التعدد، بل فتح أمامها باب آخر وهو فسخ الزواج، فقد جاء في المادة 8 مكرر 01 ق.أ، أنه: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه"، وإن كان القاضي يستطيع فسخ هذا الزواج من تلقاء نفسه إلا أنه ليس هناك ما يمنع الزوجة من طلب ذلك، رغم أنني أرى أن هذا الزواج هو زواج صحيح وليس هناك مبرر لفسخه وربما هذا ما جعل المشرع لا يفسخه بعد الدخول.

الفرع الخامس

إلغاء التعدد وتجريمه

تعتبر المواثيق الدولية تعدد الزوجات نظاما مخالفا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وتعتبره تمييزا ضد المرأة، يهضم حقوقها وينقص من كرامتها، كما يعد إخلالا من الدول بالتزاماتها الدولية، وهي لا تدعو إلى إقرار تعدد الأزواج كما يطالب البعض، من باب مساواة المرأة بالرجل، وإنما تطلب بإلغاء نظام التعدد. غير أن السؤال المطروح هو: هل يعتبر إلغاء التعدد حلا لما قد ينجر عن تطبيق التعدد من سلبيات؟

لم يكن تعدد الزوجات يوما نظاما سيئا أوجريمة اجتماعية كما يعتبر البعض³⁵³، لكن إساءة استخدام هذا النظام من قبل العديد من المسلمين هو الذي جعل الكثيرون يلصقون التهم بنظام التعدد، ومن ورائه اتهام الإسلام الذي شرع التعدد، وتحت الضغوطات الداخلية والدولية لجأت العديد من الدول العربية والإسلامية إلى

351- أنظر، مالك بن انس، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون، ج2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص124.

352- أنظر، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004، ص190.

353- Dominique FENOUILLET, op.cit, p.83.

تقييد تعدد الزوجات، وحصره في حدود ضيقة وباشترطات مشددة، لم تصل في الغالب إلى تجريم التعدد، إلا ما شدّ به المشرع التونسي الذي جرم التعدد في قانون العقوبات³⁵⁴.

لا شك أن تجريم تعدد الزوجات يعتبر إلغاء صريحا لنصوص الشريعة الإسلامية ومعارضة صريحة للقرآن الكريم، وهذا ما جعل عديد الدول العربية تتحفظ على بعض نصوص اتفاقية السيداو، لكن مع ذلك ترتفع بعض الأصوات في هذه المجتمعات تطالب بإلغاء التعدد.

إن الكاتب التونسي محمد شرفي يرى أن تعدد الزوجات يعيق فكر التطور في المجتمعات الإسلامية، ويعتبره أمرا مخالفا لمبدأ المساواة بين الجنسين، مدعيا أن التعدد لم يبق إلا في العالم الإسلامي، وهذا لا يشرف لأنه يعطي صورة بغیضة عن الإسلام³⁵⁵.

لقد اتجه المشرع التونسي إلى إلغاء التعدد، كونه في نظره جاء رخصة تحت تأثير العوامل التاريخية في البيئات المختلفة التي تتخذ من هذه الرخصة علة لقهر المرأة وحرمانها من حقوقها المشروعة ومعاملتها معاملة الإيماء، وهو ما يسبب الكثير من مظاهر الشجار والخلافات بين أفراد الأسرة³⁵⁶.

لقد اختصر المشرع التونسي عملية تنظيم أو تقييد تعدد الزوجات من أساسها، واعتبر التعدد جريمة معاقب عليها حسب نص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله أن تعدد الزوجات جريمة وكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون دينار أو بإحدى العقوبتين ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون³⁵⁷.

تطرح الدعوة إلى إلغاء تعدد الزوجات سؤالا وجيها وهو كالتالي: في ظل تزايد أعداد النساء في العالم على أعداد الرجال، إذا قلنا بوجوب الاقتصار على زوجة واحدة، فما مصير باقي النسوة؟

إن الجواب على هذا السؤال يكمن في أحد الأمرين إما أن تبقى المرأة دون زواج طوال حياتها، ونطلب منها عندئذ أن تتنكر لمشاعر الأمومة وأن تكبت طول عمرها ميلها الطبيعي إلى تكوين أسرة، وإما ندفعها دفعا

354- اهتدى المشرع المصري إلى حل وسط، وهو التزام الزوج قبل زواجه بالإقرار عن حالته الاجتماعية تحت طائلة العقوبة في حال التصريحات الكاذبة، حيث جاء في قانون الأحوال الشخصية المصرية رقم 100 سنة 1985، أنه يجب أن يقر الزوج في وثيقة زواجه بحالته الاجتماعية اسم زوجته أو زوجاته اللاتي في عصمته واسم مطلقاته ويعاقب طبقا للمادة 23 مكرر بمدة لا تزيد عن ستة أشهر وغرامة لا تتجاوز 200 جنيتها أو إحدى العقوبتين إذا أدلى ببيانات كاذبة.

355- Mohammed CHARFI, op.cit, p.136.

356- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، المرجع السابق، ص290.

357- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص117.

إلى العلاقات غير الشرعية من وطء وبغاء وسحاق وما شابه.

لم يجد الغرب من بديل لتعدد الزوجات³⁵⁸ سوى السماح باتخاذ الخيلات، وهو عين الفساد، حيث أصبحت أوروبا تعج بالأطفال غير الشرعيين، وبما يسمونه الأمهات العازيات، ولقد قالت إحدى الكاتبات لإنجلترا: "إن إرغام الرجال على الاكتفاء بواحدة جعل بناتنا ينحرفن، وسوف يتفاقم الوضع إن لم نبج تعدد الزوجات"³⁵⁹.

عقد مؤتمر للشباب في ميونيخ بألمانيا عام 1948 واشترك فيه بعض الدارسين المسلمين في البلاد العربية، وكان من لجانة لجنة تبحث مشكلة زيادة عدد النساء في ألمانيا، فتقدم الأعضاء المسلمون في هذه اللجنة باقتراح إباحة تعدد الزوجات، وقوبل هذا الرأي بشيء من الدهشة والاشمئزاز، وكانت النتيجة توصية المؤتمر بالمطالبة بإباحة تعدد الزوجات لحل المشكلة³⁶⁰.

إن العشرة الزوجية قد تنتهي بالطلاق، فكما يؤسس الزواج لبناء أسرة يأتي الطلاق ليهدم أسرة. وفي كلتا الحالتين يكون هناك تأثير على حقوق المرأة نتيجة لتغير مركزها القانوني.

الفصل الثاني

تأثير الزواج والطلاق على حقوق المرأة

إذا تم الزواج، وأصبح معترفاً به وفقاً للمواثيق الدولية أو طبقاً للقوانين الداخلية، فإنه يرتب جملة من الآثار التي في أغلبها لها صلة بطرفي عقد الزواج، فيصبح لكل طرف حقوق في مقابل واجبات. ويظل الأمر كذلك إلى نهاية علاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو غيرها من الطرق كالانفصال الجسماني .. وعندئذ يتغير المركز القانوني لكل طرف، فيحدث تغيير في الحقوق والواجبات.

358 - « Si l'adultère n'est plus un délit en droit français depuis 1975, gare à ceux qui, en étant d'ores et déjà mariés, auraient le projet de contracter une autre union devant monsieur ou madame le père... avant la dissolution du précédent engagement... la nuit de noces serait immédiatement interrompue par une garde à vue beaucoup moins festive, doublée d'une convocation devant le tribunal correctionnel ». Voir, Emmanuel PIERRAT et autres, op. cit, p. 29.

359- أنظر، غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، 2011، ص55.

360- أنظر، عبد التواب هيكل، تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة التعدد في أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، مكتبة الحرمين، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1977، ص83.

إن المواثيق الدولية لم تعدد حقوق المرأة على سبيل الذكر باعتبارها طرفا ضعيفا في العقد ولكنها طالبت بإعطائها حقوقها وحمايتها، ووضعت في سبيل ذلك معيار واحد ووحيد، وهو المساواة مع الرجل في الحقوق والواجبات، ولعل أبرز نص قانوني يكرس هذا المعيار بجلاء هو المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي تنص في جزء منها: "على الدول الأطراف أن تضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل والمرأة³⁶¹ نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج، وكذلك نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة بغض النظر عن حالتها الزوجية، ونفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة".

ومن أجل معرفة مدى تأثير حقوق المرأة بالزواج والطلاق في المواثيق الدولية والتشريع الأسري، سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سأتطرق في الأول منهما إلى الحقوق الثابتة للمرأة في علاقاتها مع الغير، وفي الثاني إلى حق المرأة في إنهاء رابطة الزوجية.

المبحث الأول

الحقوق الثابتة للمرأة المتزوجة في علاقاتها مع الغير

تتشارك المرأة مع الرجل في إدارة حياة بلدها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وقد جاء في ديباجة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أن هذه المشاركة تكون على قدم المساواة وأن التمييز ضد المرأة يشكل عقبة أمام هذه المشاركة.

أثارت المادة 2/15 من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة مسألة أهلية المرأة، حيث نصت على أنه: "تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية ماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرصة ممارسة تلك الأهلية".

إن أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات تدور وجودا وعدما مع الحياة لأنها تثبت لكل إنسان. وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص أوقدرته على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته³⁶². وقد أثبت المشرع الجزائري الأهلية للرجل والمرأة سواء، وهذا ما

361- إن مبدأ تساوي الرجل والمرأة في إطار العلاقات الأسرية والذي تتبناه المواثيق الدولية أصبح اليوم بلا معنى في بعض الدول التي تعترف بزيجات تختلف عن الزواج الطبيعي، من قبيل الزواج من نفس الجنس، حيث تصبح المرأة في مواجهة المرأة، والرجل في مواجهة الرجل.

362- أنظر، محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص 149-150.

يجعل المرأة تدخل بحكم طبعها الاجتماعي في علاقات مع الآخرين مما قد يترتب عنه حقوق، وعندئذ تطفو بعض الإختلالات التي كثيرا ما اعتبرت تمييزا ضد المرأة من وجهة نظر لجنة السيداو.

سأطرق في هذا المبحث إلى بعض المسائل بحسب ما نصت عليها المواثيق الدولية واعتبرتها حقوقا للمرأة، وأبحث ما يمكن أن يشكل تمييزا عند تقرير هذه الحقوق، وأقارن كل ذلك مع ما جاء به المشرع الجزائري، وأول هذه الحقوق شهادة المرأة المتزوجة (المطلب الأول)، ثم جنسية المرأة المتزوجة وجنسية أطفالها (المطلب الثاني) وحق المرأة في التنقل واختيار مكان السكن (المطلب الثالث)، وحقها في العمل والتعليم (المطلب الرابع)، فضلا عن مسألة العقيدة الدينية للمرأة المتزوجة (المطلب الخامس).

المطلب الأول

شهادة المرأة المتزوجة³⁶³

قد يحدث أن تُستدعي المرأة لأن تشهد في قضية ما على واقعة معينة أو تصرف معين، كما قد ترى المرأة أنه من حقها أن تدلي بشهادتها في مسألة معينة، وإذا كانت هذه المسألة مرتبطة بالحق والواجب بالنسبة للمرأة غير المتزوجة، فإنها بالنسبة للمرأة المتزوجة إضافة إلى ذلك مرتبطة برباط الزوجية، فهل تحتاج المرأة المتزوجة لإذن زوجها للإدلاء بالشهادة وهل تعتبر الشهادة حق للمرأة أم واجب عليها؟ (الفرع الأول)، وهل اعتبار شهادة المرأة نصف شهادة الرجل، يشكل تمييزا ضدها؟ (الفرع الثاني)، أم أن شهادة المرأة يمكن أن تقبل منفردة؟ (الفرع الثالث). ثم لماذا ترفض شهادة المرأة في بعض المسائل وتعديل في مسائل أخرى؟ (الفرع الرابع)، أليست هناك مساواة بين الرجل والمرأة في الشهادة؟ (الفرع الخامس).

الفرع الأول

شهادة المرأة حق أم واجب؟

لم تذكر المواثيق الدولية إن كانت الشهادة حق أم واجب، وإنما ركزت على حق المرأة في المساواة مع الرجل في الأهلية، بما في ذلك أهليتها للشهادة، واعتبرت عدم إعطائها الحق في الشهادة أو الانتقاص منه تمييزا ضد المرأة.

363- الشهادة معناها أن يخبر الانسان بما رآه، وأن يقر بما علمه إخبارا قائما على الصدق، وعلما مبنيا على التثبت، أنظر في هذا المعنى ما ذكره: رشدي شحاتة أبو زيد، العنف...، المرجع السابق، ص224.

ولم يتطرق قانون الأسرة لشهادة المرأة، في حين تطرق إلى الشهادة عموماً في بعض المواضيع، ولم يُفصّل، حيث ذكر في شروط الزواج وجوب توافر شاهدين، وذكر في إثبات النسب أنه يمكن إثباته بالبينة، والتي يفسرها الفقه بأنها شهادة الشهود³⁶⁴.

لكن، عندما تطرق المشرع إلى مسألة الشهادة عند تحرير عقود الحالة المدنية، ذكر في المادة 33 من قانون الحالة المدنية أن الشهود ينبغي أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل دون تمييز فيما يخص الجنس.

لقد نظم قانون الإجراءات الجزائية مسألة الشهادة، وكذلك نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية سماع الشهود، بحيث نصت المادة 150 منه على أنه: "يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزاً ومفيداً للقضية". ويتضح من هذا النص أن المشرع أعطى للقاضي الحق في أن يأمر بسماع الشهود، ومادام الأمر يتعلق بأمر من القضاء، فيكون واجب التنفيذ، وهو ما يستتبع بالضرورة أن الشهادة هي واجب.

ويعزز قانون العقوبات القول بأن الشهادة واجب وليست حق، عندما يذهب إلى عقاب من يمتنع عن الإدلاء بشهادته، وكذلك يعاقب على الإدلاء بشهادة مزورة فقد جاء في المادة 232 ق.ع، العقاب على من يشهد زوراً في مواد الجنايات. وفي المادة 233 ق.ع، يعاقب المشرع على الشهادة زوراً في مواد الجناح كما يعاقب على شهادة الزور في مواد المخالفات بموجب المادة 234 ق.ع، أما المادة 235 ق.ع، فتعاقب من يشهد زوراً في المواد المدنية أو الإدارية.

يقول الدكتور محمد عبد السلام أبو النيل: إن أداء الشهادة واجب وليس بحق، ومن الواجب على المرأة كذلك أن تؤدي الشهادة كما أمر الله عز وجل في قوله: "وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ"³⁶⁵ وقوله: "وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ..."³⁶⁶، وقوله تعالى: "يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُوفُوا قَوَّامِينَ بِأَلْفِ سَطْرٍ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ"³⁶⁷ وقد يكون هذا فرض كفاية إذا وجد من يقوم بالشهادة غيرها وقد يكون فرض عين إذا لم يوجد غيرها³⁶⁸.

364- المادة 40 / 1 ق.أ: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

365- سورة البقرة، الآية 283.

366- سورة الطلاق، الآية 02.

367 - سورة النساء، الآية 135.

368 - محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص 286-287.

وفي شرح القدير أن مذهب أبو حنيفة الوجوب في الشهادة ، وقال تعالى: "وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ" ³⁶⁹ وهو تحريم الكتمان عن القاضي، فيكون الإظهار للقاضي وهو الأداء فرضاً، لأنه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذي هو الكتمان إلا به، ثم أكد سبحانه التحريم المفاد بالنهي بقوله تعالى: "وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ" ³⁷⁰ وهو تأكيد في تأكيد ³⁷¹.

ويجب أداء الشهادة بلا طلب في حقوق الله تعالى، كطلاق امرأة بائناً، ورضاع، ووقف، وهلال رمضان، وخلع، وإيلاء، وظهار، لكن الشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإعلام، لأنه يكون متردداً بين شهادتي حسبة، في إقامة الحد، والتوقي عن هتك حرمة مسلم. والستر أولى وأفضل، لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده: "لو سترته بثوبك لكان خيراً لك" ³⁷². ومع ذلك، ففي مسألة إقامة الحدود وبعض المسائل الأخرى لا تقبل شهادة المرأة إلا بالنصف من شهادة الرجل؛ فهل يشكل هذا انتهاكاً لحقوق المرأة وتمييزاً ضدها؟

الفرع الثاني

شهادة امرأتين بشهادة رجل واحد هل يعتبر تمييزاً؟

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي لقاعدة شهادة امرأتين مكان شهادة رجل واحد، وقد لاحظت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بوضوح هذه القاعدة، واعتبرتها تمييزاً ضد المرأة. فقد ذهبت في توصيتها العامة رقم 21 سنة 1992 إلى القول بأنه: "في بعض الدول يكون لمركز المرأة كشاهدة أو لشهادتها إحترام أو وزن أقل من إحترام أو وزن الرجل". فقد اعتبرت اللجنة أن القاعدة تشكل انقاصاً من شهادة المرأة وعدم إحترام لها، مما يوحي بأن هناك إزدراء للمرأة، أو على الأقل هذا ما كانت تؤكد اللجنة التي واصلت القول بأن: "القوانين والأعراف التي تأخذ بهذه القاعدة، تقلل مكانه المرأة كعضو مستقل ومسؤول وموضع تقدير في مجتمعها".

وخلصت اللجنة في تقريرها إلى أن جعل شهادة المرأة نصف شهادة الرجل يعتبر تمييزاً ضد المرأة، وعلقت على ذلك في توصيتها المذكورة أعلاه بأنه: "عندما تسمح البلدان لقوانينها بأن تقيد القوانين الأهلية

369- سورة البقرة، الآية 283.

370- سورة البقرة، الآية 283.

371- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج7، ص340.

372- رواه أبو داود برقم 4377، باب في الستر على أهل الحدود، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج4، ص351.

القانونية للمرأة، أوتسمح للأفراد والمؤسسات بذلك، فإنها تحرم المرأة من حقوقها في المساواة مع الرجل".

إن المشرع الجزائري لم ينص على قاعدة شهادة امرأتين بشهادة رجل واحد، ومع ذلك فإن هذه القاعدة في الحقيقة لا تشكل تمييزاً ضد المرأة، لأن الشريعة الإسلامية، تقوم على أساس العدل وليس المساواة، والعدل يقتضي أعمال هذه القاعدة في شهادة المرأة كون المرأة مختلفة عن الرجل ، وهذا يستتبع مراعاة هذا الاختلاف.

إن العلة من كون شهادة امرأتين بشهادة رجل واحد، قد ذكرها رب العزة في قوله: "أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى"³⁷³. فقد تنسى واحدة تقرير الحقيقة أوتدفعها العاطفة إلى تغييرها إشفافاً على الجاني، فتذكرها أختها بالحقيقة، أو بعقاب من يغير في الشهادة. وإنما نسب النسيان إليها من دون الرجل لأن حدوثه منها أكثر، وذلك لأن الإنسان يتفقد ذهنه في مجال عمله، فهي مشغولة عن مثل هذه الأمور بالقيام على أمر بيته³⁷⁴.

وقد يرجع السبب في ذلك إلى ما ركبه الله تعالى في طبيعة المرأة، فقد اقتضت حكمته أن تكون ناحية العاطفة في المرأة مرهفة وأن يكون وجدانها أقوى مظاهر الحياة النفسية حتى يتاح لها أن تؤدي وظيفة الحضانة والأمومة على خير وجه، فتكون عاطفتها أقوى من تفكيرها³⁷⁵.

إن الأمر ليس فيه أي انتقاص لقدرة المرأة، فنظرة الإسلام بعيدة عن هذا الإنتقاص من قيمة إنسانية المرأة، ولقد جاء النص في نصاب الشهادة مبنياً على أساس آخر استدعته طبيعة المرأة، التي تمر بها عوارض خلقية تشدها راغمة إلى الإحساس بالأذى والألم ، وعدم استجماع شتات فكرها، مثل فترات الحيض والحمل والنفاس، ومن ثم احتاط الإسلام لتأخذ العدالة مجراها الذي يترتب عليه استظهار الحق والفصل في النزاع دون أدنى شبهة في الحيف³⁷⁶.

إذا كان البعض يعيب على قاعدة شهادة امرأتين بشهادة رجل واحد أنها تمييز للمرأة، فإنه من الواجب أن أنبه إلى أن هذه القاعدة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لا تكون قاعدة عامة يعمل بها في جميع

373- سورة البقرة، الآية 282.

374- محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص 288.

375- رشدي شحاتة أبو زيد، العنف...، المرجع السابق، ص 226.

376- أنظر، محمد ممدوح صبري الطباخ، أوجه الاختلاف بين المرأة والرجل في أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 240.

المجالات، وفضلا عن هذا هناك العديد من الأمور التي تُقبل فيها شهادة المرأة دون شهادة الرجل، فلا يشكل هذا تمييزا ضد الرجل، كما أن هناك مواطن عديدة أيضا تتساوي فيها شهادة الرجل مع شهادة المرأة.

ترتبط الشهادة في تشريعها بالعدل وحماية الحق والمصلحة، ولذلك فإن شروطها تبنى على دفع الشبهة من جانب الهوى ودرء ما يخالج النفس من الوسواس، والبعد عن نوازع المحبة والكرهية وعلاقات الأقربين والغرياء، وهذا يوجب الاحتياط لحماية البريء وإنصاف المظلوم، وأمور الإحساس والشعور متغايرة بالفطرة بين الرجال والنساء، ولا سبيل إلى القول بتماثلها بين جنسيهما لمخالفته لدواعي الفطرة³⁷⁷.

إن الله تعالى خلق المرأة، وجعل بينها وبين الرجل اختلافات عضوية ونفسية وعقلية، حتى تتلاءم مع وظيفتها الأساسية في الحياة، فيختلف الجهاز العصبي في الجنسين اختلافا ظاهرا، وأهم جزء فيه هو المخ وهو أكبر عند الرجل وأثقل وزنا، بل يختلف حتى شكل المخ، وعلى وجه عام فمخ المرأة أبسط في تركيبه من مخ الرجل³⁷⁸. ومع ذلك فإن هناك حالات تقبل فيها شهادة المرأة منفردة.

الفرع الثالث

حالات قبول شهادة المرأة منفردة

إن من عدل الإسلام أن جعل شهادة المرأة منفردة غير جائزة في بعض المسائل فقط، وهي مقبولة في مواطن عديدة، بل إن هناك مسائل لا يعتدّ فيها إلا بشهادة المرأة دون الرجل.

إن شهادة المرأة تعادل شهادة الرجل في الحقوق المتساوية بينهما كاللعان، وهذا واضح في قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَمِيسَةُ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَمِيسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"³⁷⁹.

فالأيات توضح أن شهادة الزوجة متساوية مع شهادة زوجها إذا لاعنها أي قذفها في عفتها أونفي نسب مولودها إليه، وقد تعادل شهادة المرأة شهادة رجلين كما في المسائل التي لا تقبل فيها شهادة الرجل وتنفرد

377- رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص240.

378- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص217.

379- سورة النور، الآية 6-9.

النساء بالشهادة فيها³⁸⁰.

ويذهب جمهور الفقهاء إلى قبول شهادة المرأة منفردة دون الرجل في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة وعيوب النساء ولا خلاف بينهم في شيء من هذا إلا في الرضاع³⁸¹.

إن حالة الولادة وإلحاق النسب للمولود والرضاعة كلها شهادات تنفرد فيها المرأة دون الرجل لسبب بسيط أنها أمور تتعلق بخصوصية النساء³⁸².

وأما الشهادة على الرضاع فإن قوماً قالوا لا تقبل فيه إلا شهادة امرأتين وقوماً قالوا لا تقبل إلا شهادة أربع وقوم قالوا يقبل فيه شهادة امرأة واحدة، والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة، وهو مذهب مالك وابن القاسم، ومنهم من لم يشترطه، وهو قول مطرف وابن الماجشون، والذين أجازوا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة، ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روي عنه أنه لا يجوز فيه شهادة أقل من اثنتين³⁸³.

وعند أبي حنيفة تقبل في الولادة والبكارة والعيوب، وبالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة مسلمة حرة عدلة واثنتان أحوط به قال أحمد³⁸⁴.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة تقبل شهادة النساء منفردات فيما لا يراه الرجال غالباً كالبكارة والثيوبية، وولادة وحيض ورضاع واستهلال ولد، وعيوب نساء تحت الثياب، كجراحة ورتق وقرن وبرص، وانقضاء عدة، واختلفوا في العدد المشترط في شهادة النساء منفردات، فقال الحنفية والحنبلية تقبل شهادة امرأة واحدة عدل وقال، المالكية يكفي امرأة وقال الشافعية ليس يكفي أقل من أربع نسوة³⁸⁵.

إن شهادة المرأة ولو منفردة قد تكون حجة في وجه إدعاء الرجل، فإذا اختلف الزوج مع زوجته في الولادة أو المولود بأن ادعت الولادة في وقت معين وأنكر هو حدوثها أو ادعت أن المولود هو ذلك الولد وأنكر

380- محمد ممدوح صبري الطباخ، المرجع السابق، ص240.

381- رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص49.

382- وسام حسام الدين لأحمد، المرجع السابق، ص80.

383- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج3، ص1317.

384- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج7، ص345.

385- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج6، ص572.

فإنه يكفي في إثبات ما ينكره الزوج شهادة القابلة³⁸⁶.

وفي ذات السياق، قالت الدكتورة نوال بنت عبد العزيز العيد³⁸⁷: "والراجح أنه تجزئ شهادة امرأة عدل، ودليله ما أخرجه البخاري في صحيحه³⁸⁸ من طريق عبد الله بن أبي مليكة، عن عقبة بن الحارث أنه تزوج ابنة لأبي إهاب بن عزيز، فأتته امرأة فقالت قد أرضعت عقبة والتي تزوج، فقال لها عقبة: ما أعلم أنك أرضعتي ولا أخبرتني فأرسل إلى آل أبي إهاب يسألهم، فقالوا: ما علمنا أرضعت صاحبتنا، فركب إلى النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة فسأله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كيف وقد قيل"، ففارقها ونكحت زوجا غيره".

ولأسباب معينة قد ترفض شهادة المرأة في حالات أخرى أو تعدل، وإذا تبين أن هذه الأسباب معقولة فلا يمكن القول بالتمييز ضد المرأة في هذه الحالة.

الفرع الرابع

حالات تعديل شهادة المرأة أو رفضها

إن شهادة المرأة في الشريعة الإسلامية مقيدة في بعض الأمور فقط وتصح في غالب الأمور، وإن رفض شهادة المرأة في بعض المسائل له ما يبرره وليس هناك منع تام لشهادة المرأة، وإنما هناك تعديل لها.

إن ما جاء في القرآن الكريم بشأن تعديل شهادة المرأة قد اقتصر أمره على المعاملات المالية ونحوها من المعاوضات، لأن المرأة ضعيفة قليلة الضبط لما تحفظه في أمور المعاملات، فلا تقوم في ذلك مقام الرجل³⁸⁹.

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى رفض شهادة المرأة في الزواج، حيث جاء في قرار لها أنه: "من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار

386- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، دون تاريخ النشر، ص395

387- أنظر، نوال بنت عبد العزيز العيد، حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، الطبعة الأولى، 2006، الواحات، المملكة العربية السعودية، ص300.

388- رواه البخاري برقم 2640، باب إذا شهد شاهد أو شهود بشيء وقال آخرون...، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج2، ص248.

389- رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص48.

المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالف لأحكام الشريعة ومخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه³⁹⁰.

ويلاحظ أن القضاء استبعد شهادة المرأة على الزواج استنادا إلى الشريعة الإسلامية، لأن التشريع الأسري سكت عن مسألة شهادة المرأة في النكاح.

قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بِيْحْسٍ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ"³⁹¹.

يقول الدكتور عائض القرني: "إنما جعل امرأتان مكان رجل لغلبة النسيان على النسوان، فإذا نسيت واحدة ذكرتها الأخرى، لأن مسائل المال يغلب على معرفتها الرجال"³⁹².

وتقبل شهادة المرأة مع الرجل في كل ما كان المقصود منه المال أو يؤول إلى المال مثل البيع والإجارة والرهن والإقرار والغصب والقرض والوديعة والإعارة والضمان والصلح والشفعة، والوصية بمال، والمهر في النكاح، ووطء الشبهة، والرد بالعيب، كل هذه ونحوها، تثبت برجلين أو رجل وامرأتين فلا يشترط في الشاهد فيها الذكورة، والأنوثة ليست مانعا بالإجماع على ذلك من جمهور الفقهاء³⁹³.

ويقول القرطبي: "معنى تضل تنسى، والضلال عن الشهادة إنما هو نسيان جزء منها وذكر جزء، ويبقى المرء حيران بين ذلك ضالا"³⁹⁴.

غير أن القول بأن سبب نسيان المرأة في المعاملات المالية مرده عدم انشغالها بها ومن ثم وجب عدم قبول شهادتها منفردة يفتح المجال للطعن فيما جاء به التنزيل الحكيم، فالكثير من النساء اليوم على دراية

390- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/12/15، رقم 43889، المجلة القضائية، 1993، العدد 02، ص37.

391- سورة البقرة، الآية282.

392- عائض القرني، المرجع السابق، ص62.

393- أنظر، فتحي عثمان الفقي، شهادة المرأة، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة، مصر، 2000، ص61.

394- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص397.

واشتغال بالأمور المالية أحسن بكثير من عديد الرجال، فهل نقول بقبول شهادتهم لأنهن غير معرضات للنسيان بحكم الممارسة في المعاملات المالية، إن هذا لا يقول به أحد، ومن ثم إن أصح التعليل في اشتراط شهادة امرأتين مع رجل واحد يرجع إلى اختلافات بين الرجل والمرأة، وقد يكون لحكمة لا نعلمها.

ويتفق جمهور الفقهاء الحنفية³⁹⁵، والمالكية³⁹⁶، والشافعية³⁹⁷، والحنابلة³⁹⁸، وهو قول الحسن البصري والنخعي وابن المسيب والزهري وربيعه والشعبي أن جميع الحدود عدا الزنا واللواط لا تثبت إلا بشهادة رجلين ولا مدخل للنساء في إثباتها بأي حال.

ولقد استدلت جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه من رفض شهادة المرأة في الحدود بأدلة كثيرة منها³⁹⁹:

1- قال تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم..." ووجه الاستدلال أن: "منكم" أي من رجالكم، لأن الخطاب للرجال عند الرجعة والنكاح وقيس عليه الباقي.

2- روي عن الزهري أنه قال: "مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله عنهما أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص".

3- أن الحدود والقصاص مبناها على الدرء والإسقاط بالشبهات، وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة، لأنهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة، بخلاف سائر الأحكام، فإنها تجب مع الشبهة، ولأن جواز شهادة النساء على البذل من شهادة الرجال، والأبدال في باب الحدود غير مقبولة كالكفارات والوكالات.

ومع ذلك يرى الظاهرية قبول شهادة النساء في الحدود، فقد قال ابن حزم الظاهري⁴⁰⁰: "ولا يجوز أن يقبل في الزنا أقل من أربعة رجال عدول مسلمين، أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان، فيكون ذلك ثلاثة رجال و امرأتين أو رجلين و أربعة نسوة أو رجلا واحدا وست نسوة، أو ثمان نسوة، ولا يقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء... إلا رجلان مسلمان عدلان أو رجل وامرأتان كذلك أو أربع نسوة كذلك".

395- الكاساني، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج9، ص54.

396- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج2، ص445.

397- أنظر، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص442.

398- أنظر، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003، ص434.

399- فتحي عثمان الفقي، المرجع السابق، ص40.

400- ابن حزم الظاهري، المحلي، المرجع السابق، ج9، ص395.

يستنتج مما سبق أن الفقه الإسلامي يراعي الاختلاف بين الرجل والمرأة ولا يهدف للتمييز لهظم الحقوق. ولذلك تتساوى شهادة المرأة مع شهادة الرجل في بعض الحالات.

الفرع الخامس

مساواة المرأة والرجل في الشهادة

سبق الإشارة إلى أن المرأة تختص أحياناً ببعض المسائل شهادة دون الرجل، فتكون شهادتها إذاً أكبر من شهادة الرجل، ولعل هذا يشير إلى أن شهادة المرأة قد تكون مساوية لشهادة الرجل.

إن أوضح صورة في مساواة شهادة المرأة لشهادة الرجل تكون في اللعان، فقد قال تعالى: "وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ"⁴⁰¹.

فإذا قذف الزوج زوجته وجب عليه إقامة البينة على دعواه، وهذا لحديث ابن عباس⁴⁰² أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك ابن سحماء، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "البينة أوجد في ظهرك"، فقال يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "البينة وإلا حد في ظهرك"، فقال هلال والذي بعثك بالحق إني لصادق فلينزله الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل وأنزل عليه: "والذين يرمون أزواجهم...".

فإذا قذف زوجته بالزنا ولم تكن له بينة ونفت هي ذلك، لم يكن عندئذ ليصدق الزوج وتكذب الزوجة، بل إن قولها يعادل قوله وشهادتها تعادل شهادته، وليس له من سبيل إلا أن يلاعن زوجته بأن يحلف على زنى زوجته وتحلف هي على تكذيبه.

ويعتبر اللعان شهادة على مذهب الحنفية فلا يصح عندهم إلا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف⁴⁰³. وذهب جمهور الفقهاء عكس ذلك إذا اعتبروا أن اللعان يمين بلفظ الشهادة، ومن ثم قالوا يصح اللعان من كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذف أو كان

401- سورة النور، الآية 06 - 09.

402- أخرجه البخاري برقم 4747، باب "ويذراً عنها العذاب أن تشهد..."، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص264.

403- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص392.

أحدهما كذلك، ولكلا الرأيين مأخذه. وقد قال أبو مالك كمال بن السيد أن اللعان يمين مؤكد بشهادة لحجج منها أنه يستوي فيه الذكر والأنثى بخلاف الشهادة وأنه لو كان شهادة لما تكرر لفظه بخلاف اليمين⁴⁰⁴.

قال ابن القيم⁴⁰⁵: الصحيح أن اللعان يجمع الوصفين، اليمين والشهادة، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار، ويمين مغلطة بلفظ الشهادة والتكرار لاقتضاء الحال تأكيد الأمر.

وعلى قول ابن القيم ومن رأى أن اللعان شهادة، تكون شهادة المرأة تتساوى مع شهادة الرجل، لذلك إذا تم اللعان بين الزوجين فإن من آثاره أن يفرق بين الزوجين المتلاعنين تفريق أبدي، ويسقط حد القذف عن الزوج، كما يسقط حد الزنا عن الزوجة، ولا ترمى الملاعنة بالزنا، ورغم أنه في اللعان يكون أحد الزوجين كاذبا إلا أنه لا يمكن أن ينسب ذلك إلى الزوجة دون الزوج ولا العكس، ولا أدلّ من هذا على المساواة في الشهادة.

ويعتبر اللعان من المسائل المهمة لأنه يمس برابطة النسب، هذه الرابطة التي على أساسها يثبت الإنتماء إلى الأسرة. فضلا عن ذلك أصبح القانون الدولي والقوانين الداخلية تهتم برابطة الجنسية التي تثبت الإنتماء إلى دولة ما، ونظرا لإمكانية الزواج المختلط فإن التساؤل يطرح بخصوص جنسية المرأة وجنسية أطفالها.

المطلب الثاني

جنسية المرأة المتزوجة وجنسية أطفالها

يحتاج الإنسان ذكرا كان أو أنثى لأن يتمتع بجنسية دولة ما لأنه على أساسها يتحدد المركز القانوني للفرد في القانون الداخلي، فيتمتع بحقوق ويتحمل التزامات تبعا لذلك، وعلى المستوى الدولي أيضا للجنسية أهمية كبيرة ومن ذلك حق الدولة في حماية رعاياها والدفاع عنهم، وسلطة الدولة على رعاياها، فضلا عن مسؤوليتها أمام المجتمع الدولي في كل ما يمس برعاياها.

ورغم أهمية الجنسية في حياة الناس في ظل التطورات القانونية على الصعيدين المحلي والدولي، إلا أن المرأة ظلت في العديد من الدول تُحرم من الجنسية بسبب الزواج أو تحرم من نقل جنسيتها إلى أبنائها، وفي أحيان أخرى تحرم من الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية إذا ما تزوجت برجل يخالفها في الجنسية، وأمام هذا الواقع

404- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص384.
405- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج2، ص550، وقد أورد في هذا الشأن بحثا قيما خلص فيه إلى النتيجة المذكورة.

تدخلت النصوص الدولية لتضع قواعد واضحة تُبنى عليها طرق وشروط منح الجنسية أو التجريد منها، ولذلك لم تعد اليوم حرة في أن تنظم جنسياتها كما تشاء حرية مطلقة، بل هي مقيدة بشروط مناطها القانون الدولي. فمن حق المرأة اكتساب الجنسية (الفرع الأول)، كما أنه من حقها الإحتفاظ بجنسيتها بعد الزواج (الفرع الثاني). وقد تكتسب المرأة المتزوجة جنسية زوجها مع احتفاظها بجنسيتها، فتصبح متعددة الجنسيات (الفرع الثالث)، ويثبت للزوجة الحق في منح الجنسية لأبنائها على قدم المساواة مع الزوج (الفرع الرابع). وإن تجريد الزوج من جنسيته لا ينبغي أن يمتد للزوجة وأبنائها (الفرع الخامس).

الفرع الأول

حق المرأة في اكتساب الجنسية

إن المرأة بغض النظر عن جنسها تعتبر مواطنة، ومعلوم أن لكل مواطن الحق في جنسية الدولة التي ينتمي إليها، فلا يعقل أن تولد المرأة وتعيش في دولة ما وهي لا تحمل جنسيتها ولا جنسية أية دولة أخرى.

إن القوانين الداخلية للدول لا تترك المرأة دون جنسية عموماً، لكن الإشكال يطرح عند زواج المرأة بأجنبي، عندئذ نجد أن قوانين بعض الدول تضع أحكاماً تمييزية بين الرجل والمرأة في اكتساب الجنسية، وقد تنبتهت إلى هذا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ف جاء في المادة التاسعة منها أنه: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها، وتضمن بوجه خاص أن يترتب على الزواج بأجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، وأن تصبح بلا جنسية أو تفرض عليها جنسية الزوج".

إذا كان مرفوضاً تجريد المرأة من جنسيتها بسبب الزواج ومرفوضاً أن تفرض عليها جنسية الزوج، فإنه لا مانع في الاتفاقيات الدولية أن تختار المرأة أن تتجنس بجنسية زوجها، وينبغي أن تعامل في هذا الشأن كالرجل دون تمييز.

فاكتساب جنسية دولة ما عن طريق التجنس يقوم في جوهره على الإرادة والاختيار، ويتعين أن تظهر إرادة الشخص في الدخول في جنسية دولة ما، فلا يسوغ أن تمنح الجنسية بدون احترام هذه الإدارة، أي جبراً⁴⁰⁶.

406- أنظر، عبد الحميد محمود عليوة، دور الأم المصرية والعربية والأجنبية في نقل الجنسية إلى أبنائها، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص188.

إن للزوجة أن تكسب جنسية زوجها بإرادتها إن رغبت في التمتع بحقوق المواطن في دولة زوجها ليس بإتباع إجراءات التجنس العادي، بل في إطار إجراء تجنس امتيازي خاص⁴⁰⁷، كما نصت على ذلك المادة الثالثة، الفقرة الأولى من اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة (1957)⁴⁰⁸.

وقد نصت المادة الثالثة من اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة على أنه: "توافق كل من الدول المتعاقدة على أن للأجنبية المتزوجة من أحد مواطنيها، إذا طلبت ذلك، أن تكتسب جنسية زوجها من خلال إجراء تجنس امتيازي خاص"، ومن خلال هذا النص القانوني يفهم أن المجتمع الدولي كان يرغب إلى تسهيل دخول الزوجة في جنسية زوجها، وهو ما عبر عنه بإجراء تجنس امتيازي خاص، أي بتفادي إجراءات التجنس التي تكون عادة غير سهلة.

إن هذه الاتفاقية قد أخذت مصالح الزوجة بعين الاعتبار، لأنها قد تكون اندمجت في بيئة زوجها، مما يتطلب أن تعامل معاملة خاصة للإسراع بتمتعها بالحقوق التي يتمتع بها زوجها كمواطن في دولته⁴⁰⁹.

ويتضح من نصوص الميثاق الدولية أن القانون الدولي يأخذ بمبدأ استقلال الجنسية، فهو يعطي الزوجة الحق في اختيار جنسيتها وإن كانت مخالفة لجنسية زوجها، وهذا يعارض مبدأ وحدة الجنسية في العائلة الذي تقهقر ولم يعد يجد له تطبيقاً كونه أصبح يشكل تمييزاً.

يرى الدكتور محمد حسن القاسمي⁴¹⁰ : "إن إطلاق حق اكتساب الجنسية والاعتراف به لكل من الرجل والمرأة دون قيود سوف ينتج عنه الإضرار بوحدة الأسرة وتماسكها ويرجع ذلك إلى تعدد الجنسيات التي يحملها أفراد الأسرة الواحدة، وما ينتج عنه من اختلاف في الأوضاع القانونية لكل منهم حسب الجنسية التي يحملها وما يستتبعه ذلك من خضوع الزوجين والأبناء لقوانين وإجراءات مختلفة قد تؤدي أحياناً إلى تشتت الروابط الأسرية، كحالة قيام الدولة التي ينتمي إليها أحد الزوجين بإبعاد الآخر الذي يحمل جنسية دولة أخرى من أراضيها في حال نشأت حالة عداء بين الدولتين".

إن الدولة حرة في مسألة تنظيم جنسيتها، وهذا ما ذهبت إليه المادة الأولى من اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين في مسائل الجنسية التي نصت على أنه: "لكل دولة الحق في تحديد الأشخاص الداخلين في

407- اممر يحيواوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص235.

408- اتفاقية بشأن جنسية المرأة المتزوجة بتاريخ: 29 جانفي 1957، دخلت حيز التنفيذ في 11 أوت 1958.

409- اممر يحيواوي، الحقوق السياسية للمرأة...، المرجع السابق، ص116.

410- محمد حسن القاسمي، المرجع السابق، ص622.

جنسيتها بمقتضى قوانينها الخاصة⁴¹¹. غير أن هذه الحرية غير مطلقة، وذلك أن المادة ذاتها أشارت إلى أن حرية الدولة في تنظيم جنسيتها تتقيد بالاتفاقيات الدولية والمبادئ القانونية المعترف بها في مواد الجنسية.

لقد كان المشرع الجزائري ينص على إمكانية اكتساب الزوجة للجنسية بسبب الزواج، وكذلك في قانون الجنسية الملغى⁴¹² حيث كانت المادة 12 منه تنص على أنه: "يمكن للمرأة الأجنبية التي تتزوج جزائريا أن تحصل على الجنسية الجزائرية بمفعول زواجها ويجب التصريح قبل الزواج برفضها لجنسيتها الأصلية". ورغم أن هذه المادة كانت تتجه إلى مساواة الرجل والمرأة في اكتساب الجنسية إلا أنها كانت تضع شرطا مجحفا وهو إلزام المرأة بالتخلي عن جنسيتها الأصلية، وهذا يتعارض مع مبادئ القانون الدولي في المساواة في الجنسية.

إن واضعي قانون الجنسية رقم 96/63، ونظرا إلى أنه لم يكن قد مر على الجزائر منذ استرجاع سيادتها الوطنية سوى بضعة شهور، قد حذوا حذو التشريعات المقارنة عموما مع تيسير في إجراءات اكتساب الجنسية الجزائرية لمن شاركوا من الأجانب في ثورة التحرير أو تنفيذًا لاتفاقيات «بفيان»، غير أن حالة عدم الاستقرار في شتى مناحي الحياة في الفترة ما بعد ذلك، بسبب التحولات الاجتماعية العميقة المحدثة في جو مفعم بمد ثوري، كان لها الأثر المباشر لإلغاء قانون الجنسية واستبداله بالأمر رقم 86/70 المتضمن قانون الجنسية⁴¹³.

لم يتطرق المشرع الجزائري في القانون رقم 86/70 إلى حق المرأة المتزوجة في اكتساب الجنسية بالزواج، وسكت عن هذه الحالة، فأصبحت المرأة الأجنبية المتزوجة بجزائري لا يمكنها اكتساب الجنسية الجزائرية إلا بإتباع إجراءات التجنس التي نص عليها قانون الجنسية في المادة 10 منه، وبالتالي تخضع إلى شروط مشددة من ذلك ضرورة الإقامة بالجزائر مدة سبع سنوات، علاوة على شروط أخرى، مع تقديم الطلب إلى وزير العدل الذي يمكنه دائما رفض الطلب.

إن المركز القانوني للمرأة المتزوجة في قانون الجنسية رقم 86/70، دفع اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة إلى أن تعرب في جانفي 2005⁴¹⁴ عن قلقها إزاء عدم مراجعة قانون الجنسية الجزائرية الذي

411- المادة 01 من اتفاقية لاهاي لتنازع القوانين في مسائل الجنسية الموقعة في: 1930/04/12.

412- قانون الجنسية رقم 96/63 الصادر بتاريخ: 1963/03/27 والملغى بالقانون رقم 86/70، المؤرخ في: 1970/12/15.

413- أنظر، محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006، ص 23.

414- بمناسبة النظر في التقرير الدوري الثاني للجزائر، انظر وثيقة الأمم المتحدة CÉDA/C/SR,667.

يحمل تمييزاً ضد المرأة، حيث طالبت اللجنة مراجعة هذا القانون قصد الإسراع بمواءمته مع المادة 09 من اتفاقية السيداو.

واستجابة إلى هذا الاتجاه العام في المواثيق الدولية قامت الجزائر بتعديل قانون الجنسية سنة 2005 بالأمر رقم 01/05⁴¹⁵، وأصبحت الشروط ميسرة بالنسبة للزوجة مقارنة بشروط التجنس العامة، وهذا يمكن اعتباره إجراء تجنس امتيازي خاص، فلقد جاء في المادة 09 من قانون الجنسية المعدل والمتمم أنه: "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أوجزائرية بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج قانونياً وقائماً فعلياً منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم الطلب.

- الإقامة المعتاد والمنظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل.

- التمتع بحسن السيرة والسلوك.

- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة".

لقد اشترط المشرع الجزائري على المرأة أن تثبت الوسائل الكافية للمعيشة، ونظراً لأن قانون الأسرة الجزائري يجعل نفقة الزوجة على ذمة الزوج فإنه يمكن لها ببساطة أن تثبت أن زوجها الجزائري يملك الوسائل الكافية للمعيشة.

إن المرأة المتزوجة في ظل القانون الدولي العام تستطيع اكتساب جنسية أخرى بالزواج، وأيضاً الإسلام يبيح ذلك، بل يأمر به، ولذلك فإن الخلاف بين الإسلام والقانون الدولي العام يعود إلى تبني القانون الدولي العام مبدأ استقلال الجنسية (حق الزوجة في اختيار جنسية أخرى بخلاف جنسية الزواج) بينما يأخذ الإسلام بمبدأ وحدة الجنسية في الأسرة (تبعية الزوجة لزوجها في الجنسية الإسلامية)⁴¹⁶. رغم أن هناك اتجاه في الفقه ينفي وجود فكرة الجنسية في الإسلام مطلقاً، فأنصار هذا الاتجاه يقولون إن الإسلام دين سماوي يقوم على عقيدة عالمية ولا يقبل الحدود والفواصل السياسية والقانونية التي تقبلها فكرة الجنسية⁴¹⁷.

415- الأمر رقم 01/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الجنسية.

416- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 114 - 115.

417- أحمد الجداوي، الجنسية ومركز الأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983، ص 74 - 75.

لقد أصبح ثابتاً في القانون الدولي وفي القانون الجزائري حق المرأة المتزوجة في اكتساب الجنسية بسبب الزواج، غير أن الإشكال يطرح حول مصير جنسيتها الأصلية هل تحتفظ بها أم تفقدها؟

الفرع الثاني

احتفاظ المرأة المتزوجة بجنسيتها

لقد اهتمت المواثيق الدولية اهتماماً بالغاً بمسألة احتفاظ المرأة بجنسيتها، نظراً لوجود ممارسات دولية تحرم المرأة من جنسيتها الأصلية بسبب زواجها من أجنبي أو تفرض عليها التخلي عن جنسيتها في مقابل اكتساب جنسية زوجها⁴¹⁸، وفي هذا الإطار كان إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة 1967 واضحاً، إذا جاء في المادة 05 منه أنه: "تكون للمرأة ذات الحقوق التي للرجل فيما يتعلق باكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ بها، ولا يترتب على الزواج من أجنبي أي مساس آلي بجنسية الزوجة يجعلها بلا جنسية أو يفرض عليها جنسية زوجها" ويفهم من هذا النص أن للمرأة المتزوجة الحرية في الاحتفاظ بجنسيتها وهو حق ثابت لها، وفي المقابل يجب على الدولة أن تكفل لها هذا الحق بعدم المساس بجنسيتها أو فرض جنسية زوجها عليها.

وجاءت اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة 1957 للتخلص من التأثير التلقائي على جنسية الزوجة بسبب الزواج أو انحلاله أو تغيير الزوج جنسيته خلال الحياة الزوجية. وأن تشمل على حل لمنازعات القانون المتعلق بأثر الزواج على جنسية الزوجة وتحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين في مسألة الجنسية مع نبذ النظرية القائلة بأن الأسرة وحدة واحدة يتم توجيهها من قبل الزوج دون أكثرات برغبات المرأة⁴¹⁹.

أشارت اتفاقية السيداو ومن خلال نص المادة 09 إلى أن حق المرأة المتزوجة في الاحتفاظ بجنسيتها يجب أن تتمتع به على قدم المساواة مع الرجل.

ويبدو أن مصلحة الزوجة تقتضي أن تدخل في جنسية زوجها لكي لا تحرم من حقوق المواطنين في دولته، غير أنه يجب ترك تقدير مصلحة الزوجة للزوجة نفسها، فهي التي تقرر بمحض إرادتها فيما إذا كانت

418- حيث يلاحظ ازدياد الزواج المختلط مع ازدياد هجرة الشباب الجزائري نحو الدول الأوربية، وإن كان في الغالب الهدف من مثل هذا الزواج هو تسوية الوثائق الإدارية للمهاجر. وفي هذا الصدد يقول SAMI Nai : "إن عديد القوانين قد حولت الزواج المختلط إلى زواج أبيض، الهدف منه تسوية الوثائق الإدارية، ولذلك فإن الزيادة في المدة اللازمة للحصول على الوثائق الثبوتية بعد إبرام الزواج المختلط سيمتد لهذا الزواج قيمته الحقيقية". أنظر،

Nair SAMI, contre les lois Pasqua, éditions du Seuil, Paris, France, 1997, p. 27.

419- عبد الغني محمود، حقوق المرأة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1999، العدد 19، ص 27.

مصلحتها تقتضي الدخول في جنسية زوجها للاستفادة من المزايا المقررة للمواطنين في دولة زوجها متى كانت تقطن معه فيها⁴²⁰.

وفي توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 1992⁴²¹، جاء في تعليقها على نص المادة 09 من اتفاقية السيداو، أن الجنسية لا غنى عنها للمشاركة الكاملة في المجتمع، وينبغي أن تكون المرأة الراحدة قادرة على تغيير جنسيتها، وينبغي عدم التعسف في إلغائها بسبب الزواج أو تغيير الزوج، أو الأب لجنسيته.

إنه لا يكفي أن تحتفظ المرأة المتزوجة بجنسيتها بعد زواجها بأجنبي، بل حتى في حال زواجها من رجل يحمل نفس جنسيتها فإن لها الحق في أن تحتفظ بجنسيتها، وإن غير زوجها جنسيته.

لقد كان قانون الجنسية الجزائري الصادر في: 1963/03/27 والذي ألغي بعد ذلك، يمنع المرأة الأجنبية من الاحتفاظ بجنسيتها إن هي تزوجت بجزائري ورغبت في أن تحصل على الجنسية الجزائرية، فقد كانت المادة 12 من هذا القانون تشترط أن تصرح الزوجة قبل الزواج برفضها جنسيتها الأصلية، وفي هذا تقييد للمرأة في حق الاحتفاظ بجنسيتها.

أما قانون الجنسية الصادر في: 1970/12/15، فقد تلافى حدوث مثل هذا الإشكال وغض الطرف عن تأثير الزواج على مسألة الجنسية، وبذلك أصبحت المرأة الأجنبية بعد زواجها من جزائري تعتبر أجنبية في نظر القانون الجزائري، وهو الأمر الذي صعب من حياة أصحاب الزواج المختلط، إذ أن الزوجين يخضعان لنظامين قانونية مختلفين في مسائل الأحوال الشخصية، إضافة إلى أن الزوجة تخضع لشروطها إقامة الأجنبي عند رغبتها في الاستقرار إلى جانب زوجها بالجزائر.

لم يعدل قانون الجنسية رقم 86/70 منذ صدور سنة 1970 إلى غاية 2005 رغم عديد الإشكالات التي كان يطرحها، غير أن التعديل جاء موافقا لتوجيه الميثاق الدولية في مساواة المرأة والرجل في حق الجنسية. ورغم أن التعديل لم يتطرق إلى مسألة احتفاظ المرأة بجنسيتها بعد الزواج، إلا أنه يفهم ذلك منه ضمنا، فالمشرع أعطى للمرأة المتزوجة الحق في اكتساب جنسية زوجها وعلق ذلك على مشيئتها، في حين لم يشترط تخليها عن جنسيتها الأصلية، مما يدل على إمكانية احتفاظ بجنسيتها.

420- امر يحيواوي، الحقوق السياسية للمرأة...، المرجع السابق، ص 115.
421- التوصية المتعلقة بالمساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، صدرت بمناسبة انعقاد الدورة الثالثة عشر للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، سنة 1992.

وفي المادة 18/ف03 أشار المشرع إلى أن المرأة الجزائرية المتزوجة بأجنبي إذا اكتسبت جنسية زوجها جراء الزواج، فإنها لا تفقد الجنسية الجزائرية إلا إذا أذن لها بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية الجزائرية، وهذا يدل على وجوب تقدمها بطلب للتخلي عن الجنسية، أي أن الأمر موكول إليها معلق على إرادتها. أما الأجنبية التي تتزوج بجزائري وتكتسب الجنسية الجزائرية جراء زواجها، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة جنسيتها الأصلية، لأن ذلك يرجع إلى الدولة التي تحمل جنسيتها، لأن سيادة كل دولة تقتضي أن تكون لها حرية في تنظيم مسائل جنسيتها بما يحفظ مصالحها العليا ويراعي المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

إن احتفاظ المرأة المتزوجة بجنسيتها والسماح لها باكتساب جنسية زوجها ينتج عنها أن تصبح المرأة المتزوجة متعددة الجنسيات وعندئذ يطرح السؤال حول مركزها القانوني؟

الفرع الثالث

المرأة المتزوجة متعددة الجنسيات

قد يحدث أن تصبح المرأة المتزوجة متعددة الجنسيات بسبب الزواج أو بسبب آخر كالتجنس مثلا: وتعدد الجنسيات هو أن تثبت للشخص جنسيتان أو أكثر في نفس الوقت بطرق قانونية، ولعل أهم سبب في هذا هو تطبيق مبدأ حرية الدولة في تنظيم جنسيتها.

يكتفي القانون الدولي العام في هذا الصدد بأن يعترف للدول بحق تحديد الأفراد الذين يتمتعون بجنسيتها، بمعنى أنه يعطيها الحق في أن تصوغ قانون جنسيتها يتلاءم معها، فلها أن تحدد شروط اكتساب جنسيتها وشروط فقدها بالطريقة التي يراها أكثر تلاؤما لمصالحها ومتماشية مع ظروفها الخاصة⁴²².

لم تنطرق المواثيق الدولية إلى حالة متعددي الجنسيات، وعلى العكس من ذلك حرصت على أن يبقى الإنسان بدون جنسية أي أن يصبح عديم الجنسية، ومرد ذلك إلى أن الشخص متعدد الجنسيات سيستفيد من امتيازات كل دولة يحمل جنسيتها في حين أن عديم الجنسية لن يستفيد من امتيازات، كونه لا يتبع أية دولة.

422- محمد طيبة، المرجع السابق، ص 59.

جاء في المادة 03 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930 أن متعدد الجنسيات يعتبر وطنيا في أية دولة يحمل جنسيتها، ولكن هذه المادة تطرح مشكل التنازع الإيجابي والسلبي حول متعدد الجنسيات، مما يؤدي إلى ظهور خلافات ونزاعات بين أعضاء المجتمع الدولي بسبب تعدد جنسيات الأفراد.

لقد حاول المشرع الجزائري تنظيم مسألة تنازع القوانين من حيث المكان في القانون المدني في المواد من 09 إلى 24، وقد اعتمد كثيرا على ضابط الجنسية في تحديد القانون المختص خصوصا بالنسبة لحالة الأشخاص وأهليتهم، من ذلك أنه ذكر في المادة 10 أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، وكذلك ما ذكره في المادة 11 من أنهك "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

وحرص المشرع الجزائري على تطبيق القانون الجزائري كلما كان أحد الزوجين جزائريا وهذا ما عبرت عنه المادة 13 من القانون المدني، والتي جاء فيها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

غير أن المرأة قد تكون جزائرية متزوجة بأجنبي فيسري في حقها القانون الجزائري فيحدث تنازع مع قانون أجنبي إذا كانت للزوجة أكثر من جنسية، ولأجل هذا تدخل المشرع الجزائري، فنص في المادة 22 من القانون المدني على أنه: "يطبق القانون الجزائري إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

فلقد استبعد المشرع الجزائري جميع القوانين الأجنبية عند وجود جزائري متعدد الجنسيات، ولذلك فإن المرأة المتزوجة إذا كانت تحمل الجنسية الجزائرية إلى جانب جنسية أجنبية أخرى فإنه يسري في حقها القانون الجزائري. لكن قد يحدث أن تكون المرأة المتزوجة متعددة الجنسيات لكنها لا تحمل الجنسية الجزائرية، وفي هذه الحالة كان المشرع الجزائري واضحا حيث نص في المادة 22/ف1 ق.م على أنه: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية".

إن الجنسية الفعلية هي جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في جماعاتها وعاش في كنفها واستعمل فيها حقوقه وتحمل التزاماته، ويحددها القاضي وهو يدور في ميدان الواقع وليس ميدان القانون، ذلك أن الجنسية

وإن كانت رابطة قانونية، فإنها قبل ذلك رابطة اجتماعية، قوامها الاشتراك في الفكر والتقاليد والأمان، فالفرد من الناحية الاجتماعية لا يرتبط إلا بدولة واحدة⁴²³.

إن المرأة المتزوجة المتعددة الجنسيات قد تعتبر في وقت الحرب من رعايا دولة الأعداء لأنه عندئذ ترجح المصلحة السياسية للدولة، فنتخذ ضد هذه المرأة المتزوجة إجراءات استثنائية كالطرد من الدولة ومصادرة الأموال، فنتفكك الأسرة ويتشرد الأبناء بسبب تعدد جنسية الأم.

أمام ما يطرح تعدد الجنسيات من معضلات صعبة نادى جانب من الفقه للحد من مظاهر تعدد الجنسيات، ولعل من بين الحلول المطروحة في هذا الشأن هو ضرورة توحيد طرق اكتساب الجنسية في جميع الدول، ومعالجة حالات تعدد الجنسية عن طريق المعاهدات الثنائية، ولعل هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال المادة الأولى من قانون الجنسية التي جاء فيها: "تحدد الشروط الضرورية للتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب القانون وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها ويتم نشرها".

وإن من حق الأبناء التمتع بالجنسية، غير أن السؤال المطروح هو: هل يتجنس الأبناء بجنسية الأب أم بجنسية الأم، أم أن الأمر اختياري على أساس المساواة بين الزوجين في منح الجنسية لأطفالهما؟

الفرع الرابع

المساواة في منح الجنسية للأبناء

جاء في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 24 منه فقرة 3، أنه: "لكل طفل حق في اكتساب جنسية". ويفهم من هذا النص أن الجنسية ليست قاصرة على الأفراد البالغين سن الرشد، بل هي تنصرف إلى الأطفال أيضا⁴²⁴ وإن كانوا حديثي السن، ونظرا إلى أن الطفل يعتبر مولودا جديدا، فإنه جرت العادة على أن يحمل الجنسية وفقا للظروف المصاحبة لميلاده. ولذلك كان الطفل في الغالب يأخذ جنسية أبيه بسبب رابطة الدم أو جنسية الدولة التي يولد فيها بسبب رابطة الإقليم، وكثيرا ما كانت المرأة المتزوجة تستبعد في مثل هذا الطرح، رغم أن الأمر يتعلق بأبنائها أيضا، وهو ما اعتبرته المواثيق الدولية تمييزا ضد المرأة يجب القضاء عليه.

423- محمد طيبة، المرجع السابق، ص 62.

424- Yakout AKROUNE, op, cit, p.78.

نصت المادة 09 من اتفاقية السيداو على أنه: "تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهما". إن هذا النص وإن كان لا يطرح إشكالا عند اتحاد جنسية الزوجين إلا أن الأمر ليس كذلك عند اختلاف الزوجين في الجنسية فكيف تتحقق المساواة إلا بجعل الطفل متعدد الجنسيات أيضا.

إن المساواة بين الزوجين في منح الجنسية لأولادهما تكون ابتداء عند ولادة الولد، أو عند إثبات الجنسية للولد، وقد تحفظت الجزائر على المادة 2/9 من اتفاقية السيداو عند المصادقة عليها استنادا إلى أحكام المواد 6، 2/7 و 2/9 من قانون الجنسية قبل تعديله والتي كانت لا تسمح للمرأة المتزوجة أن تمنح أولادها الجنسية إلا في حالات نادرة.

لعل الدافع إلى إبداء مثل هذه التحفظات هو التخوف من أن تكون للولد جنسيتان وإن كانت الحكومة الجزائرية لم تفصح عن ذلك في نص التحفظات، وإذا كان الأمر كذلك فإن موقفها مبرر بل يستجيب لمقتضيات معاهدة لاهاي (1930) التي تتطلب أن تكون للفرد جنسية واحدة فقط⁴²⁵.

ولقد أعربت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في جلستها رقم 667 و 668 سنة 2005⁴²⁶ عن قلقها إزاء عدم إتمام مراجعة قانون الجنسية الذي اعتمد بموجب الأمر رقم 86/70 مما يديم الأحكام التمييزية التي تحرم المرأة من الحقوق المساوية لحقوق الرجل في إعطاء الجنسية لأطفالها.

وأشار تقرير الجزائر المرفوع إلى اللجنة سنة 2005 أنه تجري حاليا (أنداك في 2005) مراجعة قانون الجنسية للاستجابة للشواغل التي أعرب عنها المجتمع الجزائري وكذلك لمواءمة التشريع ذي الصلة مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها⁴²⁷.

لقد كانت المادة 06 من قانون الجنسية الصادر في: 1970/12/14 تعطي الولد المولود من أب جزائري الجنسية الجزائرية، في حين أنه لا يحمل الجنسية الجزائرية لكون أمه جزائرية إلا إذا كان أبوه مجهول أو كان من أب عديم الجنسية، ويعتبر هذا تمييزا واضح بين الرجل والمرأة في نظر المواثيق الدولية.

إن الواقع كشف عن مجموعة من الأفراد المولودين من أم جزائرية وأب أجنبي غادر التراب الجزائري، وترك الولد المولود من أم جزائرية ولم يسع إلى تسوية وضعيته ابنه على جنسية، وعلى الرغم من أن هؤلاء

425- اعمر يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص237.

426- أنظر الوثيقة الأمم المتحدة: (CÉDAW/C/SR.667, 668).

427- انظر وثيقة الأمم المتحدة: (CEDAW/C/DZ/2).

الأفراد المولودين لأم جزائرية واندماجهم في المجتمع الجزائري وتمتع ذويهم بالجنسية الجزائرية، فإن هذه الجنسية تحجب عنهم ويعاملون كأجانب نظرا لأن نصوص قانون الجنسية 1970 لا تكسيهم جنسية الأم الجزائرية⁴²⁸.

وبموجب تعديل قانون الجنسية في 2005، احترمت الجزائر التزاماتها الدولية وساوت بين الزوجة والزوج في منح جنسيتها لأولادهما، حيث نص المادة 06 من قانون الجنسية: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية". وكذلك أشارت المادة 32 من ذات القانون إلى أنه: "عندما يدعي شخص الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية يمكن إثباتها عن طريق النسب بوجود أصليين ذكرين من جهة الأب أو الأم مولودين في الجزائر ومتمتعين بالشريعة الإسلامية".

هكذا تكون الدولة الجزائرية قد تجاوزت التحفظات التي أبدتها من قبل⁴²⁹، ومع ذلك يبقى في نص المادة 32 تمييز ضد المرأة كون اشتراط أصليين ذكرين يعني احتساب الأب إذا ما كانا من جهة الأب وعدم احتساب الأم إذا ما كانا من جهة الأم .

وقد يحدث أن يجرّد الزوج من جنسيته، فهل هذا يسري على زوجته أيضا؟

الفرع الخامس

عدم امتداد التجريد من الجنسية إلى الزوجة وأولادها

قد يحدث أن يفقد الزوج جنسيته أو يغيرها أو يجرّد منها، وعندئذ يمكن أن تتأثر جنسية زوجته أيضا خاصة إذا كان قانون دولته ينص على ذلك، وحيث أن هذا يعتبر ظلما للمرأة مما قد يجعلها دون جنسية بجرم لم تقترفه، لذلك تدخلت الاتفاقيات الدولية لتمنع مثل هذه الإجراءات. لقد نصت اتفاقية السيداو على أنه على الدول الأطراف أن تضمن ألا يترتب على الزواج بأجنبي أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة أو أن تصبح بلا جنسية.

إن بعض الفقه كان يرى أن زواج المرأة برجل ينتمي إلى غير جنسيتها قرينة على الرغبة في العيش معه في دولته، وبدل على أنها قد اندمجت في مجتمعه، مما جعل الفقه يقر بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة⁴³⁰، وهو ما توصل إليه مجمع القانون الدولي في اجتماعه بمدينة أوكسفورد سنة 1880 حينما وضع مشروع تنازع

428- محمد طيبة، المرجع السابق، ص 29.

429- امير يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 238.

430- امير يحيوي، الحقوق السياسية للمرأة...، المرجع السابق، ص 113.

القوانين في المواد المدنية والذي تناول فيه الجنسية، إذ رتب على زواج الأجنبية بمواطن أن تدخل في جنسيته⁴³¹.

لكن مبدأ وحدة الجنسية في العائلة، نظرا للتطور الذي عرفه القانون الدولي، أصبح يعتبر ماسا بحرية المرأة في اكتساب الجنسية أو تغييرها، ذلك أنه يفرض على المرأة جنسية لا ترغب فيها ويجردها من جنسيتها لمجرد أنها تزوجت بأجنبي. لذلك جاء في المادة الأولى من اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة سنة 1957، أنه يراعى بالنسبة لكل دولة موقعة، ألا يؤثر على جنسية المرأة بصورة آلية الارتباط بالزواج أو حدوث الطلاق بين إحدى رعاياها وأي أجنبي أو تغيير جنسية الزوج خلال الزواج.

ورغم أن هذه المادة أبطلت تأثير الزواج والطلاق على جنسية المرأة، ومع ذلك لم تنتظر إلى حالة تجريد الزوج من جنسيته وإمكانية انسحاب ذلك على الزوجة.

إذا كان التجريد من الجنسية عقابا توقعه السلطة العامة على أحد مواطنيها بسبب فساد ولائه لدولته، فإن ذلك لا يجوز أن يمس سوى مقترف المخالفة عملا بمبدأ شخصيته العقوبة، وإلا ارتكبت السلطة العامة مخالفة أخرى من جانبها بتقرير العقوبات الجماعية المحرمة دوليا، وعليه فإن امتداد التجريد من الجنسية إلى الزوجة وأولادها القصر يعتبر عملا تعسفيا من جانب الدولة⁴³².

كان قانون الجنسية الجزائري لسنة 1970 ينص على حالات التجريد من الجنسية في المادة 22 وهي خاصة بمن يحمل الجنسية الجزائرية المكتسبة ولا تنطبق على من يحمل جنسية جزائرية أصلية، ومع ذلك فهذه الحالات تتعلق في الغالب بارتكاب الشخص أعمال تعد جريمة وحكم عليه فيها بعقوبة، فيضاف إلى هذه العقوبة عقوبة أخرى وهي تجريده من الجنسية، ورغم أن هذا الإجراء يعتبر عقابا سياسيا كونه يتم بمرسوم، إلا أن المشرع مع ذلك نص في المادة 24 من قانون الجنسية 1970 على أنه يمكن تمديد التجريد من الجنسية إلى زوجة المعني بالأمر وأولاده القصر. وهذا النص يعتبر تمييزا واضحا ضد المرأة المتزوجة فهو يحملها وزر زوجها، ثم أنه لا يجرد الزوج من جنسيته إذا تم تجريد الزوجة من جنسيتها بسبب وجودها في حالة من حالات تجريد الجنسية، وهو كذلك تمييز وإجراء تعسفي ضد الأبناء، وهذا يخالف ما جاءت به المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي قضت بأنه: "لا يجوز حرمان أحد تعسفيا من جنسية".

431- أنظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص231.

432- اعمر يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص236.

ونظرا للانتقادات الدولية، واحتراما من الجزائر للالتزامات الدولية وإثر تعديل قانون الجنسية في 2005 أصبحت المادة 01/24 تنص على أنه : "لا يمتد التجريد من الجنسية إلى زوج المعني وأولاده القصر". وبذلك أزاح المشرع ذلك التمييز ضد المرأة ، رغم أنه أبقى عليه بالنسبة للأولاد القصر عندما نص في المادة 24/ف2 على أنه : "يجوز تمديد التجريد من الجنسية إلى الأولاد إذا كان شاملا لأبويهم".

إن أغلب الحالات التي يمكن الحديث فيها عن جنسية المرأة المتزوجة وجنسية أولادها، هي الحالات الخاصة بزواج الرجل من أجنبية. حيث أن موطن الزوج غير موطن الزوجة، وهذا بدوره يطرح مسألة حق المرأة في التنقل واختيار مكان السكن.

المطلب الثالث

حق المرأة في التنقل واختيار مكان السكن

تكفل المواثيق الدولية ومختلف القوانين الداخلية للدول حرية التنقل للأشخاص وحرية اختيار محل إقامتهم تماشيا مع قواعد حقوق الإنسان لكن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بالمرأة، وخصوصا المرأة المتزوجة، حيث نجد أن بعض التشريعات تضع شروطا وقيودا على تنقل المرأة وسفرها داخل الدولة وأخارجها، وباعتبارها تابعة للزوج يفرض عليها دائما محل الإقامة، وليس لديها خيار إلا أن تقبله.

فإذا ما قورنت هذه التشريعات بما جاء في المواثيق الدولية وجد أن أغلبها يشكل تمييزا ضد المرأة لانقضاء المساواة في الإجراءات المتخذة، فما حدود حرية المرأة المتزوجة في التنقل؟ (الفرع الأول)، وما مدى إمكانية سفرها دون محرم؟ (الفرع الثاني)، أم أنه يجب عليها القرار في بيت الزوجية؟ (الفرع الثالث). ثم ألا يعتبر اشتراط إذن الزوج لخروج المرأة انتقاصا من حقها؟ (الفرع الرابع)، وهل يمكن للمرأة بعد زواجها اختيار مكان إقامتها؟ (الفرع الخامس).

الفرع الأول

حق المرأة في حرية التنقل

تعتبر حرية الإقامة والتنقل من الحقوق الأساسية للإنسان، والتي يتمتع بها الأفراد رجالا ونساء دون

تمييز لأي سبب من الأسباب⁴³³.

إن العالم المتحضر اليوم يقر للإنسان بحقه في التنقل، وهو يعترف به في المواثيق الدولية التي ارتضاها، وعلى هذا الأساس لا يحق لأية سلطة أن تعوقه عن ممارسة هذا الحق متى كانت في حدود القانون والنظام العام⁴³⁴.

لقد جاء في المادة 13 من فقرة 01 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن: "لكل فرد حق في حرية التنقل"، فالحق في التنقل حسب الإعلان هو حرية عامة لا يجوز تقييدها، وهو حق مكفول لكل فرد، وكلمة فرد تشمل الرجل والمرأة، والتنقل ممكن داخل الدولة وخارجها وهو ما أشارت إليه المادة 13/ف 02 من الإعلان ذاته بأنه: "لكل فرد الحق في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده، وفي العودة إلى بلده".

ونصت المادة 1/12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: "لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه". وفي الفقرة 02 أضافت أنه: "لكل فرد حرية مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده"، وفي الفقرة 04 أشارت إلى أنه: "لا يجوز حرمان أحد تعسفا من الدخول إلى بلده".

ذكر إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة بشكل صريح حق المرأة في التنقل من خلال نص المادة 06/ج، والتي جاء فيها أنه: "يكفل تمتع المرأة متزوجة كانت أو غير متزوجة بذات الحقوق التي يتمتع بها الرجل فيما يتعلق بالتشريع الناظم لتنقل الأشخاص".

وتم تأكيد حق المرأة في حرية التنقل في المادة 15/ف 4 من اتفاقية السيداو والتي جاء فيها: "تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص".

ويذكر أن مثل هذه الحقوق يمكن أن تخضع لقيود ينص عليها القانون إذا كانت هذه القيود القانونية ضرورية لحماية الأمن الوطني أوالنظام العام أوالصحة العامة أوالطلاق أوحقوق وحرريات الآخرين⁴³⁵.

إن أي قيد يمكن أن يرد على حرية التنقل يجب أن يكون في إطار القانون وفقا لما أشارت إليه المادة

433- أنظر، حسني نصار، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي والمقارن، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، مصر، دون تاريخ النشر، ص105.

434- أنظر، أسامة عرفات أمين عثمان عرفات، حقوق المرأة في المواثيق الدولية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2003، ص 442.

435- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 132.

12/ف3 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة، والتي جاء فيها أنه: "لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم، وتكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد".

فهذا النص وضع قيوداً على صاحب الحق بأن لا يأتي من التصرفات ما يجعل الدولة التي يوجد فيها تحد من هذا الحق وهو ما اعتبره التزام على الجنسين يتمثل في عدم الإضرار بإقليم الدولة التي يوجدوا بها، وأوجب في المقابل على الدولة عدم حرمان مواطنيها من العودة إليها⁴³⁶.

لقد نص الدستور الجزائري في المادة 44 منه على أنه: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية لأن ينتقل عبر التراب الوطني"، وجاء في الفقرة الثانية أن: "حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون لكل مواطن". وإذا كانت هذه المادة تضمن حرية التنقل للمواطن، فهي تضمن للمرأة ذلك باعتبارها داخلية في كلمة مواطن.

إن القانون الجزائري لا يضع أية شروط لسفر المرأة وتنقلها، فلها الحرية المطلقة في التنقل من مكان إلى آخر دون قيود شأنها في ذلك شأن الرجل، ولا يعتبر قيد الزوجة مانعاً من تنقلها إلا إذا كان في التنقل إضراراً بمصالح الأسرة.

وعلى عكس المشرع الجزائري فإن نظيره المصري قضى في قرار لوزير الداخلية سنة 1959 بعدم منح الزوجة جواز سفر أو إضافتها على جواز سفر الزوج إلا بموافقتها، وفي قرار آخر سنة 1996 قضى بأن يكون منح الزوجة جواز سفر أو تجديده بعد تقديم موافقة زوجها على سفرها إلى الخارج، وتعتبر الموافقة على استخراج جواز السفر أو تجديده تصريحاً بالسفر طوال مدة صلاحية الجواز، ولا يكون إلغاء الموافقة إلا بإقرار من الزوج وبعد التحقق من شخصيته وأخذ الإقرار منه أمام الموظفين المختصين، ثم قضت المحكمة الدستورية ببطلان هذه الأحكام سنة 2000⁴³⁷.

ومنحت الشريعة الإسلامية حرية التنقل للمسلم، وجعلت ذلك من حقوقه بل جعلت بعض أنواع هذه الحرية من ضروريات قيامه بما هو واجب عليه، وعلى هذا يمكننا أن نقول أن التنقل منه ما هو حق للمسلم،

436- سيد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 101.
437- أسامة عرفات أمين عثمان عرفات، المرجع السابق، ص 447 مكرر.

ومنه ما هو واجب عليه، فالتنقل الذي هو حق له، حكمه الإباحة أو الندب في بعض الأحيان، وهذا الأخير إذا لم يكن يستلزم سفراً أولاً يصدق عليه اسم السفر، فيشترط لتمتع المرأة به إذن الزوج إذا كانت ذات زوج أو إذن وليها كأبيها إن لم تكن ذات زوج⁴³⁸.

إن اشترط إذن الزوج من أجل سفر المرأة يطرح إشكالا آخر يتمثل في: ما مدى اعتبار وجوب سفر المرأة إلا مع محرم تمييز ضدها؟

الفرع الثاني

حق المرأة في السفر دون محرم

أعطت المواثيق الدولية للمرأة حرية التنقل داخل بلدها وخارجه في إطار احترام القوانين، غير أن القوانين وخاصة الداخلية منها قد تشترط وجوب سفر المرأة إلى جانب رجل من ذويها المقربين يعرف بالمحرم، رغم أن هذا يعتبر تمييزاً ضد المرأة حسب المواثيق الدولية، لأنه يفترض أن المرأة أدنى من الرجل.

إن إيجاب المحرم في السفر جاءت به الشريعة الإسلامية، وهو من قبيل المحافظة على المرأة والمبالغة في صونها وإبعاد قالة السوء عنها، فقد جبلت النفوس على الارتياح في المرأة تسير وحدها، إذا لم يعرفوا غايتها ولا من أين أتت وإلى أين تذهب؟ وهذا بلاء يصيب من هي في قمة الشرف كما يصيب غيرها⁴³⁹.

فإذا كان انتقال المرأة يصدق عليه اسم السفر وتقتصر فيه الصلاة، فلا بد لإباحة هذا التنقل من مصاحبة زوجها لها، أو مصاحبة ذي محرم منها كأبيها أو أخيها أو ابنها في مثل هذا التنقل⁴⁴⁰.

روى الإمام البخاري في صحيحه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تسافر امرأة مسيرة يومين ليس معها زوجها أو ذي محرم"⁴⁴¹.

وأخرج البخاري أيضاً في صحيحه عن أبي عباس رضي الله عنه قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تسافر امرأة إلا مع ذي محرم، ولا يدخل عليها رجل إلا ومعها ذي وحرم"⁴⁴². وأخرج مسلم في صحيحه

438- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج4، ص 199.

439- محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص 312.

440- أسامة عرفات أمين عثمان عرفات، المرجع السابق، ص 453.

441- رواه البخاري برقم 1864، باب حج النساء، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج2، ص 19.

442- رواه البخاري برقم 1862، باب حج النساء، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج2، ص 19.

عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحل لإمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، تسافر مسيرة يوم وليلة، إلا مع ذي محرم عليها"⁴⁴³.

ويلاحظ من خلال هذه الأحاديث النبوية وغيرها أنها تحرم سفر المرأة دون محرم إلا أن فيها اختلاف حول مدة السفر، فحددت في بعضها بثلاث أيام، وفي أخرى بيومين وفي أخرى بيوم واحد، ولم تحدد مدة السفر في البعض الآخر وكان التحريم مطلق.

قال الإمام النووي معقبا: قال العلماء: اختلاف هذه الألفاظ لاختلاف السائلين واختلاف المواطن، وليس في النهي عن الثلاث تصريح بإباحة اليوم والليل أو البريد⁴⁴⁴. قال البيهقي: كأنه صلى الله عليه وسلم، سئل عن المرأة تسافر ثلاثا بغير محرم، فقال: لا، وسئل عن سفرها يومين بغير محرم، فقال: لا، وسئل عن سفرها يوما، فقال: لا، وكذلك البريد، فأدى كل منهم ما سمعه، وما جاء منها مختلفا عن رواية واحد، فسمعه في مواطن، فروى تارة هذا وتارة هذا، وكل صحيح، وليس في هذا كله تحديد لأقل ما يقع عليه اسم السفر⁴⁴⁵.

قال الإمام ابن حجر: "إن الأحاديث تدل على عدم جواز سفر المرأة دون محرم، وهو إجماع في غير الحج والعمرة، والخروج من دار الشرك"⁴⁴⁶.

يرى بعض العلماء أن القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا، لهن أن يسافرن بلا زوج ولا محرم، وإن وجود غير أولي الإرية من الرجال في صحبتها يغني عن المحرم⁴⁴⁷.

وأما الأسيرة إذا تخلصت من أيدي الكفار، فإن سفرها ضرورة لا يقاس عليه حالة الاختيار، ولذلك تخرج منه وحدها، ومن المعلوم أنه في حالات الإضرار كالمهاجرة من دار الكفر، والمنقطعة عن الركب أو عن أهلها، والأسيرة إن أفلتت، ومن على شاكلتهن كل هؤلاء، يصح لهن السفر دون محرم⁴⁴⁸.

لم يشترط المشرع الجزائري وجوب المحرم في سفر المرأة، حتى وإن كانت متزوجة، إلا أنه اشترط

443- رواه مسلم برقم 1339، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص 609.

444- البريد هو مسيرة نصف يوم.

445- أنظر، أبو زكرياء يحيى بن شرف النووي الدمشقي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج9، الطبعة الأولى، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1929، ص 109.

446- أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج2، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، 2001، ص 109.

447- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج3، ص 230.

448- محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص 318.

وجوب المرافق في سفر الحج والعمرة. وبناء على ذلك لا يمكن للزوج أن يمنع زوجته قانوناً من السفر منفردة، لكن قد يبرر الزوج المنع بوجود قرار الزوجة في بيت الزوجية.

الفرع الثالث

قرار الزوجة في بيت الزوجية

أكدت الفقرة الرابعة من المادة 15 من اتفاقية السيداو على أنه يجب على الدول الأطراف أن تمنح المرأة على قدم المساواة مع الرجل الحق في حرية اختيار محل سكنها وإقامتها، ويستفاد من هذا النص ومن غيره في المواثيق الدولية أن الزوجة ليست مطالبة بالبقاء في بيت الزوجية، لأن هذا يتعارض مع حريتها في التنقل وحققها في اختيار محل الإقامة.

إن المواثيق الدولية تنفي أية تبعية من قبل المرأة للرجل، حتى وإن تعلق الأمر بمصلحة الأسرة ككل، فإذا ما اختارت المرأة المتزوجة عدم المكوث على الدوام في بيت الزوجية، فهذا يعني ظهور إشكال آخر يتعلق بالأولاد الذين سيكونون مجبرين على التنقل بين الأب والأم، أو الاختيار ما بينهما، وهذا فيه تهديد لكيان الأسرة. إن تبعية الزوجة لزوجها في الإقامة والتنقل تبعية تفرضها الضرورة الاجتماعية وحاجة المجتمع في المحافظة على وحدة العائلة وكيانها، وحاجة الزوجة نفسها في تأسيس الأسرة وحققها في الزواج، فإذا ما تعارض حق المرأة المتزوجة في ممارسة حريتها في الإقامة مع وحدة العائلة أو مع حق الزوج، فلا مناص من حماية هذه الوحدة وهذا الحق ولو كان في ذلك تضحية بجزء من حرية المرأة المتزوجة⁴⁴⁹.

كما أن السكن العائلي يشكل حماية عملية للأبناء أثناء الزواج، باعتباره مكان العيش المشترك بين الزوجين⁴⁵⁰.

إن الحكومة الجزائرية تحفظت على الفقرة 4 من المادة 15 من اتفاقية السيداو، لكنها عادت في 2005 وأعربت عن نيتها في سحب هذا التحفظ حيث جاء في تقريرها⁴⁵¹ أنه: "في واقع الحياة اليومية أصبح هذا التحفظ بدون مفعول، وبسبب التحولات الاجتماعية والاقتصادية يضطر ماديا العديد من الأقران المتزوجين، إلى عدم التعايش في نفس المسكن نتيجة لبعدهم عن العمل القرين".

449- أسامة عرفات أمين عثمان عرفات، المرجع السابق، ص 447.

450 - Jean HAUSER, op.cit., p. 359.

451- أنظر وثيقة الأمم المتحدة، (CEDAW/C/DZA/3-4)

ويستفاد مما سبق أن الجزائر من خلال تشريعاتها لا تلزم المرأة بالقرار في بيت الزوجية إلا أن واقع الحال عكس ذلك، فالمادة 55 من قانون الأسرة، تنص على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين بحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرق المتضرر". ورغم أن المادة جاءت مساوية بين المرأة والرجل إلا أن قضاة المحكمة العليا ذهبوا إلى تفسير النشوز بأنه عدم طاعة الزوج، ويدخل في ذلك الخروج من بيت الزوجية ورفض الرجوع إليه، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1984/04/09⁴⁵²، الذي جاء فيه أنه: "من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها".

ويتضح من هذا القرار أن عدم قرار الزوجة في بيت الزوجية يعتبر نشوزا يمكن زوجها من طلاقها، كما أنه تسقط نفقتها في فترة نشوزها.

وفي الشريعة الإسلامية يعتبر القرار في البيت من حقوق الزوج على زوجته، فللزوج أن يمسك زوجته في البيت ويمنعها عن الخروج إلا بإذنه، لأنها القائمة بشؤونها، المحافظة على ما فيه، فإن الوضع الطبيعي يقتضي ذلك حيث أن الزوج مكلف بالعمل خارج البيت لينفق على أسرته، بينما عمل المرأة في البيت، فلو جاز لها أن تخرج من البيت دون إذن الزوج لما استقامت الحياة الزوجية، فيصعب التقاء الزوجين تحت سقف واحد، وفي هذا مخالفة للفطرة الإنسانية⁴⁵³.

قال تعالى: "وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى"⁴⁵⁴. فهذه الآية تقرر مبدأ هام يوجب على المرأة أن تتخذ من البيت مقرا لها تستقر فيه⁴⁵⁵.

قال الإمام القرطبي⁴⁵⁶ في قوله تعالى "وقرن في بيوتكن": "معنى هذه الآية الأمر بلزوم البيت وإن كان الخطاب لنساء النبي صلى الله عليه وسلم، فقد دخل غيرهن فيه معنى، هذا لو لم يرد دليل يخص جميع النساء، فكيف والشريعة طافحة بلزوم النساء ببيوتهن والإنكفاف عن الخروج منها إلا لضرورة".

452- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/07/09، رقم 33762، المجلة القضائية، 1989، عدد 01، ص 119.

453- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 87.

454- سورة الأحزاب، الآية 33.

455- أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص 583.

456- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج 14، ص 179.

إذا فوتت المرأة على الرجل حق الاحتباس الشرعي بغير حق فلا نفقة لها، وتعد ناشزة، ومن النشوز أن تمتنع عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير سبب شرعي وقد دعاها زوجها إلى الانتقال، وأعد المسكن إعدادا كاملا يليق به، وكذلك إذا خرجت من منزله بغير إذنه، واستمرت ناشزة مدة طالت أوقصرت، فإنه لا نفقة لها في هذه المدة⁴⁵⁷.

ولا يعني قرار المرأة في بيت الزوجية عدم خروجها إطلاقا، بل لها أن تخرج لقضاء حوائجها، ولصلة رحمها. ولكن يسبق ذلك طلب الإذن من الزوج.

الفرع الرابع

اشتراط إذن الزوج لخروج المرأة

إن مبدأ تكريس الحريات العامة المعمول به في المواثيق الدولية يفترض أن للمرأة الحرية المطلقة في الخروج من بيتها وفي التنقل داخل دولتها وخارجها، ولذلك يعتبر من قبيل التمييز ضد المرأة كل شرط تضعه القوانين من أجل إلزام الزوجة بطلب الإذن من زوجها لمغادرة بيت الزوجية.

يعتبر اشتراط الإذن افتراضا لقصور المرأة، وعدم قدرتها على تسيير أمورها مما يعد نقصانا في أهليتها يستلزم تدخل الرجل، وأعلى الأقل هذا ما يفهم من تقارير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة. وهذا ما دعت إليه المواثيق الدولية والمؤتمرات الدولية المعنية بشأن المرأة، لأنها في المجمل تأخذ بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، وحيث الأمر كذلك فإن الفوارق تزول.

لم يشترط المشرع الجزائري بدوره إذن الزوج لخروج الزوجة، رغم أن الأعراف تستوجب ذلك. فطبقا للقانون الجزائري يمكن للمرأة السفر دون إذن زوجها سواء داخل الوطن أو خارجه، وليس هناك ما يمنعها، ولعل أوضح نص كان يستلزم إذن الزوج سابقا هو نص المادة 36 من ق.أ، والتي ألغيت بموجب التعديل في سنة 2005، إذا كانت تنص هذه المادة على وجوب طاعة الزوجة لزوجها، وإن إلغاء هذه المادة جاء تماشيا مع سياسة الجزائر للقضاء على التمييز ضد المرأة. وقد أشار إلى هذا تقرير الحكومة الجزائرية⁴⁵⁸ في سنة 2009 حيث ذكر فيه ما يلي: "... وهكذا فإن مفاهيم طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قد حذفت ولم يحل مكانها سوى

457- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 237.

458- تقرير الجزائر الثالث والرابع، ماي 2009، أنظر وثيقة الأمم المتحدة: (CEDAW/C/DZA/3-4).

حقوق وواجبات متبادلة فيما بين الزوجين".

إنه لغريب موقف المشرع الجزائري عندما يحذف مسألة طاعة الزوجة لزوجها، وأغرب منه أن الحكومة الجزائرية تفتخر بذلك في تقاريرها المقدمة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وتعد ذلك من قبيل الإنجاز، في سبيل المساواة بين الرجل والمرأة، رغم أن طاعة الزوجة لزوجها ووجوب استئذانه للخروج مسائل ورد النص عليها صراحة في الشريعة الإسلامية، وليس هناك من مسلم عاقل يرى أن التشريع البشري الذي يناقض التشريع الرباني سيكون أحسن وأفضل للبشرية جمعاء.

لقد دلّ على شرط إذن الزوج أو الولي لإباحة الخروج للمرأة للحاجات المشروعة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي أخرجه البخاري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا استأذنت امرأة أحدكم إلى المسجد فلا يمنعها"⁴⁵⁹، فهذا حديث صريح في دلالته على ضرورة إذن الزوج لخروج الزوجة إلى المسجد، ويقاس عليه سائر حالات الخروج من البيت لمصلحة شرعية، ولهذا ترجم الإمام البخاري لهذا الحديث بقوله: باب استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد وغيره⁴⁶⁰.

أما إذا خرجت الزوجة بدون إذن زوجها، فإنها تكون بذلك قد فرطت في الأمانة التي يجب عليها حفظها، وهي طاعتها لزوجها، فالخروج دون مبرر شرعي في حد ذاته تفريط وخيانة لواجب الطاعة، لأن الزوجة يجب أن تكون أمينة في كل حق يتعلق بحقوق الزوجية الملقاة على عاتقها⁴⁶¹.

إن خروج المرأة من بيتها دون إذن زوجها يهدد العيش الآمن بالآم المخاوف والقلق والريبة⁴⁶².

قال ابن قدامة: "وللزوج منعها من الخروج من منزلة إلى ما لها منه بد، سواء زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما، قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة، طاعة زوجها أوجب عليها من زيارة أمها إلا أن يأذن لها زوجها...". ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتها، فليس هذا من المعاشرة بالمعروف⁴⁶³.

459- رواه البخاري برقم 5238، باب استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد وغيره، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص 396.

460- أسامة عرفات أمين عثمان عرفات، المرجع السابق، ص 452.

461- أنظر، خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السابق، ص 12.

462- محمد علي سكيكر، المرجع السابق، ص 52.

463- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 129.

إن المرأة المتزوجة مطلوب منها شرعا أن تفر في بيت الزوجية وألا تخرج منه إلا بإذن زوجها، فهل لها الحق في أن تختار مكان إقامتها؟

الفرع الخامس

حق المرأة المتزوجة في اختيار مكان إقامتها

جاء في المادة 15 فقرة 04 من اتفاقية السيداو أنه: "تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم".

تتمتع الزوجة في المواثيق الدولية بالحرية التامة في اختيار مكان إقامتها من باب المساواة بين الرجل والمرأة، دون الحاجة إلى إذن مسبق أو لاحق⁴⁶⁴. وقد تختار الزوجة الإقامة في مكان بعيد عن مسكن الزوج، وقد تقيم في منزل خارج بلد الزوج، وعندئذ يطرح التساؤل حول كيفية التوفيق بين حق المرأة في تكوين أسرة وحققها في اختيار مكان إقامتها، ذلك لأن اختيار مكان الإقامة بعيدا عن مكان إقامة الزوج يعني وجود زواج صوري بينهما، فتكوين الأسرة يعني العيش مع بعض والتعاون على مسائل الحياة، وهذا ينتفي إذا انتفى العيش المشترك.

لقد راعت المادة 6 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة وحدة الأسرة عندما أعطت للمرأة والرجل ذات الحقوق التي تتعلق بالتشريع الناظم لتنتقل الأشخاص حيث أشارت إلى أنه تتخذ جميع التدابير المناسبة، لكفالة تمتع المرأة متزوجة كانت أو غير متزوجة بحقوق مساوية لحقوق الرجل مع عدم الإخلال بصيانة وحدة وانسجام الأسرة، التي تظل الوحدة الأساسية في أي مجتمع.

إن وحدة الأسرة وانسجامها يقتضي عيش الزوجين في مسكن واحد، وقد جاء في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة⁴⁶⁵ رقم 121/52 أن الجمعية العامة تطلب مرة أخرى إلى جميع الدول أن تكفل حرية السفر المعترف بها عالميا لجميع الرعايا الأجانب المقيمين بصفة قانونية في أراضيها، تؤكد من جديد أن واجب كل الحكومات ولاسيما حكومات البلدان المستقبلية، الاعتراف بالأهمية الحيوية لجمع شمل الأسرة وتعزيز إدماجها في تشريعاتها الوطنية من أجل كفالة حماية وحدة أسر المهاجرين الحائزين على الوثائق اللازمة.

464- Jean MORANGE, op, cit, p.183.

465- الجلسة العامة بتاريخ: 12 ديسمبر 1997، برقم 70، وثيقة الأمم المتحدة برقم: A.95.XIII.18.

ولاحظ المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قرار له⁴⁶⁶ أن: "النظم القانونية لكثير من البلدان تنص على أن محل إقامة الزوجة يتبع محل إقامة زوجها، وأن الزوجة في هذه البلدان تفقد عند الزواج محل إقامتها الأصلي، وتتخذ إقامة زوجها محلا لها حتى انحلال الزواج، وإن كانا يعيشان منفصلان".

وقد أعرب المجلس عن اعتقاده بأن هذه النظم القانونية تتنافى مع مبدأ المساواة بين الزوجين أثناء الزواج، الوارد في الإعلان الدولي لحقوق الإنسان، ولاحظ أن تطبيقها تتجم عنه مصاعب معينة بالنسبة للمرأة المتزوجة في البلدان التي يحدد فيها محل الإقامة اختصاص المحاكم في المسائل الزوجية، وحيث يحدد قانون محل الإقامة مركز الشخص، وأوصى المجلس بأن تتخذ الحكومات جميع التدابير اللازمة لضمان حق المرأة المتزوجة في أن يكون لها محل إقامة مستقل.

إن التناقض في نصوص الموائيق الدولية بخصوص مكان إقامة الزوجة واضح بين، فمن جهة تعطيها الحق في اختيار مكان إقامتها وهو نفس الحق المخول للرجل، ومن جهة أخرى تلزمها بالحفاظ على وحدة الأسرة، وهذان يتعارضان.

إن الزوجين ومن خلال الأسرة التي كونها يمتزجان في وحدة يرتضيانها، من حقهما أن يتخذا من خلالها أدق قراراتها وأوثقها ارتباطا بمصائرها، بما يصون لحياتها الشخصية أعق أغوارها فلا يقتحمها المشرع متغولا على أسرارها⁴⁶⁷.

قال المتقدمون من فقهاء الشريعة الإسلامية إن للزوج أن يسافر بزوجه وليس لها الامتناع عن السفر معه، ذلك لقوله تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن" وأساس الحياة الزوجية أن تعيش المرأة حيث يعيش الرجل، فإن كان السفر ليس للضرر كالسفر لأن عمله ليس في بلدها، وهو مأمون عليها، فله السفر بها، وإن امتنعت فقد امتنعت بغير حق شرعي، وإن كان السفر مضارة أو كان غير مأمون عليها ففي هذه الحالة لها الامتناع⁴⁶⁸.

أجاز الفقهاء سفر الزوج بالزوجة، مما يعني أن الزوجة تتبع زوجها في اختيار مكان إقامتها وليست حرة في اختيارها، وكل هذا مراعاة في الإسلام لمصلحة الأسرة، ومع ذلك يمكن للزوجة أن تشتترط على زوجها

466- قرار رقم 587 (د 20) بتاريخ: 03 أوت 1955.

467- أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص 602.

468- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 236.

أن يقيم بها في مكان محدد أو أن تشتترط عدم إخراجها من بلدها.

ويبطل الشرط إذا اشترطت المرأة على زوجها أن يسكن حيث شاءت أو شاء أبوها أو حيث شاء الغير لأن محل السكن مجهول وذلك ينافي مقتضى العقد ويتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، أما إذا اشترطت أن يسكنها بمسكن مستقل وبعيد عن أهله أو اشترطت مسكنا بمواصفات معينة من حيث حجمه وبنائه ومساحته وأثاثه وغير ذلك من الشروط فهي من الشروط المشروعة بالنسبة إلى السكن⁴⁶⁹.

لم يتحدث المشرع الجزائري على حق الزوج في السفر بزوجه، لكنه في المقابل اعتبر الزوجة المغادرة لبیت الزوجية دون إذن زوجها ناشزا، مما يعني أنها لا تمتلك حرية اختيار مكان إقامتها.

إن حرية المرأة في اختيار محل إقامتها . كفرد . تدوب في حرية أو حق أسمى هو حق العائلة وحريتها في الإقامة والتنقل، أي حرية الزوجين معا باعتبارهما وحدة لا تتجزأ، وكل ما في الأمر أن الزوج هو الذي يمثل العائلة أو ينوب عنها في ممارسة هذه الحرية باعتباره المسئول عنها، أي باعتباره رب الأسرة دون أن يؤثر ذلك في حق أفراد العائلة وعلى رأسهم الزوجة في الاشتراك أو المساهمة في اختيار أو تحديد محل الإقامة⁴⁷⁰.

واستقر اجتهاد المحكمة العليا على ضرورة متابعة الزوجة لزوجها في محل الإقامة حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ: 1986/01/13، "من المقرر قانونا أن دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، ومن المستقر عليه قضاء أن على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوج أصبح يسكن ويعمل بمدينة تبسة، فإن المجلس القضائي لما قضى برجوع الزوجة وإلحاقها بزوجها الموجود بمدينة تبسة بصفة دائمة طبق القانون تطبيقا سليما. ومتى كان كذلك استوجب رفض طلب الطعن"⁴⁷¹.

إن تحديد مكان إقامة المرأة المتزوجة تبعا لمكان إقامة زوجها تفرضه المصالح العليا للأسرة، وليس في هذا تمييز ضد المرأة. غير أن الحديث عن إقامة المرأة المتزوجة وتقلها ومدى أهمية إذن الزوج في ذلك يطرح تساؤلا آخر حول حق المرأة المتزوجة في الخروج من بيتها للتعلم أو العمل، فهل لها حق في ذلك مطلقا أم أنها تمتلك حقا مقيدا، أم أنها لا تملك حق التعلم والعمل أصلا؟

469- أنظر، طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكن، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2013، ص 165.

470- أنظر، حسني نصار، المرجع السابق، ص 107.

471- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/01/13، ملف رقم 39467، المجلة القضائية، 1993، العدد4، ص 57.

المطلب الرابع

حق المرأة المتزوجة في العمل والتعلم

حرصت المواثيق الدولية على إعطاء المرأة حقوقا مساوية لحقوق الرجل، دون النظر إلى كونها متزوجة أو غير متزوجة، بل دعت إلى ألا يكون الزواج سببا في أن تفقد المرأة بعض حقوقها، بل ودعت أحيانا إلى إعطاء المرأة غير متزوجة حقوقا يفترض أن تكون مقترنة بالزواج⁴⁷². وعلى الرغم من تغير مركز المرأة في الوقت الراهن نتيجة لتقرير مبدأ المساواة بينها وبين الرجل، والاعتراف لها بالعديد من الحقوق في جميع المجالات، إلا أن المساواة بينها وبين الرجل في تقلد الوظائف العامة بقيت مثار جدل حتى في أكثر الدول تقدما⁴⁷³. أما المشرع الجزائري فقد بقي يتراوح بين الاستجابة للمطالبات الدولية للمساواة بين الرجل والمرأة وبين الحفاظ على هوية المجتمع الجزائري المسلم، لذلك فهو يعترف للمرأة بالحق في العمل كما تعترف بذلك المواثيق الدولية (الفرع الأول)، إذ أثارت هذه المواثيق مسألة عمل المرأة الريفية (الفرع الثاني)، كما دعت إلى ضرورة توفير الحماية القانونية للمرأة العاملة (الفرع الثالث). ويقرر المشرع الجزائري أحيانا للمرأة حقوقا هي من صميم الحقوق التي جاءت بها الشريعة الإسلامية كالحق في التعليم (الفرع الرابع).

الفرع الأول

حق المرأة في العمل والوظيفة مساواة بالرجل⁴⁷⁴

أكدت المواثيق الدولية المختلفة على حق المرأة في العمل على قدم المساواة مع الرجل، ولا تزال المؤتمرات الدولية تصدر توصيات بخصوص تعزيز حق المرأة في العمل مع مراعاة خصوصياتها، خاصة

472- من ذلك دعوة المؤتمرات الدولية إلى أن تكون للبنات المراهقات الحرية في علاقات جنسية آمنة، والحق في التخلص من الحمل غير المرغوب فيه، والحق في الحصول على الثقافة الجنسية بما في ذلك معرفة طرق ووسائل منع الحمل.

473- أنظر، نوفان العقيل العجارمة، المساواة بين الجنسين في تولي الوظائف العامة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، ديسمبر 2010، عدد خاص، ص 243.

474-C'est le 9 juillet 1894 que Léopold Goirand (1845- 1926), député radical de l'arrondissement de Melle (Deux-Sèvres), dépose sa proposition de loi « ayant pour objet d'assurer à la femme mariée la libre disposition des fruits de son travail ». Voir, Le libre salaire de la femme, 1907-2007, op, cit, p.11.

En 2013, l'accord signé pour l'ensemble des versants de la fonction publique le 8 mars 2013 est conçu pour assurer l'égalité des rémunérations et des parcours professionnels des agents publics. L'égalité des rémunérations entre les agents féminins et masculins est un des principaux objectifs de la politique salariale de plusieurs ministères. Voir, droits des femmes, 45 mesures qui changent la donne, Rapport de ministère des droits des femmes, République Française, 2014, p10.

عندما يتعلق الأمر بالمرأة المتزوجة والتي تمر عبر فترات الحمل والإرضاع وتربية الصغار، وكلها مسائل يؤثر فيها عمل المرأة.

نصت المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: "لكل شخص الحق في العمل، وفي حرية الاختيار عمله، وفي شروط عمل عادلة ومرضية، وفي الحماية من البطالة". فكلما شخص تشمل الرجل والمرأة، وبذلك يكفل هذا النص للمرأة حق العمل رغم أنه لا يتمتع بقوة ملزمة.

إن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 يتمتع بأن له صفة قانونية ملزمة، فهو عبارة عن معاهدة دولية جماعية شائعة، يجب على الدول المنظمة إليها احترامها وإلا ثارت ضدها المسؤولية الدولية، وقد أكدت على حق المرأة في العمل⁴⁷⁵، إذ جاء في المادة 06 أنه: "تتعترف الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل الذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية، وتقوم باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق".

اعتمدت المواثيق الدولية في البداية على المصطلحات العامة الواسعة للدلالة على حق المرأة في العمل، من ذلك إدخال المرأة ضمناً في لفظ الشخص أو الفرد أو الإنسان، غير أن إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة كان واضحاً. وقد راعى مركز المرأة المتزوجة، حيث جاء في المادة 10 منه أنه: "تتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تمتع المرأة متزوجة أو غير متزوجة، بحقوق مساوية لحقوق الرجل في ميدان الحياة الاقتصادية والاجتماعية ولاسيما الحق دون تمييز بسبب الحالة الاجتماعية أو أي سبب آخر، في تلقي التدريب المهني، وفي حرية اختيار المهنة ونوع العمل، وفي نيل الترقية في المهنة والعمل".

وهذا نص صريح في المساواة بين الرجل والمرأة في العمل وتولي الوظائف بغض النظر عن الحالة الاجتماعية للمرأة من كونها متزوجة أم غير متزوجة، وتم تأكيد هذا المفهوم في الإعلان ذاته في المادة 10/فقرة 2 التي جاء فيها: "بغية منع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الحمل، وكفالة حقها الفعلي في العمل، تتخذ التدابير اللازمة لمنع فصلها في حالة الزواج أو الحمل".

ونظراً لكون الإعلان غير ملزم، فقد جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 ملزمة للدول، ففي المادة 1/11 نصت على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء

475- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 154.

على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق ولا سيما الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر".

لقد نصت اتفاقية السيداو على كل الحقوق التي تحتاجها المرأة للعمل في المادة الحادية عشر، ذلك لأن هذه الاتفاقية تمت خصيصا لصالح المرأة وللمحافظة على مكانتها، ولتجعل الدول التي وقعت عليها تلتزم بها، لأنه في ذات الوقت كانت بعض الدول لا تعطي المرأة الحق في العمل أو حتى مجرد الإشراف أو الإشتراك الفعلي⁴⁷⁶.

وكان لمنظمة العمل الدولية فضل السبق في تقرير مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال الأجر وذلك بموجب دستور المنظمة الصادر عام 1919، وحرصت المنظمة على التأكيد على مبدأ تكافؤ الفرص، والمعاملة بين الرجل والمرأة في العمل⁴⁷⁷.

وفي 29 جويلية 1951 أقرت منظمة العمل الدولية الاتفاقية الدولية الخاصة بتساوي أجور العمال والعاملات عند تساوي العمل، والتي يطلق عليها اتفاقية تساوي الأجر، والواقع أن اتفاقية تساوي الأجر لسنة 1951، شأنها شأن اتفاقية التمييز في مجال الاستخدام والمهنة سنة 1958 لا تضع على عاتق الدول الأعضاء التزاما كاملا ودقيقا بخصوص تطبيق مبدأ تساوي الأجر بين الرجال والنساء عند تساوي قيمة العمل، لكنها تسعى إلى أن تتخذ الدول من السياسة العامة ما يؤدي إلى تطبيق هذا المبدأ وتعزيزه⁴⁷⁸.

أرست منظمة العمل الدولية مبدأ عدم التمييز في إعلان فيلادلفيا الذي أعتمد سنة 1944، وأصبح جزء من دستور المنظمة، وقد أكد الإعلان على أن لجميع البشر أيا كان عرقهم أو معتقدتهم أو جنسهم، الحق في العمل من أجل رفاهيتهم المادية وتقدمهم الروحي، وتهدف هذه الأحكام إلى مناهضة التمييز حيال المرأة العاملة⁴⁷⁹.

اعتمد المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في دورته الثانية والأربعين سنة 1958 الاتفاقية رقم 111 بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة، وتعتبر إلى جانب التوصية الملحقة بها رقم 111 أيضا أهم الوثائق الصادرة

476- سيد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 136.

477- أنظر، علي عمارة، المساواة وعدم التمييز بين الرجل والمرأة في مجال العمل، دار الإتحاد، مصر، 2011، ص 81.

478- عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص 19.

479- أنظر، محمود سلامة، الحماية الدولية والعربية للمرأة العاملة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، يونيو 1999، العدد الثاني، ص 292.

عن منظمة العمل الدولية والمحددة لنطاق مبدأ المساواة ولكن بشكل جزئي وفي موضوعات محددة، والاتفاقية والتوصية لم تكتفيا بمجرد تقرير الإطار العام لمبدأ المساواة ولكنها حضرتنا جميع أشكال التمييز أو الاستثناء سواء نتيجة للتشريع أو السياسات أو الممارسات المتبعة⁴⁸⁰.

وأكد مؤتمر العمل الدولي في دورته الثامنة والسبعين سنة 1991، أن التقدم الفعلي في مجال تنفيذ قراره الصادر عام 1985 بشأن تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة بين الرجل والمرأة في العمل مازال بطيئا للغاية بالنسبة لغالبية العاملات، وخاصة فيما يتعلق بالأجر المتساوي وتساوي فرص العمل⁴⁸¹.

لم ينص المشرع الجزائري على حق المرأة في العمل في قانون الأسرة، وهذا نظرا لوجود قانون متخصص وهو قانون العمل، ونظرا للنص على هذا الحق كحق دستوري، حيث جاء في المادة 55 من الدستور أن: "لكل مواطن الحق في العمل" وفي المادة 51 منه: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون".

تقول الدكتورة حميدو زكية: "نلاحظ أن النصوص سوت بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بحق العمل والآثار القانونية المترتبة عنه. كما أنه يجب أن نوضح أن استعمال كلمة "المواطنين" يفهم منها أن الأمر يتعلق في هذا المجال بالجنسين معا، الذكر والأنثى"⁴⁸².

ومع ذلك وردت بعض الإشارات إلى عمل المرأة وحقها في المساواة بالرجل في قانون الأسرة، ومن ذلك ما جاء في المادة 19 من ق.أ، والتي تحدثت عن حق الاشتراط في عقد الزواج أو عقد لاحق وذكرت لاسيما شرط عمل المرأة إلى جانب شرط تعدد الزوجات، أي أن هذه المادة تنبئ المرأة إلى إمكانية اشتراط أن تمارس عملا رغم كونها متزوجة، وإن كان ظاهرا في المادة حماية المرأة إلا أنها تشير ضمنا إلى أن الرجل يمكن أن يمنع زوجته من العمل في حال انعدام هذا الشرط.

ويحمي قانون العمل⁴⁸³ في الجزائر المرأة ضد التمييز القائم على الجنس للحصول على منصب العمل ويترتب على ذلك أنه يعتبر باطلا وعديم الأثر كل شرط يتضمنه عقد العمل أو الاتفاقية الجماعية يقيم التمييز

480- أحمد حسن البرعي، تنظيم عمل المرأة موقفا لمستويات العمل الدولية والعربية، مجلة اتحاد الجامعات العربية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1996، ص 19 - 20.

481- تقرير المرأة العاملة العربية والتنمية، أشار إليه: محمود سلامة، المرجع نفسه، ص 305.

482- أنظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005/2004، ص 433.

483- قانون العمل رقم 11/90 الصادر بتاريخ: 1990/04/21 المعدل والمتمم.

بين الرجل والمرأة في مجال الترشح للوظيفة. وكذلك يمنع في قانون العمل التمييز القائم على الحالة الزوجية، وبذلك يتفق التشريع الجزائري مع ما ورد في المادة الأولى من اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز اتجاه النساء التي تخول المرأة حقوقها بغض النظر عن حالتها الزوجية⁴⁸⁴.

أعطى التشريع الإسلامي للمرأة المسلمة الحق في العمل⁴⁸⁵، وكان له قصب السبق في هذا المجال، وواضح في الإسلام أن الوظيفة الأساسية للمرأة هي الأمومة وبناء الأجيال، إلا أن وظيفتها لا تنحصر في هذه الأمور⁴⁸⁶.

لقد كرم الإسلام المرأة بأن جعل الرجل منقفا عليها حتى لا تضطر إلى العمل، فقد قال صلى الله عليه وسلم: "الساعي على المرأة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله أو كالذي يصوم النهار ويقوم الليل"⁴⁸⁷. وفي هذا الحديث ترغيب في خروج الرجال للعمل للإنفاق على النساء، ولقد اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض لعمل المرأة.

فالأجدر أن يقنن المشرع عمل المرأة بضوابط وشروط، من ذلك اشتراط أن يكون العمل يناسب طبيعة المرأة كمهنة التطبيب والتمريض والتعليم لبني جنسها وألا يتعارض عملها مع قيامها بشؤون منزلها الزوجية⁴⁸⁸، وأما ضوابط عملها فقد حددها الفقهاء.

484- امير يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 185، ص 192.

485- Muhammad ABDEL-RAUF, op, cit, p.58.

486- أنظر، منجية النفزي، حقوق المرأة المسلمة في المجتمع الإسلامي، منشور في وضع المرأة في العالم الإسلامي، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، لبنان، 2003، ص 76.

487- رواه البخاري برقم 5238، باب الساعي على الأرملة، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج4، ص93.

488- يقول الدكتور عبد الكريم زيدان: "إذا كان العمل لاكتساب الرزق وتحصيل أسباب العيش مباحا في حق المرأة فإن هذا المباح يجب ألا يزاحم ما هو واجب عليها، لأن فعل الواجب أكد من الفعل المباح، بل ولا يزاحم هذا المباح ما هو مندوب للمرأة، حيث أن واجب المرأة القيام بأعمال البيت وما تتطلبه الحياة الزوجية والوفاء بحق الزوج عليها وقيامها بشؤون أولادها وتربيتهم وخدمتهم، وهذه الواجبات كثيرة جدا وصعبة وتحتاج إلى تفرغ المرأة لها، وبالتالي لا يمكنها عادة وغالبا القيام بالعمل المباح لها خارج البيت إلا على سبيل التفريط بهذه الواجبات، والتقصير في أدائها إن لم نقل إهمالها، وبناء عليه فإن الأصل في عمل المرأة في خارج بيتها هو المنع والحظر"، أنظر، عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج4، ص265.

وتقول الدكتورة نهى القاطرجي " كان من أسباب دعوات الأمم المتحدة إلى خروج المرأة إلى العمل تغيير الأدوار النمطية للمرأة داخل الأسرة، وتحويل العلاقة بينها وبين الرجل إلى شراكة حقيقية داخل البيت، ولكن الذي حدث أن خروج المرأة إلى العمل لم يؤدي إلى أي تغيير في البنية والذهنية، ليس فقط في الذهنية العربية، ولكن أيضا في الذهنية الغربية، حيث استمرت في القيام بأدوارها الطبيعية مع إضافة مسؤوليات جديدة على عاتقها لم تكن تختص بها في السابق، وذلك في محاولة منها لإثبات قدرتها على إيجاد توازن بين عملها داخل المنزل وخارجها"، أنظر نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 423.

ويقول الدكتور صالح أحمد السيد جودة بعد أن أورد أقوال العلماء في عمل المرأة: "ومن ثم نرى أن عمل المرأة يكون للضرورة فقط، وعلى الرجل أن يساعدها، ولا يجعلها تضطر إلى مزاحمة الرجال، وعلى أن يكون خروج المرأة للعمل في الشكل والمظهر الذي يقره الإسلام" أنظر مزيدا من التفصيل: صلاح أحمد السيد جودة، المركز القانوني للمرأة في ممارسة العمل العام في النظم الوضعية والشرائع السماوية الثلاث، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 84.

أكد الإسلام على مجموعة من الضمانات الشرعية الأخلاقية اللازمة لممارسة المرأة العمل في حتى لا تخرج عن أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، كالاحتشام في اللباس وغيض البصر، واجتناب مواطن الريبة، وألا يتعارض عملها مع واجبها الأساسي في رعاية أطفالها وأسرته⁴⁸⁹.

وللمرأة الريفية أيضا الحق في العمل، حتى وإن كان الريف تتعدم به في الغالب المرافق العمومية التي تتيح الفرصة للعمل بها.

الفرع الثاني

عمل المرأة الريفية المتزوجة

تعمل النساء، ولاسيما الريفيات منهن في الدول النامية في قطاع الاكتفاء الذاتي وخاصة في الحقول وإدارة المنزل دون الحصول على أجر مقابل ذلك، وهو ما أخذه واضعو اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في الحسبان، وبالتالي ألزموا الدول الأطراف في المادة 14 بضرورة تمديد أحكام هذه الاتفاقية إلى النساء الريفيات من أجل تضمن لهن المشاركة في التنمية والاستفادة منها⁴⁹⁰.

إن المادة 14 من اتفاقية السيداو نصت على عمل المرأة، وأشارت إلى عدم إهمال مجهودات المرأة الريفية، فلقد جاء في نص المادة أنه: "تضع الدول أطراف في اعتبارها المشاكل الخاصة التي تواجهها المرأة الريفية والأدوار الهامة التي تؤديها في توفير أسباب البقاء اقتصاديا لأسرتها، بما في ذلك عملها في قطاعات الاقتصاد غير النقدية، وتتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على المرأة في المناطق الريفية".

رغم أن عمل المرأة الريفية يكون عادة مرتبط بمنزلها وأسرته إلا أنه يتطلب منها جهدا كبيرا، وهي بذلك تساهم مساهمة كبيرة في اقتصاد عائلتها ومع ذلك لا يؤخذ عملها في الحسبان في إحصائيات الدول.

ويدخل عمل المرأة هذا، في حق الكد والسعاية، الذي يكون مقابل عمل تقوم به الزوجة لصالح زوجها، وهو حق شخصي يقوم على علاقة مديونية بين الزوجة بوصفها دائنة بالحق والزوج بصفته مدينا بذلك الحق

489- وسام حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 51.
490- اممر يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 87.

ويرى بعض الفقه إمكانية الاعتداد بالأعمال المنزلية لاستحقاق الزوجة حق الكد والسعاية انطلاقاً من أن قاعدة المساواة بين الجنسين لا تقتصر على التحمل بالواجبات دون التمتع بما يقابلها من حقوق⁴⁹¹.

إن اختصاص المرأة برعاية الأسرة واختصاص الرجل بالعمل خارج البيت، ينظر إليه البعض على أنه يجعل المرأة أقل قيمة من الرجل، كون أن عمل المرأة المنزلي ينتج قيمة اقتصادية للاستعمال المباشر وليست لها قيمة تبادلية يتم تقييمها اقتصادياً (مالياً)، في حين أن عمل الرجل خارج المنزل ينتج سلعا وخدمات لها قيمة تبادلية ويأخذ عنها أجراً نقدياً حيث يكون العمل سلعة في حد ذاته، والسلع ذات القيمة التبادلية تكتسب قيمة أعلى من السلع ذات القيمة الاستهلاكية المباشرة⁴⁹².

تحظر اتفاقية السيداو كل تمييز يمكن أن يطال المرأة الريفية، فقد جاء في المادة 02/14 أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المناطق الريفية لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، أن تشارك في التنمية الريفية وتستفيد منها".

ومنحت الاتفاقية الدولية للمرأة الريفية بعض الحقوق التي تساعد على الوقوف على قدم المساواة مع الرجل، فنصت على أنه ينبغي مساعدة المرأة في الحصول على القروض البسيطة والميسرة للعمل في الأعمال الاقتصادية البسيطة، والحصول على مختلف نواحي التدريب والتعليم والخدمات المجتمعية والإرشادية والاستفادة من الإئتمانات والقروض الزراعية وتسهيلات التسويق والتكنولوجيا المناسبة والمساواة في مشاريع التوطين، وغيرها من الوسائل التي تنمي المرأة الريفية⁴⁹³.

يغلب على عمل المرأة الريفية أن يكون جماعياً سواء داخل الأسرة أو في جماعات من أسر مختلفة، ولعل هذا ما دفع اتفاقية السيداو إلى أن تنص على ضرورة مساعدة مثل هذه الجماعات. فلقد جاء في المادة 2/14 هـ أنه: "تكفل الدول الأطراف للمرأة الريفية بوجه خاص الحق في تنظيم جماعات المساعدة الذاتية والتعاونيات من أجل الحصول على فرص اقتصادية مكافئة لفرص الرجل عن طريق العمل لدى الغير أو العمل لحسابهن الخاص".

أشارت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة إلى وضع المرأة الريفية عند تعليقها على نص المادة 14

491- أنظر، جعفر محمود علي المغربي، حق الكد والسعاية: دراسة لحق المرأة في أقسام الممتلكات المكتسبة خلال فترة الزواج في القانون المغربي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، يونيو 2006، العدد 02، ص 182، ص 186.

492- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص 416.

493- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 93.

من الاتفاقية، حيث ذكرت أنه: "تتعرض المرأة الريفية لخطر العنف القائم على أساس نوع الجنس نتيجة لاستمرار المواقف التقليدية فيما يتعلق بدور المرأة كتابع، وهذه المواقف تتسخ في كثير من المجتمعات الريفية، وتتعرض فتيات المجتمعات الريفية لخطر عنف خاص ولاستغلال جنسي عندما يغادرن المجتمع الريفي بحثاً عن العمال في المدن"⁴⁹⁴.

وترحب الشريعة الإسلامية بمساهمة المرأة في التنمية الأسرية بكثير من الأعمال الريفية، فالعمل الريفي أمر محترم في الشريعة، ويحض عليه الإسلام⁴⁹⁵. فعن أم سلمة قالت: "قلت يارسول الله، هل لي من أجر في بني أبي سلمة أن أنفق عليهم، ولست بتاركهم هكذا وهكذا، إنما هم بني. قال: نعم، لك أجر ما أنفقت عليهم"⁴⁹⁶.

إن خروج المرأة للعمل، يعرضها لمخاطر عديدة، لذلك فهي بحاجة إلى حمايتها وحماية حقها في العمل، وليس فقط الإعراف بهذا الحق.

الفرع الثالث

الحماية القانونية للمرأة العاملة

تعتبر المرأة طرفاً ضعيفاً في علاقات العمل مقارنة بالرجل⁴⁹⁷، لذلك فإنه لا يكفي أن يعترف لها بحق العمل، بل لا بد من حماية المرأة العاملة مما قد يصيبها شخصياً، وحمايتها من أن تفقد عملها أو تكون موضع مساومة.

ويسلم جانب من الفقه بحق المرأة في المساواة مع الرجل أمام الوظائف العامة، إلا أنه يرى بأن ظروف المرأة - خصوصاً المتزوجة - يمكن أن تضعف من إنتاجيتها، ولذلك لا مناص من تخويل الجهة الإدارية

494- التوصية العامة رقم 19، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية عشر، 1992، العنف ضد المرأة.

495- أمانة نصر، المرجع السابق، ص 1517.

496- رواه البخاري برقم 5369، باب "وعلى الوارث مثل ذلك" وهل على المرأة منه شيء؟، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص 428.

497- تكشف الدراسات الفيزيولوجية عن وجود عدد من الفوارق بين المرأة والرجل، فطول المرأة يقل عن طول الرجل في المتوسط بمقدار 16%، وكذلك فإن جهازها العضلي يختلف عن جهاز الرجل، إذ يقل عنه بما يعادل 45% في المتوسط، كما أن أبعاد جسم المرأة أثناء الوقوف أو الجلوس وطول الأذرع والأرجل أقل من مثيلها لدى الرجل ولذلك تتعرض المرأة للعديد من الأمراض لاشتغالها بالأعمال الخطرة والشاقة، كما أن الوقوف مدة طويلة على الأقدام يعرض المرأة لأن تصاب بالدوالي والقدم المفرطح وسقوط أحشاء الحوض، أنظر: علي عمارة، المرجع السابق، ص 352.

المختصة سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بتعيين أو عدم تعيين المرأة في الوظائف العامة⁴⁹⁸.

وتوفر اتفاقيات العمل الدولية والتشريعات الوطنية للمرأة العاملة العديد من الأحكام التي تراعي طبيعتها الخاصة، ودورها الاجتماعي، وتشمل هذه الأحكام مجموعة القواعد القانونية التي تحظر استخدام المرأة في الأعمال الخطرة أو الشاقة أو الضارة بالصحة، وفي العمل الليلي، والقواعد التي تنص على رعاية الأمومة بوجه خاص، وتهدف بوجه عام إلى توفير شروط وظروف عمل إنسانية للمرأة العاملة، وفي هذا الصدد لا توجد اتفاقية بعينها تحد بوجه عام من التحاق المرأة بالاشتغال بالأعمال الخطرة أو الشاقة وإنما وردت نصوص في أكثر من اتفاقية⁴⁹⁹.

إن من جملة 162 اتفاقية صادرة عن منظمة العمل الدولية، هناك 12 اتفاقية تتعلق بالمرأة بصفة رئيسية أو ثانوية، ومن هذه الاتفاقيات إتفاقيات عامة تهدف إلى تكريس مبدأ المساواة والقضاء على أشكال التمييز في الشغل، واتفاقية أخرى تتعرض إلى خصوصيات وضع المرأة العاملة⁵⁰⁰.

إن المادة 10 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة قد جاءت بمبدأ هام لحماية المرأة، وهو أن تعطي للمرأة الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتناسب مع طبيعتها تكوينها الجسماني، فلا يجوز للقائمين على العمل إعطاء المرأة الأعمال الشاقة التي لا تستطيع القيام بها، فإن ذلك يعتبر تمييزاً ضد المرأة بإهدار حقها⁵⁰¹.

وأضافت المادة 01/11 د من اتفاقية السيداو حماية أخرى للمرأة العاملة من خلال ضمان حقها في المساواة في الأجر⁵⁰²، بما في ذلك الاستحقاق، والحق في المساواة في المعاملة فيما يتعلق بالعمل ذي القيمة المساوية، وكذلك المساواة في المعاملة في تقييم نوعية العمل.

498- نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص 259.

499- علي عمارة، المرجع نفسه، ص 351، ص 353.

500- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 289، ومن الاتفاقيات التي تهدف إلى حماية المرأة: الاتفاقية رقم 03 بشأن حماية الأمومة الصادرة سنة 1919، والاتفاقية رقم 04 بشأن تشغيل النساء ليلا الصادرة سنة 1919، والاتفاقية رقم 41 المتعلقة بتشغيل النساء ليلا (معدلة) الصادرة سنة 1934، والاتفاقية رقم 103 بشأن حماية الأمومة (معدلة) الصادرة سنة 1952، والاتفاقية رقم 45 حول تشغيل النساء تحت الأرض الصادرة سنة 1935.

501- سيد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 136.

502- كان مبدأ المساواة في الأجر موضوعاً للاتفاقية رقم 100 التي تبناها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ: 29 جوان 1951.

ثم إن الفقرة "هـ" من نفس المادة أثبتت للمرأة العاملة الحق في الضمان الاجتماعي ولاسيما في حالات التقاعد والبطالة والمرض والعجز والشيخوخة وغير ذلك من حالات عدم الأهلية للعمل، وكذلك الحق في إجازة مدفوعة الأجر.

وجاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 22 أنه: "لكل شخص بوصفه عضواً في المجتمع، حق في الضمان الاجتماعي، ومن حقه أن توفر له، من خلال المجهود القومي والتعاون الدولي، وبما يتفق مع هيكل كل دولة ومواردها، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لا غنى عنها لكرامته ولتنامي شخصيته في حرية". وذكر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المادة 09 أنه: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي، بما في ذلك التأمينات الاجتماعية".

ونصت المادة 10 من العهد ذاته في فقرتها الثانية على: "وجوب توفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل الوضع وبعده، وينبغي منح الأمهات العاملات أثناء الفترة المذكورة إجازة مأجورة أو إجازة مصحوبة باستحقاقات ضمان اجتماعي كافية"⁵⁰³.

يتضح أن المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أفردت نصاً خاصاً بالمرأة رغم أن كل ما ذكر ينطبق عليها بوصفها إنساناً، وهذا النص يعطي نوعاً من الحماية الاجتماعية التي تناسب أنوثتها وكونها تتزوج وتحمل وتلد وترضع، وفي هذه الفترات تكون ضعيفة وبحاجة إلى الرعاية، ويتضح أن العهد الدولي الخاص بحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966 سلك نفس الاتجاه، حيث أقر حق الضمان الاجتماعي لكل البشر غير أنه تميز عن الإعلان هو توافر القوة القانونية الملزمة⁵⁰⁴.

ونظراً لأن المرأة المتزوجة العاملة يمكن أن تصبح أما، فإن المواثيق الدولية قد قررت لها حماية خاصة، ومن ذلك ضرورة تحويل المرأة الحامل من العمل الليلي إلى العمل في النهار⁵⁰⁵ وألا يكون عمل المرأة الحامل مضراً بصحتها أو صحة طفلها، وألا يشكل خطراً عليها ومن الأخطار كل عمل يدوي شاق، وكل عمل

503- طبقاً للمادة 1/4 من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 183 المتعلقة بحماية الأمومة 2000 للمرأة الحق في عطلة أمومة لمدة أربعة عشر أسبوعاً على الأقل وفي توصية المنظمة برقم 191 طالبت من الدول العمل على رفع المدة إلى 18 أسبوعاً على الأقل مع تمكين الأم الحق في اختيار الوقت المناسب لعطلتها على ألا يقل عن 06 أسابيع بعد الولادة.

504- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 206 - 207.

505- أنظر المادة 02/7 من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 171 المتعلقة بالعمل الليلي سنة 1990.

يعرض المرأة لعوامل بيولوجية أو كيميائية أو فيزيائية خطيرة، بما في ذلك الأخطار الناجمة عن بعض العمليات الصناعية⁵⁰⁶.

لا توجد اتفاقية بعينها تحد من استخدام المرأة في الأعمال الشاقة أو الخطرة أو المضرة بالصحة، ولكن هناك مجموعة من الاتفاقيات والتوصيات أقرها المؤتمر العام للمنظمة، من ذلك الاتفاقية رقم 13 لعام 1921 بشأن "استعمال الرصاص الأبيض في الطلاء" والتي أقرها مؤتمر العمل الدولي في دورته الثالثة (أكتوبر 1921) ودخلت حيز التنفيذ في: 1923/8/31 وصادق عليها عدة دول، منها ستة دول عربية وهي: الجزائر، جيبوتي، العراق، المغرب، موريتانيا، تونس⁵⁰⁷.

إن حماية المرأة العاملة شملت أكثر من ذلك حمايتها من كل أشكال العنف في مكان العمل ، فلقد جاء في توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة رقم 19 الصادرة عام 1992 أنه : "يمكن المساس بالمساواة في العمل بشكل خطير عندما تخضع النساء للعنف القائم على الجنس، ولاسيما التحرش الجنسي في مكان العمل"⁵⁰⁸.

ولا يمكن أن يشكل الحمل أو الغياب عن العمل أثناء عطلة الأمومة، سببا مقبولا لوضع حد لعلاقة عمل العاملة، إذا لا يصح فصل أو توجيه الإخطار بالفصل للمرأة العاملة أثناء مدد الحماية المقررة لصالح الأمومة⁵⁰⁹.

وقررت اتفاقية السيداو أن المرأة المتزوجة العاملة تحظى بحماية من الفصل من العمل بسبب الحمل أو إجازة الأمومة أو بسبب حالتها الزوجية، فلقد جاء في المادة 02/11/أ، أنه: "توخى لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة ضمانا لحقها الفعلي في العمل، تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لحظر الفصل من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة، والتمييز في الفصل من العمل على أساس الحالة الزوجية مع فرض جزاءات على المخالفين".

506- جاء في توصية منظمة العمل الدولية رقم 128 المتعلقة بالحد الأقصى للثقل سنة 1967 في الفقرة 18 أنه: لا ينبغي تكليف أية امرأة بالنقل اليدوي للأثقال أثناء حمل ثابت طبيًا.

507- أحمد حسن البرعي، المرجع السابق، ص 11 - 12، وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بتاريخ: 1962/10/19.

508- وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/47/38

509- أعمر يحيى، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 56.

حرص المشرع الجزائري على إيلاء حماية للمرأة العاملة وخصوصا المتزوجة، غير أنه لم يستعمل في ذلك نصوص قانون الأسرة، الذي جاء بمادة وحيدة فقط⁵¹⁰، تشير إلى أنه لا يمكن أن يشكل عمل المرأة سببا لسقوط الحضانة، وهذه تعتبر حماية في نطاق ضيق يخص مسألة ممارسة الحضانة، وهي حماية ناقصة باعتبار أن نفس المادة تنص على أنه في جميع الحالات ينبغي مراعاة مصلحة المحضون، مما يعني أن المرأة يمكن أن تفقد الحضانة إذا ثبت أن عملها يتعارض مع مصلحة المحضون.

ويمنع في الجزائر تشغيل النساء الحوامل والأمهات في منصب عمل يتضمن مواد خطيرة على صحة الجنين أو الرضيع، وإذا شغلته قبل الحمل وجب تعويضه بمنصب عمل آخر لا يشكل خطر عليهما⁵¹¹. وطبقا للمادتين 28، 29 من القانون رقم 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم⁵¹² تستفيد المرأة العاملة من عطلة أمومة لمدة أربعة عشر أسبوعا متتاليا على أن تكون ستة أسابيع منها قبل التاريخ المحتمل للولادة وتتقاضى الأجر خلالها بنسبة 100% على أن يخصم منه اشتراك الضمان الاجتماعي والضريبة.

ويتفق التشريع الجزائري مع القانون الدولي لحقوق الإنسان عندما وضع قاعدة المساواة في الأجر، لكنه لم يرسم معالم العمل ذي القيمة المتساوية حسب متطلبات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، حتى يؤدي رب العمل حق العامل كاملا⁵¹³.

إن وظيفة الإنجاب منوطة بالمرأة، ولا يمكن بأي حال أن تتناط بغيرها، لذلك فالمرأة العاملة المتزوجة عكس الرجل تتعرض لأوضاع غير عادية في مشوار عملها بسبب الإنجاب، وحيث أن هذا الأخير لا بد منه وهو أيضا حق مكفول للمرأة، فإن المواثيق الدولية قد حرصت على ألا يكون هناك تمييز ضد المرأة العاملة بسبب مهمة الإنجاب.

تقضي القواعد الصحية بوجوب راحة المرأة في الأسابيع القليلة السابقة واللاحقة للوضع، لأن العمل خلال هذه المدة غير ملائم لصحة المرأة، وقد يؤدي إلى إجهاضها أو مرضها أو وفاتها⁵¹⁴.

510- تنص المادة 67 من ق.أ على أنه: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

511- المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 08/05 المؤرخ في: 08 يناير 2005 المتعلق بالقواعد الخاصة المطبقة على العناصر أو المواد أو المستحضرات الخطرة في وسط العمل، الجريدة الرسمية رقم 04 لسنة 2005.

512- القانون رقم 11/83 المؤرخ في: 02 يونيو 1983، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 17/96 المؤرخ في: 06 يونيو 1996.

513- امر يحياوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 193.

إن الحمل والوضع وغيرهما مما تتحمله المرأة من وظائف ومتاعب لا ينبغي أن يكون سببا لحرمانها من حقها في العمل، كما لا ينبغي أن يحول بينها وبين حقها في التعلم.

الفرع الرابع

حق التمتع بفرص التعلم

عانت المرأة طويلا من عدم مساواتها بالرجل في مجال التربية والتعليم والثقافة، حيث كانت محرومة أو شبه محرومة من حق التعليم والثقافة، لاسيما في نطاق دول العالم الثالث وخاصة الأجزاء الريفية منها، حيث كانت تسيطر هناك أعراف وعادات تجعل تعليم الفتيات أمرا غير مقبول⁵¹⁵، وإذا التحقت إحداهن بالتعليم، كان ذلك مقصورا على أنواع معينة منه تناسب طبيعة المرأة، والتي كانت تعد للحياة الزوجية وتربية الأولاد فقط، وكان هذا التعليم يقف عند مرحلة معينة من الزمن تنتهي ببلوغ الفتاة سن الزواج. فهل يعتبر الزواج مانعا من التعليم؟

إن العادات والتقاليد القديمة كانت ترى أن مهمة المرأة الزوجية داخل بيتها هي أعظم من أن تشغل معها بشيء آخر، ولو كان الحق في التعليم، غير أن ذلك لم يكن صحيحا مطلقا، فانشغال المرأة ببيت زوجها في حد ذاته يتطلب من المرأة أن تكون متعلمة، من أجل أن تمارس تربية صحيحة وجيدة لأبنائها وتحسن تدبير أمور البيت، لأجل ذلك، جاءت المواثيق الدولية لتعطي المرأة الحق في المجتمع بفرص التعليم بغض النظر عن جنسها أو حالتها الزوجية.

ولقد قرر المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة سنة 1958 أنه يتعين على منظمة اليونسكو⁵¹⁶ أن تأخذ على عاتقها مسؤولية صياغة مشروع توصيات، ومشروع اتفاقية دولية بخصوص النواحي المختلفة للتمييز في مجال التعليم، وفي سنة 1960 أقر المؤتمر الإتفاقية المناهضة للتمييز في التعليم⁵¹⁷.

وتشير اتفاقية اليونسكو 1960 إلى أن كلمة "تعليم" تشمل كافة أنواع التعليم ومراحلها، كما تشمل

514- محمد ممدوح صبري الطباخ، المرجع السابق، ص 514.

515- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 117.

516- منظمة اليونسكو هي: منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم.

517- عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص 29.

فرص الالتحاق بالتعليم ومستواه ونوعيته والظروف التي يوفر فيها.

وتنص المادة 1/1 من الاتفاقية على أنه: "تحرم أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد أو تفضيل على أساس الجنس، مما يكون من شأنه إلغاء المساواة في المعاملة في مجال التعليم أو الإخلال بها وخاصة حرمان أي شخص أو جماعة من الأشخاص من الإلتحاق بأي نوع من أنواع التعليم في أي مرحلة، أو قصر فرص أي شخص أو جماعة من الأشخاص على نوع من التعليم أدنى من سائر الأنواع".

نصت المادة 26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل شخص الحق في التعليم، ويجب أن يوفر التعليم مجانا على الأقل في مرحلته الابتدائية والأساسية ويكون التعليم الابتدائي إلزاميا ويكون التعليم الفني والمهني متاحا للعموم، ويكون التعليم العالي متاحا للجميع⁵¹⁸ تبعا لكفاءاتهم". إذن لقد حرص الإعلان على أن يضمن للمرأة ضمنا حق التعليم باعتبارها إنسانا في مختلف مستويات التعليم، بل وجعله إجباريا في المرحلة الابتدائية، حتى لا تبقى المرأة خاضعة لرغبات وأهواء الأولياء، فتحرم من التعلم، والتعليم الإبتدائي هو الحد الأدنى المضمون في المواثيق الدولية، أما المراحل الأخرى من التعليم فبالرغم من حمايتها دوليا إلا أنها ليست إلزامية.

خصص العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966، المادة 13 منه لحق التعليم، وهي مادة طويلة، تناولت العديد من الأحكام، فقد جاء في الفقرة الأولى أنه: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم، وهي متفقة على وجوب توجيه التربية والتعليم إلى الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية والحس بكرامتها وإلى توطيد احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وهي متفقة كذلك على وجوب استهداف التربية والتعليم تمكين كل شخص من الإسهام بدور نافع في مجتمع حر، وتوثيق أو اصر التقاهم والتسامح والصدقة بين جميع الأمم ومختلف الفئات السكانية أو الإثنية أو الدينية، ودعم الأنشطة التي تقوم بها الأمم المتحدة من أجل صيانة السلم".

وتؤكد ذات المادة في الفقرة الثانية ضرورة جعل التعليم الإبتدائي إلزامي ومتاح للجميع، وكذلك الأخذ تدريجيا بمجانبة التعليم الثانوي والتعليم العالي.

518- Le 28 janvier 2013, les Conférences des présidents d'université, des directeurs d'écoles et formations d'ingénieurs et des grandes écoles en France, représentant 300 établissements d'enseignement supérieur ont ainsi conclu avec la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche et la ministre des Droits des femmes, la Charte de l'égalité s'engageant sur ces priorités, Rapport de ministère des droits des femmes, op, cit, p. 23.

وبناء على ما تقدم يتضح أن المرأة تتمتع بحق التعليم والثقافة مبدأ من المرحلة الابتدائية الإلزامية المجانية وحتى مرحلة الجامعة، مثل الرجل تماما، حيث ساوت هذه الاتفاقية في مادتها الثالثة عشر بين الرجال والنساء في التمتع بكافة الحقوق والحريات المنصوص عليها فيها⁵¹⁹.

انفرد إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة 1967 بالإشارة إلى حق المرأة المتزوجة في التعليم، فقد جاء في المادة 09 منه أنه: "تتخذ جميع التدابير المناسبة من أجل كافة تمتع الفتيات والنساء متزوجات أو غير متزوجات بحقوق مساوية لحقوق الرجال في ميدان التعليم على جميع مستوياته".

أما اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة فقد أفردت لحق المرأة في التعليم مادتها رقم 10 التي جاء فيها أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة لكي تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة شروط متساوية في التوجيه الوظيفي والمهني، أو الالتحاق بالدراسات والحصول على الدرجات العلمية في المؤسسات التعليمية على اختلاف فئاتها في المناطق الريفية والحضرية على السواء...".

وحيث أن المرأة المتزوجة التي لم تتلق تعليما، لا يمكنها التدرج في تلقي التعليم من المرحلة الابتدائية، لذلك فقد أشارت الاتفاقية إلى سبيل آخر، وهو محو الأمية حيث جاء في المادة 10/هـ أنه: "على الدول الأطراف أن تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة التساوي في فرص الاستفادة من برامج مواصلة التعليم، بما في ذلك برامج تعليم الكبار ومحو الأمية الوظيفي، ولاسيما البرامج التي تهدف إلى التعجيل بقدر الإمكان بتضييق أي فجوة في التعليم قائمة بين الرجل والمرأة". كما أشارت الفقرة "و" إلى ضرورة تنظيم برامج للفتيات والنساء اللاتي تركز المدرسة قبل الأوان.

ولم تحد الجزائر عن الاستجابة لمقتضيات المادة العاشرة من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة المتعلقة بالمساواة بين الجنسين في ميدان التعليم ما دامت قد اعتبرت هذا الحق مبدءا دستوريا سعت من أجل تجسيده منذ الإستقلال، إذا عرف تعليم الفتيات تقدما ملحوظا سواء في التعليم الأساسي أو الثانوي أو الجامعي⁵²⁰.

519- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 125.
520- اعمر يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 614.

ويظهر سمو المبادئ الإسلامية بالموازنة بينها وبين ما تقرره الشرائع الأخرى في شأن تعليم المرأة، فلم يقتصر تعليم الإسلام للمرأة على من كانت حرة، وإنما حث الإسلام كذلك على تعليم الإماماء، وخص في تعليمهن أن يتعلمن حسن الخلق والأدب⁵²¹. فعن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أيما رجل كانت عنده وليدة فعلمها فأحسن تعليمها، وأدبها فأحسن تأديبها، ثم أعتقها وتزوجها، فله أجران"⁵²²، فالحديث يحث على تعليم الإماماء وهو ما يحض على تعليم الحرائر من باب أولى.

وكانت المرأة تحضر مجالس ومنابر العلم في المساجد، فعن سالم بن عبد الله عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا استأذنت امرأة أحدكم فلا يمنعها"⁵²³، كما حرصت المرأة المسلمة أن تعرف كل أمور دينها فنتعلمها⁵²⁴.

وقال صلى الله عليه وسلم: "من سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له طريقا إلى الجنة"⁵²⁵. فالإسلام لا يفرق في طلب العلم بين الرجل والمرأة، ولا يفرق بين المرأة المتزوجة وغير المتزوجة، بل طلب العلم ليس حق فقط، إنما هو واجب خصوصا إذا تعلق الأمر بأمور الدين، فتعلمها هو فرض عين. وهذا يدل أيضا على اهتمام الإسلام بالعقيدة الدينية للمرأة، وهنا يثور التساؤل حول ماهية العقيدة الدينية للمرأة المتزوجة في المواثيق الدولية وقانون الأسرة، وهو ما سأجيب عنه في المطلب الموالي.

المطلب الخامس

العقيدة الدينية للمرأة المتزوجة

اهتمت المواثيق الدولية بحرية المعتقد، وكفلت على قدم المساواة بين الرجل والمرأة الحق في اعتناق الديانة وممارسة شعائرها، وألزمت الدول الأطراف في الاتفاقيات بضرورة منح الحق في حرية المعتقد، وضمن ممارسة الشعائر دون تدخل أوقيد، وحماية الديانات ورموزها.

521- أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص 614.

522- رواه البخاري برقم 5083، باب إتخاذ السراري، ومن أعتق جارية ثم تزوجها، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص 358.

523- رواه البخاري برقم 873، باب استئذان المرأة زوجها بالخروج إلى المسجد، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج1، ص278.

524- وسام حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص44.

525- رواه مسلم برقم 2699، باب فضل الإجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص1242.

لكن نظرا لاختلاف الديانات بين شعوب الدول، وداخل الدولة الواحدة، فإن مسألة العقيدة الدينية تطرح مسائل عديدة، ومن ذلك حرية العقيدة الدينية للمرأة المتزوجة (الفرع الأول) وتأثير زواجها على عقيدتها (الفرع الثاني). ومدى أحقيتها في تعليم عقيدتها لأبنائها؟ (الفرع الثالث)، وحقها في ممارسة الشعائر الدينية. ثم ما مدى الحماية القانونية لحرية الدين والمعتقد (الفرع الرابع).

الفرع الأول

حرية العقيدة الدينية

قبل البحث في حرية العقيدة الدينية للمرأة، وجب التعرّيج أولا على تعريف العقيدة الدينية لتبيان المقصود عنها.

إن العقيدة هي مجموعة من الأفكار والمبادئ يؤمن صاحبها بأنها التفسير الحق والصحيح للكون والحياة والإنسان، وتتبنق جميعا من فكرة واحدة تصلح كأساس لمنهج الحياة أو شريعة كاملة، أما الدين فهو وضع إلهي شرع لإسعاد الناس في معاشهم ومعادهم، غير أن الاعتقاد الديني قد يكون بالإيمان بدين سماوي مصدره الله سبحانه وتعالى، وقد يكون من خلق الفكر البشري القاصر، مثل عبادة الأوثان⁵²⁶.

واختلف الفقهاء في مفهوم حرية العقيدة الدينية، فيذهب اتجاه من الفقه إلى أن حرية العقيدة أو الحرية الدينية هي من الحريات الفكرية العامة وهي تعني أمران، لأول حرية اعتناق دين معين، والثاني حرية الشخص في ممارسة الشعائر الدينية علانية وطبقا لعقيدة الشخص، ولهذا لا يجوز إكراه شخص على عقيدة معينة أو على تغيير ما يعتقد به بأي وسيلة من وسائل الإكراه⁵²⁷.

ورغم النص على حرية العقيدة الدينية في المواثيق الدولية إلا أنها لم تتعرض لتعريفها، وبذلك يبقى من الصعب تحديد ما يعتبر دينا، وما يعتبر كذلك وما يعتبر اعتقادا دينيا وما لا يعتبر كذلك. ولاشك أن هذا يطرح إشكالا جوهريا من حيث احترام حرية المعتقد فقد تنهم دولة بعدم احترام حرية المعتقد الديني لشخص معين أو جماعة معينة، في حين أن القوانين الداخلية لتلك الدولة ترى أن ذلك لا يعتبر دينا.

526- أنظر، ناصر أحمد بخيت السيد، الحماية الدولية لحرية اعتناق الديان وممارسة شعائرها، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2012، ص 23، ص 26، ص 27.

527- أنظر، معتز محمد أو زيد، حرية العقيدة بين التقييد والتقدير، دون دار النشر، القاهرة، مصر، 2010، ص 32.

قضت المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بالحق في حرية الدين، فقد جاء في المادة أنه: "لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حريته في تغيير دينية أو معتقده⁵²⁸، وحرية في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة وأمام الملاء أعلى حده".

ومن خلال النص يتبين أن وضعيه، قد قاموا بتحديد عام للحق المعني مع السعي لإقرار هذا الحق باعتباره مبدأ عام معترف به من قبل أعضاء المجتمع الدولي، وذلك بشكل عام دونما أي إلزام تمهيدا لحدوث التطور التاريخي للوصول إلى ذلك⁵²⁹.

لم تذكر المادة 18 المرأة بالإسم، غير أنها أعطت الحق في حرية الدين لكل شخص، بما في ذلك المرأة، على أساس أن الإعلان كغيره من المواثيق الدولية يتبنى نظرية المساواة بين الرجل والمرأة. وعليه فإن المرأة وإن كانت متزوجة لها أن تعتنق أية ديانة وتمارس شعائرها وتتعلمها، كما لها ألا تعتنق أية ديانة، كما لا تجبر على اعتناق ديانة معينة.

جاء في المادة 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أنه: "لكل إنسان حق حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل ذلك حريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة وأمام الملاء أعلى حده".

إن هذه الفقرة من المادة 18 جاءت متطابقة تقريبا مع نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وقد استبدلت عبارة شخص بكلمة إنسان وكلها تشمل المرأة غير أنها توسعت أكثر من خلال الفقرات الموالية، فقد ذكرت الفقرة 3 أنه لا يمكن اعتبار حرية العقيدة الدينية حرية مطلقة وإنما تخضع لقيود حيث أنه: "لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية".

ولقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلانا بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري القائم على أساس الدين والمعتقد⁵³⁰، جعلت فيه الحرية الدينية من ضمن المبادئ الأساسية المتعلقة بكرامة

528- فرق الإعلان ما بين الدين والمعتقد، ذلك أن المعتقد قد يكون ديني أو فلسفي أو غير ذلك، أما الدين فهو اعتناق ديانة معينة وإن كانت حرية الدين تدخل ضمن نطاق حرية المعتقد إلا أن واضعي الإعلان أضافوا حرية الدين إلى جانب حرية المعتقد، نظرا لما للدين من أهمية في حياة الناس.

529- ناصر أحمد بخيت السيد، المرجع السابق، ص129.

الإنسان⁵³¹، وجاء في ديباجة الإعلان أن الجمعية العامة تضع في اعتبارها أن الدين أوالمعتقد هو لكل امرئ يؤمن به، أحد العناصر الأساسية في تصوره للحياة، وأن من الواجب احترام حرية الدين أوالمعتقد وضمانها بصورة تامة.

ولذلك جاءت في المادة 01 من الإعلان ضامنة للحق في الديانة، فنصت على أنه: "لكل إنسان الحق في حرية التفكير والوجدان والدين يشمل هذا الحق حرية الإيمان بدين أو بأي معتقد يختاره، وحرية إظهار دينه أو معتقده عن طريق العبادة وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، سواء بمفرده أو مع جماعة، وجهاً أو سراً".

إن المواثيق الدولية التي ذكرت الحق في حرية العقيدة الدينية لم تشير إلى المرأة صراحة وإنما ضمنا كونها إنسان. أما المواثيق الدولية الخاصة بالمرأة كاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فلم تنتظر إلى حق المرأة في حرية الدين والمعتقد، وبالتالي يرجع في هذا إلى القاعدة العامة، وإن كان من الضروري النص على هذا الحق في اتفاقية السيداو وكغيره من الحقوق المتعلقة بالمرأة، مع ضرورة ضبط المفاهيم ووضع حلول لما قد يثور من إشكالات بمناسبة تطبيق هذه النصوص.

ينص الدستور الجزائري في مادته السادسة والثلاثين على أنه: "لا مساس بحرية المعتقد وحرمة حرية الرأي"، وهذه المادة تضمن حرية العقيدة الدينية وغيرها من المعتقدات للجميع دون استثناء وتحرم كل مساس بها.

إن الإسلام بيّن أن مسؤولية المرأة من الوجهة الدينية كمسؤولية الرجل سواء بسواء، تكلف بالعقيدة، وتطالب بالعمل الصالح، ومسؤوليتها مسؤولية مستقلة عن مسؤولية الرجل لا يؤثر عليها فساد الرجل وخلل عقيدته، إن كانت صالحة والعكس صحيح⁵³².

وتعتبر الشريعة الإسلامية، أول شريعة أباحت حرية الاعتقاد وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايتها، فلكل إنسان الحق في اعتناق من العقائد ما يشاء، وليس لأحد أن يحمله على ترك عقيدته أو اعتناق

530- إعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أوالمعتقد، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 55/36 المؤرخ في: 25 نوفمبر 1981.

531- سيد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 81.

532- صلاح أحمد السيد جودة، حرية الاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية في الأماكن المقدسة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 46.

غيرها⁵³³، قال تعالى: "لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ"⁵³⁴، وقال أيضا: "فَذَكَّرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكَّرٌ لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ"⁵³⁵. لكن هل هناك علاقة بين الزواج والعقيدة الدينية للمرأة؟

الفرع الثاني

أثر زواج المرأة على عقيدتها الدينية

أكدت المواثيق الدولية على حق المرأة في الزواج دون أي تمييز بينها وبين الرجل سواء على أساس الجنس أو اللغة أو الدين أو المعتقد، أي أن المرأة تتزوج بغض النظر عن عقيدتها الدينية، وأن أي حرمان للمرأة من الزواج بسبب عقيدتها الدينية يعتبر تمييزا ضد المرأة. كما أكدت ذات المواثيق على أن عقيدة المرأة باعتبارها إنسانا ينبغي أن تكون حرة، فتختار دينها بناء على رغبتها وتمارس شعائرها ولها أن تغير معتقدها الديني ولا تجبر على اعتناق أي دين، ولذلك ينبغي ألا يؤثر التغيير في معتقدها الديني على زواجها.

جاء في المادة 30 من قانون الأسرة أنه: "يحرم مؤقتا زواج المسلمة من غير المسلم" وقد كان هذا النص في المادة 31 سابقا حيث كانت العبارة كالتالي: "لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم". ورغم أن الحكم واحد إلا أن المشرع اختار أن يوضح بأن التحريم مؤقت⁵³⁶. لكن مع ذلك يبقى هذا التحريم بمثابة التمييز ضد المرأة في نظر لجان ومنظمات حقوق الإنسان وحقوق المرأة.

إن الإسلام يؤكد أنه أباح للرجل المسلم أن يتزوج من أي كتابية، سواء مسيحية أو يهودية، ولم يبح للمرأة المسلمة أن تتزوج من الكتابي. ومرد السبب في هذا الأمر أن زواج الكتابية من المسلم لن يخشى عليها من هذا الزواج فيما يتعلق بحرية الاعتقاد، وممارسة الشعائر الدينية، حيث أن المسلم يؤمن بالديانتين المسيحية واليهودية كجزء من عقيدته الإسلامية، أما الزوجة المسلمة فقد يعيق زواجها بمن لا يؤمن بديانتها من ممارسة شعائرها الدينية وقد لا تكون لها الحرية في الإلتزام بعقيدتها⁵³⁷.

533- أنظر، محمد عبد الله الفلاح، الحقوق الدستورية للإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دون دار النشر، ليبيا، 2012، ص 94.

534- سورة البقرة، الآية 256.

535- سورة الغاشية، الآيتين 21-22.

536- مؤقت لأن التحريم يسري مالم يدخل الشخص إلى الإسلام، ويقول عبد العزيز سعد "إن ما نلاحظه بشأن التعديل الذي شمله الأمر رقم 02/05 لسنة 2005 فإنه يعتبر تعديلا تقنيا اكتفى بإعادة صياغة المادتين 30 و31 بشكل سمح بنقل الفقرة الأولى من المادة 31 إلى المادة 32"، أنظر مرجعه، قانون الجزائري...، المرجع السابق، ص 32.

537- أنظر، محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 27.

وهناك إجماع لدى العلماء على حرمة زواج الرجل بالمشرقة أو المرتدة⁵³⁸، فقد تكون المشرقة سببا من أسباب خروج المسلم عن دينه، كما أن زواج المسلمة بغير المسلم يشكل خطرا على الأطفال الذين سيصبحون حتما متدينين بديانة أبيهم لما له عليهم من سلطان⁵³⁹.

ويذهب فريق من الفقهاء إلى وجوب قتل المرتد وذلك استنادا إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "من بدّل دينه فاقتلوه"⁵⁴⁰، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والتارك لدينه المفارق للجماعة"⁵⁴¹، ويرى الإمامية وبعض الحنفية أن المرتدة تستتاب أبدا، فإن تابت انتهى الأمر وإن لم تتب حبست حتى تتوب⁵⁴².

لا شك أن عقوبة الردة لا تتنافى مع وقائع الحياة الشخصية، لأن حرية العقيدة توجب بأن يكون الشخص مؤمنا بما يقول ويفعل وأن يكون له منطلق سليم في انتقاله من عقيدة إلى أخرى، وأنه لا يكاد يوجد من يرتد عن دينه إذا كان أصيلا في الإسلام وإن خرج خرج للإستهواء بالمادة أو مايشبهها، وكذلك الذين يدخلون الإسلام لغرض من أغراض الدنيا، وإن محاربة هذا النوع لا يعد محاربة للاعتقاد، ولكنه حماية للاعتقاد من هوى أهل الأهواء⁵⁴³.

إن الردة هي ترك الدين الإسلامي والخروج عليه بعد اعتناقه، فلا تكون الردة إلا من مسلم، والمرتد يقتل، لأن الردة تقع ضد الدين الإسلامي، وعليه يقوم النظام الاجتماعي للجماعة، فالتساهل في هذه الجريمة يؤدي إلى زعزعة هذا النظام، ومن ثمّ عوقب عليها بأشدّ العقوبات استئصالا للمجرم من المجتمع وحماية للنظام

538- الردة لغة تعني الرجوع عن الشيء، واصطلاحا تعني كفر المسلم بقوله أو بقوله أو فعل يخرج الإسلام، ولها شروط، منها البلوغ والعقل والاختيار، انظر لمزيد من التفصيل، إدريس حسن محمد الجبوري، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 121 وما يليها.
539- أنظر، نبيل فرقر، حقوق الإنسان بين المفهوم الغربي والإسلامي، دراسة في حرية العقيدة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص171.

540- رواه البخاري برقم 6922، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج4، ص279.
541- رواه مسلم برقم 1676، باب ما يباح به دم المسلم، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص 798.
542- إدريس حسن محمد الجبوري، المرجع نفسه، ص 129، ص 132؛ وأنظر، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص123؛ شمس الدين بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 419؛ الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج4، ص304؛ ابن حزم الظاهري، المحلى، المرجع السابق، ج11، ص 189؛ الكاساني، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج7، ص130.
543- أنظر، محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة - دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون تاريخ النشر، ص84.

الاجتماعي من ناحية، ومنعا للجريمة وزجرا عنها من ناحية أخرى⁵⁴⁴.

ومن آثار وقوع الردة على عقد الزواج كما أجمع الفقهاء⁵⁴⁵ أن النكاح في هذه الحالة يفسخ فوراً بمجرد ثبوت الردة، ويجب التفريق بين المرتدة وزوجها، فالردة تناقض النكاح وتنافيه، فالفرقة جاءت بسبب المحرومية، ومن ثم فلا يستقيم له مصالح النكاح من سكن وتناسل. وتعد الفرقة في هذه الحالة بائنة لا رجعه فيها⁵⁴⁶. فهل يحق للمرأة في هذه الحالة وفي غيرها أن تعلم دينها لأبنائها.

الفرع الثالث

حق المرأة المتزوجة في تعليم دينها لأبنائها

تتمتع المرأة على قدم المساواة مع الرجل في الحق في تعليم أبنائها على دينها أو معتقدها، طبقاً لما نص عليه إعلان القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 05 منه أنه: "يتمتع والد الطفل والأوصياء الشرعيون عليه، حسبما تكون الحالة، بحق تنظيم الحياة داخل الأسرة وفقاً لدينهم أو معتقدهم، آخذين في الاعتبار التربية الأخلاقية التي يعتقدون أن الطفل يجب أن يربى عليها". ورغم أن هذا النص ساير بقية نصوص المواثيق الدولية في المساواة بين الرجل والمرأة، ورغم كون الإعلان غير ملزم للدول إلا أنه مع ذلك يطرح إشكالا يتعلق بحالة اختلاف دين الأب عن دين الأم، فعلى أي دين أو معتقد سيربى الإبن، خصوصاً عند عدم اتفاق الوالدين؟

إن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ورغم كونه ملزماً قد جاء بنفس الإشكال السابق، حيث نصت المادة 4/18 منه على أنه: "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء والأوصياء عند وجودهم في تأمين تربية أولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة"، ومع ذلك فإن التفسير الضيق لكلمة «الآباء» يجعل تربية الإبن حق للأب، وبالتالي يربى الإبن على دين أبيه. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، إذ عرّف الحضانة في المادة 62 ق.أ، على أنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه...".

544- أنظر، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985، ص662.

545- الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج6، ص 294؛ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج7، ص 270.

546- أنظر، خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية، وعدم التمييز في إطار الاتفاقيات الدولية والقانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012، ص228.

وتخالف المادة 62 في صياغتها "القيام بتربيته على دين أبيه" ما جاءت به المادة 01/18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذي يشير إلى حق كل إنسان -والمرأة إنسان- في حرية الدين ويشمل ذلك الممارسة والتعليم، فكيف تحرم المرأة من تعليم دينها لأبنائها، وتجبر على تعليم دين غيرها (الأب) إلى أبنائها، وقد يكون أب الولد متوفيا ومع ذلك يطلب من المرأة - وفقا لقانون الأسرة - أن تربي الإبن على دين أبيه حتى وإن لم يطلب ذلك في حياته، فكيف تهمل إرادة المرأة وهي على قيد الحياة ويربى الإبن على دين الأب الذي لم تعد له إرادة بعد وفاته؟

لقد أشارت المادة 02/5 من إعلان القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أوالمعتقد إلى أنه: "لا يجبر الطفل على تلقي تعليم في الدين أوالمعتقد بخلاف رغبات والديه أو الأوصياء الشرعيين عليه..."، وأضافت ذات المادة في الفقرة 4 أنه: "إذا لم يكن الطفل تحت رعاية و والديه أو الأوصياء الشرعيين عليه تؤخذ في الحسبان الواجب رغباتهم المعلنة، وأي دليل آخر على رغباتهم بشأن الدين أوالمعتقد، حيث أن أفضل مصالح الطفل تتمثل في المبدأ التوجيهي".

ويتضح من نص المادة 5 أعلاه من الإعلان تأكيدها على احترام رغبات والدي الطفل عند تعليم الدين، إلا أنها مع ذلك لا تحل إشكال اختلاف الديانات وتعارض الرغبات.

إن تربية الإبن على دين أبيه يخالف نص المادة 1/16/ح من اتفاقية السيداو والتي تنص على أنه: "للرجل والمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما". وكذلك أشارت لهذا اتفاقية حقوق الطفل 1989، والتي نصت المادة 14 منها على أن الدول الأطراف تحترم حق الطفل في حرية الدين وتحترم حقوق وواجبات الوالدين أوالأوصياء في توجيه الطفل في ممارسة حقه.

وترى الدكتورة حميدو زكية⁵⁴⁷ أن الحكمة من جعل المحضون على دين أبيه هي أن المشرع قدّر في ذلك الأسس التي تقوم عليها الأسر الجزائرية، ومن ثم فلهذه النصوص ما يبررها من نواحي شتى، وأهمها أن الولد لا يمكن له وهو في سن صغيرة اختيار الدين الذي يعتنقه، بل إن قصر سنه يفرض عليه طاعة والديه؛ وكذلك بحكم القاعدة أن المسلمة لا يجوز لها أن تتزوج بغير المسلم، فإن الأطفال الناتجين عن زواج مختلط هم

547- حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص298؛ وانظر، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية في ضوء الاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية والشرعية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، عدد 02، ص 198 وما بعدها.

مسلمين تلقائياً.

يتمشى موقف المشرع الجزائري من تربية الطفل على دين أبيه مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، فلقد اتفق الفقهاء على بقاء الأولاد مسلمون فلا يتبعون المرتد، ولا تصلح التبعية له، ويتبع الولد الأصل البعيد إذا كان أبواه مرتدان تغليباً للإسلام، وحجة ذلك أن الولد يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه⁵⁴⁸.

فلا حضانة لكافر على مسلم لأن الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه، فيصعب على الطفل بعد ذلك أن يتحول عنه، وهذا أعظم ضرر يلحق بالطفل، وهو ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: "ما من مولود إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"⁵⁴⁹. فلا يؤمن على دين الطفل مع كون الحاضن كافراً⁵⁵⁰.

إن الرجل المسلم وإن أتيح له الزواج بالكتابية، فإنه في المقابل يحرم عليه الزواج بالمشركة، لقوله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُوْمِنَ وَلَا مَآءَةً مُّؤْمِنَةً خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَا أَعْجَبَتْكُمْ"⁵⁵¹، وقوله تعالى: "وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ"⁵⁵².

وإن المرأة إذا أسلمت وكانت تحت كافر، فإن إسلامها يفرق بينها وبين زوجها المشرك⁵⁵³، لقوله تعالى: "يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَجَّرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ۚ إِنَّهُنَّ عَالِمَاتُ مَا بَيْنَهُنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَعَاقِبُهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا ءَانَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ"⁵⁵⁴.

وللمرأة وإن لم تكن مسلمة الحق في ممارسة الشعائر الدينية التي تتطلبها ديانتها وتفرضها عليها. لأن الإسلام يسمح بزواج المسلم من الكتابية دون أن يجبرها على الدخول في دينه.

548- خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية للمعتقدات...، المرجع السابق، ص 229.

549- رواه البخاري برقم 1358، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصل على أبيه، وهل يعرض على الصبي الإسلام؟، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج 1، ص 416.

550- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج 3، ص 418.

551- سورة البقرة، الآية 221.

552- سورة الممتحنة، الآية 10.

553- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج 3، ص 91.

554- سورة الممتحنة، الآية 10.

الفرع الرابع

الحق في ممارسة الشعائر الدينية

كفل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الحق في ممارسة الشعائر الدينية، ونصت على ذلك صراحة المادة 18 منه والتي جاء فيها أنه: "كل شخص حر في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة وأمام المأ أو على حده".

إن النص السابق ضمن للمرأة باعتبارها إنسان الحق في ممارسة شعائرها الدينية، سواء كان ذلك تعبداً أو تعليماً، بل وأخذ بعين الاعتبار طريقه هذه الممارسة، عندما أشار إلى أنها قد تكون بشكل مفرد أو في جماعة وأمام المأ أو على حده، أي بشكل سري أو جهري.

وإن العبارة ذاتها التي وردت في نص المادة 18 من الإعلان أعيد تكرارها في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، للتأكيد على الحق في ممارسة الشعائر الدينية مع إعطائه الصيغة الملزمة.

لقد جاءت المادة السادسة من إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري القائم على أساس الدين والمعتقد 1981، بمجموعة من الأساسيات التي تعتبر من المميزات الأصلية في هذا الإعلان، وعلى الدول الأطراف الإلتزام بها ومنها حرية ممارسة العبادة أو عقد الاجتماعات المتصلة بدين أو معتقد ما، وإقامة وصيانة أماكن لهذه الأغراض وحرية إقامة وصيانة المؤسسات الخيرية أو الإنسانية المناسبة، وحرية صنع واقتناء واستعمال القدر الكافي من الموارد والأشياء الضرورية المتصلة بطقوس أو عادات دين أو معتقد⁵⁵⁵.

وتوسع الإعلان المذكور بشأن ممارسة الشعائر الدينية، فذكر من ذلك أنها تشمل كتابة ونشر وتوزيع المنشورات ذات الصلة في هذه المجالات⁵⁵⁶، وتعليم الدين أو المعتقد في أماكن مناسبة، والتماس وتلقي مساهمات طوعية، مالية وغيرها، من الأفراد والمؤسسات، فضلاً عن تدريب وتعيين وانتخاب أو تخليف الزعماء المناسبين حسب متطلبات ومعايير أي دين أو معتقد، ومراعاة أيام الراحة والاحتفال بالأعياد والشعائر وفقاً لمبادئ دين الفرد أو معتقده، وإقامة وإدامة الاتصالات بالأفراد والجماعات بشأن أمور الدين أو المعتقد على المستويين: القومي والدولي.

555- سيد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص82.

556 - Jean MORANGE, op. cit, p.246.

لا يجوز من منظور المواثيق الدولية تقييد حرية ممارسة الشعائر الدينية، فلقد جاء في المادة 3/18 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية أنه: "لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون، والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية".

يتضح مما سبق أن الحرية الدينية يجب أن تمارس في حدود النظام العام⁵⁵⁷ السائد في بلد معين وزمن معين وأن أي خروج على هذا النظام يجعل هذه الحرية ضرباً من ضروب الفوضى والتمرد على النظام العام. ولكي تكون الحريات العامة معتبرة من قبل السلطات العامة والأفراد فإنها يجب أن تكون متسقة مع الآداب العامة⁵⁵⁸، ولكن تجدر الإشارة إلى أن الآداب العامة فيها من المرونة وعدم التحديد الشيء الكثير، فيخشى أن تستغل السلطة العامة ذلك، فتلجأ إلى فرض القيود المتتالية على الحرية الدينية⁵⁵⁹.

أشارت المادة 7 من إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري القائم على أساس الدين أوالمعتقد إلى أنه: "تكفل في التشريع الوطني الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الإعلان، بحيث يتمكن كل فرد من الاستفادة من هذه الحقوق والحريات عملياً". إلا أن الدستور الجزائري لم ينص على حرية ممارسة الشعائر الدينية وجاء بنص مقتضب: "لا مساس بحرمة حرية المعتقد" وهو بذلك ترك تنظيم ممارسة الشعائر الدينية للتشريعات الأخرى، ويعتبر هذا خطراً على حرية ممارسة الشعائر الدينية، كونه قد يخضعها للعديد من القيود باسم الحفاظ على النظام العام والآداب العامة.

ولقد جاء في المادة 02 من قانون ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين⁵⁶⁰ أنه: "تضمن الدولة الجزائرية التي تدين بالإسلام حرية ممارسة الشعائر الدينية في إطار احترام أحكام الدستور وأحكام هذا الأمر والقوانين والتنظيمات السارية المفعول واحترام النظام العام والآداب العامة وحقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية".

557- يعرف الدكتور حسن كيره النظام العام بأنه "مجموعة المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها" راجع حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون تاريخ النشر، ص470 .

558- يعرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الآداب العامة بأنها: "مجموعة من القواعد التي وجد فيها الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات المورثة والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، وللدين أثر كبير في تكييفه" أنظر مرجعه: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952، ص400.

559- إدريس حسن محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 180، ص 183.

560- أمر رقم 03/06 المؤرخ في 28 فبراير 2006، يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، أنظر، الجريدة الرسمية، 01 مارس 2006، عدد 12، ص25.

ووضع التشريع ذاته مجموعة من الشروط للممارسة الشعائر الدينية بالجزائر، كما وضع جزاءات صارمة لكل من يخالف هذه الشروط، وهذا ما دفع منظمة العفو الدولية إلى أن تقول في تقرير لها أن: "ظل بعض المسيحيين، بما في ذلك بعض المتحولين إلى المسيحية يواجهون إجراءات قضائية بتهمة ممارسة شعائر دينية دون ترخيص وذلك بموجب القانون رقم 03/06 الذي ينظم ممارسة الشعائر الدينية لمن ينتمون إلى أديان غير دين الدولة، وهو الإسلام. ومازال المسيحيون، في ظل هذا القانون، يواجهون عقبات في بناء الكنائس أو تجديدوها. وفي ماي، أمر والي ولاية بجاية في شمال شرق البلاد بإغلاق جميعا لكنائس استناداً إلى القانون. وقد ألغى وزير الداخلية هذا الأمر" ⁵⁶¹.

وتعد حرية ممارسة الشعائر الدينية نتيجة حتمية لما قرره الإسلام من نفي والإكراه من جهة وإطلاق حرية الاختيار من جهة أخرى، فكما كفل الإسلام لأتباعه المسلمين حقهم في ممارسة شعائرهم الدينية، فإنه أيضاً كفل هذا الحق لمعارضيه في العقيدة، وذلك في حدود النظام العام وحسن رعاية الآداب، فقد أقر الرسول صلى الله عليه وسلم اليهود المحيطين بالمدينة على ممارستهم شعائرهم الدينية ⁵⁶².

ووضع الإسلام بعض القيود التي تنظم ممارسة الحرية الدينية، ومن ذلك أن الاعتراف بالحرية الدينية يقتصر على الديانات السماوية المنزلة من المولى عز وجل. أما الديانات غير السماوية والتي تسمى بالديانات الوضعية لا حرية دينية لأتباعها في الإسلام، لأن هذه الديانات تتطوي على الشرك بالله سبحانه وتعالى، وبالتالي تعد من قبيل الخروج على النظام العام في الدولة وتمثل اعتداء على حسن الآداب العامة والأخلاق الفاضلة، فأصحاب الديانات الوضعية كالبهائية والبوذية والكنفوسيشية، لا حرية لأصحابها في ممارسة شعائرها لمخالفتها النظام العام ⁵⁶³.

وهكذا فإن اختلاف النظام العام من مكان لآخر يساهم هو الآخر في اختلاف الإعراف بالديانات، وإن المرأة لا تستطيع أن تمارس شعائرها الدينية سواء في بلدها أو خارج بلدها حتى وإن نصت عليها القوانين الدولية والداخلية، ما لم تكن هذه الممارسة مشمولة بحماية قانونية.

561- حالة حقوق الإنسان في العالم، تقرير منظمة العفو الدولية لعام 2012، وثيقة رقم: AI Index: POL 10/001/2012، أنظر، الموقع: www.amnesty.org.

562- أنظر، حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 443.

563- أنظر، صلاح أحمد السيد جودة، حرية الاعتقاد...، المرجع السابق، ص 71.

الفرع الخامس

الحماية القانونية لحرية المعتقد وأولدين

لم تشر المواثيق الدولية إلى عقوبة معينة توقع على الدولة عند مساسها بحرية الدين أو المعتقد، لكن المادة 03 من إعلان القضاء على التمييز القائم على أساس الدين أو المعتقد ذكرت أنه يجب أن يشجب كل تمييز بين البشر على أساس الدين أو المعتقد باعتباره انتهاكا لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

ولذلك فإن مسؤولية الدولة تقوم عند انتهاكها لحرية الدين أو المعتقد، لأنها تكون عندئذ قد أخلت بالتزاماتها الدولية وخالفت قواعد القانون الدولي.

وقد تدرجت الضمانات الدولية لحرية المعتقد من حالة التسامح الديني مع انتهاء الحرب العالمية الأولى إلى رفض التمييز القائم على الدين أو المعتقد في نهاية القرن العشرين وإقرارها في مختلف المواثيق والاتفاقيات الدولية⁵⁶⁴.

ويتضح من نص المادة 55 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة في فقرتها "ج" أن عدم التمييز في المعاملة بين الأفراد هو نوع من الحماية للجميع دون النظر للجنس أو اللغة أو الدين، حيث أن المساواة في التعامل هي مقصد من مقاصد الأمم المتحدة تسعى بأجهزتها على العمل لتأكيد هذه فلا عبرة بجنس أو لغة أو دين، وهذه هي حماية أسمى لبني البشر⁵⁶⁵.

لقد أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة في أحد قراراتها⁵⁶⁶ حكومات الدول كافة بإلغاء القوانين التمييزية والتي تؤدي إلى استفحال النعرات الدينية وتزيد الروح العدائية بين مواطني تلك الدول، وأوصت الحكومات بأن تحاول بجدية التخفيف من التعصب الديني عبر منهاج التعليم ووسائل الإعلام الأخرى.

إن حماية الشعور الديني تعني صيانة حق مهم من حقوق الإنسان وهو حق التدين والاعتقاد، وحرية أساسية من حرياته وهي الحرية الدينية، ولكي تكون الحماية الدولية أكثر فعالية، فإنها جاءت تشمل أيضا حريات وحقوق أساسية أخرى كحرية التفكير والتعبير التي يستحيل بدونها الكشف والإخبار عن صور انتهاك

564- أنظر، رامز محمد عمار و نعمت عبد الله مكي، حقوق الإنسان والحريات العامة، الطبعة الأولى، دون دار النشر، لبنان، 2010، ص469.

565- محمد السعيد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 38.

566- قرار الجمعية العامة رقم 1779 في كانون الأول سنة 1962.

الشعور الديني عند حدوثها، وكذلك حرية التجمع السلمي وتشكيل الجمعيات⁵⁶⁷.

لم تغن الحماية القانونية في الواقع عن أصحاب الديانات شيئا، فقد تمت انتهاكات عديدة لحرية المعتقد في العديد من دول العالم، ومن ذلك أن ارتداء الفتاة المسلمة الحجاب أو النقاب غير مرغوب به في بعض دول الغرب، وتحظر ارتدائه بعض الدول الأخرى⁵⁶⁸.

خصص قانون العقوبات الجزائري قسم تحت عنوان: "التدنيس والتخريب"، لكنه لم يشتمل سوى على مادتين اثنتين متعلقتين بحماية الحرية الدينية، أما المادة الأولى فتخص الإسلام والمسلمين كونها تحمي المصحف الشريف وأما الثانية فتحمي دور العبادة.

جاء في المادة 160 ق.ع أنه: "يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من قام عمدا وعلانية بتخريب أو تشويه أو إتلاف أو تدنيس المصحف الشريف". والعجيب: كيف أن المشرع الجزائري يحمي حرية العقيدة، ثم يجرم الأفعال التخريبية التي تمس المصحف الشريف ويشترط العلانية؟ وكأنه يقول: لا عقاب إذا كانت أفعال التخريب سرا، ثم لماذا لا ينصرف نص المادة إلى جميع الكتب السماوية المعروفة باعتبارها تخص أديان ينبغي احترامها؟

وأما المادة 160 مكرر 3 ق.ع، فنصت على أنه: "يعاقب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، كل من قام عمدا بتخريب أو هدم أو تدنيس الأماكن المعدة للعبادة". ويفهم من هذا النص أن الحماية تنصرف إلى جميع الأماكن المعدة للعبادة ويدخل في هذا المساجد، الكنائس، الصومعات وغيرها. ومع ذلك يبقى قانون العقوبات الجزائري بحاجة إلى تفصيل لحماية حرية المعتقد وأولاد الدين ولعل ذلك ممكن من خلال تخصيص قسم لجرائم التعدي على حرمة الأديان.

ويتحقق التعدي على حرمة الأديان بالإساءة إلى الدين ذاته، مثل تحريف كتاب مقدس في نظر أهل هذا الدين أو إنكاره أو إسناد أمور إليه من شأنها الازدراء به... أو الإساءة إلى نبي هذا الدين، كإنكار نبوته أو سبه، أو إسناد أمور إليه أو وقائع شائنة من شأنها المساس بشرفه أو منزلته في نظر أهل دينه، ويعد من

567- أنظر، عمار تركي سعدون الحسيني، الجرائم الماسة بالشعور الديني - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص37.

568- أنظر، سعدي محمد الخطيب، حرية المعتقد وأحكامها التشريعية وأحوالها التطبيقية وأهميتها في حوار الأديان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص60.

ضروب التعدي نشر أية أمور من شأنها الإساءة أو السخرية من العادات والتقاليد الدينية التي يتبعها أهل ذلك الدين⁵⁶⁹.

إن الإسلام يحمي حرية العقيدة للمسلمين، فلكل شخص دينه ومذهبه لا يجبر على تركه إلى دين غيره⁵⁷⁰، وأباح الإسلام للمسلمين العيش مع مخالفيهم في الدين لأنه ليس من لوازم اعتناق الإسلام رفض العيش المشترك معهم في ظل دولة الإسلام. كما أن الإسلام لم ينه المسلمين عن بر غير المسلمين الذين تخلو عن محاربة المسلمين وصاروا بعقد الذمة من دار أهل الإسلام⁵⁷¹، قال تعالى: "لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"⁵⁷².

ولا يفرق الإسلام في مسائل العقيدة بين الرجل والمرأة، بل يحمي المرأة ودينها، وقد أعطى التشريع الإسلامي المرأة حق إنهاء الرابطة الزوجية بطرق عدة، كما يثبت لها ذلك قانوننا اليوم.

المبحث الثاني

حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية

أشارت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 16 منها إلى أنه يجب على الدول الأطراف أن تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق والمسؤوليات عند فسخ الزواج. أما إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة فأشار في المادة 2/6 ب أنه تتساوى المرأة مع الرجل في الحقوق عند حل الزواج، ثم أضافت "ويكون لمصلحة الأولاد في جميع الحالات الاعتبار الأول".

مع أن المواثيق الدولية أشارت إلى حق الزوجين في فك الرابطة الزوجية إلا أنها اشترطت المساواة في الحقوق والواجبات، وقد استعملت ألفاظ مختلفة للدلالة على هذا الأمر، وقد استعملت الاتفاقية لفظ "الفسخ"، في حين استعمل الإعلان لفظ: الحل، ومعلوم أن المعنى يختلف باختلاف الألفاظ، وإذا اختلف المعنى اختلف الحكم

569- أنظر، عادل عبد العال خراشي، جريمة التعدي على حرمة الأديان وازدراؤها في التشريعات في التشريعات الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008، ص54.

570- أنظر، نبيل لوقا بباوي، حقوق الإنسان بين الإسلام والغرب، النظرية والتطبيق، دار السعادة، مصر، 2010، ص155. وقد قال الشيخ علي عبد الباقي الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية في تقديمه لهذا الكتاب: "إن الدكتور لوقا بباوي مسيحي يعتز بمسيحيته غير أنه حينما يكتب عن الإسلام يكتب بعقل المنصف الباحث عن الحقيقة دون تعصب لمسيحيته، وهذا ما نلاحظه في مؤلفاته الإسلامية المتعددة".

571- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج4، ص225.

572- سورة الممتحنة، الآية 8.

وما يترتب عليه.

وفي قانون الأسرة نصت المادة 47 على أن: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق"، ثم بيّنت المادة 48 ق.أ كيفية حدوثه، إذ يكون بالإرادة المنفردة للزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما نص عليه القانون. مع ملاحظة أن الطلاق يقع على الزواج الصحيح، أما إن كان الزواج غير صحيح فإنه يكون باطل أو فاسد، لذلك فللمرأة مركز في الزواج الباطل يختلف عن مركزها في الزواج الفاسد (المطلب الأول). وإذا كان قانون الأسرة قد نظم انحلال الرابطة الزوجية بما يتوافق والاعتبارات الدينية والاجتماعية، فإن المواثيق الدولية قد حرصت على ضرورة إحلال مبدأ المساواة حتى وإن كان التشريع الداخلي يحظر إنهاء الرابطة الزوجية، فهل يمكن حقيقة، المساواة بين الرجل والمرأة في انحلال الزواج (المطلب الثاني)، وإلى أي مدى وفقّ المشرع الجزائري في تنظيم حق المرأة في طلب التطلق؟ (المطلب الثالث)، وحققها في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع؟ (المطلب الرابع)، ثم هل يثبت للمرأة حق حضانة أبنائها بعد الطلاق؟ (المطلب الخامس)، وهل تعتبر العدة تقييدا لحق المرأة في إعادة الزواج؟ (المطلب السادس).

المطلب الأول

مركز المرأة في الزواج الباطل والزواج الفاسد

لقد عالج المشرع الزواج الباطل في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول، وحاول أن يميّز بينه وبين الزواج الفاسد في أربع مواد، لكنه لم يفلح في ذلك. فيقول الدكتور عبد الفتاح تقية: "لا يدري القارئ إن كانت هاتان العبارتان متوافقتين أو متباينتين، خاصة وأن المشرع لم يعط لأي واحدة منهما تعريفا في صلب المواد التي وضعها تحت العنوان المذكور أعلاه"⁵⁷³. وفي ظل هذا التداخل يطرح التساؤل حول مركز المرأة في الزواج الباطل (الفرع الأول)، ومركزها في الزواج الفاسد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مركز المرأة في الزواج الباطل

إن الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج لأن وجوده كعدمه، فلا يحل ولا يجب به مهر

573- عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 11/84 (تشريع الأسرة الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، العدد 02، ص 95.

ولا نفقة ولا طاعة ولا يرد عليه طلاق⁵⁷⁴، ولا عدة فيه بعد المفارقة ولا يثبت فيه توارث ولا حرمة ولا مصاهرة⁵⁷⁵.

ويبطل الزواج طبقاً للمادة 1/33 من ق.أ، إذا اختل ركن الرضا، وهذا يتمشى مع ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية التي تمنع زواج المرأة دون رضاها.

ومعلوم أن الرضا يختل إذا طرأ عليه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والتدليس⁵⁷⁶.

ونظراً لأن القاصر ليس لديه الأهلية الكاملة فإن إرادته ناقصة ورضاه غير كامل ولذلك أعطت المحكمة العليا للقاصر بعد بلوغ سن الرشد الحق في فسخ الزواج الذي تم عندما كان قاصراً ولم يحدث فيه الدخول، إذ جاء في قرار لها، ما يلي: "حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع لم يتجاوز سلطته عندما قضى بفسخ عقد الزواج بين الطرفين قبل البناء بالمطعون ضدها، بل طبق القانون، إذ تأكد لديه أنه أثناء خطبتها كانت قاصرة، ولما لم يدخل بها إلى غاية بلوغها سن الرشد كان لها الحق الشرعي في إنجاز عقد الزواج بها أو إبطاله، وذلك ما قضى به قاضي الموضوع عند تلبية رغبة المطعون ضدها التي تمسكت بطلب فسخ عقد زواجها بالطاعن قبل البناء بها، وعليه فالحكم المنتقد جاء مؤسساً تأسيساً كافياً، الأمر الذي يجعل الوجه الثاني غير مؤسس ويتعين رفضه"⁵⁷⁷.

574- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص57.
575- المشرع الجزائري يجعل من الزواج الباطل مثبتاً للنسب طبقاً لما جاء في نص المادة 40 ق.أ، ويوجب فيه الاستبراء طبقاً لنص المادة 34 ق.أ، إذا تم فيه الدخول.

وفي الشريعة الإسلامية يجب المهر للمنكحة نكاحاً صحيحاً والمطوعة في نكاح فاسد والمطوعة بغير شبهة، بلا خلاف، ويجب للمكرهه على الزنى، إلا أن الواجب في فساد الزواج عند المالكية والحنابلة، هو المسمى، وعند أبي حنيفة والشافعية هو مهر المثل، واتفق الفقهاء على أن الوطء بشبهة يوجب مهر المثل، لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن حد أو مهر. لمزيد من التفصيل راجع: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، المرجع السابق، ص274.

ولذلك يقول الأستاذ الدكتور بلحاج العربي: "كان ينبغي على المشرع الجزائري، ضمن تعديلات عام 2005، وفي إطار المادة 34 ق.أ ووفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الإشارة إلى أنه يشترط في ثبوت النسب أن يكون الزوجان حسني النية، بأن يكونا على غير علم بأن زواجهما محرم" أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص380.

576- تطرق المشرع المغربي صراحة للإكراه والتدليس في عقد الزواج في مدونة الأسرة المغربية، حيث جاء في المادة 63 منها أنه: "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج، أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض". ويقول المستشار أحمد نصر الجندي معلقاً على نص المادة: "إن المشرع في مدونة الأسرة أراد أن يحمي كلا من الزوجين من التأثير على إرادتهما عند الإيجاب والقبول، فلا إكراه ولا تدليس حتى تكون الإرادة الصادرة بالإيجاب حرة، وكذلك القبول الذي يرافق هذا الإيجاب، من أجل ذلك أجاز المشرع طلب فسخ الزواج للإكراه أو التدليس". أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص99.

577- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 2001/02/21، قرار رقم 255711، المجلة القضائية، 2002، العدد 02، ص424.

ويفهم من قرار المحكمة العليا أن بطلان الزواج بسبب انعدام الرضا يعطي الحق للمرأة في طلب إبطال هذا العقد في أي لحظة كما لها أن تجيزه لأن الإبطال مقرر لمصلحتها وتراعى فيه إرادتها الكاملة.

وتشترط الشريعة الإسلامية كذلك رضا الزوجة وإلا كان الزواج باطلا⁵⁷⁸، وكذلك يبطل المشرع الجزائري الزواج حسب المادة 32 ق.أ، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. وفي نص هذه المادة خلط بين الشرط والمانع؛ أما الشرط الذي ينافي عقد الزواج فقد بين المشرع حكمه في المادة 35 ق.أ، بأن قال: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيح". وأما المانع فقد ذكر المشرع موانع الزواج في المواد من 23 إلى 30 من ق.أ، ورتب عليه البطلان، حيث جاء في المادة 34 ق.أ، "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء". ولعل المشرع استعمل كلمة الفسخ وليس البطلان نظراً لأن هذا الزواج يترتب آثاراً، منها ثبوت النسب احتياطاً ووجوب الاستبراء رغم أن النص الفرنسي استعمل كلمة بطلان (**nul est déclaré**...).

وعندما حدد المشرع الجزائري موانع الزواج⁵⁷⁹ ذكر في المادة 30 ق.أ، أنه يحرم من النساء مؤقتاً زواج المسلمة من غير المسلم، وهذا يدفع إلى التساؤل حول مدى مخالفة هذه المادة لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تنص على استبعاد أي تفرقة على أساس الدين بين الرجل والمرأة في الزواج.

إن موانع النكاح في قانون الأسرة والتي تجعل من النكاح باطلاً إذا وجدت هي مقسمة إلى نوعين: موانع مؤبدة وأخرى مؤقتة؛ فيحرم بالقرابة حسب المادة 25 ق.أ، الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت. ويحرم بالمصاهرة حسب المادة 26 ق.أ، أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، وفروعها إن حصل الدخول بها، وأرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، وأرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا؛ وأضافت المادة 27 ق.أ، أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

أما التحريم المؤقت حسب المادة 30 ق.أ، فيشمل المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثاً، كما يحرم الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها وأخالتها، ويحرم أيضاً زواج المسلمة من غير المسلم.

578- أنظر الرأي الفقهي والقانوني في انعقاد الزواج بالتراضي في المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الرسالة، ص11 وما يليها.

579- ويرى جانب من الفقه أن المشرع أكد على استعمال مصطلح "موانع الزواج" بدلاً من مصطلح "المحرمات من النساء" في المادتين 9 مكرر و23 من قانون الأسرة، مستهدفاً في ذلك تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين بحجة أن المانع لا يتعلق بالمرأة فقط بل تارة بالرجل وتارة بهما معاً. أنظر، تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، العدد 12، ص13.

وقد يدخل الرجل بالمرأة جاهلاً بالتحريم، فيكون الزواج فاسداً.

الفرع الثاني

مركز المرأة في الزواج الفاسد

نص المشرع في المادة 2/33 ق.أ، على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". وما يلاحظ على نص هذه المادة أنها لم تتطرق للبطلان وإنما أشارت إلى فسخ العقد في الحالات المذكورة.

هناك فرق بين الفسخ والبطلان من الناحية القانونية، فالفسخ في القانون يأتي على علاقة تعاقدية صحيحة. في حين البطلان لا يعترف بهذه العلاقة أصلاً ما عدا في حالة عيوب الإرادة التي يعتبر العقد فيها قابل للإبطال، ويتقرر البطلان بحكم من القضاء⁵⁸⁰.

والمشرع لم يبين المقصود بالنكاح الفاسد الذي ذكره في عنوان الفصل الثالث من قانون الأسرة، فهل يعني ذلك أن كل زواج يفسخ يعتبر فاسداً طالما أن المشرع سمى الزواج الباطل بمناسبة تنظيم أحكامه؟ يعتبر الزواج الباطل والفاسد بمعنى واحد عند الجمهور غير الحنفية⁵⁸¹، وتقسيمات جمهور الفقهاء للزواج الفاسد والباطل تختلف عما جاء به المشرع الجزائري.

ولعل ما جاء به المشرع أقرب ما يكون إلى مذهب الحنفية، الذين يعتبرون الزواج الفاسد هو ما فقد شرطاً من شروط صحته، وهو أنواع: الزواج دون شاهدين، الزواج المؤقت، والجمع بين خمس في عقد واحد، والجمع بين المرأة وأختها أو عمته أو خالتها، وزواج امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة، ونكاح المحارم مع عدم العلم بعدم الحل، وليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول، ويجب على الزوجين أن يتفرقا بأنفسهما أو بأمر من القاضي، وإذا حصل دخول بالمرأة، كان الدخول معصية ووجب التفريق بينهما، ولكن لا يقام عليهما حد الزنى لوجود الشبهة⁵⁸².

580- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 100.

581- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 96.

582- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج4، ص 274 - 280.

ويترتب على الدخول في الزواج الفاسد لدى الحنفية⁵⁸³، وجوب المهر، وثبوت النسب ووجوب العدة وثبوت حرمة المصاهرة. أما الزواج الباطل عند الحنفية فهو الذي حصل خلل في ركنه أو في شرط من شروط انعقاده، كزواج الصبي غير المميز، والزواج بصيغة تدل على المستقبل والزواج بالمحارم كالأخت والعممة والمرأة المتزوجة برجل آخر مع العلم بأنها متزوجة، وزواج المسلمة بغير المسلم وحكم هذا الزواج أنه لا يترتب أي أثر من آثار الزواج الصحيح.

وعند مالك إذا تزوج الرجل المرأة إلى أجل، فالزواج باطل دخل بها أو لم يدخل، وهو مفسوخ على كل حال⁵⁸⁴. والوطء في النكاح الفاسد يوجب لدى المالكية مهر المثل للزوجة، وكذلك الحال عندهم في الوطء بشبهة⁵⁸⁵.

وعموماً فإن الأتكة الوارد النهي عنها مصرحاً أربعة: نكاح الشغار، ونكاح المتعة والخطبة على الخطبة، ونكاح المحلل. ويشأن نكاح الشغار قال عنه: لا يصح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده، أما نكاح المتعة ونكاح المحلل فقال عنه: هو نكاح مفسوخ، والنكاح الفاسد عند مالك مفسوخ، فما كان فساد لعقده، فسوخ قبل البناء، وما كان فساد لصدقه فسوخ قبل البناء وثبت بعده على المشهور⁵⁸⁶، والفسخ قبل الدخول أوبعده طلاق.

وبناءً على ما تقدم يحق للمرأة طلب فسخ عقد الزواج إذا كان فاسداً، ويثبت لها هذا الحق في أي وقت علمت بفساد العقد، بغض النظر عن الدخول من عدمه، لكن يثور التساؤل حول احتساب الفسخ تطليقة أم لا؟

إن المشرع الجزائري لا يثبت الطلاق إلا بحكم، ولقد أوجب على المرأة المفسوخ عقدها ضرورة الاستبراء ولم يوجب عليها العدة، وهو ما يعني أنها ليست مطلقة وإنما هي امرأة مفسوخ عقدها، ومع ذلك تستحق النفقة وغيرها من الحقوق المترتبة على الطلاق في الزواج الصحيح.

583- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع نفسه، ج4، ص274.

584- مالك بن أنس، المدونة الكبرى...، المرجع السابق، ج2، ص130.

585- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص370.

586- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج3، ص1374. وكذلك أخذ المجلس الأعلى بمنحى المالكية، إذ جاء في قرار له "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل طبقاً للمادتين 17 و 33 من قانون الأسرة الجزائري". المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1998/11/17، قرار رقم 210422، الإجتهد القضائي، 2001، عدد خاص، ص53.

المطلب الثاني

مساواة الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق

إن المواثيق الدولية ما فتئت تطالب بمساواة المرأة والرجل في فك الرابطة الزوجية، لكن أهم الصعوبات التي تعترض هذا المطلب هو أن مفهوم المساواة لا يزال مُختلفاً بشأنه بين الدول. كما أن المواثيق الدولية نفسها تعترف بأنه ليس هناك مساواة فعلية وتامة على أرض الواقع، بل أحياناً تكون المساواة مضرة بالمرأة؛ فنستوجب حماية المرأة الابتعاد عن مبدأ المساواة، وإقرار إجراءات خاصة لفائدة المرأة. وقد جاء في المادة 3/10 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة: "لا يعتبر تدابير تمييزية تلك التدابير التي تُفحم المرأة في بعض أنواع الأعمال، لأسباب تتعلق بصميم تكوينها الجسدي".

وجاء في المادة 1/4 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: "لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزاً بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية".

ويلاحظ أن الإعلان قد منح حرية أكبر للتشريعات الداخلية لوضع تدابير خاصة تكفل حماية المرأة طالما أن الأسباب تتعلق بتكوينها الجسدي، وهذا اعتراف ضمني بالدور النمطي للمرأة الذي يستتبع بالضرورة تكوينها الجسدي. غير أن الاتفاقية كانت أكثر تضيقاً، حيث اشترطت أن تكون التدابير الخاصة مؤقتة وأن يكون الهدف منها التعجيل بالمساواة الفعلية، وأكدت على وجوب وقف العمل بهذه التدابير متى تحقق الهدف المنشود وهو المساواة الفعلية⁵⁸⁷.

وإذا كانت الغاية من وضع النصوص القانونية الدولية المكرسة لحقوق المرأة، هي حماية المرأة، وإقرار وتعزيز مبدأ المساواة، فإن ذلك ممكن ولكن بطرق مختلفة، ولا يمكن فرض طريقة معينة أو وسيلة معينة على دولة ما. فلكل دولة طرق وسياسات تختلف عن الدول الأخرى؛ وتشريعات أيضاً تختلف.

ومما لا شك فيه أن الدول عند وضعها لتشريعاتها، تراعي ما يحفظ كيانها ورفاهيتها، وأي نظام قانوني

587- تقول الدكتورة سحر عبد الستار إمام يوسف: "إن مبدأ المساواة ليس مبدأ جامداً منافياً للضرورة العملية ولا هو قاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها، ولذا يمكن للمشرع الخروج عليه بتمييز طرف على طرف آخر إذا توافرت الأسس الموضوعية التي تبرز ذلك". أنظر، سحر عبد الستار إمام يوسف، ضمانات حقوق المرأة الإجرائية في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2011، العدد الثاني، ص 267 وما يليها.

لحقوق الإنسان، لا بد أن يسعى لوضع ضمانات تكفل للفرد ممارسة حقوقه. كما يضع بعض القيود الضرورية للمحافظة على مصلحة المجتمع وهذه الضمانات يمكن تحقيقها بوسائل وتشريعات مختلفة، فالتشريعات التي تكفل ذلك الهدف لدولة ما، قد لا تفلح في تحقيقه لدولة أخرى.

فهل يعتبر حق الزوجين في إنهاء الزواج حق مطلق أم مقيد؟ (الفرع الأول)، ثم ما هي الشبهات المثارة حول طلاق الرجل؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطلاق بين الجواز والمنع والتقييد

لم تمنع المواثيق الدولية إيقاع الطلاق بين الزوجين، كما أنها لم تقيده بشروط معينة إلا ما تعلق بشرط المساواة، بل يفهم من مختلف النصوص الدولية أنها تجيز فك الرابطة الزوجية، متى كان الأمر متاحاً للرجل والمرأة سيان. لكن اعتبار الطلاق حق لكل من الرجل والمرأة يترتب عنه التساؤل حول ما يستتبع الطلاق من آثار، حيث تطرح مسألة تحمل المسؤوليات؛ وقد أشار إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، إلى أن الرجل والمرأة يتساويان في الحقوق، ولم يتطرق للواجبات؛ في حين أن الاتفاقية حسمت الأمر، ونصت على أن المساواة في حل الزواج تكون في الحقوق والواجبات معاً.

وجاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن الرجل والمرأة يتساويان في الحقوق والواجبات عند انحلال الزواج مع إضافة عبارة: "دون أي قيد بسبب العرق أو الجنس أو الدين"، والمعلوم أن إبرام الزواج وانحلاله تحكمه في عديد الدول الأعراف والمعتقدات الدينية، لذلك كانت هذه المادة وغيرها من المواد التي تركز المساواة في العلاقات الأسرية محل تحفظ وانتقاد من عدة دول، والأمر هنا لا يتعلق بالدول الإسلامية فقط، بل لا تزال بعض الطوائف المسيحية تحرم الطلاق وتضع قيوداً عليه.

وتذهب بعض الدول إلى استحداث أنواع عديدة لإنهاء الرابطة الزوجية، ولعل هذا ما جعل المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة يستخدم ألفاظاً متنوعة عند حديثه عن فك الرابطة الزوجية في إحدى قراراته⁵⁸⁸، ومن ذلك: "الطلاق"، "إبطال الزواج"، "الانفصال القضائي" و"حل الزواج بالوفاء".

588- قرار رقم: 39د/1068، بتاريخ: 1965/07/01، بناءً على توصية من "لجنة مركز المرأة" التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي.

ويُفهم من هذا القرار أنه يحتتمل جميع الطرق الممكنة لإنهاء الرابطة الزوجية طالما كانت فيها مساواة بين الرجل والمرأة وهذا ما أكدّه عندما نص على مراعاة السمات التي يختص بها كل تشريع في البلدان المختلفة.

لقد راعى القرار طبيعة كل بلد فيما يتعلق بالطلاق أو الانفصال القضائي، لأن الزواج والطلاق فيهما جانب ديني لا يمكن إغفاله، نظراً لحساسية هذا الجانب عند العديد من شعوب الدول الإفريقية والعربية والإسلامية والآسيوية، حيث ترتبط أمور الزواج والآثار القانونية المترتبة عليه، وكذلك الطلاق أو الانفصال القضائي والآثار الناشئة عنه بالدين ارتباطاً وثيقاً⁵⁸⁹.

ومما سبق نستخلص النتائج التالية:

- 1 - إن الموائيق الدولية لا تمنع حلّ الزواج، وليس فيها ما يجعله مؤبداً.
 - 2 - إن الموائيق الدولية أعطت أمثلة لفك عصمة الزوجية وتركت الباب مفتوحاً أمام التشريعات الداخلية لتحديد الطرق التي يتم بها حل الزواج.
 - 3 - تؤكد الموائيق الدولية على ضرورة تساوي الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات عند حلّ الزواج مهما كانت طريقة الحلّ.
- وعليه أقول أن الدول الأطراف في الاتفاقيات السابقة مطالبة بتغيير أو إلغاء أي تشريع لا يساوي بين الرجل والمرأة في حلّ الزواج، كما هو مطلوب منها أن تعمل على تجسيد المساواة، بمنحهما نفس الحقوق والواجبات، وفقاً لما تقتضيه هذه الاتفاقيات.

فكيف تعامل التشريع الجزائري مع مسألة فك الرابطة الزوجية؟

لقد نظّم المشرع الجزائري ذلك في الباب الثاني من قانون الأسرة تحت عنوان انحلال الزواج وأشارت المادة 47 منه إلى أنه: "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاة". وإذا كانت الوفاة طريق لا إرادي، فإن الطلاق

589- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص229.

سبيل يتوقف على إرادة الطرفين، كل على حدا أو باتفاق إرادتهما معاً. فالمشرع منح المرأة والرجل الحق في فك العصمة الزوجية لكن قيّد ذلك بشروط.

وإن وجود المرأة في مركز المطلقة بسبب الزوج الذي يملك حق فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة، جعل الطلاق يثير شبهات سأعرض لها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الشبهات المثارة حول طلاق الرجل

لما كان الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج شرعاً وقانوناً، فإنه يتم التعبير عنها بمجرد إعلان إرادة صاحبها، والذي يترتب عنه مركز قانوني جديد لصاحب الحق في مواجهة الطرف الآخر وهو ما عبر عنه قانون الأسرة عندما جعل الطلاق يتم بإرادة الزوج، مما يعني تكليفه بأنه تصرف إرادي تترتب عليه آثاره الشرعية من عدة وغيرها⁵⁹⁰.

يؤخذ على المشرع الجزائري في نظر البعض أنه منح للرجل حق الطلاق بالإرادة المنفردة، وفي هذا تعسفاً في حق المرأة، وحياداً عن مبدأ المساواة⁵⁹¹، وقد لاقى هذا الأمر نقداً لاذعاً من المنظمات النسوية ومن جمعيات وهيئات حقوق الإنسان وحقوق المرأة.

ويرى بعض منتقدي قانون الأسرة أن المشرع قد أساء للمرأة إذ جعل الطلاق بيد الرجل الذي قد يسيء استعماله⁵⁹²، فيطلق الزوجة رغم استقامتها ويضرب بها دون سبب يذكر، ويجعلها تحت رحمته، مهددة في أية لحظة بالطلاق، في حين أنها لا تمتلك هذا الحق وكأنها أقل منه شأنًا، وفي كل هذا مخالفة لما جاءت به الاتفاقيات الدولية.

590- أنظر، أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008-2009، ص 195.

591- بل يعيب الحاققون على الإسلام أنه يجعل أمر الطلاق إلى الرجل مما يترتب عليه انتفاء مكانة المرأة والهبوط بإنسانيتها إلى درجة السلعة يتصرف فيها مالكا كيف يشاء ومتى يشاء، فهي من خلال ذلك رهينة لكلمة تخرج من بين شفتي الرجل، تنهدم بها حياتها الزوجية، ويزول معها أمنها وأمن من لا تذب لهم من صغار أبرياء. أنظر في هذا، رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص 33.

592- في هذا الصدد يقول الأستاذ لوعيل محمد لمين: "...نستشف أن المادة 48 خلقت عدم توازن بين مركز الرجل والمرأة من الناحية القانونية، بل منحت مركزا قانونيا قوي يغير في مركز المرأة متى شاء ويؤثر على حقوقها وقد يتعسف في استعمال هذا الحق في اتجاه المرأة التي هي في مركز ضعيف مقارنة مع ما منح له من سلطة من خلال المادة 48 وكذلك المادة 52 من قانون الأسرة". أنظر، لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة...، المرجع السابق، ص 92.

لكن ما يؤخذ على هذه الانتقادات أنها تنتظر إلى موضوع الزواج والآثار المترتبة عليه في التشريعات الداخلية من منظور واحد، فهي مثلاً تنتقد منح الرجل حق الطلاق وتتغاضى عن إيجاب النفقة على الرجل مثلاً.

إن قانون الأسرة إذ يجعل الطلاق بيد الرجل يستمد ذلك من الشريعة الإسلامية، وقد سوى الإسلام بين الرجل والمرأة في معظم شؤون الحياة ولم يفرق بينهما إلا حيث تدعو إلى هذه التفرقة طبيعة كل من الجنسين، ومراعاة الصالح العام وصالح الأسرة، وصالح المرأة نفسها⁵⁹³.

ويظهر صواب المشرع الجزائري في منح الرجل حق الطلاق من خلال النقاط التالية:

أولاً: إن الرجل إذا منح حق الطلاق، فهو قبل ذلك قد تحمّل من الواجبات ما يتقل كاهله وما لم تتحمّله المرأة، ثم هو بعد ذلك يتحمل الكثير من تبعات الطلاق، ومن ذلك أن المشرع فرق بين الرجل والمرأة في الأعباء الاقتصادية خلال الحياة الزوجية. فالرجل هو الذي يقع عليه العبء الاقتصادي من إنفاق وتجهيز وكلما يحتاجه البيت، دون المرأة التي لا يجب عليها شيء من ذلك، حتى إن كانت من أغنى الأغنياء وهو من أفقر الفقراء.

ويكون إيقاع الطلاق من الرجل لأنه هو وحده المتحمل لنتائجه المادية من نفقة وامتعة وخلافه، وبالتالي سيفكّر ألف مرة ومرة قبل إيقاع الطلاق، ثم إنّ المرأة بعدم تحملها تبعات الطلاق قد تؤدّي بتسرعها إلى هدم الحياة الزوجية لأتفه الأسباب⁵⁹⁴.

وبمقتضى عقل الرجل ومزاجه يكون أصبر على ما يكره من المرأة، فلا يسارع إلى الطلاق لكل غضبة يغضبها أو سيئة منها يصعب عليه تحملها، في حين تظل المرأة أسرع منه غضباً وأقل احتمالاً وصبراً وليس عليها من تبعات الطلاق مثلما عليه⁵⁹⁵.

ثانياً: إن الشريعة الإسلامية لم تبح الطلاق إلا عند الحاجة إليه، وحثّت الزوج على إمساك الزوجة حتى ولو كرهها لأمر من الأمور⁵⁹⁶، وفي ذلك قال تعالى: "وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ

593- الشحات إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 80.

594- الشحات إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 128.

595- أنظر، باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 16.

596- والعشرة الحسنة تكون في المعاملة بين الزوجين بالمعروف، لأن الحياة الزوجية قائمة على الحب والمودة، والمقصد منها تكوين أسرة صالحة تنجب أبناء صالحين، ولا يمكن أن يكون هناك سكن ومودة دون العشرة الحسنة، لمزيد من التفصيل أنظر، =

تَكَرَّهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلُ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"⁵⁹⁷. كما هو مطلوب من الزوج أن يحاول إصلاح زوجته قبل اللجوء إلى الطلاق⁵⁹⁸، وقد جعل الإسلام الطلاق على مراحل⁵⁹⁹.

وللزوجة أيضا إذا لمست إعراضاً ونشوزاً من زوجها أن تسعى إلى الإصلاح⁶⁰⁰، وفي هذا قال تعالى: "وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ"⁶⁰¹.

وأوجب المشرع الجزائري على القاضي أن يجري عدة محاولات صلح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق، وأن يحرر وجوباً محضراً يثبت ذلك، حيث جاء في المادة 49 من ق.أ: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى.

ويتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

وكذلك، فإن المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تؤكد ما سبق ذكره، حيث نصت على أن محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية، وتعتبر هذه المادة من المواد الجديدة التي أدخلت على قانون الإجراءات المدنية في تعديل سنة 2008⁶⁰².

= جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب، الجزائر، 1987، ص261 وما يليها. وقد قال صلى الله عليه وسلم" استوصوا بالنساء، فإن المرأة خلقت من ضلع، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء" أخرجه البخاري، صحيح البخاري، ج2، رقم الحديث: 3331، باب خلق آدم وذريته، المرجع السابق، ص451.

597- سورة النساء، الآية 19.
598- من وسائل إصلاح الزوجة في الشريعة الإسلامية النصح بالكلام، والتأديب بالهجر في المضجع، ثم بالضرب غير المبرح، قال تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضامع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا"، النساء الآية34. ومن القيود الواردة على الطلاق أنه على الرجل أن يطلق زوجته في طهر لم يمسه فيه تطليقه واحدة، ويذهب بعض الفقهاء إلى تصنيف الطلاق بأنه حرام إذا كان في الحيض أو في طهر خالطها فيه، وللرجل أن يراجع زوجته بعد الطلاق، قال تعالى" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"، وهناك قيد آخر وهو الإشهاد على الطلاق، حيث يشترط قلة من الفقهاء لصحة وقوعه أن يحضر شاهدين، لقوله تعالى: "فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم" سورة الطلاق، الآية2. ويرى الجمهور أن الإشهاد سنة وليس بواجب، وإنما دعا الإسلام إلى الإشهاد على الطلاق، لأن المطلق إلى أن يتحین فرصة وجود شاهدين أو يذهب لالتماسهما ستكون نفسه قد هدأت وربما أفلح عن ذلك، كما أن الشاهدين سيقومان مقام الحكيمين في الإصلاح بين الزوجين فلا يقع الطلاق. أنظر، محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص344.

599- أنظر، محمد يوسف حفني، الشبهات المثارة حول الطلاق والرد عليها ومنهج الإسلام في معالجة الطلاق، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 55-56.

600- Mohamed ABDEL-AZIM ALI, the vastness of Islam and its tolerance with all religion, Dar AL-Manarah, Egypt, 2004, p 13.

601- سورة النساء، الآية 128.

وأضافت الشريعة الإسلامية حلاً آخر قبل الطلاق وهو بعث حكمين، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، قال تعالى " وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً"⁶⁰³.

ونصت المادة 56 ق.أ، على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

ثالثاً: إن جعل الطلاق بيد الرجل لا يعني أنه يستعمله كما يشاء، إنما هو حق يخضع لقاعدة عدم التعسف في استعمال الحق، وهذا ما نصت عليه المادة 52 ق.أ، حيث جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وقبل ذلك فإن الطلاق الذي يقع من الزوج لا يثبت إلا بحكم⁶⁰⁴، حيث جاء في المادة 49 ق.أ: "أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم"⁶⁰⁵.

إذا فالطلاق يكون تحت رقابة القضاء ويمكن للزوجة أن تواجه تعسف الزوج بأن تطلب تعويضاً عما أصابها، بل إن المحكمة العليا ذهبت أحياناً إلى أن الرجل الذي يطلق ولا يفصح عن أسباب الطلاق يعتبر متعسفاً في طلاقه، وهذا ما جاء في قرار لها بتاريخ 15/06/1999 أنه "من المقرر أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤوليته الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد

602- قانون رقم: 09/08 مؤرخ في: 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الجريدة الرسمية رقم: 21 بتاريخ: 2008/04/23.

603- سورة النساء، الآية 130.

604- جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء، ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي لا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون". المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 16/02/1999، قرار رقم: 216850، الإجتهااد القضائي، 2001، عدد خاص، ص100.

605- وتعليقاً على النص يقول الدكتور عبد الفتاح تقيّة: "إن الشكل القانوني لا يهدف إلى الانتقال من الحق الإرادي أو المساس به، فالمشروع استعمل عبارة لا يثبت الطلاق إلا بحكم ليضع قاعدة إجرائية لصحة وقوع الطلاق وهو إجراء ضروري، إذ لا بد من اللجوء إلى القضاء، والاحتكام إلى القاضي خاصة في هذه المسألة باعتبار أن تصرفها خطير"، أنظر، عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص220. ويرى الأستاذ عمر زودة أن: "المشروع الجزائري كان مصيباً عندما قيد حق الزوج في الطلاق... وكل ما أضافه المشروع الجزائري هو أن جعل من القاضي وكاتب الضبط شاهدي عدل". أنظر، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، تعاونية أونسيكلو بيبديا للطبع، الجزائر، 2003، ص 32.

المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير، طبقوا صحيح القانون⁶⁰⁶.

والمرشح لم يحدد مبلغ التعويض عن ضرر الطلاق التعسفي، بل ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، ومن ذلك أن المحكمة العليا علقت في قرار لها⁶⁰⁷ على منح الزوجة المطلقة تعويض بمبلغ ثلاث مئة ألف دينار جزائري، أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإن طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال. وتبعاً لذلك رفضت المحكمة العليا الطعن في القرار القاضي برفع مبلغ التعويض.

إن التعويض عن ضرر الطلاق التعسفي أصبح مبدئاً ثابتاً في قانون الأسرة وبعض قوانين الأحوال الشخصية في دول عديدة، ورغم ذلك يمكن القول أن تقنين هذا المبدأ مما يؤخذ على التشريع ولا يحسب له، إذ أن تحديد مفهوم التعسف من الصعوبة بما كان، فإذا كان مقصوداً بالتعسف في استعمال حق الطلاق هو أن يطلق الرجل المرأة دون سبب جدي، فما هو السبب الجدي ومن الذي يقدر جدية السبب هل هو الزوج باعتباره صاحب الحق في التصرف وبالتالي سيعتبر أي سبب يختلقه سبباً جدياً، أم هو القاضي والذي يكون بعيداً عما يجري في الحياة الزوجية، وبالتالي لا يمكنه تقدير جدية السبب من عدمه إذا علمنا أن من أسباب الطلاق أمور نفسية وعاطفية لا يمكن إثباتها.

أما إذا كان المقصود بالتعسف في استعمال حق الطلاق هو طلاق الرجل زوجته دون سبب، أرفضه ذكر السبب، فإنه لم يثبت في القرآن ولا في السنة ولا في أقوال الصحابة وعملهم ما يفيد أن الرجل كان يُسأل عن سبب الطلاق، ولم يثبت أيضاً أن مُنحت المطلقة ما يُعوّض عن الطلاق، فهل هذا يعني أن من سبق لم يكن فيهم متعسفاً في الطلاق، أم أن الطلاق حق للرجل لا يسأل فيه عن استعماله متى استعمله؟

وفضلاً عما سبق فإن الزوج قد يمتنع عن الإفصاح عن سبب الطلاق أحياناً حفاظاً على كرامة المرأة نفسها وصيانة لشرفها وعرضها. كما أنه قد تكون له أسباب نفسية كبغضه للزوجة، فهل سيعاقب على بغضه لهذه المرأة وهو لم يتدخل في خلق هذا الإحساس، أم سيؤخذ عذره بعين الاعتبار، ومن ثم سيدعي كل مطلق بأنه يكره زوجته.

606- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 15/06/1999، قرار رقم: 223019، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص104.

607- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 12/07/2006، قرار رقم 368660، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 02، ص483.

وتكاد تكون التبعات المالية التي يتحملها الزوج بعد الطلاق اتجاه مطلّقتة، هي خير تعويض عن الطلاق، وكذلك فإن الأعباء المالية التي يتحملها إضافة إلى ما سبق اتجاه أولاده، وبخصوص إعادة زواجه، لكفيلة بأن تكون رادعاً له عن التلاعب بالطلاق.

وإذا كان هناك ظلم للنساء من الأزواج بشأن الطلاق، وإذا كان هناك تزايد في نسب الطلاق⁶⁰⁸، بسبب أن الرجل يملك الطلاق بالإرادة المنفردة، فإن القضاء على مثل هذه المشاكل لا يكون بسببه هذا الحق أوتقيده، طالما أن الذي منحه إياه هو الله عز وجلّ، وإنما يكون حل مثل هذه المشاكل بالتوعية والعودة إلى مكارم الأخلاق، ولا يزال الواقع يثبت أن القواعد القانونية لم تفلح في القضاء على الجرائم بسبب إهمال المجتمع لقواعد الأخلاق التي لها دور لا يستهان به في هذه المجال.

رابعاً: إن المشرع الجزائري إذ منح الرجل حق الطلاق بالإرادة المنفردة لم يهمل المرأة إذ أعطاهما هي الأخرى حق فك الرابطة الزوجية بطريقتين اثنتين⁶⁰⁹ هما: التطلق والخلع، غير أنه لم يجعل الأمر بيدها وإنما يكون برغبتها عن طريق القضاء، ذلك أن الزوجة لا تتحمل تبعات التطلق، وبالتالي الأولى ألا يكون الأمر بيدها تفادياً لاستغلاله في كسب منافع على حساب الزوج، بل إن الزوجة قد تطلب التطلق وتستفيد من التعويض إذا أثبتت الضرر طبقاً لنص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة. ولم أقف على حكم من المحكمة يمنح تعويضاً للرجل قط، ثم أن للمرأة طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وطبقاً لحرية الاشتراط في عقد الزواج

608- كشفت الإحصائيات أن المحاكم الجزائرية سجلت وقوع 41549 حالة طلاق بمختلف أنواعه في البلاد عام 2009 وهذا مقابل 39383 في عام 2008 و34123 في 2007 أي بزيادة سنوية تبلغ 7 بالمائة. أنظر، معدل الطلاق بالجزائر يرتفع إلى سبعة بالمائة سنوياً، جريدة الجزائر نيوز، السبت 50 يونيو 2010. هذا وارتفعت حالات الطلاق خلال العشر سنوات الأخيرة إلى الضعف، ففيما كانت الحالات سنة 2004 تصل إلى 29 ألف حالة، فقد أشارت آخر الإحصائيات التي تم إعدادها خلال سنة 2013 إلى 54 ألف و 985 حالة طلاق، أي قرابة الـ 55 ألف حالة. أنظر، 20 ألف حالة خلع في الجزائر عام 2013...، جريدة النهار الجديد، 13 ديسمبر 2013.

609- بل يقال إن الإسلام قد أعطاهما حق فسخ الزواج من خلال خمس طرق وهي:

- 1- تستطيع الزوجة أن تحتفظ بحق الطلاق لنفسها باشتراطها ذلك في عقد الزواج، وتسمى في هذه الحالة بالمفوضة، وبذلك تطلق نفسها وقت ما تشاء دون توقف على إرادة زوجها.
- 2- تستطيع أن تطلب التطلق عن طريق القضاء إذا استطاعت إثبات الضرر الذي يلحق بها في حال قيام الحياة الزوجية.
- 3- تستطيع الزوجة أن تنفصل عن زوجها بطلب الخلع عند القاضي وفي هذه الحالة تنتازل عن حقوقها المالية دون التنازل عن حقوق الأولاد.
- 4- تستطيع الزوجة أن تحصل على الطلاق في الظهار إذ لم يكفر الزوج عن هذا اليمين.
- 5- تستطيع الزوجة أن تحصل على الطلاق من خلال الإيلاء إذا لم يرجع الزوج خلال أربعة أشهر عن اليمين الذي أقسم به إلا يقربها.

أنظر في هذا الصدد، رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية...، المرجع السابق، ص300.

قانوناً أن تشترط أن يكون الطلاق بيدها، وللزوجة أن تلجأ للقاضي لطلب التفريق بينها وبين زوجها في حالات معينة، وهو ما اصطلح عليه في قانون الأسرة بالتطليق.

المطلب الثالث

حق المرأة في فك الرابطة الزوجية بطلب التطليق

لم يرد تنظيم حق التطليق في المواثيق الدولية بالصورة المعروفة في التشريع الأسري، ورغم أن التطليق يمنح المرأة المتزوجة فرص لفك الرابطة الزوجية إلا أنه أُعتبر غير كافٍ. لكن السؤال المطروح، هو ما الذي يجعل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تنظر إلى حق المرأة في التطليق بأنه غير كافٍ، وتعتبر أن فك الرابطة الزوجية في الجزائر يقوم على تمييز ضد المرأة؟

إن الإجابة على هذا السؤال لا تكون إلا بالرجوع إلى الأحكام المنظمة للتطليق في قانون الأسرة، وذلك بتعريف التطليق (الفرع الأول)، وإبراز التكييف القانوني والفقهية له (الفرع الثاني)، ومعرفة حق التطليق في ضوء المواثيق الدولية (الفرع الثالث) ثم سأبحث أسباب التطليق في القانون الأسري قبل تعديله (الفرع الرابع)، وأسباب التطليق في ذات القانون بعد تعديله (الفرع الخامس).

الفرع الأول

ماهية التطليق

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق، واكتفى بالقول أن التطليق يكون بطلب من الزوجة في حالات معينة أشار إليها في المادة 53 من قانون الأسرة.

ويعرف التطليق في اللغة بأنه مصدر للفعل طلق بالتشديد، يقال طلقت المرأة طلاقاً فهي طالق، وله معان منها الفراق والترك، يقال طلقت القوم تركتهم، وطلقت البلاد فارقتها، ومن التخلية والإرسال مأخوذ من قولهم ناقة طالق إذا خليت مهملة بدون راع، وطلقت الأسير خليته ومنها حال المقيد مطلقاً سواء كان حسياً كقيد الفرس، أو معنوياً كالعصمة، ومنه حبسوه في السجن طلقاً أي بغير قيد⁶¹⁰.

610- أنظر، ابن منظور، لسان العرب، ج4، دار المعارف، مصر، 1981، ص2612.

والطلاق في اصطلاح الفقهاء، رفع قيد النكاح في الحال، أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها، وهو على هذا التعريف قسمان طلاق بائن وطلاق رجعي. وليس لغير الزوج من ولي أو وصي أن يوقع الطلاق لأن أحكام عقد الزواج كلها ترجع إلى الزوجين، وإذا كان الزوج مجنوناً، وتضررت الزوجة من العشرة معه، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي تطلب الفراق لذلك العيب، فالقاضي يطلق في هذه الحالة للضرر الثابت للزوجة وللعيب⁶¹¹.

فالتطبيق هو فك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية. ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، والقاضي يفرق بينهما طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف⁶¹².

لذلك فالذي يملك الطلاق دائماً هو الزوج في الحدود التي رسمها له الشارع، وتملك الزوجة الطلاق في حالات معينة حددها الفقهاء. فالشريعة لم تهمل جانب المرأة في هذا الموضوع، فمنحتها الحق في طلب التفريق وأوجبت على القاضي أن يجيبها لذلك إذا كان هناك من الأسباب ما تقره العدالة وامتنع الزوج من المفارقة بالمعروف⁶¹³.

إن المرأة لها الحق في فك العصمة الزوجية بتطبيق نفسها ويكون ذلك بعدة طرق، منها أنها أن تشتترط أن يكون الطلاق بيدها⁶¹⁴ أو تطلق نفسها بعوض ويسمى الخلع، ولها أن تلجأ إلى القاضي، فللقضاء سلطة واسعة في أمر الأسرة جلباً للمصلحة ودفعاً للمفسدة الواقعة أو المتوقعة.

إن للقاضي سلطة رقابية وزجرية مؤدبة ومعززة أو مُصلحة، وذلك بحسب حال الأسرة ونوع الشقاق الواقع بين أفرادها. ومن صلاحيات القاضي رفع أي ضرر واقع من احد الأطراف، والمعاقبة عليه بشتى أنواع العقوبات المالية أو البدنية أو غيرها. كما أن له حق فسخ النكاح أو الحكم بالطلاق أو إجبار الزوج على الطلاق متى رأى ذلك مناسباً. ومن حق أي طرف متضرر اللجوء للقضاء لرفع الضرر والفساد ودفع الجور والتعسف

611- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص291.

612- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة...، المرجع السابق، ص97.

613- أنظر، محمد متولي الصباغ، الإيضاح في أحكام النكاح، مكتبة مدبولي، مصر، 1990، ص329.

614- ويسمى هذا الاشتراط بالتفويض سواء منحها الزوج حق الطلاق بمبادرة منه أو بعد اشتراطها ذلك، والتفويض عند المالكية ثلاثة أنواع: (1)- التوكيل ويحتفظ فيه الزوج بحق الرجوع عنه ما لم يقع الطلاق، (2)- التمليك ويحتمل الطلقة الواحدة فما فوها وهو ينقضي بطول الوقت أو بانفضاض المجلس على روايتين، (3)- التخيير وفيه يخير الزوج زوجته بين البقاء معه أو الفراق منه، فإن اختارت الفراق بانته منه بالثلاث ما لم يكن التخيير مقيد بأن يقول لها اختاري البقاء أو طلقتين. لمزيد من التفصيل، أنظر، ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج3، ص1413.

والعدوان وتحقيق العدل⁶¹⁵.

وذهب الإمام مالك إلى أبعد مما سبق، إذ أنه يمكن للرجل أن يدفع المرأة لتخلع نفسها منه ليستفيد من مقابل الخلع، فقال الإمام في المفترية التي تفتدي من زوجها: "أنه إذا علم أن زوجها أضربها، وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها، مضى الطلاق ورد عليها مالها"⁶¹⁶.

وقد ذهب المجلس الأعلى إلى أنه "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطلق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"⁶¹⁷.

فإن قيل لماذا يطلب من المرأة اللجوء إلى القاضي لرفع الضرر بطلب التطلق في الوقت الذي يطلق الرجل دون مراجعة القاضي، فالجواب على ذلك أن الطلاق حق أصيل للزوج وليس كذلك بالنسبة للزوجة، ولا أحد يقول باستشارة القاضي عند مباشرة الحقوق. أما لماذا يكون الطلاق حق للرجل دون المرأة؟ فالحكم من وراء ذلك كثيرة لا يسمح المقام ببسطها.

الفرع الثاني

التكييف القانوني والفقهى للتطلق

لقد اشترط المشرع الجزائري من خلال المادة 49 ق.أ، أن يكون إثبات الطلاق بحكم من القاضي، وحيث أن التطلق لا يكون إلا أمام القاضي فإنه يكون دائما بصدور حكم قضائي بناء على طلب الزوجة. وبالرجوع إلى المادة 57 ق.أ، فهي تنص على أن "الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطلق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية"، ويفهم من هذه المادة أن الحكم بالتطلق هو حكم ابتدائي نهائي؛ ثم أن نص المادة 50 ق.أ، جاء فيه أن "من رجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، مما يفيد أن صدور الحكم بالتطلق يترتب عليه أن يعتبر هذا الطلاق بائن، وهو التكييف المستخلص من النصوص السابقة الواردة في قانون الأسرة.

615- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص309.

616- أنظر، مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة زايد آل النهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص811.

617- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم: 35026، المجلة القضائية، 1989، العدد 04، ص 86.

وحيث أن التطلاق لا يكون إلا لأسباب معينة ذكرها المشرع، وهي في مجملها تشير إلى حالات تضرر الزوجة؛ ومن ثم فقد أحسن المشرع صنعاً عندما اعتبر التطلاق طلاق بائن، فلا يعقل أن تطلق المرأة من زوجها لتضررها ثم يسمح له بمراجعتها دون موافقتها مادام الطلاق رجعي. كما أن اعتبار التطلاق فسحاً يترتب عليه أنه لا يحسب في عدد التطلقات، وبالتالي سيقدم الزوج على الإضرار بها مرة أخرى إن هي عادت إليه بسبب انعدام الجزر المتمثل في الحرمة بعد الطلقة الثالثة.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "من المقرر قانوناً بعد صدور الحكم بالطلاق فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة طلقت بسبب الضرر الحاصل من طرف الزوج طبقاً للمادة 6/53 من ق.أ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الزوجة طبقوا صحيح القانون، وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوجة بعقد جديد. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁶¹⁸.

إن الاعتراف للمرأة بالتطلاق غير وضعية المرأة ومركزها القانوني، فلم تعد تحت رحمة الرجل بل أصبحت مزودة بوسائل تمكنها من الحصول على حقوقها وأن تدخل المشرع بهذه الوسائل المتاحة لها لتحقيق التطلاق يدخل ضمن رغبة المشرع في البحث عن وسائل لترقية المرأة وسط العائلة أين يجب التعامل معها كإنسان مسؤول يساهم إيجابياً ويسير أمور العائلة وترقيتها⁶¹⁹.

وحيث أن الزواج ينشئ مركزاً قانونياً فإن التطلاق كونه لا يتم إلا بحكم قضائي، فهو يترتب عليه انقضاء مركز قانوني قديم وإنشاء آخر جديد؛ فالأحكام بالطلاق هي أحكام منشئة، وطلب التطلاق في حد ذاته متوقف على عدة شروط أهمها: أن يكون بطلب من الزوجة وأن يتم أمام المحكمة وألا يستعمل إلا إذا تعذر الاتفاق وثبت الضرر⁶²⁰.

وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في التطلاق، فقد جاء في المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "يعاين القاضي ويكيّف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلاق طبقاً لأحكام قانون الأسرة. ويفصل في مدى تأسيس الطلب، أخذاً بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها. يمكن القاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة؛ يتعين على القاضي تسببب الإجراءات المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية".

618- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 2000/025/22؛ ملف رقم: 239349، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص107.

619- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة...، المرجع السابق، ص102.

620- عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص219.

لقد شدد المشرع في النص السابق على ضرورة مراقبة مدى توافر حالات التطلق وكيفية تطبيقها ومنح للقاضي سلطة واسعة في اتخاذ كل تدبير من شأنه أن يؤدي إلى تأسيس الحالات المستند عليها في طلب التطلق⁶²¹.

ولكن قد اختلف فقهاء الشريعة في تكييف الطلاق للضرر هل هو طلاق أم فسخ؟ ففي قول لمالك أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب لا للتفرق، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح أو العدة وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا⁶²².

ويبدو أثر الخلاف هذا فيما لو راجعها بعقد جديد، فإنه لا يعتبر مطلقا أصلا عند من قال: إنها فسخ أما من قال إنها طلاق، فلم يبق له إلا طلبة واحدة ليستكمل حقه في الثلاث، فإن أعقبها أخرى بعد هذه بانته منه بينونة كبرى⁶²³.

ففرقة الفسخ تنقض العقد وتزيل الحل الذي كان يترتب عليه، وتكون بسبب حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزواج واستمراره، أو بسبب حالات كانت مقارنة للعقد مقتضية عدم لزومه من الأصل، ومن آثارها ألا يقع في عدة الفسخ طلاق إلا ما يكون بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام. أما فرقة الطلاق فهي إنهاء العقد الذي ثبت بلفظ خاص، ويترتب عليها زوال الملك كما في الطلاق البائن أو نقضانه، كما في الطلاق الرجعي⁶²⁴.

وتعتبر الفرقة بسبب العيب أو المرض فسخ عند الشافعية والحنابلة⁶²⁵.

وإذا كان المشرع الجزائري قد وافق الفقهاء في منح الزوجة حق اللجوء إلى القضاء لطلب التطلق، فإنه وضع أسبابا لذلك، استمد بعضها مما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، وجاء بالبعض الآخر مسابرة للتطورات الاجتماعية والقانونية الحاصلة في المجتمع. فقد كانت أسباب التطلق في قانون الأسرة محصورة في

621- أنظر، لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 19.

622- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، ج3، المرجع السابق، ص1413.

623- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 310.

624- أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، (بحث تحليلي ودراسة و مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة دار التأليف، مصر، 1961، ص 210.

625- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، المرجع السابق، ص516.

سبعة أسباب، ثم بعد تعديل القانون في 2005 ارتفع عددها إلى عشرة مع إدخال تعديلات على البعض منها، لذلك سأتطرق لموجبات التطلاق في الفرعين الموليين حيث أبحث أسباب التطلاق في ظل قانون الأسرة قبل تعديله في فرع، ثم أبحث في فرع آخر أسباب التطلاق المضافة بموجب تعديل 2005.

الفرع الثالث

حق التطلاق في ضوء المواثيق الدولية

سبقت الإشارة إلى أن الاتفاقيات الدولية لم تمنح المرأة حق فك العصمة الزوجية بطريقة معينة، وإنما طالبت الدول أن تمنحها هذا الحق بصورة متكافئة مع الرجل، بمعنى أنها تتمتع بالحق في الطلاق إذا كان يتمتع به الزوج، وليس هناك مانع من ألا تتمتع به إذا لم يتمتع به الزوج.

والمساواة بالمفهوم السابق ذكره، تجد لها تطبيقاً واقعياً في المجتمعات الغربية، وتُرحب لجان حقوق الإنسان وحقوق المرأة أيما ترحيب بهذا التطبيق، ومن ذلك أن القانون السويدي مثلاً نظم طرق حل رابطة الأسرة بالطلاق والانفصال⁶²⁶، إذ يمكن للزوجين الغير متفاهمين أوغير المنسجمين أن يحلا الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة أو بإرادة الطرفين على أن يكون هذا الحل بقرار من المحكمة، ويمكن أن يقدم الطلب من الرجل أو من المرأة، أو باتفاقهما معا⁶²⁷.

أما المشرع الجزائري، فإنه لم يساو بين الرجل والمرأة في الطلاق كما تطلب الاتفاقية الدولية⁶²⁸، لأن الطلاق في الجزائر يخضع لاعتبارات اجتماعية و دينية، فالإسلام لم يساو بين الرجل والمرأة في الحقوق

626- أنظر، منذر الفضل، نظام الأسرة في القانون السويدي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مارس 2001، العدد 01، ص 326.

627- المادة 1 من الفصل 5 من الجزء الثاني من قانون الزواج السويدي لسنة 1987.

628- على الرغم من أن الجزائر تسعى إلى رفع التحفظات حول اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتسعى لتعديل قانون الأسرة لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، بما في ذلك سعيها لتعديل أحكام الطلاق، وقد ذكر هذا صراحة ممثل الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، حيث أشار في التقرير الدوري الثاني إلى أنه أصبح من الضروري إدخال تعديلات على قانون الأسرة نظراً للتحولات التي طرأت على المجتمع وللتصديق على اتفاقيات دولية، منها خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وفي مارس 2004 طلب رئيس الجمهورية من الحكومة اتخاذ إجراءات لمواءمة التشريعات الوطنية مع تطور القانون الدولي، وإعادة النظر في وجهة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية. وأضاف التقرير إلى أنه من المنتظر أن مراجعة قانون الأسرة وقانون الجنسية ستمكن من رفع عدد هام من التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية، وترمي التعديلات إلى توحيد سن الزواج الذي تقرر في حدود 19 سنة، والرضا بالزواج وإلغاء الوصاية وتعديل أحكام الطلاق من أجل حماية أفضل للأطفال. أنظر الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الدوري الثاني للجزائر، الفقرات: 125، 127.

الموقع الإلكتروني: <http://www.1.umn.edu/numannts/arabic/dza>

المتعلقة بانحلال الحياة الزوجية بصورة مطلقة، إذ جعل الطلاق بيد الرجل - بمسوغات شرعية - عندما تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، وسمح للزوجة أن يكون الطلاق بيدها باتفاق الزوجين، وجعل حق التطبيق للضرر كما منحها الحق في الخلع.

ولا غرابة في الاختلاف في الحقوق في الشريعة الإسلامية عنها في القانون الدولي، لأن الحقوق في الشريعة الإسلامية مصدرها الخالق جلّ وعلا، بينما الحقوق في القانون الدولي مصدرها المخلوق، والخالق أعلم من المخلوق⁶²⁹.

حيث أعلنت الجزائر عند التصديق على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج أثناء الزواج، وعند فسخه على السواء، ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

ورغم بعض التراجع من المشرع عن تلك التحفظات إلا أنه أبقى على تطبيق صارم لها، من ذلك أنه أبقى على العصمة بيد الرجل، إذ أجاز له المشرع أن يطلق زوجته متى شاء شريطة أن يحترم إجراءات التقاضي الخاصة به⁶³⁰.

وجاء في تحفظ المملكة المغربية على نص المادة 16 من الاتفاقية: "إن أحكام الشريعة الإسلامية تلزم الزوج بتقديم مهر عند الزواج وبيعالة أسرته، في حين لا يطلب من الزوجة قانونا إعالة أسرتها، وعلاوة على ذلك يلزم الزوج بدفع النفقة عند فسخ الزواج، وعلى العكس من ذلك تتمتع الزوجة بالحرية التامة في التصرف في مالها أثناء الزواج وعند فسخه بدون إشراف الزوج، بحيث لا تكون للزوج ولاية على مال زوجته، لهذه الأسباب لا تمنح الشريعة الإسلامية حق الطلاق للمرأة إلا بقرار من القاضي الشرعي"⁶³¹.

غير أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، انتقدت الاعتماد على القوانين الدينية لتنظيم وتقنين حقوق المرأة، إذا أشارت في تقرير لها أن دراسة تقارير الدول الأطراف تبين أن كثيرا من البلدان التي تنص في

629- أنظر، أسامة عرفات أمين عثمان عرفات، حقوق المرأة في المواثيق الدولية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2003، ص441.

630- تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر...، المرجع السابق، ص16.

631- أنظر الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المغرب، بتاريخ: 1997/08/12، وثيقة الأمم المتحدة A/52/38، الفقرات: 52، 59، 60، 70. ولقد قامت حكومة المملكة المغربية برفع تحفظاتها سنة 2011، أنظر، الظهير الشريف رقم 1/11/51 الصادر في 2011/08/20 يتضمن نشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في وثائق الإنضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الجريدة الرسمية، 2011/09/10، عدد 5974 ص4346.

نظمها القانونية على حقوق ومسؤوليات الزوجين، اعتمادا على تطبيق مبادئ القانون العام أو القانون الديني أو العرفي، بدلاً من التقيد بالمبادئ الواردة في الاتفاقية. ولهذه التفاوتات في القوانين والممارسات المتعلقة بالزواج عواقب واسعة المدى على المرأة، وتقيد دائما حقوقها في تساوي المركز، والمسؤولية داخل الزواج، وهذه القيود كثيرا ما تؤدي إلى إعطاء الزوج مركز رب الأسرة وصاحب الكلمة الأولى في اتخاذ القرارات، وبالتالي تخالف أحكام الاتفاقية⁶³².

بل إن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة كانت ترى أن عدم تعديل قانون الأسرة يديم الأحكام التمييزية التي تحرم المرأة من الحقوق المساوية لحقوق الرجل، ومن ذلك التمييز في مسائل متعلقة بالزواج والحياة الأسرية، منها الطلاق.

وأمام الضغط الممارس من قبل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة جاء رد الجزائر⁶³³ على توصيات اللجنة أنه: "بموجب أحكام القانون الجديد تمّ توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية، ولاسيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب انتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج أو في عقد مبرم لاحقا، وكل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبر الضرر، وتترتب على تنفيذ حكم بالتعويض ملاحقات جنائية لا مناص منها، ولاسيما ضد الزوج المتعنت، والسوابق القضائية للمحاكم الجنائية الجزائرية صارمة جدا في هذا الشأن".

ويعكس رد الجزائر هذا مدى استجابة المشرع الجزائري لطلب اللجنة كما يبيّن بوضوح سعي الجزائر إلى إثبات امتثالها لقواعد القانون الدولي، ورغبتها في تعديل جميع قواعد القانون الداخلي التي تحول دون مساواة المرأة مع الرجل، ومن ثم رفع التحفظات حول الاتفاقيات، وهذا ما سيؤدي إلى قلب المنظومة القانونية الجزائرية رأسا على عقب، ولا أعتقد أن الشعب الجزائري سيرضى بمثل هكذا موقف.

632- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر، 1992، التوصية العامة 21، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، الموقع الإلكتروني: www.umn.edu/numannts/arabic/dza-cedaw 2005.ntmc وقد ذكرت اللجنة في هذا التقرير أنها لاحظت بانزعاج كثرة الدول الأطراف التي أدخلت تحفظات على المادة 16 كلها أجزء منها، ولاسيما عند قيامها أيضا بإبداء تحفظات على المادة 2، مدعية أن الامتثال يمكن أن يتعارض مع رؤية عامة للأسرة تنبني ضمن جملة أمور على المعتقدات الثقافية أو الدينية... فتطلب اللجنة من جميع الدول الأطراف أن تسعى إلى الوصول تدريجيا إلى المرحلة يقوم فيها كل بلد من خلال النبذ الصارم للأفكار القائلة بعدم مساواة المرأة بالرجل في المنزل، بسحب تحفظاته وبخاصة على المواد 9 و15 و16 من الاتفاقية. أنظر: وثيقة الأمم المتحدة A/49/38.

633- أنظر التقارير الدورية المجمعثة الثالثة والرابعة للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ماي 2009، الرد على التوصيتين 25 و 26، الفقرة (1/ج) ص19، وثيقة الأمم المتحدة.

إن مما يدل على سماحة الشريعة الإسلامية واحترامها لحقوق المرأة، أن التطلاق المعترف به فقها وقانونا للمرأة لم يرد بشأنه نص صريح صحيح، وإنما أساس هذه الصورة هو التيسير على الناس تجنباً للحرَج وتماشياً وروح الإسلام السمحة⁶³⁴.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 48 ق.أ، على أنه: "يحل عقد زواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". والمادة 53 تتحدث عن حق الزوجة في التطلاق، وتضع الأسباب التي تُمكن الزوجة من ممارسة هذا الحق.

يقول الدكتور عبد الفتاح تقيّة: "إن طلب التطلاق في حد ذاته متوقف على عدة شروط، منها أنه لا بد أن يتم أمام قاضٍ ولا بد من طلب الزوجة لذلك، كما أنه لا يستعمل إلا إذا تعذر الاتفاق بين الزوجين، وتوفر الشروط المنصوص عليها في التقنيين"⁶³⁵. وهي ذات الشروط التي لا تقبل بها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، حيث ترى أن حق المرأة في التطلاق مقيد مقارنة بما يتمتع به الرجل في الطلاق.

وعلى النقيض من ذلك يرى الدكتور تشوار جيلالي أن "التعديل الذي أدخله المشرع على المادة 53 من قانون الأسرة فتح باب التطلاق على مسرعيه، إذ يكفي للزوجة أن تدلي للقاضي بإقامة شقاق مستمر بينها وبين زوجها حتى يحكم لها بالتطلاق"⁶³⁶.

الفرع الرابع

أسباب التطلاق في قانون الأسرة قبل تعديله

تناولت المادة 53 من ق.أ، قبل تعديلها أسباب التطلاق وحصرتها في سبعة أسباب، ويلاحظ بداية أن نص المادة استهل بالعبرة التالية: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية"، وهي نفس العبارة التي ابتدأ بها نص المادة 53 الجديد، فقط مع استبدال كلمة التالية بالآتية، والعبارة تفيد أن التطلاق يكون بطلب من الزوجة دون سواها والأمر جوازي لها مع ضرورة إثبات سبب من الأسباب المذكورة. كما يفهم من العبارة والمادة

634- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 35.

635- عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 219.

636- ويرى الأستاذ تشوار جيلالي أن تعديل المادة 53 يعتبر تراجعاً من الجزائر عن بعض التحفظات الواردة على المادة 16 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، وقد أحصى عشر مسائل تمثل تراجعاً في السياق المذكور. أنظر، تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر...، المرجع السابق، ص 14.

ككل أن القاضي إذا تأكد من وجود السبب ليس بوسعه إلا الحكم بالتطليق بعد استنفاد محاولات الصلح الوجدانية⁶³⁷، لكن إلى أي حد وُفق المشرع في إعطاء الزوجة المتضررة مبررات قانونية لطلب التطليق؟ إن الإجابة على السؤال السابق تدفعنا للحديث عن أسباب التطليق في ظل المادة 53 قبل تعديلها، والتي بُنيت على أساسها أحكام التطليق منذ 1984 إلى غاية سنة 2005، وهي الأسباب التالية:

أولاً: عدم الإنفاق

أوجب المشرع الجزائري نفقة الزوجة عن زوجها بنص المادة 74 ق.أ، حيث جاء فيها: "تجب نفقة الزوجة عن زوجها بالدخول أودعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون". ومشمولات النفقة طبقاً لنص المادة 78 ق.أ، هي الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة. وقد رتب المشرع على تخلف الزوج عن الإنفاق إمكانية طلب التطليق. غير أن هذا الأمر متوقف على شرطين: أولها أن يصدر حكم بوجوب الإنفاق وثانيهما ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج.

فالشرط الأول يعني أن الزوجة إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب للتطليق لا بد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها، وتسعى لتنفيذه وفقاً للإجراءات والشروط المنوه عنها قانوناً، وفي حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة، حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق⁶³⁸.

وحكم القاضي الصادر بإلزام الزوج بالنفقة ليس لأجل إيجاب النفقة كما جاء في نص المادة 53، لأن النفقة الأصل فيها أنها واجبة شرعاً وقانوناً، وإنما يمكن اعتبار هذا الحكم بمثابة الإعذار والتحذير بالنسبة للزوج الممتنع عن الإنفاق. فإذا ما طلبت الزوجة التطليق بعد امتناعه عن تنفيذ الحكم، ينظر القاضي إلى مسوغات عدم تنفيذ الحكم، ثم يحكم بالتطليق وفقاً لما يتطلبه القانون.

واشترط المشرع ثانياً ألا تكون عالمة بإعسار وقت الزواج، وهذا الشرط يبدو منطقياً من حيث أنها علمت بحاله وقبلت بها، فلا يمكن أن تجادل في ذلك بعد الزواج، لكن السؤال المطروح هو ماذا لو كان

637- جاء في المادة 2/49 من ق.أ: "يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"

638- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 37.

الإعسار بسبب تقاعس الزوج؟ فهل تُجبر المرأة على البقاء مع الرجل يتقاعس عن العمل ثم لا يجد ما ينفق به عليها، ونقول أنها كانت تعلم بإعساره؟

إن التمسك بحرفية النص السابق يؤدي إلى القول بأنه لا يحق لها طلب التطلاق، لكن إذا أخذنا بروح النص فنقول بأن لها الحق في طلب التطلاق، ولذلك كان ينبغي على المشرع أن يعدل في النص بطريقة تجعله يطبق بصورة مرنة تجمع بين المبدأ والاستثناء، وخصوصاً إذا تبيّن تقاعس الزوج عن طلب الرزق، ولا يمكن معاقبة الزوجة بمنعها من طلب الطلاق⁶³⁹.

وقد أضاف المشرع إلى الشرطين السابقين مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من قانون الأسرة، وبالرجوع لهذه المواد، نجدها تبيّن مشتملات النفقة، وكيفية تقديرها ووقت استحقاقها.

والتطلاق لعدم الإنفاق يجد له تطبيقات عديدة على مستوى القضاء، غير أن الملاحظ أنه عادة ما يكون مقروناً بأسباب أخرى، ومثال ذلك قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز تطلاق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطلاق لتضررها من ضرب الزوج وطردها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطلاق والتعويض معا لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطلاق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون"⁶⁴⁰.

وفي قرار آخر جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً" كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق، والضرب التي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليماً وطبقوا صحيح القانون"⁶⁴¹.

وكان المشرع المغربي أكثر وضوحاً بشأن التطلاق لعدم الإنفاق حسب ما جاء في المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية. لقد وضع القانون المغربي ضوابط للتطلاق في هذه الحالة، وهي⁶⁴²:

639- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص190.

640- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 1998/07/21، ملف رقم 192665، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص116.

641- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 1999/05/18، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص126.

642- أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص 148.

- 1- أن تكون النفقة واجبة على الزوج، فالمرأة الناشز ليس لها نفقة، ومن ثم ليس لها أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق عليها.
- 2- إذا ثبت للقاضي أن للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه فلا يستجيب لطلب التطلاق ويقرر طريقة للتنفيذ بالنفقة في هذا المال.
- 3- إذا ثبت للمحكمة عجز الزوج عن الإنفاق فإن المحكمة لا تطلق عليه في الحال وإنما تحدد له أجلا لا يتعدى ثلاثين يوما، فإن لم ينفق على زوجته طلقت عليه إلا إذا كان هناك ظرف قاهر أو استثنائي.
- 4- إذا لم يثبت الزوج عجزه عن الإنفاق وامتنع رغم ذلك فإن المحكمة تطلق عليه.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فاختلفت آراؤهم حول موضوع التطلاق لعدم الإنفاق، ومن ذلك ما يلي:

الأول: يجوز التفريق لعدم الإنفاق، وهو مذهب الجمهور: المالكية والشافعية والحنابلة، وهو مروى عن عمر وعلي وأبي هريرة، وبه قال ابن المسيب والحسن وعمر ابن عبد العزيز وربيعه وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور⁶⁴³، ومن أدلتهم في ذلك قوله تعالى: "وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا"⁶⁴⁴، وإمساك المرأة دون النفقة عليها إضرار بها، لقوله تعالى: "فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"⁶⁴⁵، وإمساك الزوجة مع ترك الإنفاق عليها ليس إمساكا بمعروف، فيتعين التسريح.

الثاني: لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق وهو مذهب الحنفية⁶⁴⁶، وقول للشافعي⁶⁴⁷ وحجتهم في ذلك قوله تعالى: "لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يُلْفُفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَأْءَانَهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"⁶⁴⁸، قالوا إذ لم يكلفه الله النفقة في هذه الحالة، فقد ترك ما لا يجب عليه ولا يأتى بتركه، فلا يكون سببا للتفريق بينه وبين سكنه، واستدلوا أيضا بقوله تعالى: "وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ"⁶⁴⁹، فقالوا غاية ما يقال في نفقة الزوجة أنها تكون دينا في الذمة، وقد أعرس بها الزوج، فتكون الزوجة مأمورة بالانتظار بموجب نص هذه الآية.

643- أبو ملك كمال ابن السيد سالم، صحيح الفقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص401.

644- سورة البقرة، الآية 231.

645- سورة البقرة، الآية 229.

646- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، ص306.

647- الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج5، ص222.

648- سورة الطلاق، الآية 7.

649- سورة البقرة، الآية 280.

الثالث: لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق، بل يجب على الزوجة الموسرة أن تتفق على زوجها المعسر، فإذا أيسر الزوج لا ترجع عليه بشيء، وهذا مذهب أبي محمد بن حزم⁶⁵⁰ وقد استدلت بقوله تعالى: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ"⁶⁵¹، قال فالزوجة وارثة، فعليها النفقة بنص القرآن.

ثانيا: طلب التطلق للعيوب

أشار المشرع في المادة 2/53 من ق.أ، إلى أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطلق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ولم يذكر المشرع في نص المادة عيوباً محددة، وإنما اشترط كونها تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، لكن الهدف من الزواج في حد ذاته غير محدد، إذ جاء في المادة 4 ق.أ: "أن الزواج عقد رضائي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب". فذكر المشرع بعض الأهداف فقط، لذلك يبقى الأمر واسع، ويترتب على ذلك أن السلطة التقديرية للقاضي تكون واسعة. أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد ذكروا بعض الأمثلة عن العيوب، غير أن السؤال المطروح هو إذا تمكنا من معرفة العيوب، فهل طلب التطلق متوقف على العيوب الموجودة في الزوج أم تمتد إلى العيوب التي قد تظهر في الزوجة نفسها؟

إن صياغة المادة 2/53 أعلاه ذكرت العيوب دون نسبتها إلى جهة معينة، لذلك يفهم منها أنه يمكن للمرأة أن تطلب التطلق لعيوب فيها تحول دون تحقيق هدف الزواج، غير أن العقل والواقع يثبتان أن المرأة لا تجمع على نفسها ألمين، ألم العيب وألم الطلاق!

ومادام التفريق للعيوب يخضع لسلطة القاضي، فإنه يمكن أن يضرب للزوج أجلاً للعلاج، كما يمكنه الاستعانة بالخبرة الطبية للتأكد من مدى تأثير العيب على الزوج، فالطب الحديث أضحى قادراً على تحديد أي نوع من العيوب، فالأمر علمي والعيب العضوي أو الخلقي يتضح جلياً من خلال الفحص أو الأشعة أو حتى التحاليل الطبية، والخبرة الطبية في هذا المجال تعد الحد الأقوم والذي لا يختلف فيه اثنان⁶⁵².

وإذا كان طلب التطلق متوقف على إرادة الزوجة، فماذا لو كانت تعلم بوجود العيب وقد قبلت به سواء

650- ابن حزم الظاهري، المحلى، المرجع السابق، ج 10، ص 92.

651- سورة البقرة، الآية 233.

652- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 41.

قبل الزواج أو بعده، هل يجوز لها بعد ذلك أن تطلب التطلق؟

لم يتحدث المشرع على الحالة التي تكون فيها الزوجة على علم بالعيب وعلى قبول به، وربما يرجع ذلك إلى كون المشرع راعى حالة الزوجة التي تتوقع علاج الزوج من العيب أوراى سوء تقديرها للعيب، كونها بعيدة عن الحياة الزوجية قبل الارتباط بالرجل؟

وفي القانون المغربي جاء في المادة 108 من مدونة الأسرة أنه يشترط لقبول أحد الزوجين إنهاء العلاقة الزوجية للعيب ألا يكون الطالب عالما بالعيب حين العقد، وألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء.

وذهبت المادة 109 من ذات المدونة إلى أبعد من ذلك عندما قررت أنه "لا صداق في حالة التطلق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء، ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بمقدار الصداق على من غرر به أو كتم عنه العيب قصدا".

وأهم العيوب المعتبرة في باب التطلق هي عيوب الزوج التناسلية لأنها تقف حائلا دون تحقيق شيئين اثنين وهما⁶⁵³:

1- تحصين الزوجة حتى لا تتصرف إلى الانحراف بفعل إهمالها وعدم إشباع غريزتها بما هو منه عنه شرعا.

2- الإنجاب وتكوين أسرة.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا⁶⁵⁴ بتاريخ 1992/12/22 أنه: "من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز طلب التطلق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطلق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ماعدا ما يتعلق بالزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف؟"

653- باديس نياي، المرجع نفسه، ص 41.

654- المحكمة العليا، غ، أ، ش، م، 1992/12/22، ملف رقم 87301، المجلة القضائية، 1995، العدد 02، ص 92.

وكذلك في قرار آخر للمجلس الأعلى نص على أنه: "من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية، ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضاوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁶⁵⁵.

ورغم أن غالبية القرارات القضائية اعتمدت على العيوب التناسلية في تبريرها للتطليق للعيوب إلا أننا لم نعثر على تسمية هذه العيوب في منطوق القرارات، رغم أن القضاة اعتمدوا على أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الباب، ومعلوم أن فقهاء الشريعة قد ذكروا العديد من العيوب على سبيل المثال، وإن كان يلتمس للقضاء عذرا في هذا المجال كون تسمية العيوب بالتفصيل له تأثير على حياة الزوج المستقبلية.

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة خلافا للظاهرية، على جواز التفريق بين الزوجين للعيوب لكنهم اختلفوا في موضعين: هل يثبت حق التفريق بالعيوب لكل من الزوجين؟ أم للزوجة فقط. فقال الجمهور بالأول⁶⁵⁶، وذهب الحنفية⁶⁵⁷ إلى الثاني، قالوا لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق بخلاف الزوجة.

قال ابن المسيب للمرأة رد الرجل بالعيوب الأربعة، لقوله تعالى: "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلِيَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"⁶⁵⁸، قال مالك ترده بالجب والخصاء بطلقة بائنة، وعليها العدة بعد الدخول إن وطئ وإلا فلا، وإن قطع ذكره دون أنثييه وهو يولد لمثله فعليها العدة، ويلحقه النسب، وإن علمت بعيبه قبل العقد أو بعده ومكنته سقط قولها إلا في العنة لأنها ترجو علاجه⁶⁵⁹.

وعيوب الرجل أربعة: الجب وهو قطع الذكر والأنثيين، والخصاء وهو قطع أحدهما، والعنة وهو فرط صغر الذكر، والاعتراض وهو عدم القدرة على الوطء لعدة، ويسمى أيضا عنة، والخصي يعتبره البعض مقطوع

655- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/05/14، ملف رقم 33275، المجلة القضائية، 1990، العدد 02، ص 98.

656- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج 3، ص 397.

657- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، ص165.

658- سورة البقرة، الآية 228.

659- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص 428.

الأنثيين فقط، والفقهاء يطلقونه على مقطوع الذكر والأنثيين⁶⁶⁰.

وروى محمد بن الحسن عن أبي حنيفة قال: "حدثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن بن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها، فأجلها حولاً، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها، ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بانئة"⁶⁶¹.

وعند الشافعية العيوب اثنان يختص بهما الزوج، وهي الجب والعنة، وثلاثة مشتركة بين الزوج والزوجة، وهي البرص المستحکم الذي لا يقبل الإصلاح، والجذام المستحکم الذي سود العضو وأخذ في التقطيع، والجنون، وتعتبر الفرقة للعيوب فسخ⁶⁶².

وعند الحنابلة أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده في صاحبه في الجملة، فإن كان الرجل محبوباً أو عنيماً فإن للمرأة الخيار، فإن اختارت الفراق، فرق الحاكم بينهما⁶⁶³.

وهذه العيوب المذكورة ليست للحصر، وإنما هي للتمثيل، فيلحق بها كل ما كان في معناها أو زاد عليها، ويدخل في هذا ما يسمى بمرض الإيدز ونحوه⁶⁶⁴.

وقد اختار شيخ الإسلام أن ترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع، وقال ابن القيم: "والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار، وهو أولى من البيع كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط، لا مغبوناً بما غرّ به وغبن به، ومن تدبّر مقاصد الشرع ومصادره وموارده وعدله وحكمته، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة"⁶⁶⁵.

ثالثاً: حق طلب التطلاق للهجر في المضجع

جاء في الفقرة 3 من المادة 53 ق.أ: "أنه يمكن للزوجة طلب التطلاق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، وهذه الفقرة جاءت مقتضبة، ورغم أن السياق العام يدل على أنها مفهومة إلا أن الواقع يثبت العكس،

660- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص 429.

661- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج4، ص268.

662- الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج5، ص159.

663- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص56.

664- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص400.

665- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج2، ص446.

لأن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدر رسمي لقانون الأسرة، وفي الشريعة يستعمل لفظ الهجر في المضجع للدلالة على هجر التأديب⁶⁶⁶ الذي هو حق للزوج، لكن المشرع اشترط أن يكون الهجر فوق أربعة أشهر، والمعلوم فقهاً أن الإيلاء هو الذي يكون إلى مدة أربعة أشهر.

والهجر في المضجع ليس محددًا بمدة زمنية كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء: الحنفية والشافعية والحنابلة، إذ قالوا له أن يهجر ما شاء حتى ترجع، لكن مذهب المالكية أن الهجر في المضجع يكون لمدة شهر وله أن يزيد إلى أربعة أشهر⁶⁶⁷.

وإذا قارنا ما جاء به المشرع مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية نستنتج أن المشرع قد جمع بين الهجر في المضجع (الذي يكون بغرض التأديب) والإيلاء، في الحكم وجعل كليهما سببًا لطلب التطلق، والعبارة عند المشرع ليست بسبب الهجر وإنما بمدته فإذا زاد عن أربعة أشهر كان للزوجة حق طلب التفريق دون البحث فيما إذا كان هجرًا تأديبيًا أو إيلاءً⁶⁶⁸.

لكن السؤال المطروح هو: ما الذي يعتبر هجرًا في القانون، فهل يعتبر ترك الكلام هجر أم يجب ترك الوطء، وهل يكفي البقاء داخل البيت وهجر الفراش أم يجب ترك البيت؟

لم يبين المشرع المقصود بالهجر، لكنه استعمل كلمة المضجع، وفي الشريعة الإسلامية الهجر في المضجع لا يكون إلا في البيت. أما الإيلاء فهو حلف الزوج على ترك وطء زوجته مدة معينة وهو ما دل عليه قوله تعالى: «لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»⁶⁶⁹.

فالإيلاء لا يزيد عن أربعة أشهر، فإن انقضت الأربعة أشهر ولم يرجع الزوج فلأهل العلم في ذلك قولان⁶⁷⁰:

666- تعددت أقوال العلماء في كيفية الهجر في المضجع، فقيل يهجرها بترك جماعها، وقيل بل يجامعها لكن لا يكلمها حال مضاجعتها لأن ذلك حق مشترك بينهما ولا يكون التأديب بما فيه ضرر، وقيل يهجر جماعها عند غلبة شهوتها وحاجتها هي لا في وقت حاجتها إليها لأن الهجر لتأديبها لا لتأديبه، والصحيح أن يهجرها كيف شاء بما يناسب حالها ولكن ينبغي على الزوج ألا يهجر زوجته إلا في البيت، أنظر لمزيد من التفصيل: أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص224.

667- مالك بن أنس، المدونة الكبرى...، المرجع السابق، ج2، ص336.

668- ومما يدل على أن الفقرة 3 من المادة 53 يقصد بها الإيلاء أيضا أن المشرع ألغى ضمنا حق التأديب من خلال إلغاء المادة 39 من ق.أ، والتي كانت تنص على أنه "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة".

669- سورة البقرة، الآيتين: 226، 227.

670- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص535 وما يليها.

- ❖ الأول: أنه تقع طلاق واحدة بائنة بمجرد مضي المدة، وهو مذهب الحنفية.
- ❖ الثاني: أنه إذا مضت المدة، فإن القاضي يوقفه ويأمره بالفيئة أو الطلاق فإن أبي أن يفئ ويجمعها، وأبى تطليقها، طلقها عليه القاضي، وهذا مذهب الجمهور مالك والشافعي وأحمد.

رابعاً: حق طلب التظليق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة شائنة:

جاء في المادة 4/53 ق.أ، قبل التعديل أن من أسباب التظليق الحكم بعقوبة سالبة ومقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وكذا أحسن المشرع صنعا عندما قام بتعديل هذه الفقرة؛ فقد اشتملت على أخطاء لا تحتمل، من ذلك وصف العقوبة بالشائنة وكأن هناك عقوبات شائنة وأخرى غير شائنة.

وما كان يؤخذ على النص أنه من جهة اشتراط تقييد حرية الزوج لمدة تزيد عن السنة، بمعنى أنه إذا لم يحبس الزوج لهذه المدة فلا يمكن للمرأة طلب التظليق، حتى وإن كانت الجريمة ماسة بشرف الأسرة. ومن جهة أخرى، فإن القانون الجزائري بما فيه قانون العقوبات لم يحدد ولم يعرف العقوبة الشائنة، فكيف تعرف الزوجة أن العقوبة شائنة.

ولعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية والماسة بالسمعة والشرف وجرائم السرقة والاختلاس والرشوة ونحوها، هذا ويقع الإشكال على من يقع عبء إثبات أن الجريمة تمس بالسمعة العائلية: على الزوجة أم على القاضي؟⁶⁷¹.

وحقيقة، فقد عمد المشرع إلى استبدال عبارة العقوبة الشائنة بعبارة أصح وهي "الحكم على الزوج عن جريمة..."، كما أن المشرع في تعديل 2005 تخلى عن أجل السنة الذي كان شرطاً.

أما تحديد مدة الحبس بسنة فهو مذهب المالكية، إذ أجازوا خلافاً للجمهور التفريق بين الزوجين لغياب الزوج لمدة تزيد عن سنة سواء كان غائب معلوم المكان كالمحبوس أو كان غير معلوم المكان كالمفقود⁶⁷².

ثم إن الإشكال الآخر في المادة هو اشتراط أن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ومعلوم أنه إذا أمكن للقاضي معرفة الجرائم الماسة بشرف الأسرة، فإن تقدير

671- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص199.
672- أنظر، رأي المالكية في، مالك بن أنس، المدونة الكبرى...، المرجع السابق، ج2، ص30.

استمرار الحياة الزوجية من عدمه أمر يخص الزوجة، ويختلف من زوجة إلى أخرى، فهل يأخذ القاضي بتقديرها، أم أن التقدير تقديره طالما أن النص لم يخصها بالتقدير.

وإضافة إلى ما سبق يمكن أن تكون العقوبة بالحبس لأزيد من سنة، في حين أن الجريمة ليس فيها مساس بشرف الأسرة، فهل يعتد عندئذ بهذا السبب لأجل التطلاق؟ الظاهر من نص المادة تخصيص السبب بالجرائم الماسة بشرف الأسرة، ولأجل ذلك يخرج من هذا بقية الجرائم، حتى وإن حبس فيها الزوج لأزيد من سنة، وهذا رأي جمهور الفقهاء - غير المالكية - حيث قالوا لا يجوز التفريق عن الزوج المحبوس مطلقاً لأنه غائب معلوم الحياة عند الحنفية والشافعية، ولأن غيابه بعذر عند الحنابلة⁶⁷³.

وإذا كان المحبوس غائب معلوم الحياة والمكان، فإن الزوج قد يغيب دون أن يرتكب جريمة ودون أن يحبس، فهل يعتد بغيابه كسبب للتطلاق؟ إن الإجابة على هذا السؤال ستكون في العنصر الموالي وهو حق طلب التطلاق للغياب.

خامساً: حق طلب التطلاق للغياب

نص المشرع على الغياب في المادة 5/53 ق.أ وجعله سبباً موجباً للتطلاق، واشترط أن يكون الغياب لمدة سنة على الأقل، وهو أمر مقبول نسبياً فليس كل رجل غاب طلقت زوجته، لكن أضاف المشرع أن يكون الغياب دون عذر ولا نفقة، ويفهم من ذلك إذا تخلف أحد الشروط المذكورة فلا يمكن للزوجة طلب التطلاق.

فإذا افترضنا غياب الزوج لمدة تزيد عن سنة بعذر كالسفر للتعليم أو للعمل في البلاد البعيدة فلا يمكن للزوجة طلب التطلاق. كما أنه إذا غاب لمدة سنة دون عذر وكان ينفق على زوجته فلا يمكنها أن تؤسس على هذا لطلب التطلاق، لأن المشرع استعمل حرف العطف "الواو" وهو يفيد الربط، بمعنى توافر جميع الشروط المذكورة.

ومما سبق نستخلص ألا يقرب الغياب بالنفقة لأن عدم الإنفاق يعتبر سبباً مستقلاً لطلب التطلاق، وقد نص عليه المشرع في الفقرة 1 من المادة 53 من ق.أ.

وإذا كان عبء الإثبات في أسباب التطلاق يقع على عاتق الزوجة، فإن اشتراط انعدام المبرر وانعدام الإنفاق جنباً إلى جنب هو بمثابة الزيادة في عبء الإثبات على الزوجة مما يحول دون تمكينها من التطلاق

673- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص535.

للغياب.

سادسا: ارتكاب فاحشة مبينة

ذكر المشرع الفاحشة المبينة كسبب للتطليق في الفقرة 7 من المادة 53 ق.أ ، غير أنه لم يذكر المقصود بالفاحشة المبينة، ولعله كان يقصد جريمة الزنا، باعتبار أن القرآن أسماها فاحشة⁶⁷⁴. وإذا كان الأمر كذلك، فإنه يتضح من خلال النص عدم اشتراط صدور حكم، وعندئذ يطرح السؤال حول كيفية وطرق إثبات الفاحشة المبينة، على أن قانون العقوبات الجزائري يعاقب من يرتكب الزنا وهو متزوج، غير أنه يعلق مباشرة الدعوى العمومية وسيرها على مشيئة الزوج المضروب⁶⁷⁵.

وإذا نظرنا إلى آراء الفقهاء في وجوب التفريق بين الزوجين إذا زنى أحدهما نجد خلافهم مرتبط بخلافهم في حكم الزانية، فالقائلون بجواز نكاح الزانية قبل التوبة وبعدها لم يرتبوا أي أثر على زنا أحد الزوجين بعد العقد وقالوا باستمراريته. بينما ذهب القائلون بعدم جواز نكاح الزانية قبل التوبة وبعدها إلى القول بانفساخ العقد بين الزوجين بزنا أحدهما، ويتضح رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وهو عدم انفساخ عقد النكاح بين الزوجين إذا زنا أحدهما، وإنما يؤمر الزوج بفراق من عادتھا الزنا، وتؤمر المرأة بتسريح من عادته كذلك، ويؤثم الزوج وتؤثم الزوجة إن لم تفعل⁶⁷⁶.

وبالتعويل على أن الفاحشة المبينة في المادة 7/53 هي الزنا، فإنها صعبة الإثبات، مما يجعل الزوجة لا تستفيد منها كسبب للتطليق في حقيقة الأمر.

سابعا: كل ضرر معتبر شرعا

جاء في نص المادة 6/53 ق.أ قبل التعديل أنه يمكن للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و37 أعلاه.

674- قال تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِذْهُ كَانَ فَلَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا" ، سورة الإسراء، الآية 32، فإله سبحانه وتعالى نهى عن الإقتراب من الزنا، فحرم مقدماته، فتحريمه من باب أولى، ووصفها بالفاحشة دليل على أنها فواحش في نفسها، لا تستحسنها العقول، فتعليق التحريم بها لفحشها، مزيدا من التفصيل، أنظر، أمين حسين يونس ، أثر الزنى في مسائل الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 42 وما يليها.

675- جاء في المادة 339 من قانون العقوبات ما يلي: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي يرتكب الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته، ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضروب وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

676- أمين حسين يونس، المرجع السابق، ص 129.

إن المتفق عليه فقها وقانونا جواز التطلاق للضرر، غير أنه يلاحظ أن التطلاق للضرر يفتح المجال أمام الزوجة لإدخال كل ما تضررت منه تحت هذا المفهوم، وبالتالي لا تنقيد بالأسباب المذكورة سابقا، وهذا يجعل أسباب التطلاق واردة على سبيل المثال لا الحصر، وتجدر الإشارة أيضا إلى أن المشرع استعمل لفظ "كل ضرر معتبر شرعا"، فهل المقصود بمعتبر شرعا هو التعويل على الشريعة الإسلامية؟

إن السوابق القضائية والقراءة القانونية لنصوص قانون الأسرة تفيد بأن المقصود بالمعتبر شرعا أن يكون الضرر مقبولا قانونا فيكون سبب شرعي.

ركز المشرع في المادة 6/53 من ق.أ على مخالفة أحكام المواد 8 و37، وبالرجوع إلى هاتين المادتين قبل تعديلها نجد أن المادة 8 كانت تنص على أحكام تعدد الزوجات، وجاء في نص المادة أنه " لكل واحدة من الزوجات الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطلاق في حالة عدم الرضا"، أما المادة 37 فكانت تنص على واجبات الزوج نحو زوجته حيث جاء فيها: "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها والعدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة".

كانت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة ترى أن أسباب التطلاق في قانون الأسرة قبل تعديله ورغم تعددها غير كافية لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في مجال فك الرابطة الزوجية؛ مما أدى بالمشرع إلى أن يوسع من أسباب التطلاق حتى وصلت إلى عشرة أسباب. فهل أعطى المشرع للمرأة حقها بهذا التعديل؟

تقول الدكتورة تشوار حميدو زكية: "إنّ منح المرأة الخلع والتطلاق في عشر حالات يكاد يقابل منح الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة، وهذا ما هو إلا ردا حقيقيا على منتقدي مشروعية العصمة بيد الرجل"⁶⁷⁷. ولمعرفة مدى توسع المشرع في حالات التطلاق سأطرق في الفرع الموالي للحالات المستحدثة بالأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة.

الفرع الخامس

أسباب التطلاق المضافة في قانون الأسرة بعد تعديله

إثر تعديل قانون الأسرة في سنة 2005، أضاف المشرع بعض الأسباب لتستند عليها الزوجة في طلب

677- أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، العدد 12، ص 70.

التطبيق، كما حاول توضيح بعض الأسباب، ومن ذلك ما جاء في الفقرة 4 من المادة 53، حيث تخلى المشرع عن أجل السنة التي كان يشترطها في نفس الفقرة والتي كانت تنص على: "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"⁶⁷⁸.

ويعتبر هذا التعديل في صالح الزوجة، إذا العبرة باستحالة مواصلة الحياة الزوجية، كما أضاف المشرع أسبابا أخرى تتجلى فيما يلي:

أولاً: مخالفة أحكام التعدد

جاء في المادة 6/53 أن للزوجة طلب التطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه، ورغم أن المشرع كان ينص على هذا السبب في الفقرة 6 فبعد أن ذكر كل ضرر معتبر شرعا، إلا أنه رأى أن يخصص لهذا السبب فقرة مستقلة بذاتها، وربما يكون هذا من أجل توضيح السبب ليسهل الإثبات على الزوجة المتضررة من التعدد. وقد تزامن هذا مع إعادة تنظيم أحكام التعدد في المواد 8 و8 مكرر و8 مكرر 1، وقد جاء في المادة 8 مكرر أنه يجوز رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق في حالة التدليس.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1995/09/26، "إن المادة 8 ق.أ تعطي الحق للزوجة السابقة في التطلاق عندما يتزوج زوجها بزوجة بثانية دون علمها لأن هذا يعتبر ضرر أصابها"⁶⁷⁹.

فإذا أخل الزوج بواجب العدل بين الزوجات وفق ما يتطلبه الشرع والقانون دون عذر مقبول، أو إذا لم يحترم ضوابط التعدد المنصوص عليها في القانون فيجوز للزوجة طلب التطلاق، ويجب على الزوجة المتضررة إثبات ما تدعيه حتى يقضى لها بالطلاق، والمسألة في النهاية يقدرها القاضي⁶⁸⁰.

ثانياً: الشقاق المستمر بين الزوجين⁶⁸¹

أضاف المشرع طول مدة الخصام كسبب للتفريق بين الزوجين، وقد عبر عن ذلك في الفقرة 8 من المادة 53 ق.أ، بقوله "الشقاق المستمر بين الزوجين" وفي المادة 56 ق.أ نص المشرع على أنه "إذا اشتد

678- فالواضح أن المشرع أسقط نوعية ومقدار العقوبة، فبعد التعديل أخذ فقط بمعيار الإدانة دون النظر لنوعية العقوبة، سواء كانت مالية أو سالبة للحرية ودون النظر لمقدارها، أنظر، باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 60.

679- المحكمة العليا، غ،أ،ش،م، 1995/09/26، ملف رقم 122443، نشرة القضاة، العدد 55، ص 171.

680- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 204.

681- مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى "وإن خفتم شقاق بينهما..." سورة النساء، الآية 35.

الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما".

إن القاضي ملزم بتعيين حكيمين لمحاولة الصلح بين الزوجين، غير أن هذا مشروط بعدم ثبوت الضرر، بمفهوم المخالفة أن ثبوت الضرر، يجعل القاضي يقضي بالطلاق. وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما جعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون"⁶⁸².

ويرجع بعض الباحثين مصدر الفقرة 8 من المادة 53 ق.أ، إلى الاجتهاد القضائي الذي كان يمنح للزوجة التطليق بسبب طول أمد الخصام، وقد حظي هذا الاجتهاد بعناية المشرع وارتقى به لمرتبة القاعدة القانونية، إذ تم تخصيص فقرة مستقلة له، وانفصل عن الضرر المعتبر شرعا⁶⁸³.

فقد قضى المجلس الأعلى في قرار له بأنه: "من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضرر بين واقفقت القضية بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حل إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب رفضه. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن النزاع بين الطرفين طال أمده وبقي كل منهما مصرا على موقفه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليما وغير مشوب بالقصور أوالتناقض في الأسباب وغير مخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية أو لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁶⁸⁴.

ومن زاوية الشريعة الإسلامية، جاء فيزاد المعاد أن عثمان بن عفان بعث عبد الله بن عباس ومعاوية حكيمين بين عقيل بن أبي طالب وامرأته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة، فقيل لهما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وصح عن علي بن أبي طالب أنه قال للحكيمين بين الزوجين، عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وأن رأيتما أن تجمعا

682- المحكمة العليا، غ.أ.ش، م، 15/06/1999، ملف رقم 224655، المجلة القضائية، 2001، العدد 1، ص 128.

683- أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة...، المرجع السابق، ص 71؛ باديس نياي، المرجع السابق، ص 54.

684- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 20/05/1985، ملف رقم 36414، المجلة القضائية، 1990، العدد 2، ص 58.

جمعتما⁶⁸⁵.

فإذا تسرب الشقاق والبغضاء إلى بيت الزوجية فقد شرع الله سبحانه إرسال حكمين لحل هذا الخلاف وإزجاء النصيحة إلى الزوجين. فإذا بدل الحكمان ما في وسعهما للإصلاح بين الزوجين فوجدوا أنه غير ممكن، فلهما أن يفرقا بين الزوجين سواء رضيا أم لا⁶⁸⁶.

ثالثا: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

أدرج المشرع هذا السبب في الفقرة 9 من المادة 53 ق أ، وقد جاءت تكريسا لحق الاشتراط الوارد في المادة 19 ق.أ، والتي جاء فيها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". ورغم أن النص سمح بالاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق إلا أن ترتيب حق التطليق بناء على مخالفة الشروط جاء مقتصرًا على الشروط المدرجة في عقد الزواج فقط، إذ جاء في المادة 9/53 أنه يمكن التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، فهل هذا يعني أن القاضي لا يمنح الزوجة حق التطليق إذا خالف الزوج الشروط المتفق عليها في عقد رسمي لاحق؟

إن إعطاء حق التطليق للزوجة بسبب مخالفة الزوج للشروط هو بمثابة الضغط المعنوي الذي يمارس على الزوج لإجباره على احترام الشروط. أما إذا أصر على مخالفتها، فإن للزوجة في المقابل حق التطليق مع التعويض. لذلك فمن مصلحة الزوجة أن يكون لها حق التطليق لمخالفة الشروط سواء كانت هذه الشروط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، ولعل هذا ما كان يرمي إليه المشرع، لكن سقط لفظ "العقد الرسمي" سهواً، حسب ما يظهر من سياق النص.

قد يحصل الإستدراك بموجب اجتهاد قضائي مستقبلي بمناسبة تطبيق هذه الفقرة، وقد يؤكد على سقوط عبارة "العقد الرسمي اللاحق" لمجرد السهو اعتمادا على مبدأ روح القانون المتجه غرضه نحو إعطاء أكثر فرص للزوجة في التخلص من زوجية سببت لها ضررا معتبرا شرعا، لكن ذلك لا يمنع من القول أن نقص الانسجام الحاصل بين المادة 19 والفقرة التاسعة من المادة 53 إنما يعود في الأساس لغياب الدقة المطلوبة⁶⁸⁷.

685- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد...، ج 2، المرجع السابق، ص 451.

686- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج 3، ص 228.

687- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 57.

إن المبدأ العام الذي عليه قانون الأسرة والمستمد من الشريعة الإسلامية هو أن الأصل أن العصمة بيد الرجل. غير أن الفقهاء قد أوردوا على المبدأ استثناءات فمنحوا للزوجة حق طلب التظليق في حالات معينة. ولقد حاول المشرع الجزائري أن يتبع هذا المنهج، فأعطى للمرأة أسباب ترتكز عليها لطلب التظليق وما فتئ يضيف لها في الأسباب حتى أصبحت عشرة بدلا من سبعة في القانون قبل تعديله. ثم أن المشرع لم يكتف بحق التظليق، بل أعطى للمرأة حق فك العصمة الزوجية عن طريق الخلع، وهو الطريق الآخر المستمد من الشريعة الإسلامية، ونظرا لصيغته الفريدة فإنه يطرح التساؤل التالي: هل الخلع يعتبر أداة في يد المرأة لتتخلص من الحياة الزوجية، أم هو عقبة في وجهها تدفعها لإنفاق مالها في سبيل تحررها من قيد الزوجية؟

المطلب الرابع

حق الزوجة في حل الزواج عن طريق الخلع

استكمالا لإعطاء الزوجة فرصة إنهاء الرابطة الزوجية عند ما يرفض الزوج ذلك، وعندما لا تجد الزوجة المبرر اللازم لتقييم عليه دعواها لطلب التظليق، أعطى المشرع للزوجة حل آخر، نص عليه في المادة 54 ق.أ، حيث جاء فيها "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

فما المقصود بالخلع؟ (الفرع الأول)، وما هي شروط الخلع وما مدى مشروعيته؟ (الفرع الثاني)، وهل تعتبر موافقة الزوج على الخلع ضرورية لقيامه صحيحا؟ (الفرع الثالث). ثم كيف يقدر بدل الخلع؟ (الفرع الرابع)، وكيف يؤثر عضل الزوج لزوجته على الخلع وبذله (الفرع الخامس).

الفرع الأول

تعريف الخلع

الخلع مأخوذ من خلع الثوب لأن المرأة تتخلع عن زوجها كدائه، قال تعالى: "هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ"⁶⁸⁸، وهذا المعنى هو الأكثر ورودا بمعجم اللغة العربية، فجاء في لسان العرب أن الخلع بفتح الخاء: النزع⁶⁸⁹.

ويقال خلع عليه ثوبه أي أعطاه إياه، كقولهم في الشاعر المادح خلع عليه برده أي ألبسه عباءته، ومنحه إياها جزاء له على صنيعه، وهذه الاستعمالات اللغوية لها أثر في تحديد المعنى الاصطلاحي للخلع،

688- سورة البقرة، الآية 187.

689- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج 9، ص 429.

الذي يراد به الفدية في قوله تعالى: "قَلَّا جُنَاحَ عَلَيْنَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"⁶⁹⁰. فما هو إلا عطاء تعطيه المرأة لزوجها لتزيل الرابطة بينها وبينه وتتزع عن نفسها لباس الزوجية⁶⁹¹.

وقد اختلفت تعاريف الفقهاء للخلع، فعند المالكية الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاه والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه⁶⁹².

ولدى الشافعية قال الماوردي: "الخلع في الشرع هو افتراق الزوجين على عوض، وإنما سمي خلعا لأنها كانت بالزوجية لباسا له، قال تعالى: "هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ"⁶⁹³، فإذا افترقا بعوض فقد خلع لباسها، وخلعت لباسه، فسمي خلعا، وقيل فدية، لأن المرأة قد فدت لنفسها منه بمالها، كفدية الأسير بالمال⁶⁹⁴.

ولدى الحنابلة الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض، فيباح للزوجة ذلك على الصحيح من المذهب⁶⁹⁵.

وعند الحنفية، الخلع هو إزالة ملك النكاح ببذل بلفظ الخلع⁶⁹⁶، ويفرق الحنفية بين الخلع والطلاق على مال، وإن زال بكل منها ملك الزواج وأن كل واحد طلاق بعوض، يختلفان من وجوه ثلاثة:

الأول: لو كان الخلع على عوض باطل شرعا بأن وقع على ما ليس بمال مقوم كخلع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة، فلا شيء للزوج، ويقع الطلاق بائنا. أما إذا بطل العوض في الطلاق على مال، بأن سميا ما ليس بمال مقوم فإن الطلاق يقع رجعيا.

الثاني: يسقط الخلع في رأي أبي حنيفة كل الحقوق الواجبة بسبب الزواج لأحد الزوجين على الآخر، كالمهر والنفقة الماضية المتجمدة أثناء الزواج، لكن لا تسقط نفقة العدة، لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع. أما الطلاق على مال فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجة ويجب به فقط المال المتفق عليه.

الثالث: الخلع مختلف في كونه طلاقا بائنا أم فسخا، فهو عند الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية) طلاقا بائنا يحتسب من عدد الطلقات، وفي رواية عن أحمد أنه فسخ فلا ينقص من عدد الطلقات، أما

690- سورة البقرة، الآية 229.

691- أنظر، سامح عبد السلام محمد، الخلع كما شرعه الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 19.

692- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج 3، ص 1399.

693- سورة البقرة، الآية 187.

694- أنظر، أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ج 10، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص 03.

695- المرداوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 383.

696- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج 4، ص 188.

الطلاق على مال، فلا خلاف في كونه طلاقاً بائناً ينقص به عدد الطلاقات.

ومن جانب القضاء، ذهبت جاء المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16 إلى تعريف الخلع أنه "رخصة للزوجة تستعملها لعدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه"⁶⁹⁷. والواضح من هذا القرار أنه تقادى وصف الخلع بالطلاق أو الفسخ.

الفرع الثاني

مشروعية الخلع وشروطه

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى الخلع لفك عصمة الزوجية، وهذا بنص المادة 54 ق.أ. كما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع جائز فقال ابن رشد: "وأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء"⁶⁹⁸، وأهم الأدلة التي يعتمد عليها جمهور العلماء في مشروعية الخلع قوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنِ خِفْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"⁶⁹⁹. وقوله تعالى: "فَإِن طِبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"⁷⁰⁰.

إنه لما كانت الحكمة الأساسية في تشريع الخلع تبدو جلية في قوله تعالى: "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، فإن كل خلع يدور في هذا النطاق فهو جائز مادام الطريق الموصل إليه هو خوف كل واحد من الزوجين ألا يقيم حدود الله في حق صاحبه حسبما يجب لله شرعا بأن تتبدل العشرة بالمعروف إلى ماتم ويفوت الغرض المقصود من النكاح⁷⁰¹.

وأما من السنة، فحديث ابن عباس⁷⁰²: "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول

697- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/03/16، ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 138.

698- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، ج 3، المرجع السابق، ص 1399.

699- سورة البقرة، الآية 229.

700- سورة النساء، الآية 04.

701- أنظر، محمد راشد على أبو زيد، المباحث الجلية في طرق وضوابط إنهاء الزوجية للزوجين، دار أمون للطباعة، مصر، 2003، ص 90.

702- أخرجه البخاري برقم 5273، باب الخلع وكيف الطلاق فيه. أنظر، البخاري، صحيح البخاري، ج 3، المرجع السابق، ص 406.

الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، فدلّ الحديث على أنها لم تكن تعيب على زوجها شيء ما، ولكنها كانت تبغضه، فجاز لها مخالفته شرعا.

ويرى بعض الفقه أن الخلع يعتبر مقابلا للطلاق الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج، فإن ثبت هذا فيكون ردا على المنتقدين لطلاق الرجل كونه تمييزا ضد المرأة. قال ابن رشد: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"⁷⁰³.

قال الدكتور محمد ممدوح صبري الطباخ: "ونخلص إلى أن طلب الخلع حق للزوجة دون الزوج، وهذا فرق بين المرأة والرجل في هذه المسألة"⁷⁰⁴.

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي موافقا لنفس الرأي⁷⁰⁵: "شرح الإسلام للزوجة الخلع في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الزوجية لدفع الحرج عنها، ورفع الضرر عنها، ببذل شيء من المال تقفدي به نفسها وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج على ما أنفق في سبيل الزواج بها"، وأضاف قائلاً: "ويكره الخلع للمرأة مع استقامة الحال، لحديث ثوبان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة"⁷⁰⁶.

وهذا الحديث يؤكد حرص الإسلام على أن تبقى الأسرة متماسكة، وهو بذلك يقرر أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع حقيقة وواقعا وليس مجرد شعار كما هو بالنسبة للقوانين الوضعية.

ولم يخالف أحد في مشروعية الخلع إلا من ندر، قال ابن عبد البر⁷⁰⁷: "ولا نعلم أحدا خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله تعالى: "وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا"⁷⁰⁸.

703- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، ج3، المرجع السابق، ص1403.

704- محمد ممدوح صبري الطباخ، المرجع السابق، ص191.

705- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، المرجع السابق، ص482.

706- أخرجه أبو داود برقم 2226، باب في الخلع. أنظر، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج2، دار ابن حزم، لبنان، 1997، ص463.

707- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص268.

708- سورة النساء، الآية20.

واستدل القائلون بجواز الخلع كذلك بأدلة من المعقول، منها أن المرأة يجوز لها تهب مهرها من غير أن تحصل على شيء لقوله تعالى: "وَأْتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"⁷⁰⁹، فيجوز أن تهب مهرها لتملك به أمر نفسها من باب أولى⁷¹⁰.

والفرقة بالخلع فرقة بائنة لا يملك الزوج إرجاع زوجته أثناء عدتها، لأنها افتدت منه بالمال، فلو كان له عليها حق الرجعة لم يكن لافتدائها معنى⁷¹¹. وهذه الفرقة بينونة صغرى إذا لم تكن مكملة للثلاث، بمعنى أنه يحل للزوج أن يتزوجها بعقد جديد ومهر جديد بعد موافقتها، ولا يضر كون ذلك في العدة لأن الذي يتزوجها هو صاحب العدة.

والمشرع الجزائري لم يبين نوع الفرقة بالخلع، أهي طلاق رجعي أم بائن أم فسخ؟ فالمادة 50 ق.أ. تحدثت عن صدور الحكم بالطلاق الذي يجعل الطلاق بائن، فهل كان المشرع يقصد بذلك المعنى الواسع للطلاق فيدخل فيه الخلع، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 48 من ذات القانون؟!

إن ظاهر النص يفيد بأن الخلع يدخل في حكم المادة 50 ق.أ.، كما أن الحكمة من الخلع تجعله يدخل في نطاق الطلاق البائن، ذلك أنه لو اعتبرناه طلاقا رجعيا لأمكن الزوج إرجاع زوجته في العدة، وهذا يخالف رغبتها في الخلاص منه. في حين أن اعتباره طلاق بائن لا ينفي إمكانية الرجعة، لكن بعقد جديد، بمعنى أن تعبر صراحة في العقد بقبول الرجوع لهذا الزوج لأن عقد الزواج مبني على الرضا، ويمكن الخروج من الخلاف بالرجوع إلى المادة 222 ق.أ. التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية بكل ما ليس فيه نص.

ويرى الدكتور عثمان التكروري⁷¹² أن الخلع عقد ككل العقود يحتاج إلى إيجاب وقبول، وعلى ذلك يشترط فيه أن يكون الزوج بالغاً عاقلاً مختاراً، وأن تكون الزوجة محلاً لإيقاع الطلاق، وأن تقبل دفع العوض إلى زوجها نظير خلعها، وهذا يستلزم أن تكون الزوجة رشيدة لأنها تبذل من جانبها مالا، ولا بد لصحة ذلك من الرشد.

أما المشرع الجزائري، فلم يشترط اكتمال الأهلية في الخلع، ذلك لأنه اشترطها قبل ذلك في إبرام عقد الزواج حسب المادتين 7 و9 مكرر ق.أ.، لكن مع ذلك يبقى السؤال مطروحا إذا كانت الزوجة لم تبلغ 19 سنة،

709- سورة النساء، الآية 4.

710- سامح عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص40.

711- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، ج3، المرجع السابق، ص1406.

712- عثمان التكروري، المرجع السابق، ص197.

ورخص لها القاضي بالزواج ثم أرادت أن تخالع زوجها قبل اكتمال أهليتها، فهل يصح ذلك منها؟

بالرجوع إلى المادة 83 ق.أ نجدها تنص على أن: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

وحيث أن دفع مقابل الخلع بالنسبة للزوجة يكون دائرا بين النفع والضرر بل قد يكون ضارا، فإنه إذا كانت قاصر يجب أن تحصل على إجازة الولي أو الوصي. فإن مصلحة الزوجة القاصر تتطلب أن يكون دفع بدل الخلع متوقف على إجازة الولي ولا تجبر الزوجة على ذلك، وهذا يتماشى مع ما جاء به المشرع في المادة 11 ق.أ والتي نصت على أن "يتولى زواج القصر أولياؤهم".

ذلك أن السماح للزوجة القاصر بدفع بدل الخلع دون موافقة الولي يفتح الباب لأن يستغل زوجها ذلك، فيأخذ منها مبلغا كبيرا في نظير الحصول على حريتها، ويستغل في ذلك نقص أهليتها، فكان الواجب أن ينتبه المشرع لهذا. ويوضحه بنص صريح.

وإذا كان الاتجاه العام في الفقه يغلب القول بأن الخلع يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج⁷¹³، فإن ذلك يستوجب عدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع، فإلى أي مدى يعتبر هذا صحيحا؟

الفرع الثالث

موافقة الزوج على الخلع

إن المادة 54 قبل تعديلها سنة 2005 كانت تطرح إشكالا على مستوى القضاء من حيث اشتراط موافقة الزوج على الخلع من عدمه لعدم تطرق المادة لهذا الأمر، إذ كانت تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإنفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

713- تقول الدكتورة تشوار حميدو زكية: "إن الفلسفة التشريعية في وضع الأحكام تدفع بالمشرع إلى تقرير نوعا ما التساوي بين الرجل والمرأة في الحق في الطلاق، بحيث إذا سمح للزوج أن يطلق قضائيا زوجته بالإرادة المنفردة، فإنه بالمقابل اعترف للزوجة أن تطلب الطلاق خلعا دون اشتراط موافقة الزوج". أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة...، المرجع السابق، ص80. ويقول الدكتور بن شويخ الرشيد: "والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا...". أنظر، بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، العدد 12، ص93.

قضى المجلس الأعلى بتاريخ: 1988/11/21 بأنه: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لأحكام الفقه. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطلق ولما لم يكن لها فيه لسبب أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع"⁷¹⁴.

إن بعض الفقه كان يؤيد ما ذهب إليه القضاء، ويرى ضرورة موافقة الزوج على الخلع، وهذا بسبب اللبس الذي كان يعتري المادة 54 من ق.أ. وفي هذا النطاق كان المطلوب من المشرع رفع كل اللبس والغموض الموجود في النص بسبب استعمال عبارة "أن تخالع نفسها من زوجها"⁷¹⁵.

وفي قرار آخر أكدت المحكمة العليا اشتراط موافقة الزوج لقبول الخلع، وعزت ذلك إلى نص المادة 54 ق.أ، رغم أن المادة ليس فيها ما يدل على اشتراط الموافقة فقد جاء في القرار الصادر بتاريخ: 1991/04/23 "إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يمكن للقاضي فرضه عليه"⁷¹⁶.

ولكن لم يدم طويلا هذا الموقف الذي اتخذته المحكمة إذ تراجعت عنه، وأصبحت لا تشترط موافقة الزوج في الخلع، إذ جاء في قرار لها بتاريخ: 1992/07/21 "إن المادة المذكورة من قانون الأسرة (يعني المادة 54) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعها دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون"⁷¹⁷.

714- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، 1990، عدد 03، ص72.
715- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة...، المرجع السابق، ص74. وقد أوردت الدكتورة تشوار حميدو آراء القائلين بموافقة الزوج على الخلع، وهم عبد العزيز سعد، وبلحاج العربي وفضيل سعد وعبد الفتاح تقيّة. غير أن الملاحظ هو أن هذا الرأي كان قبل تعديل قانون الأسرة في 2005، أما بعد تعديل القانون والمادة 54 ق.أ، فإن عبد العزيز سعد يقول: "إن القضاء الجزائري أصبح يعتبر أن الخلع حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق. وأن تعديل المادة 54 أصبح يوجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطبيق مقابل مال تحت تسمية الخلع بمجرد طلبه، وبمجرد عرض مبلغ من المال مقابل الخلع، دون أي اعتبار لإرادة الزوج أو عدم موافقته". أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص130.
716- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1991/04/23، ملف رقم 73885، نشرة القضاة، 1997، العدد 52، ص99.
717- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص134.

وواصلت المحكمة العليا التأكيد على عدم اشتراط قبول الزوج للخلع، معتبرة أن هذا الحكم يتماشى مع ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية، فقد جاء في قرار المحكمة بتاريخ: 19/04/1994 "إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة وسواء رضي به الزوج أو لم يرض به فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى موافقة الزوج"⁷¹⁸.

وفي ذات السياق، ترى الدكتورة تشوار حميدو زكية أن الحل الجديد الذي أتت به المحكمة العليا يوافق ويتمشى مع روح النصوص التشريعية⁷¹⁹. وهو كذلك أفضل حل ليكون الخلع مقرر لفائدة الزوجة، وإلا يتحول إلى ما يشبه الطلاق بالتراضي.

هذا، وإن المشرع الجزائري سار هو الآخر على نهج المحكمة العليا، وأشار صراحة إلى عدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع، حيث قام بتعديل المادة 54 والتي أصبحت تنص على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالغ نفسها بمقابل مالي".

فيلاحظ أن المشرع أعطى للزوجين حرية التفاهم على المال الذي يتفقان عليه قليلا كان أو كثيرا، مع جواز الخلع سواء كان الزوج راضيا بوقوعه أم غيرا راض، أي أن رضا الزوج ليس شرطا لصحة الخلع بل يحصل بالرغبة المنفردة من المرأة في إيقاعه ومفارقة الزوج⁷²⁰.

ومع أن المشرع جعل الخلع يخضع للإرادة المنفردة للزوجة، ولم يعلقه على سبب معين إلا أن المحكمة العليا لم تستسيغ هذا، واشترطت أن يكون للخلع سببا معينيا كنفور الزوجة من زوجها وكرهها له، إذا جاء في قرار لها بتاريخ: 14/06/2006، أن: "الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه وذلك لأن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية، الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض والإبطال"⁷²¹.

718- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 19/04/1994، ملف رقم 115118، نشرة القضاة، 1997، العدد 52، ص106.
719- أنظر، تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، العدد 02، ص 13.
720- أنظر، عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص321. وعلى العكس من ذلك يقول الأستاذ عبد العزيز سعد أن "التعديل الحالي لم يشتمل فقط على تغييب وإهمال رادة الزوج في مسألة الخلع. وإنما أقرّ تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع".
أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص130.
721- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 14/06/2006، ملف رقم 258613، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 02، ص421.

ولا يمكن تصور زوجة تخالغ زوجها وهي تعيش معه في سكينه ولا يوجد بينهما كراهية ونفور، فالخلع يؤدي إلى هدم الأسرة، وهذا يتنافى وأهداف الزواج ومقاصد الشرع، بل وينافي سنة النبي صلى الله عليه وسلم في نهى الزوجة عن طلب الطلاق من غير بأس. غير أن الملاحظ هو أن وجود علة الكراهية والنفور يمكن لأي زوجة أن تدعيها، لأن الأمر نفسي ويصعب إثباته، وفي قضية الحال استدلت المحكمة على انعدام السبب بعدم وجود عشرة زوجية لأن الدخول لم يحصل، لكن هذا ليس دليلاً كافياً لأن النفور والكراهية يمكن أن يحصلتا حتى مع انعدام الدخول، لأن الشريعة الإسلامية والقانون لا يمنعان من أن ينظر كل من الخطيب والمخطوبة إلى بعضهما حتى قبل العقد، وقد يحصل النفور منه بمجرد النظر. كما أنه بعد العقد تصبح المرأة زوجة شرعية ويمكن لزوجها أن يلتقي بها، بل ويمكن أن يخلو بها، وقد تحدث الفقهاء عن آثار الخلوة الشرعية. وهذا إذا لم نأخذ في الحسبان الإنحلال الخلقي المتفشي في المجتمع بحيث أصبح الخطيبان يتعاشران معاشره الأزواج والعياذ بالله.

وفي الحديث الذي يرويه البخاري⁷²² أن امرأة ثابت بن قيس التي خالعت زوجها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما أعتب عليه في خلق ولا دين"، ولكنها كانت لا تطيقه، ولم يأمرها صلى الله عليه وسلم بإثبات ذلك. وكذلك قضاء المحكمة العليا لا يطلب إثبات سبب الخلع، وهذا سند قوي يعزز من القول بإنصاف الزوجة في حق حل الزواج، بل يظهر أن مركزها أفضل من مركز الزوج، ذلك أن الزوج وإن كان يملك الطلاق إلا أنه مطالب أمام القاضي بتبريره وإلا أعتبر متعسفاً وطلب منه تعويض المطلقة عن الضرر. في حين أن الزوجة تملك الخلع، ولا يطلب منها التبرير ولا تعتبر متعسفة ولا تعوض الزوج عن أي ضرر يمكن أن يصيبه مع العلم أن الطلاق والخلع كليهما يجب أن يصدر بشأنهما حكم قضائي، فإن قيل أن الزوجة تدفع بدل الخلع⁷²³، وهو بمثابة التعويض، فنقول إن بدل الخلع ليس تعويضاً لأسباب عديدة، سأعرضها في الفرع الموالي.

وعدم اشتراط قبول الزوج للخلع، هو منهج الشريعة الإسلامية أيضاً لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي يرويه البخاري، مخاطباً ثابت بن قيس: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" فلم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن رأي ثابت في الخلع موافقة أو رفضاً، وإنما طلب منه القبول وعدم الاعتراض. وإن كان هناك رأي

722- أخرجه البخاري برقم 5273، باب الخلع وكيف الطلاق فيه. أنظر، البخاري، الجامع الصحيح، ج3، المرجع السابق، ص406.

723- يقول الدكتور بن شويخ الرشيد: "وسبب إلزامها بدفع المقابل هو أن الفرقة جاءت من طرفها دون تقصير من زوجها، وبالتالي لا بد من أن تتحمل نتائج هذه الفرقة". أنظر، بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة...، المرجع السابق، ص93.

آخر يرى وجوب قبول الزوج بالخلع⁷²⁴.

لقد أصبح مكرسا في قانون الأسرة عدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع انطلاقا من مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ورضوخا للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁷²⁵. لكن هل من سلطة للزوجين في تقدير بدل الخلع، وهل لا عبرة فيه هو الآخر بموافقة الزوج؟

الفرع الرابع

بدل الخلع

جاء في قانون الأسرة في المادة 54 ق.أ، أنه: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". فمن خلال هذا النص ينضح أن المشرع الجزائري قد فتح المجال أمام الزوجين لتحديد المقابل المالي بالتوافق، فإذا تم هذا بالتراضي فلا يهم إن كان يتجاوز صداق المثل، كما يصح أن يكون أقل من صداق المثل لكن إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، فيتدخل القاضي ليحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

والتسليم بهذا قد يضر الزوج، فمن جهة نجد الزوجة هي التي طلبت الخلع، ومن جهة لا تدفع إلا قيمة صداق المثل، فماذا لو تبين بأن الصداق الذي دفعه الزوج يفوق صداق المثل بأضعاف كثيرة، وهنا يتضرر الزوج لمجرد أنهما لم يتفقا على المبلغ، وربما لم يبالغ الزوج فيه وإنما طالب برد ما دفعه لها⁷²⁶.

كما أن الزوجة قد تكون أخذت من الزوج صداقا أقل من صداق مثيلاتها، من باب تيسير الزواج، ثم عند الخلع تطالب بما يعادل صداق المثل، وفي هذه الحالة على القاضي أن يراعي هذا الأمر إذا أثبتت الزوجة أن صداقها كان أقل من مهر المثل، لأن المادة 54 حددت قيمة صداق المثل كحد أقصى ولم تحدد الحد الأدنى لبذل الخلع، وبالتالي يمكن للقاضي أن يحكم بأقل من مهر المثل.

أما إذا طلب الزوج مقابلا أكبر من صداق المثل ولم توافق الزوجة على ذلك فإن القاضي يحكم بما لا

724- قال ابن حجر العسقلاني: "قوله (اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب". أنظر، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري...، المرجع السابق، ج9، ص312.

725- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة...، المرجع السابق، ص80.

726- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص211.

يتجاوز صداق المثل، ويقع الخلع وإن لم يقبل الزوج.

ولم يحدد المشرع الجزائري بدل الخلع، وإنما أسماه المقابل المالي للخلع، فهل يعني ذلك أن بدل الخلع يجب أن يكون مبلغا معلوما أم يصح بكل ما تقوم به المال؟ وهل يمكن الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق؟ إن سدّ الفراغ بخصوص ماهية الخلع يكون بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وفيها يصح أن يكون بدل الخلع من النقود، أو من المنافع المقومة بمال كسكن الدار وزراعة الأرض زمتا معلوما، وكإرضاع ولدها أو حضانتها أو الإنفاق عليه، أو من الحقوق كإسقاط نفقة العدة⁷²⁷.

واختلف الفقهاء في العوض الذي تؤديه المرأة لزوجها، فذهب جمهور الفقهاء إلى صحة الخلع بأكثر من الصداق، وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح ولو كان أكثر مما أعطاهما، وبه قال المالكية والشافعية والأحناف في رواية، وذهب الحنابلة والأحناف في الرواية الثانية إلى جواز الزيادة مع الكراهية⁷²⁸.

لقد أجاز الإمام مالك أن تختلع الزوجة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه، ويجوز العوض المجهول الوجود، والقدر المعدوم، فيجوز على ثمرة لم يبد صلاحها، وعلى حمل شارد، أو عبد أبق، أو جنين في بطن أمه، ونحو ذلك من وجوه الغرر، أما إذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير، فقال مالك لا يستحق عوضا ويقع الطلاق⁷²⁹.

ويشترط لدى الشافعية أن يكون العوض معقولا معلوما، وبالجملة يشترط فيه شرائط المبيع والتمن، فإن خالع على مجهول فسد العوض، ونفذت البيئونة والرجوع إلى مهر المثل، وإن خالع على خمر أو خنزير أو مغصوب أو حر أو شيء مما يقصد وهو غير معلوم فسد العوض⁷³⁰.

ولا يستحب لدى الإمام أحمد أن يأخذ منها أكثر مما أعطاهما، فإن فعل كره وصح، وإن خالعه بمحرم، كالخمر فهو كالخلع بلا عوض إلا إذا جهل التحريم، وإن خالعه على رضاع الولد عامين، أو سكن دار صح، فإن مات الولد، أو خرجت الدار رجع بأجرة باقي المدة، وإن خالع الحامل على نفقة عدتها صح⁷³¹.

727- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، المرجع السابق، ص 499.
728- أنظر، سالم عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، 2002، ص 581.
729- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج3، ص1401-1402.
730- الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج 5، ص 326.
731- المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج8، ص 399-402.

ولدى الحنفية⁷³² أن العوض من الزوجة لا يكون إلا بمقدار ما دفع إليها زوجها، لا بأكثر منه ولكنه يصح إذا تراضيا على ما يزيد عن مقدار الصداق مع الكراهة.

ويصح الخلع عموما بكل عوض توافرت فيه شروط، وهي أن يكون مالا متقوما، موجودا وقت الخلع، معلوما، أو مجهولا جهالة قليلة أو كثيرة إذا لم تكن متفاحشة⁷³³.

وجرت العادة في القضاء الجزائري أن يكون بدل الخلع مبلغا ماليا إلا إذا اتفق الزوجان على غير ذلك. وإذا لم يتفقا على شيء معين فيحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

فيجب التفريق بين ما يجوز للزوج أخذه وما يجوز له اشتراطه، فالزوج له أن يأخذ أكثر مما أعطى إذا رضيت زوجته وطابت نفسها بذلك لأنه حقها وتنازلت عنه، إلا أنه لا يجوز له أن يشترط أكثر من الصداق ويطلب به إن كانت زوجته رافضة. ولو أجزنا للزوج أن يطالب بما شاء مع رفض الزوجة، لعطلنا معنى الخلع في الإسلام، فإنه لا تشاء امرأة أن تخالع زوجها وهو لا يريد إلا طلب منها ما لا طاقة لها به. وهذا يعني أنه لا سبيل لها للخلاص منه إلا برضاه، وهذا تعطيل لمعنى الخلع الذي شرع لمفاداة المرأة نفسها عند بغض الزوج وعدم القيام بحقه ولو كان كارها⁷³⁴.

إن للزوج سلطة على زوجته قد يستعملها من أجل عضلها، وعندئذ يصبح عدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع لا معنى له. وهذا يدفع إلى بحث مسألة العضل، ومدى تأثيرها على الخلع وبدله.

الفرع الخامس

العضل وأثره على الخلع وبدله

المراد بالعضل هو حبس الزوجة والتضييق عليها ومنعها، والإضرار بها، إذا أن الزوج قد يقدم على عضل زوجته من أجل منعها من مخالطته، أو من أجل دفعها لذلك، أو من أجل أن يأخذ منها عوضا لا ترغب في دفعه إليه.

إن المشرع الجزائري لم يتعترض لمسألة العضل التي يمكن أن تحدث في الخلع، ورغم أنه يمكن أن

732- الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ج 12، ص 458.

733- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج 8، ص 194.

734- سالم عبد الغني الرافي، المرجع السابق، ص 582.

تعالج هذه المسألة من خلال لجوء الزوجة إلى طلب التطبيق بالاعتماد على نص المادة 53 ق.أ، التي تجيز ذلك لكل ضرر معتبر شرعا. لكن يبقى الإشكال مطروح في حالة ما إذا وافقت الزوجة على الخلع مكرهة من قبل الزوج بطريق أو بآخر فما الحل إذن؟

لم يعالج قانون الأسرة هذا الأمر وليس فيه ما يقدم حلا لهذه المسألة، خصوصا وأنه لم يتناول عيوب الرضا كعيب الإكراه الذي قد يشوب إرادة الزوجة المخالعة. وعلى العكس من ذلك تُقدّم الشريعة الإسلامية حولا عملية وكافية لحماية المرأة من تعسف الرجل أو تعديه على حقها في الخلع.

قال تعالى: "وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ"⁷³⁵. وتفسيرا لهذه الآية قال الإمام ابن كثير: "ولا تعضلوهن" أي لا تضاروهن في العشرة لتترك ما أصدقتهن- أي ما أعطيتها من مهر أو بعضه أو حقا من حقوقها عليك أو شيئا من ذلك على وجه القهر لها والإضرار بها. "لتذهبوا ببعض ما آتيتوهن" يعني الرجل تكون له المرأة وهو كاره لصحبتها، ولها عليه مهر فيضرها لتفتدي به، وكذا قال الضحاك وقتادة وغير واحد واختاره ابن جرير رحمه الله⁷³⁶.

فإذا حدث العضل ودفعت الزوجة إلى الزوج بدلا لمخالعته، فهي غير مؤاخذة على ما فعلته لأنها مكرهة، يقول الدكتور عبد الكريم زيدان⁷³⁷: "الظاهر لي أن البديل غير محظور على الزوجة في هذه الحالة، لأنها في حكم المكره والمضطرة، وحالتها حالة ضرورة أولها حكم ضرورة، والضرورات تبيح المحظورات، لأن الآية الكريمة تخاطب الأزواج بمنع عضل زوجاتهم ليأخذوا منهن ما أعطوهن لهن من مهر أو غيرها عن طريق المخالعة دون أن تشير الآية الكريمة بتوجيه معين إلى الزوجات بشأن العوض وبدله للأزواج للتخلص من عضلهم، هذا البديل يخضع لأحكام الشريعة العامة في حالة الإكراه أو الاضطرار، وهو ما قلناه من إباحة البديل في حقها في هذه الحالة".

إن الخلع مشروع عندما يقع النزاع بين الزوجين المؤدي إلى الشقاق بينهما الذي يخافا معه ألا يقيما حدود الله كما هو صريح القرآن، لكن هذا الشقاق قد يكون المتسبب فيه الزوج وحده وقد يكون سببه من قبل

735- سورة النساء، الآية 19.

736- ابن كثير، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج1، ص 465.

737- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج8، ص 176.

الزوجة وقد يكون منهما معا، وحل أخذ البديل يختلف باختلاف هذه الأحوال⁷³⁸.

أما مصير الخلع وبذله في حالة العضل، فقد اختلفت أقوال الفقهاء بشأنه، لكن أجمع العلماء على أنه يحرم على الزوج أن يؤذي زوجته بأن يمنعها من حقوقها أو يلحق بها ضررا في نفسها أو مالها بأي وسيلة من وسائل الإكراه حتى تضجر وتخلع نفسها، فإن فعل فهو آثم كما قرر العلماء⁷³⁹.

قال مالك، في التي تفتدي من زوجها: "إذا علم أنه أضرب بها أو ضيق عليها، وأنه لها ظالم مضى عليه الطلاق ورد عليها مالها"، ثم قال: "فهذا الذي كنت أسمع، والذي عليه الناس عندنا". فيريد مالك أن ما التزمه من طلاق الخلع يلزمه لأنه أوقعه باختياره، ويرد ما أخذ منها من العوض لأنها إنما دفعته إليه لتتخلص بذلك من ضرره وظلمه، ولا يحل له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدي عوضا⁷⁴⁰.

قال الماوردي⁷⁴¹، "والخلع قد يكون مكروها من جهة الزوج أو من جهة الزوجة، فأما الذي من جهته فهو أن تكون المرأة ذات مال فيضيق الزوج عليها مع قيامه بالواجب لها طمعا في مالها أن تخالعه على شيء منه، فهذا مكروه من جهته لا من جهتها، وهو جائز لأن له سببا يفضي إلى التباغض والكراهة، وقد يكون الخلع فاسد من وجهين، أحدهما أن ينالها بالضرب والأذى حتى تخالعه، فيكون الخلع باطلا لأنه عقد معاوضة عن إكراه، فكان كسائر العقود المكروهة، والثاني أن يمنعها ما تستحقه عليه من النفقة والسكن والقسم لتخالعه، فيكون الخلع مع ذلك باطلا".

وعند الشافعية، فإذا ادعت المرأة أنه أكرهها على بذل مال عوضا عن الطلاق وأقامت بينة، فالمال مردود إليها والطلاق واقع، وله الرجعة، وموضع الرجعة ما إذا لم يعترف بالخلع، بل أنكر المال أو سكت، أما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه فالطلاق بائن بقوله، ولا رجعة⁷⁴².

ولدى الحنابلة، إن عضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجة بحالها إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعيًا فإذا رد العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فهو رجعي، وإن قلنا هو

738- أنظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، لبنان، 1983، ص569.

739- سامح عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص 153

740- الباجي، المنتقى...، المرجع السابق، ج 8، ص176.

741- الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص06.

742- أنظر، أبو زكرياء يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ج 5، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 671.

فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لأن الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروايتين⁷⁴³. وقال ابن قدامة⁷⁴⁴: "لأنه عوض أكرهت على بدله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والأجر في الإجارة، وإذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض، فإذا كان أقل من ثلاث، فله رجعتها، لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض، فإذا أسقط العوض ثبتت الرجعة، وإن قلنا أنه فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء".

وقال أبو حنيفة: "العقد الصحيح والعوض لازم وهو آثم عاص، فالإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق، وفي إمساكها لا لرغبة بل لإضراراً وتضييقاً ليقطع مالها في مقابل خلاصها من الشدة التي هي فيها معه، ذلك وقال تعالى: (وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)⁷⁴⁵، فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك، فيكون حراماً، إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم أي يحكم بصحة التملك، وإن كان بسبب خيبث"⁷⁴⁶.

والخلاصة، أن مذهب الجمهور غير الحنفية أنه يبطل الخلع والعوض في الحال العضل، فتسترد المرأة بدل الخلع على أن الفقهاء يجيزون العضل في حالة إستثنائية، وهي إذا كان النشوز من قبل الزوجة، مصداقاً لقوله تعالى: "وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ..."⁷⁴⁷.

يقول القاضي عبد الله بن عبد الرحمن بن عثمان الدهش: "يتبين لنا رجحان قول الجمهور في عدم صحة الخلع والحالة هذه لنص الآية على ذلك في قوله تعالى: "ولا تعضلوهن"، فهذا نهى، والنهي يقتضي التحريم ولا يصرف عن ذلك إلا بدليل ولا دليل هنا فيما يظهر لي والله اعلم. أما إذا كان سبب العضل هو قصد الحصول على الفدية لإتيان المرأة بفاحشة، فإن الخلع في الحالة هذه صحيح فتقع الفرقة بآئنة، ولا يؤثر العضل على الخلع لكونها بذلك لم تقم حدود الله في حق زوجها، كما نصت الآية على جواز ذلك في مثل هذه الحالة بقوله تعالى: "...إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ"، فدللت الآية على جواز العضل، في حالة الإتيان بفاحشة، وهذا هو مذهب الجمهور من العلماء ورواية في مذهب الأمام الشافعي رحمه الله⁷⁴⁸.

743- المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج8، ص386.

744- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص272.

745- سورة البقرة، الآية231.

746- ابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج4، ص194.

747- سورة النساء، الآية19.

748- أنظر، عبد الله بن عبد الرحمن بن عثمان الدهش، العضل في الخلع، أسبابه وآثاره، مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، محرم 1420 هـ، العدد الأول، ص170.

فالخلع شرعا وقانونا هو حق خالص للزوجة تستعمله دونما رقابة للزوج عليها ولا للقاضي، وهي في سبيل ممارسة هذا الحق محمية من أي تعسف يمكن أن يمارسه الزوج عليها. ومهما تكن الطريقة التي تحل بها رابطة الزوجية، فإن تفكك الأسرة يطرح التساؤل حول مصير الأبناء. إنه لا ريب أن الزوجة باعتبارها أم يثبت لها الحق في حضانة أبنائها، وهذا ما سألته في المطلب الموالي.

المطلب الخامس

حق حضانة الأبناء بعد الطلاق

ورد في الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة سنة 2005 في ردها على التقرير الدوري الثاني للجزائر، أنه يساور اللجنة القلق إزاء عدم التقدم في مراجعة التشريعات التمييزية، وتعرب عن قلقها خاصة إزاء عدم مراجعة قانون الجنسية وقانون الأسرة، مما يديم الأحكام التمييزية في مسائل متصلة بالزواج والحياة الأسرية، منها الطلاق وحضانة الأطفال⁷⁴⁹.

فإذا كانت اللجنة أشارت إلى وجود تمييز ضد المرأة في أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، فإن المادة 16/د من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تنص على أنه: "تضمن الدول الأطراف للمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بصرف النظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالها، وفي كل الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة" ثم أكدت الفقرة "و" من نفس المادة على أنه: "تضمن للمرأة نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم".

وأضافت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها الثالثة عشر، سنة 1992⁷⁵⁰، أن بعض البلدان لا تلتزم في الممارسة العملية بمبدأ منح الوالدين مركزا متساويا لاسيما إذا كانا غير متزوجين، ومن ثم فإن الأطفال الذين تثمرهم روابط من هذا القبيل لا يتمتعون دوما بنفس الوضع الذي يتمتع به الأطفال المولودون في كنف الزوجية، كما أن الكثير من الآباء لا يشاركون في مسؤولية رعاية أطفالهم وحمايتهم وإعالتهم إذا كانت الأمهات مطلقات أو يعشن منفصلات.

749- انظر: الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الدوري الثاني للجزائر، يناير 2005، الموقع الإلكتروني: <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/DZA-CEDAW2005>
750- التوصية العامة رقم 21، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، الدورة الثالثة عشر، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، 1992.

وأشارت اللجنة إلى أن المادة 16 من الإتفاقية من أكثر المواد التي وردت عليها تحفظات من قبل الدول خصوصاً الإسلامية منها. والحقيقة أن هذه المادة تعد من أخطر مواد الإتفاقية في الإختلاف فيما ورد من بنودها أنها تتصادم مع الشريعة الإسلامية من عدة وجوه، أولها خصوصية مفهوم الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية، والأمر الآخر أن هذه الإتفاقية جاءت من ثقافة الغرب ونمط حياتهم الأسرية، ربما نتيجة تجاهل أو جهل لخصوصية الأسرة المسلمة في ظل شريعة الإسلام، والتي لا يقبل مسلم أن يستبدل ما جاء فيها من قبل الشارع الحكيم سبحانه بأراء بشر⁷⁵¹.

جاء في إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ: 1967/11/07 في المادة 6 منه في الفقرة "ج" "أنه يترتب للوالدين وعليهما حقوق وواجبات متساوية في الشؤون المتعلقة بأولادهما، ويكون لمصلحة الأولاد في جميع الحالات الإعتبار الأول".

فهذه المادة تؤكد على الأهلية القصوى لمصلحة الأطفال، وقد قصد بهذا النص تعزيز مبدأ المسؤوليات المشتركة بين الأب والأم، وقد تم إقراره رغم المعارضة الشديدة المبنية على التهديد المزعوم لاستقرار الأسرة لمؤسسة اجتماعية⁷⁵².

لقد نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة في قانون الأسرة من المادة 62 إلى المادة 72، وهذه المواد تم تعديل البعض منها في سنة 2005، فألغيت بعض الأحكام وأدخلت أحكام جديدة غير أن السؤال المطروح هو: هل هناك تمييز ضد المرأة في أحكام الحضانة التي جاء بها قانون الأسرة؟

يمكن معرفة الإجابة عن هذا السؤال من خلال التطرق لمفهوم الحضانة ثم تبين أحكامها.

الفرع الأول

ماهية حق الحضانة

الحضانة في اللغة من الحضن وهو الجنب أو الصدر، وتأتي بمعنى الضم، حضن الطائر بيضه أي ضمه إليه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إليها وقامت بتربيته⁷⁵³. واصطلاحاً هي حفظ الولد والقيام بمصالحه⁷⁵⁴.

751- أمانة نصر، المرجع السابق، ص 1519.
752- عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص 37.

وقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الحضانة، فقال المالكية: "الحضانة هي حفظ الولد في بيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه، أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه"⁷⁵⁵. كما عرفها الحنفية بقولهم: "الحضانة شرعا تربية الولد ممن له حق الحضانة"⁷⁵⁶.

وقال الحنابلة بأنها: "حفظ الطفل أو المعتوه عن الهلاك، والإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك، وهي واجبة"⁷⁵⁷. وعرفها الشافعية بأنها "حفظ الولد وتربيته"⁷⁵⁸.

ومن جانب التشريع، نصت المادة 62 ق.أ، أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظ صحته وخلقه".

ولم يشر المشرع إلى وقت ابتداء الحضانة على عكس المشرع المغربي، الذي أشار إلى أن الحضانة تبدأ من وقت ميلاد الطفل، وإغفال مثل هذا الحكم يدعو للتفكير أن الحضانة لا تمارس إلا بعد انفصال الزوجين⁷⁵⁹.

إن أهم ما يلاحظ على المادة 62 ق.أ، أنها عرفت الحضانة بالواجبات الملقاة على عاتق الحاضن، من رعاية وتربية وحماية، غير أنها خصت التربية بأمر معين، وهو تربية الولد على دين أبيه. وبالرجوع إلى المواثيق الدولية نجد أنها تؤكد على وجوب المساواة بين الزوج والزوجة في جميع الحقوق بغض النظر عن الدين أو المعتقد أو أي أمر آخر. فإذا كانت الأم والأب على دين واحد فالإشكال قد يكون أقل حدة، ذلك أنه لا إشكال إلا إذا رغب أحد الوالدين في تربية الولد على غير دين والديه واعترض الآخر. أما إذا كان الأب على دين والأم على دين آخر، فإن القول وفقا لقانون الأسرة بتربية الولد على دين أبيه، وهذا يخالف مبدأ المساواة المزعوم في المواثيق الدولية، ويعتبر هذا تمييزا ضد المرأة.

لقد نصت المادة 05 من إعلان القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد⁷⁶⁰ على أنه "يتمتع والدا الطفل أو الأوصياء الشرعيون عليه، حسبما تكون الحالة، بحق تنظيم

753- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج 13، ص 123.

754- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 203.

755- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 2، ص 526.

756- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج 3، ص 555.

757- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص 412.

758- الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج 06، ص 238.

759- Nahas M. MAHIEDDIN, la HADHANA dans les législations des pays du MAGHREB, les cahiers de LADREN, n° 1, laboratoire des droits de l'enfant, université d'Oran, 2008, p. 34.

الحياة داخل الأسرة وفقا لدينهم ومعتقداتهم، آخذين في الاعتبار التربية الأخلاقية التي يعتقدون أن الطفل يجب أن يربى عليها"، ففي هذه الفقرة إشارة هامة إلى أن التربية على دين معين هي حق للوالدين معا ومسئولية مشتركة بينهما في قدم المساواة⁷⁶¹.

وفي الفقرة الثانية من نفس المادة جاء ما يلي: "يتمتع كل طفل بالحق في تعلم أمور الدين أو المعتقد وفقا لرغبات والديه أو الأوصياء الشرعيين عليه، حسبما تكون الحالة، ولا يجبر على تلقي تعليم في الدين أوالمعتقد يخالف رغبات والديه أوالأوصياء الشرعيين عليه، على أن يكون لمصلحة الطفل الاعتبار الأول". وفي هذه الفقرة نجد أن الإعلان جعل تعلم الدين أوالمعتقد حق للطفل، ولكنه لم يجعله مرتبطا بدين والديه أومعتقدهم، بل علق ذلك على رغبات الوالدين، ويفهم من ذلك أنه يمكن تربية الولد وفقا للمواثيق الدولية على غير دين أومعتقد والديه، متى كان ذلك يوافق رغباتهم، لكن يبقى السؤال مطروحا، ماذا لو تباينت الرغبات وتعارضت؟ وماذا لو اختلفت الديانات أوالمعتقدات، رغم أن الإعلان يؤكد على أن لمصلحة الطفل الاعتبار الأول، لكن من الذي يقدر مصلحة الطفل، هل هو الأب، أم الأم، أم القاضي أم المشرع؟... من؟

تقول الدكتورة حميدو زكية: "فكرة تدخل القاضي في هذه المسائل ذات الصبغة الدينية البحتة يجب أن تبعد ولا تجلب قط اهتمام المشرع. ولا يوجد في الحق شيء أبخس للآباء من أن يتدخل القضاء في تنظيم وتحديد ديانة نجلهم"⁷⁶².

لقد جاءت اتفاقية حقوق الطفل لتؤكد حق الطفل في حرية الدين والمعتقد، حيث جاء في المادة 1/14 منها أنه: "تحتزم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين". إلا أن الفقرة الثانية من ذات المادة قصرت دور الأولياء في هذا الشأن على التوجيه، فجاء فيها أنه: "تحتزم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك، تبعا للحالة، الأوصياء القانونيين عليه، في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة".

وكما أنه بسبب المؤثرات الدينية وضد الدينية، فإن الطفل يكون بحاجة ماسة إلى توجيه وإرشاد، وفي اتجاه واحد إذا أردنا ألا يضل ذهنه. وعلى هذا الأساس، فمصلحة المحضون تقضي تجنب أي نزاع ديني، وأن

760- اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 55/36 المؤرخ في 1981/11/25. لم تصادق عليه الجزائر.

761- Michel TETRAULT, La garde partagée: de la légende urbaine a la réalité, dans Congrès annuel du Barreau du Québec (2004), Montréal, Barreau du Québec, p. 473.

762- حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص 301.

لا يشوش المحضون بتعديل تربيته الدينية المتبعة منذ ولادته، وإلا سيتعرض لصدمة نفسية حادة⁷⁶³.

إن مصلحة الطفل تكمن في الحقيقة في أن يربى على الأخلاق الفاضلة وعلى الدين الصحيح الذي يسعده في الدنيا والآخرة، وليس في الوجود دين يحقق هذا غير الإسلام، فهل تفرض المواثيق الدولية على الآباء والأمهات تربية أولادهم على الإسلام حتى وإن كانوا هم غير مسلمين على اعتبار أن مصلحة الأولاد هي في أن يربوا على دين الإسلام؟

إن الأصل أن كل طفل ينعم بحضانة والديه في ظل الجو الأسري، فإذا تعرضت الحياة الزوجية للاهتزاز ووقع الطلاق، فإن حق الطفل في الحضانة والرعاية يستمر، ولا يسقط لشدة حاجته إلى الخدمة والرعاية فيتولى أمره من هو أولى بها والأجدر والأقدر، فالحضانة حق مشترك للولد والحاضن معا إلا أن حق المحضون أقوى⁷⁶⁴.

وإيجاب تربية الإبن على دين أبيه في قانون الأسرة يتبع نص المادة 30 من نفس القانون والتي تحرم زواج المسلمة من غير المسلم. فالزوجة المسلمة لا يمكن أن يكون زوجها إلا مسلما فإذا قلنا بتربية الولد على دين أبيه، فهو في هذه الحالة نفس دين الأم، أما المسلم فيمكنه الزواج بغير المسلمة من أهل الكتاب، وفي هذه الحالة يفرض القانون تربيته على دين أبيه، ولعل ذلك حفاظا من المشرع على الهوية الإسلامية للدولة الجزائرية. ولم يحرم المشرع الجزائري غير المسلمة من حضانة ولدها، ولكنه اشترط عليها أن تربية على دين أبيه، وقد أكد القضاء هذا، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ: 13/03/1989، أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة أولادها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينهم"⁷⁶⁵.

والحكمة من حل زواج المسلم من الكتابية هو ما يرجى من ميلها إلى دين زوجها، لأن الغالب على النساء الميل إلى أزواجهن وإيثارهن لهم على الآباء والأقارب، فيرجى بذلك إسلامها، لأنها آمنت بكتب الأنبياء ورسله في الجملة، والزواج يدعوها إلى الإسلام وينبها إلى حقيقة الأمر⁷⁶⁶.

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 19/02/1990، أنه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربية على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد

763- حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص 300.

764- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 204.

765- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 13/03/1989، ملف رقم 52221، المجلة القضائية، 1993، العدد 01، ص 48.

766- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج 7، ص 18.

حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه⁷⁶⁷.

وذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من هذا، عندما قررت أن الحضانة تسند لمن يوجد بالجزائر من الأبوين إذا كان أحدهما مقيم في دولة أجنبية غير مسلمة، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1989/01/02، أنه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر ويستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذين أسندا حضانة البنيتين إلى أمهما، فإن قضاة الإستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنيتين في فرنسا يغير من اعتقادهما ويبيدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أن الأب له الحق في الرقابة، وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون"⁷⁶⁸. فالملاحظ أن قضاء المحكمة العليا يفضل بقاء الأبناء في الجزائر ولو أن أهمهم غير مسلمة، ذلك لأن البيئة الإسلامية تلعب دورا هاما في تنشئة الطفل على دين أبيه المسلم.

والذي يظهر هو أن المشرع الجزائري لم يخرج عن تعاريف الفقهاء في أن الحضانة هي الرعاية والحفظ والتربية غير أنه قصرها على الولد، كما فعل المالكية.

إن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية الشرع بالطفولة بحيث يكفل للولد التربية البدنية والصحية والخلقية على الوجه السليم⁷⁶⁹.

لكن السؤال المطروح: لمن يثبت حق الحضانة؟

767- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 19/02/1990، ملف رقم 59013، المجلة القضائية، 1991، العدد 4، ص 117.

768- المجلس الأعلى، غ.أ.ش.م، 02/01/1989، ملف رقم 52207، المجلة القضائية، 1990، العدد 04، ص 74.

769- الغوتي بن ملح، حول تعديل بعض نصوص قانون الأسرة لسنة 1984، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2005، العدد 08، ص 83.

من خلال استقراء نصوص قانون الأسرة يظهر أن الحضانة حق للحاضن والذي عادة يتجسد في شخص الأم⁷⁷⁰. ففي المادة 66 ق.أ، قال المشرع معبرا عن ذلك: "يسقط حق الأم في الحضانة..." ، وفي المادة 67 أكد أيضا أنه حق للمرأة عندما قال: "لا يمكن لعمل المرأة أن يكون سببا لسقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"، فسماه حق ونسبه للمرأة، وفي المادة 68 قال: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة..." وفي المادة 69 قال: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة..."، فدللت على أن الحضانة حق يوكل لشخص معين بشروط معينة، وليس في قانون الأسرة ما يدل على أن الحضانة حق للولد المحضون، رغم أنه يؤكد في كل مناسبة على ضرورة مراعاة مصلحة المحضون.

وفي الشريعة الإسلامية الأصل في حضانة الصغار ذكورا كانوا أو إناثا أنها للنساء لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال. وإذا لم توجد النساء فالحضانة للرجال، بشروط معينة، وإن اجتمع النساء والرجال وهم جميعا من أهل استحقاق الحضانة، فالأصل تقديم النساء على الرجال⁷⁷¹.

وقال بعض فقهاء الحنفية أن الحضانة هي حق للحاضنة، فلا تجبر عليها إذا امتنعت عنها وقال آخرون أنها حق للولد فتجبر عليه، والتوفيق بين القولين لدى ابن عابدين أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة، فتجبر عليها إذا لم يكن للصغير ذو رحم محرم، فحينئذ تجبر حتى لا يضيع الولد، أما لو امتنعت وكان له جدة رضيت بإمساكه دفع إليها⁷⁷².

وعند الشافعية⁷⁷³، أن في الحضانة حقين، حق الأم وحق الولد، فباعتبارها حق الأم لا تجبر عليها إذا امتنعت منها وتنتقل إلى الجدة أم الأم، وباعتبارها حق الولد، فالأم تحبر عليها إذا تعينت لها، كما لو لزمته نفقته أو لم يوجد من يحضنه، فالحضانة إنما جعلت لحظ الولد.

وعلى المشهور في مذهب المالكية، أن الحضانة حق للحاضنة، فإذا أسقطت حقا من غير عذر بعد وجوبها لها، ثم أرادت العودة لها، فلا تعود، بناء على أنها حق للحاضن، وإذا كان ذلك لعذر كمرض أو انقطاع

770- تعهد حضانة وتربية الطفل في إيران إلى أحد الزوجين، أو إلى شخص آخر مع مراعاة الوضعية المادية والمعنوية للزوجين والحرص على مصلحة الطفل المحضون. أنظر،

Mahmoud ERFANI, Pension alimentaire et garde de l'enfant de parents divorcés en droit iranien, dans: «la protection juridique et sociale de l'enfant», Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, Établissement Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 374.

771- عبد الكريم زيدان، المفضل...، المرجع السابق، ج 7، ص 09.

772- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج 5، ص 257.

773- الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج 3، ص 456.

لبن، فلها أن تعود إذا صحت أوعاد إليها اللبن، وعند بعض المالكية أن الحضانة حق للمحزون⁷⁷⁴.

أما عند الحنابلة فالحضانة حق للحاضنة وحق للمحزون، فباعتبار أن لها حقا في الحضانة لا تجبر عليها، وباعتبار أن فيها حقا للمحزون فتجب حضانتها وإذا امتنعت الأم تنتقل حضانتها إلى من يليها ولا يجوز تركه دون من يحضنه لأن في هذا الترك هلاكه⁷⁷⁵.

والظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا: حق الحاضنة وحق المحزون وحق الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، وإن تعارضت، قدم حق المحزون على غيره وتفرع عن ذلك الأحكام الآتية⁷⁷⁶:

- 1- تجبر الحاضنة على الحضانة إذا تعينت عليها بأن لم يوجد غيرها.
- 2- لا تجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تتعين عليها، لأن الحضانة حقها ولا ضرر على الصغير لوجود غيرها من المحارم.
- 3- إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع عند الحنفية صحيح والشرط باطل، لأن هذا حق الولد، أن يكون عند أمه مادام محتاجا إليها.
- 4- لا يصح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة، ويعطيه لغيرها إلا لمسوغ شرعي.
- 5- إذا كانت المرضعة غير الحاضنة للولد، فعليها إرضاعه عندها حتى لا يفوت حقها في الحضانة.

ونخلص في الأخير إلى أن الحضانة حق للحاضنة⁷⁷⁷، لكن لا يمكن لها التنازل عن هذا الحق إلا بشروط معينة، لأن في الحضانة أيضا حق للمحزون، لذلك وجب رعاية مصلحته قبل أي شيء.

وإذا كان قانون الأسرة والشريعة الإسلامية يعترفان بالحضانة كحق للحاضنة، ويقدمون في ذلك المرأة على الرجل، فهذا لا يعني زيادة عبء على الزوجة، لأن أعباء الحضانة من سكن ونفقة وإرضاع وتربية موزعة شرعا بطريقة تضمن كرامة المرأة وحقوقها ومراعاة خصوصيتها، عكس ما هو موجود في بعض القوانين الغربية

774- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 2، ص532.

775- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص412 وما يليها.

776- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، المرجع السابق، ص719.

777-Mostefa KOUIDRI, l'évolution de la jurisprudence en matière de hadana, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit et des sciences administratives, Ben Aknoun, Université d'Alger, 2003, n° 1, p38.

التي تساوي بين الرجل والمرأة مساواة مطلقة دون مراعاة للخصوصية. فتأخذ بمبدأ الحضانة المتتوبة⁷⁷⁸.

فطبقاً للقانون السويدي مثلاً، فإن الزواج يوجب تقسيم الأموال بين الزوجين بالتساوي، ويوجب عقد الزواج المسؤولية المشتركة على الزوجين لتربية الأولاد بصورة جيدة وتوفير الأمان لهم والإحساس بالرعاية التامة طبقاً للقانون ومنها خاصة توفير الملابس والطعام والتعليم الدراسي إلى أقصى مدى يريده الطفل وعليهما دفع الإيجار بصورة تضامنية، وعليهما مسؤولية مشتركة في تقاسم كلفة المعيشة والطعام والملابس وغيرها، وهما يتحملان معاً وبالتساوي مسؤولية إدارة شؤون البيت والأعمال المنزلية الأخرى، وتستمر المسؤولية المشتركة حتى في حالة الطلاق ما لم يوجد في عقد الزواج شروط أخرى تعدل من القواعد التي يذكرها القانون⁷⁷⁹.

وحيث أنه إذا وقع الطلاق تنازع الزوجان حول حضانة الأبناء، فالشرع والقانون يقدمان الزوجة على الزوج والنساء عموماً يقدمن على الرجال، ولا تجبر المرأة عليها إلا إذا لم يوجد غيرها مراعاة لمصلحة المحضون، لذلك قال ابن القيم⁷⁸⁰: "والصحيح أن الحضانة حق لها - أي الحاضنة - وعليها إذا احتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها".

الفرع الثاني

ترتيب الحواضن وشروطهم

تطرح مسألة ترتيب الحواضن إشكالا من حيث مبدأ المساواة بين الرجل، فأبي الأبوين يقدم في استحقاق الحضانة وكيف يكون ترتيب الحواضن، وما الشروط الواجب توافرها في الحاضن.

أولاً: ترتيب الحواضن

نصت المادة 64 ق.أ، على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة للأم، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

وتعتبر هذه المادة من بين المواد التي جاء بها التعديل في سنة 2005، ومع ذلك أبقى المشرع على الأسبقية للأم في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون كما كان الأمر في المادة السابقة، غير أنه حاول أن يوازن بين جهة الأم وجهة الأب من أجل أن يخلق نوعاً من المساواة، إذ يلاحظ أنه أسند الحضانة للأم ثم من

778- Michel TETRAULT, op, cit, p. 401.

779- أكثر تفصيلاً، منذر الفضل، المرجع السابق، ص 319.
780- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد...، ج 4، المرجع السابق، ص 129.

بعدها للأب، ثم الجدة للأم وهي محسوبة على جهة الأم ثم للجدّة الأب وهي محسوبة على جهة الأب وفي نفس درجة الجدّة الأم، ثم الخالة وهي محسوبة على جهة الأم ثم العمّة وهي محسوبة على جهة الأب.

وتقدم الأم على غيرها في الحضانة لأنها أكثر شفقة وحنانا من غيرها وأكثر صبرا على احتمال المحضون، والرعاية له والسهر من أجله⁷⁸¹.

وقول المشرع: "الأم أولى بحضانة ولدها....." هو إدراكا منه بأن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه، ومن ثم إذا انصرفت لا تؤخذ منها إلا بموجب مسقط شرعي، أو ثبوت عدم قدرتها على تربيته والاعتناء به، فالأم أشفق الناس على طفلها وأرفقهم به⁷⁸².

وأثبتت الدراسات أن الأم أكثر إمداد للمحضون بالحب والعطف والطمأنينة وهي قواعد أساسية لتنشئته نشأة سليمة، فما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الإجتماعية طيلة سنوات عمره⁷⁸³.

لكن إذا رجعنا إلى نص المادة 64 قبل تعديلها فنجدها كانت تنص على أن "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك"، والسؤال المطروح هو: ما هدف المشرع الجزائري من تعديل ترتيب الحواضن، وما سر ترتيبهم على هذا النحو؟

لقد ذكر ممثل الجزائر في رده على التوصيتين 25 و 26 لجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في تقرير الجزائر الثاني سنة 2005، ذكر أن التعديل المدخل على قانون الأسرة يستجيب إلى مبدأ الحرص على مصلحة الطفل، وهكذا فإن الأب يأتي في المرتبة الثانية بعد الأم⁷⁸⁴.

وما جاء في هذا التقرير هو محاولة من الجزائر لإثبات سعيها تطبيق مبادئ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وبالأخص الفقرة "ح" من المادة 16 من الاتفاقية، والتي أشارت إلى وجوب تساوي الزوجية في الحقوق والمسؤوليات في الأمور المتعلقة بأطفالهما وأكدت على وجوب أن تكون لمصلحة

781- عثمان التكروري، المرجع السابق، ص255.

782- أحمد شامي، المرجع السابق، ص207.

783- أنظر، العرابي خيرة، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2002، ص 202.

784- الأمم المتحدة، وثيقة cedaw/c/dza/3-4، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التقارير الدورية المجمعّة الثالثة والرابعة للدول الأطراف، الجزائر، 2010.

الأطفال الاعتبار الأول.

فإذا كان المشرع الجزائري يرى أن التعديل يراعي مصلحة المحضون، فهل هذا يعني أن المادة 64 قبل تعديلها لم تكن تراعي مصلحة المحضون؟

إن المادة 64 كانت تقدم النساء على الرجال رغم أنها أدرجت الأب قبل أم الأب، وفقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على تقديم النساء في الحضانة على الرجال⁷⁸⁵. فالحواضن نساء، وإن انعدموا انتقلت الحضانة إلى الرجال فالترجيح للنساء من حيث الجملة لدى الفقهاء مع اختلاف في بعض الجزئيات⁷⁸⁶.

فالفقهاء يرون أن مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته للنساء وعدم إسنادها للرجال إلا إذا انعدمت النساء، خصوصا إذا كان صغير، ويوردون لذلك أسباب ومبررات سبق ذكرها، كحاجته للحنان والعطف وقدرة النساء على الرعاية والصبر والاعتناء. ولعل من مبررات المشرع الجزائري التي جعلته يرى مصلحة المحضون في إسناد الحضانة للأب مباشرة بعد الأم، هي أن النزاع أمام المحاكم يدور دائما بين الأم والأب.

وإن كان التعديل قد أقر مبدأ التداول إلا أنه يظل البحث عن السبب في تعديل هذه المادة متواصلا طالما أن الأعمال التحضيرية لهذا التعديل لم تصل إلى القانونيين والمنتبغين في هذا المجال⁷⁸⁷.

إن اجتهاد المشرع الجزائري في نص المادة 64 ق.أ لا يوافق أي رأي من آراء فقهاء المذاهب الفقهية، فأقرب مرتبة أخذها الأب في ترتيب الحواضن كانت لدى الحنابلة، وقد رتبوه بعد الأم وأمّهات الأم الأقرب فالأقرب، ولكن اجتهاد المشرع قد يوافق رأي لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والتي ترى أن كل ما في الشريعة تمييزا ضد المرأة.

وقد رتب فقهاء الشريعة الإسلامية الحواضن من النساء على النحو التالي:

(1) عند المالكية⁷⁸⁸، الأم، ثم الجدة للأم، ثم الخالة، ثم الجدة للأب وإن علت ثم الأخت، ثم العمّة، ثم ابنة الأخ، ثم للوصي.

(2) عند الشافعية⁷⁸⁹، الأم، ثم أمهاتها المدليات بالإناث لا بالذكور، ثم أم الأب وجدّاته المدليات بالإناث

785- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص720.

786- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج 10، ص15.

787- باديس نياي، المرجع السابق، ص149.

788- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص526.

وإن علون. ثم أم الجد وجداته، ثم أم أب الجد وجداته كذلك، ثم الأخوات ثم الخالات، ثم بنات الإخوة، ثم العمات.

(3) عند الحنفية⁷⁹⁰، الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العصابات بترتيب الإرث.

(4) عند الحنابلة⁷⁹¹، الأم، ثم أمهاتها القربى فالقربى، ثم الأب، ثم أمهاته القربى فالقربى، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم جد الأب، ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت من الأب، ثم الأخت من الأم، ثم الأخ لأبوين، ثم الأخ لأب، ثم أبناؤهما، ثم الخالات، ثم العمات.

أما إذا استوى اثنان في القرابة والإدلاء كالأختين، فقال بعض الفقهاء بالترجيح للأورع وقال آخرون بالصيانة والشفقة وقالوا أيضا بالأكثر سنا ومراعاة مصلحة المحضون، غير أن الشافعية قالوا يقرع بينهما⁷⁹².

قال الإمام محمد أبو زهرة: "يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات، فالأولى هي ولاية التربية، والدور الأول منها يكون للنساء وهو ما يسمى بالحضانة وهي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا، وهي حق للأم، ثم لمحارمه من النساء، وثبت وجوبها عليهن لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن أولا، ولأن الآثار الصحية قد وردت بأن النساء أحق بالحضانة"⁷⁹³.

إن ترتيب الحواضن في قانون الأسرة الجزائري هو ترتيب إلزامي للقاضي ولا يجوز له أن يناقضه إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك، ولهذا جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق.أ، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب"⁷⁹⁴.

789- الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج6، ص243.
790- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، ص262.
791- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص326.
792- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص724.
793- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص406.
794- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 17/03/1998، ملف رقم 179471، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص172.

وعليه فمصلحة المحضون مقدمة على أي اعتبار آخر، ومع ذلك للحاضن شروط، فما هي؟

ثانياً: شروط الحواضن

جاء في المادة 62 ق.أ، أنه "يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"، ورغم أن المشرع لم يذكر شروط الحضانة تفصيلاً إلا أن العبارة الواردة في المادة 62 أعلاه تكفي في سبيل ذلك، فالأهلية للقيام بالحضانة تقتضي أن يكون الحاضن بالغاً عاقلاً قادراً على التربية والرعاية، وهي نفسها الشروط التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية، لأجل ذلك فشروط ممارسة الحضانة هي كالتالي:

هناك شروط عامة للنساء والرجال، وأخرى خاصة بالرجال أو خاصة بالنساء، فأما أول الشروط العامة، فإنه يشترط في الحاضن البلوغ والعقل، فإذا لم يكن الحاضن بالغاً فإنه لا حضانة للصغير وإن كان مميزاً لأنه نفسه عاجز عن تسيير شؤونه. وغير العاقل كالمجنون والمعتوه، هو الآخر يحتاج إلى من يتولى أمره، فلا يصح أن يتولى أمور غيره، بل ذهب المالكية إلى اشتراط أن يكون الحاضن رشيداً فلا حضانة لسفيهه لأنه يتلف مال المحضون⁷⁹⁵.

والشرط الثاني في الحاضن هو أن يكون قادراً على تربية المحضون أي يكون مستطيعاً، فلا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل، ولا حضانة لمهملة لشؤون بيتها بحيث يخشى على الطفل الضياع⁷⁹⁶. وقد ذكر الشافعية أنه يجب ألا يكون بالحاضن مرض دائم كالسل والفالج إن عاقه تألمه عن نظر المحضون بأن كان بحيث يشغله ألمه عن كفالتة وتدبير أمره، أو عن حركة من يباشر الحضانة، فتسقط في حقه دون من يدبر الأمور بنظره، ويباشرها غيره⁷⁹⁷. فيدخل إذاً في القدرة على الحضانة وجوب خلو الحاضن من المرض المضر بالمحضون.

ويشترط ثالثاً في الحاضن الأمانة على الأخلاق، أي ألا يكون فاسقاً ويتحقق هذا بالعدالة الظاهرة، فلا حضانة لفاسق كشارب الخمر أو مشتهر بالزنا، لأنه لا يوفي الحضانة حقها.

والمقصود بالفسق المانع من استحقاق الحضانة هو الفسق الذي يلزم منه ضياع المحضون، أو فساد أخلاقه وسوء تربيته، لأن هذا الفسق يحمل صاحبه على إهمال المحضون والتفريط في حقه، فلا يحصل

795- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص529.

796- طاهري حسين، المرجع السابق، ص153.

797- الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج3، ص456.

المقصود من حضانتها ، وعندما لا يبقى هناك مبرر لبقاء حضانتها لفوات مصلحة المحضون التي شرعت الحضانة لأجلها⁷⁹⁸. وخلافا لما ذهب إليه الفقهاء ذهب الإمام ابن القيم إلى عدم اشتراط عدالة الحاضن، وقال بأن الفسق ليس بمانع من الحضانة⁷⁹⁹.

يترتب على السلوك المشين للحاضن مخاطر عظيمة ليس فقط بالنسبة للمحضون، بل بالنسبة لأسرته وللمجتمع بأكمله. بالنسبة للمحضون، أولاً، حيث ينجم على هذا السلوك انحلاله واضطرابه نفسياً، وما جرائم جنوح الأحداث إلا خير دليل على ذلك. وبالنسبة للمجتمع، ثانياً، إذ من المحتمل أن يؤدي هذا التصرف إلى كثير من الجرائم الماسة بمصالح الدولة والأفراد وإلى انتشار الفساد في البلاد⁸⁰⁰.

أما الإسلام فهو شرط عند الشافعية، فلا تسند حضانة ابن المسلم للكافر⁸⁰¹، ورأى المالكية أنه لا يشترط إسلام الحاضن، وهو الرأي الذي ذهب إليه المشرع الجزائري وقضاء المحكمة العليا أيضاً.

ويشترط في المرأة الحاضنة ألا تكون متزوجة بغير قريب محرم للمحضون وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 66 ق.أ، بقوله: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم" فجعله من مسقطات الحضانة فإذا كان يسقطها بعد قيامها لأنه لا حق لها، فهو يمنعها قبل قيامها إذا كان سابق لها.

ورد في قرار المجلس الأعلى أنه: "متى كان مقررراً في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ألا تكون متزوجة ولو كانت أمماً، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذا يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدة الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة"⁸⁰².

قد يرى البعض أن اشتراط عدم التزوج من قريب محرم للمحضون يعتبر تمييزاً ضد المرأة، لأنه لا يشترط في حق الرجل، لكن يكفي في الرد على هذا لمن كان يؤمن بالله ورسوله، قول النبي صلى الله عليه وسلم

798- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج10، ص38.

799- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج4، ص132.

800- حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص410.

801- الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج6، ص238.

802- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/05/05، ملف رقم 40438، المجلة القضائية، 1989، العدد 02، ص75.

"أنت أحق به مالم تنكحي"⁸⁰³.

ومن قضاء الصحابة، عن سعيد بن المسيب قال: "طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه أم ابنه عاصم فترافعا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه بشأن ابنه عاصم فقضى به أبو بكر لأمه ما لم يشب أو تتزوج، وقال أبو بكر: إن ريحها -أي ریح الأم- وفرادها خير له حتى يشب أو تتزوج، وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم"⁸⁰⁴.

ولمن يبحث عن دليل آخر، فإن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون⁸⁰⁵، وبزواج الحاضنة من أجنبي يفوت هذا المقصود، لأن الزوج الأجنبي ينظر إليه نظرة المبعوض فضلا على أن الحاضنة المتزوجة مشغولة بحق هذا الزوج، فلا تتفرغ للقيام بحقوق هذا المحضون، وحضانة المحضون من قبل المتزوجة في بيت زوجها الأجنبي يلحق عارا أو غضاضا على أقارب المحضون⁸⁰⁶.

وإذا كانت الاتفاقيات الدولية تركز على مصلحة المحضون، فإن المشرع الجزائري هو الآخر أولاهها العناية اللازمة، واهتمت بها الشريعة الإسلامية أكثر من ذلك، فقد اشترط بعض الفقهاء ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه ويكرهه، ولو كان قريبا له، لأن سكنها مع المبعوض يعرضه للأذى والضياع⁸⁰⁷، فلا حضانة لها حينئذ. ولأجل ما سبق تستحق الحاضنة سكن لممارسة الحضانة.

الفرع الثالث

سكن ممارسة الحضانة

لقد جاء في نص المادة 72 ق.أ قبل تعديلها أن: "تفقه المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته"، فهذه المادة جاءت في إطار إقامة التوازن بين الحقوق والواجبات الخاصة بكل من الرجل والمرأة بعد الحياة الزوجية، توزيع الأعباء توزيعا عادلا يخالف مبدأ المساواة لأن المساواة قد لا تكون عادلة، وقد تضر بمصلحة المحضون. فالمحضون لا يمكن أن يقتسمه الأب والأم، كما لا يمكن أن يحضن مدة معينة عند الأم وأخرى عند الأب، بل العقل والمنطق يقتضيان أن يكون عند أحد

803- أخرجه أبو داود برقم 2276، باب من أحق بالولد. أنظر، أبو داود، السنن، ج7، المرجع السابق ص317.

804- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد...، ج4، المرجع السابق، ص123.

805- Mostefa KOUIDRI, op, cit, p.40.

806- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج10، ص44.

807- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، المرجع السابق، ص729.

الأبوين، ويلتزم الآخر ببعض الواجبات، وهو النهج المعتمد من قبل المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية.

ففي الوقت الذي تتولى المرأة الحضانة، يتولى الرجل العديد من الواجبات والتي منها توفير مسكن ممارسة الحضانة. أما إذا انتقلت الحضانة إلى الرجل، فإن المرأة لا تنتقل إليها الواجبات التي كانت على عاتق الرجل، بل تبقى على عاتقه هو. فلا تلزم المرأة - وإن كانت أما للمحضون- بشيء، فليس عليها أن توفر مسكن ممارسة الحضانة، وفي هذا إكراما وتقديرا كبيرا للمرأة يستحيل أن تجده في الاتفاقيات الدولية، ويستحيل أن يحققه مبدأ المساواة المزعوم.

وقد جاء في المادة 52 ق.أ قبل تعديلها أنه "إذا كانت المطلقة حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها، يضمن حقها في المسكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا".

وهذه المادة لا تحل مشكل كل المحضونين، وهي مجحفة للمرأة، وعليه ينبغي إسناد المسكن الزوجي للمرأة المطلقة الحاضنة حتى ولو كان وحيدا، لكن مع ذلك فهذا الحل ينهي مشكل فئة أولاد الآباء الميسورين ويصعب تطبيقه بالنسبة للآباء ذوي الدخل المحدود، حيث هناك أحوال قد يكون المسكن الزوجي مسكن مشترك لإيواء أبوي الزوج وإخوته، وقد يكون مملوكا لأب الزوج أو أمه⁸⁰⁸.

وقد حرص المشرع الجزائري أيما حرص على ضرورة توفير مسكن ممارسة الحضانة، وفي سبيل ذلك جاء في المادة 72 ق.أ، أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

وجاء في رد الجزائر على توصية لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة رقم 65 و 26، أن الأب مطالب وفقا للأحكام الجديدة، بتوفير مسكن لائق أو عوضاً عن ذلك يدفع منحة سكن تسمح بتغطية تكاليف إيجار مسكن لتتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المسند إليها، في ظروف مقبولة⁸⁰⁹.

808- أنظر، هرنان عبد الرحمن، السكن الزوجي والحضانة والطلاق وأزمة السكن، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ديسمبر 2005، العدد 8، ص 94.

809- وثيقة الأمم المتحدة: cedaw/c/dza/3-4، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التقارير الدورية المجمعثة الثالثة والرابعة للدول الأطراف، الجزائر، 2010.

فمن حق الحاضنة والتي كانت زوجة للرجل وهي أم للمحضون، من حقها أن تستقل بسكن تمارس فيه الحضانة. والسؤال المطروح هو: هل توفير السكن يقتصر على الأم الحاضنة أم يتعداها إلى غيرها من الحواضن؟

إن مواد قانون الأسرة تشير إلى قصر الحق على الأم الحاضنة فقط، ففي المادة 72 ق.أ، أشار المشرع إلى أن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية. والقول ببقائها يعني أنها كانت موجودة فيه سابقا، وهذا يقتضي أن الحاضنة في هذه الحالة هي نفسها الزوجة المطلقة، وإلا فغيرها يفترض عدم وجودها في منزل الزوجية، ثم أن المادة 61 ق.أ، تنص على أنه "لا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة...". فهذا النص يؤكد أيضا على حق الزوجة المطلقة على البقاء في بيت الزوجية حتى وإن لم تكن حاضنة ما دامت في العدة، فمن باب أولى أن تبقى فيه إذا كانت حاضنة، وفي هذه الحالة إلى غاية تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن.

ولم يشترط المشرع الجزائري في الحاضنة الأم ألا يكون لها مسكن، ومعنى ذلك أن الأب يلزم بتوفير السكن لها من أجل ممارسة الحضانة حتى وإن كانت تملك سكنا.

وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الاتجاه، حيث جاء في قرار لها بأنه: "لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكنا"⁸¹⁰.

وقد جاء هذا القرار مناقضاً لما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارات سابقة حيث كانت تسقط حق الحضانة في السكن بمجرد وجود ولي يقبل إيواها ففي قرار آخر جاء ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه إذا كانت الأم حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها فعلى الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في السكن مع محضونها، وأن نفقة المحضون وسكنها من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته. ولما ثبت من قضية الحال أن للزوج مسكنا آخر بنفس البلدية حسب اعترافه فإن قضاة المجلس قد أخطأوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعة بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه، لاسيما وأن احتمال عدم وجود ولي يقبل إيواها مع محضونها قائما، ومتى كان ذلك استوجب نقض قرارهم جزئياً"⁸¹¹.

أما الحاضنة غير الأم، فلم يشر المشرع الجزائري إلى حقها في سكن ممارسة الحضانة، رغم أنه

810- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2002/07/31، ملف رقم 288072، المجلة القضائية، 2004، العدد 1، ص 285.

811- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1993/04/27، ملف رقم 105366، المجلة القضائية، 1994، عدد 02، ص 82.

استعمل لفظ "الحاضنة" وهو يشمل الأم وغير الأم، لكن المعلوم أنه إذا كانت الحاضنة غير الأم لا تملك منزلاً، فوجب توفير مسكن لها، أما إذا كان لها منزل، فيبقى السؤال مطروحاً: هل تستحق مسكن لممارسة الحضانة أو أجرته؟

اتفق الحنفية على المختار⁸¹² على وجوب توفير أجره السكن لممارسة الحضانة وهو حق للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما سكن لأن أجره المسكن من النفقة الواجبة للصغير، فتجب على من تجب عليه نفقته.

وقد أكدت أيضا المادة 78 ق.أ على أن السكن من مشتقات النفقة فقد جاء فيها أنه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ثم إن المادة 75 ق.أ، أكدت أيضا على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال". ومعنى هذا أن الولد المحضون نفقته واجبة على أبيه ومن ضمن النفقة يجب عليه توفير سكن له، فإذا وفر له سكنا فإن الحاضنة وإن كانت غير أم تستفيد من هذا السكن، وعليه نقول أن الحاضنة غير الأم إذا لم تستحق السكن باعتبارها حاضنة، فإنها تستحقه تبعا لأنه حق للمحضون.

ويشترط في مسكن الحضانة أن يشمل على المواصفات الضرورية لأن يكون صالحا للعيش فيه⁸¹³. وذهب الفقهاء إلى أبعد من هذا فعند فقهاء الحنفية⁸¹⁴ إذا كانت الحاضنة زوجة أو معتدة لأبي المحضون في أثناء العدة فتستحق النفقة، وهي كافية للحضانة ولا تستحق أجره على الإرضاع والحضانة، لوجوبها عليها ديانة. أما بعد انقضاء العدة فتستحقها عملا بشبه الأجرة.

واتفق جمهور الفقهاء على وجوب توفير خادم أو أجرة خادم إذا كان الصغير يحتاج إلى ذلك لأنه من لوازم المعيشة⁸¹⁵.

وفي هذا الزمان أصبحت المرأة كثيرة الانشغالات بسبب خروجها للعمل، أو انشغالها بالتجارة، أو العمل الجمعي أو السياسي أو الدعوي، ويضاف إلى هذا أعباء الحضانة إذ أن حضانة الطفل تتطلب جهدا

812- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، 261.

813- عبد الفتاح تقيه، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 245.

814- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، 260.

815- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص736.

فكريا وماليا وتتطلب عناية ووقتا، لأجل ذلك فليس صحيحا الدعوة إلى المساواة كما تنص عليه الاتفاقيات الدولية وإنما الصحيح الدعوة إلى العناية بالمرأة الحاضنة وذلك بتبني آراء الفقهاء، فعلى المشرع الجزائري أن يدخل تعديلات على قانون الأسرة، ويمكنه في سبيل ذلك أن يدرج مبدأ وجوب أجره الحضانة وأجرة الرضاع فضلا عن النفقة بمختلف مشتملاتها على أن يكون ذلك في حدود استطاعة الأب، أو من تجب عليه النفقة.

وإذا كانت المادة 72 تظهر أن المشرع الجزائري حاول جاهدا أن يضمن حق المرأة في السكن اللازم لممارسة الحضانة، فقد جاء في المادة المذكورة أنه تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن.

وهذه الفقرة من المادة 72 ق.أ تكرر اجتهادا غير صائب من قبل المشرع الجزائري، وإلا كيف يطلب من الزوجة الحاضنة أن تبقى مع زوجها السابق وهو قد صار أجنبيا عنها، وإذا كان ذلك ممكنا في العدة من طلاق رجعي إلا أنه غير ممكن إذا كان الطلاق بائن، ومعلوم أن الطلاق حسب قانون الأسرة لا يكون إلا بحكم، وبالتالي لا يكون إلا بائنا بعد صدور الحكم.

تصبح المطلقة في قانون الأسرة أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف لأجنبية أن تقيم ببيت صار أجنبيا عنها، في الوقت الذي لم يلزم المشرع المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة رفقة أبنائها⁸¹⁶.

إن إسناد المسكن الزوجي للزوجة الأم لتقوم بمهام الحضانة يعني طرد صاحبه أي الزوج السابق، وعليه أن يتدبر أمره بعد أن فقد كل شيء، الزوجة والعيش مع أولاده والمسكن⁸¹⁷.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا اعتبار الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي تقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه أصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون⁸¹⁸.

و لم تسمح المحكمة العليا ببقاء الحاضنة في بيت الزوجية إلا إذا كان الزوج يمتلك سكنا آخر، وقد جاء في قرار لها، أنه: "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكنا آخر، ومتى تبين من قضية الحال أن الطابق السفلي ممنوح لممارسة الحضانة فإن قيام الزوج بهبة هذا الطابق لوالديه بعد صدور

816- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص158.

817- هرنان عبد الرحمن، المرجع السابق، ص87.

818- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/12/14، ملف رقم 348644، نشرة القضاة، 2006، العدد 59، ص 244.

الحكم بالطلاق يعتبر تهرباً واحتيالا قصد حرمان الطاعنة من ممارسة الحضانة، وعليه فإن القرار المنتقد عندما ألغى الحكم المستأنف فيما يخص السكن الممنوح للطاعنة في الفيلا التي يملكها المطعون ضده، خالف أحكام المادة 52 من قانون الأسرة⁸¹⁹.

إن بقاء الحاضنة في بيت الزوجية ليس له ما يبرره، وليس هناك أساس شرعي يقوم عليه أو أساس ديني، فضلا عن هذا يبدو من خلال المادة 72 أن المشرع اهتم بالحاضنة إذا كانت زوجة سابقة لأب المحضون، بأن ضمن حقها وأرشدنا إلى البقاء في بيت الزوجية إلى حين تنفيذ الحكم القاضي بتوفير مسكن ممارسة الحضانة. ومعلوم أن الحاضنة قد تكون غير الزوجة المطلقة، فهل الحواضن غير الأم الحاضنة، ليس لهن الحق في مسكن ممارسة الحضانة طالما أن إجراء البقاء في بيت الزوجية لا يعنيه في شيء.

إن المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة وأن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب⁸²⁰.

الفرع الرابع

سقوط حق الحضانة وعودته

إن الحضانة في كل الأحوال هي حق مؤقت ينتهي بطريقة أو بالأحرى، فقد ينتهي بانقضاء مدة الحضانة، فقد جاء في المادة 65 ق.أ، أنه "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يرضى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

وانقضاء مدة الحضانة يختلف عن سقوط الحضانة، فالسقوط له مبررات ويكون قبل انتهاء المدة، أما الانقضاء فيكون بعد مرور مدة زمنية حددها المشرع بعشرة سنوات للذكر وتسعة عشر سنة للأنثى. وقد يعتبر هذا تمييزا في نظر اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بالرغم من أن اجتهاد المشرع الجزائري في هذه المسألة يتماشى مع اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية فمنهم من يرى أن سن الحضانة هو سن التمييز

819- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 17/03/1998، ملف رقم 179558، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 210.

820- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص158.

ومنهم من يرى أنه سن البلوغ. ففي المسألة قولان، أولهما للشافعية والحنابلة وابن القيم والظاهرية والزيدية، وحاصل قولهم أن الذكر يتساوى مع الأنثى في سن الحضانة وبالتالي يجوز أن يخير كل منهما في السن التي يخير فيها الآخر. والقول الثاني للحنفية والمالكية والإمامية وحاصل قولهم إن الذكر لا يتساوى بالأنثى في سن التمييز، وأن لكل منهما سناً معيناً يخير فيها⁸²¹.

ويتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بالقول الثاني الذي لا يساوي بين الذكر والأنثى في مدة الحضانة، وتحديد مدة حضانة الذكر بعشر سنوات يقترب من قول الحنفية الذين يقولون بسن استغناء الصغير عن الحضانة وهو عندهم سبع سنين في الغالب، ويقال تسع سنين⁸²²، وقول الشافعية أيضاً بأن مدة الحضانة إلى بلوغ المحضون سن التمييز وهو سبع أو ثمان يزيد أو ينقص⁸²³، وقول الحنابلة أن مدة حضانة الغلام إلى سبع سنين⁸²⁴. أما عند المالكية فهو سن البلوغ، قال مالك "يترك الغلام في حضانة أمه حتى يحتلم، والجارية حتى تتكح"⁸²⁵. وأخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في حضانة الأنثى والتي تمتد عندهم إلى أن يدخل بها الزوج.

ويمكن للمشرع الجزائري أن يساوي بين الذكر والأنثى في مدة الحضانة طالما هناك رأي فقهي يقول بهذا ويجمع لذلك أدلة مختلفة، ويصبح هذا القول كما يقول الأستاذ عبد الله مبروك النجار⁸²⁶ يتفق ومقاصد الشريعة العامة في المساواة بين الذكر والأنثى في الحقوق الإنسانية الثابتة لهما.

وإن كان في الحضانة حق للحاضنة، فإنه مع ذلك يمكن أن يسقط هذا الحق (أولاً)، كما يمكن أن يعود بعد سقوطه (ثانياً).

أولاً: سقوط حق الحضانة

وتسقط الحضانة عن مستحقتها وفقاً لما جاء في مواد قانون الأسرة إذا وجدت إحدى المبررات التالية:

821- أنظر، عبد الله مبروك النجار، التحديد الفقهي لسن حضانة الأم لطفلها، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2004، العدد 28، ص 111.
822- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، ص267.
823- الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج6، ص240.
824- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص415.
825- مالك بن أنس، المدونة الكبرى...، المرجع السابق، ج2، ص258.
826- عبد الله مبروك النجار، المرجع نفسه، ص116.

I. اختلال شروط الحضانة

نصت المادة 67 ق.أ، على أنه "تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، وبالرجوع إلى المادة 62، نجدتها تتحدث عن واجبات الحضانة، وعن الأهلية للقيام بالحضانة، ولذلك فإن الحضانة تسقط إذا لم يقيم الحاضن بواجبات الحضانة من تربية ورعاية وتعليم وحفظ للمحضون. كما أنها تسقط إذا أصبح الحاضن غير أهل، وعدم الأهلية للحضانة قد يكون بسبب العجز أو المرض. فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ"⁸²⁷.

كما قد يكون سقوط الحضانة بسبب تفهقر في الأخلاق، فقد كانت المادة 52 السابقة على تعديل قانون الأسرة تنص على أنه "تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبتت إنحرافها". وكان القضاة لا يكتفون بإسقاط حق المطلقة في السكن، بل ويسقط حقها في الحضانة متى ثبت أنها منحرفة، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا⁸²⁸ بتاريخ: 1997/09/30، من أنه "من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 ق.أ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة".

وذهبت القضاء إلى أبعد من هذا، حيث أسقطت حضانة أم الأم بسبب فساد أخلاق الأم، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ: 1984/01/09 من أنه: "متى ثبت سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضاً حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معاً، وللحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدها لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد

827- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 33921، المجلة القضائية، 1989، العدد 04، ص 76.
828- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1997/09/30، ملف رقم 171684، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 169.

أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها"⁸²⁹.

II. تزوج الحاضنة بغير قريب محرم

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط المسقط للحضانة في المادة 66 ق.أ، كما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزواج بأجنبي يسقط الحضانة لقوله: صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تتكحي"⁸³⁰. والمشرع الجزائري لم يشترط حصول الدخول في هذا الزواج، لذلك يكفي إثبات الزواج لتسقط الحضانة عن الحاضنة، قبل لأنه بالعقد يملك الزوج منافع الاستمتاع بها ويملك منع زوجته من حضانة ولدها"⁸³¹.

وقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون الزوج قريب محرم وإلا سقطت الحضانة وهذا مذهب الحنفية الذين يشترطون أن يكون محرما له من جهة الرحم"⁸³².

وتبعا لسقوط الحضانة بالزواج بأجنبي، أضاف المشرع في المادة 70 ق.أ، أنه "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم". ويفهم من المادة أنه يشترط في الجدة أو الخالة وباقي الحواضن ألا يكن متزوجات بغير قريب محرم. فقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "إذا كان يشترط في الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج بغير قريب محرم، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون"⁸³³. ويرر القضاء إسقاط الحضانة في هذه الحالة بانشغال الحاضنة، والأصح كما ورد في الفقه الإسلامي هو أن زوج الأم يبغض المحضون، فوجب إخراجه من بيت فيه من يبغضه"⁸³⁴.

III. تنازل الحاضنة عن حق الحضانة

أورد المشرع الجزائري في المادة 66 ق.أ، أن الحضانة تسقط بالتنازل من قبل الحاضنة واشترط في ذلك ألا يكون هذا التنازل ضارا بمصلحة المحضون، ومن الضرر ألا يكون هناك حاضن يقبل تولي رعاية مصالح المحضون، وكذلك من الضرر أن يكون المحضون في حاجة إلى الحاضنة هذه كأن تكون أم. ومثال

829- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/01/09، ملف رقم 31997، المجلة القضائية، 1989، العدد 1، ص72.

830- أخرجه أبو داود برقم 2276، باب من أحق بالولد.

831- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج 10، ص46.

832- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، ص266.

833- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1986/05/05، ملف رقم 40438، المجلة القضائية، 1989، العدد2، ص75.

834- جاء في فقه الحنفية أن: "زوج الأم الأجنبي يطعمه نذرا، أي قليلا، وينظر إليه شذرا، أي نظر البغض". أنظر، ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، ص266.

ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 1989/07/03 جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأكيد الحكم القضائي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁸³⁵. وهذا القرار يؤكد أن الحضانة ليست حقاً خالصاً للحاضن يتنازل عنه متى شاء، بل فيها أيضاً حق للمحضون، وهو ما يعبر عنه عادة بمصلحة المحضون.

IV. عدم طلب الحضانة لمدة تزيد عن السنة

جاء في المادة 68 ق.أ، أنه "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، وهذا الشرط مستمد من الفقه الإسلامي، غير أنه ليس كاملاً.

ذهب فقهاء المالكية⁸³⁶ إلى أنه إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها، يسقط حقه بالشروط

الآتية:

- 1- أنه يعلم بحقه في الحضانة فإن كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة لا يسقط حقه مهما طال مدة سكوته.
- 2- أنه يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا أمر فرعي يعذر الناس بجهله.
- 3- أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقها، فلو مضى على علمه أقل من سنة وهو ساكت، ثم طلبها قبل مضي العام، قضي له باستحقاقها.

ورغم أن هذه الشروط التي أوردها فقهاء المالكية هي شروط واقعية إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بها واكتفى بإسقاط الحضانة عن مستحقيها إذا لم يطلبها لمدة تزيد عن سنة، مهما كان عذره. وتبعاً لهذا قد

835- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/07/03، ملف رقم 54353، المجلة القضائية، 1992، العدد 01، ص45.

836- بهرام الدميري، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2، ص763.

تتزوج الحاضنة بأجنبي ويدخل بها ولا يعلم بالزواج من كان يجب أن تنتقل إليه الحضانة، ثم إذا علم بعد مرور سنة وطلبها يقابل برفض طلبه لسقوط حقه.

ولعل المشرع الجزائري لم يشترط العلم بالحق في الحضانة والعلم بأن السكوت هذا بسقوط الحق لأنه قد ذكر ترتيب الحواضن، وذكر أن السكوت عن حق الحضانة يسقطها، وقد ورد كل ذلك في قانون الأسرة. ولا يخفى علينا أن المعول عليه قانونا هو قاعدة "لا يعذر أحد بجهل القانون"، ولعل هذه القاعدة تصلح لهذه الحالة أكثر من حالات أخرى لأن فتح باب الإدعاء سيجعل كل شخص يدعي بعدم العلم بالقانون أو عدم العلم بانتقال الحضانة إليه، وهذا أمر صعب الإثبات.

ومع ذلك فالمشرع علق الحضانة في حال عدم طلبها على انعدام العذر، وانعدام العذر يمكن أنه يفسر على انعدام العلم بانتقال الحضانة، أو وجود مانع يحول دون طلبها كأن يكون من انتقلت إليه الحضانة يقيم خارج الوطن ولا يعلم بانتقالها إليه أو علم ولم يستطع مباشرة إجراءات طلبها. فأحسن فعلا المشرع الجزائري عندما أخذ العذر بعين الاعتبار، ويبقى على مدعي العذر أن يثبت ذلك فالبينة على من ادعى، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير جدية السبب من عدمها.

وقد ورد في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1984/07/09 أنه "من المقرر شرعا وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، ولما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975/05/20 وأن الجدة للأم لم تحرك ساكنا إلا في شهر ديسمبر 1980 حيث طلبت ممارسة الحضانة، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب وإسنادها للجدة للأم، أخطأوا في قرارهم هذا وخالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁸³⁷.

وقد كان هذا الحكم في الوقت الذي كان الإعتماد في الفصل في قضايا الأسرة بناء على الشريعة الإسلامية بسبب انعدام قانون للأسرة، ثم بعد صدور قانون الأسرة كان ينص صراحة على أن الجدة لأم (أم الأم) تأتي في المرتبة الثانية بعد الأم، أما الأب فكان في المرتبة الرابعة للحواضن بعد الأم وأمها والخالة.

وفي المادة 69 ق.أ، نص المشرع الجزائري على أنه " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن

837- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 32829، المجلة القضائية، 1990، العدد 1، ص60.

يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

وسوى المالكية⁸³⁸، بين الحاضنة والولي في إسقاط حضانتها إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر مسافة ستة برد فأكثر⁸³⁹ بقصد الإقامة، ويسقط حقها إلا إذا سافرت مع الولي، فلا تسقط حضانتها عندئذ بانتقاله.

وكذلك جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1995/11/21 أن "الإقامة بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة لبعد المسافة"⁸⁴⁰.

وفي قرار آخر أكدت المحكمة العليا على وجوب مراعاة مصلحة المحضون، وتطبيق القانون عند رغبة الحاضن الإقامة بالخارج، فقد جاء في هذا القرار⁸⁴¹ أنه: "من المقرر قانونا انه إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة للأم، قد اشترطوا تلقائيا ممارسة الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو بنفسه بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، ومادام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم يستوجب النقض الجزئي".

وجاء في نص المادة 67/ف2 ق.أ، أنه "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

إن هذه المادة، المضافة لقانون الأسرة بموجب تعديل سنة 2005، جاءت لحماية حق المرأة في العمل وللحفاظة على حقها في الحضانة، ودون أن تكون مخيرة بين العمل والحضانة، وحتى لا يحتج الأب أو غيره أن الحاضنة العاملة ليس لديها الوقت للقيام برعاية وتربية المحضون، وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما أضاف أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون مما يفهم منه أن عمل المرأة يمكن أن يسقط

838- بهرام الدميري، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2، ص 761؛ الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص531.
839- ويسمى هذا السفر المسقط للحضانة بسفر النقلة ومقداره ستة برد أي حوالي 132 كلم. أنظر، عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص360.

840- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1995/11/21، ملف رقم 111048، نشرة القضاة، 1997، العدد 52، ص102.

841- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1993/06/23، ملف رقم 91671، المجلة القضائية، 1994، العدد01، ص72.

عنها الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك.

فإذا كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية، وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون⁸⁴².

تقول الدكتورة حميدو زكية بشأن ما جاء به المشرع في هذا الباب: "ومهما يكن من أمر فإننا نجد في منح القاضي سلطات واسعة في تقدير مصلحة الطفل أمرا ضروريا تحتمه طبيعة هذا الموضوع. فقد تكون هناك حاضنة موظفة ولا تمنعها وظيفتها الإهتمام بطفلها. ومعنى ذلك، هناك وظائف تناسب المرأة لكونها كذلك، من جهة، ولا تعرقل ممارسة الحضانة، من جهة أخرى، كالتدريس والتطبيب أو أمثالهما"⁸⁴³.

فعلى القاضي النظر في طبيعة عمل المرأة والنظر فيما إذا كان يتعارض مع مصلحة الطفل أو لا؟ وإلا فما الفرق بين حضانة أم تقضي أكثر أوقاتها بعيدا عن بيت الحضانة وبين امرأة عاجزة عن القيام بالطفل والتي تمنع من الحضانة؟ وكذلك من بين أسباب تقديم الشارع للنساء على الرجال في الحضانة كما يقول الدكتور عبد القادر داودي هو مكوثهم في البيوت واهتمامهن بالولد وعدم انشغالهن عنه، فإذا تغير الحال وجب تغير الحكم وارتفع التقديم لارتفاع سببه المناسب له⁸⁴⁴.

ثانيا: عودة حق الحضانة بعد سقوطه

جاء في نص المادة 71 ق.أ، أنه "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". ويفهم من المادة أنه متى كانت الحاضنة قادرة على اختيار سبب سقوط الحضانة، فإذا سقط لا يعود إليها. وتبعا لذلك فالزواج بغير قريب محرم يعتبر اختيارا من المرأة والتنازل كذلك، وعدم طلب الحضانة لمدة تزيد عن السنة يعتبر كذلك سببا اختياريا، والسكن في بلد أجنبي، وسكن الجدة أو الخالة بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، كلها أسباب اختيارية. ولا يبقى من الأسباب غير الاختيارية إلا عدم القدرة على الحضانة، وعدم الأهلية لذلك لسبب عارض، فهل كل الأسباب الاختيارية المذكورة تؤدي إلى سقوط الحضانة وعدم عودة هذا الحق؟

842- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص142.

843- حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص448.

844- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص209.

يرى بعض القانونيين أن حق الحضانة لا يعود بمفهوم المادة 71، إذا كان الحاضن هو من اختار سقوطها كأن يتنازل عنها، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ يوسف دلاندة⁸⁴⁵: "بمفهوم المخالفة لأحكام المادة 71 فإن سقطت الحضانة بناء على رغبة واختيار الحاضن، فإن الحضانة لا تعود لهذا الأخير، أما إذا كان السقوط ناتج عن تطبيق القانون كأن تتزوج الأم الحاضنة من غير قريب، ثم طلقت منه، ففي هذه الحالة فإن سبب سقوط الحضانة زال، ومنه يجوز لها المطالبة باسترداد حق الحضانة".

إذا رجعنا إلى المادة 71 فنجدها قد وصفت سبب السقوط بغير الاختياري، لذلك كان يجب تصويب العبارة بالقول أنه "يعود الحق في الحضانة إذا كان سقوطه غير اختياري، مع مراعاة مصلحة المحضون". ذلك أن غموض العبارة في نص المادة 71 ق.أ قد أثر أيضا على قرارات المحكمة العليا، فقد جاء في قرار لها بتاريخ 1990/02/05 أنه "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا وإختياريا يكون قد خالف القانون، متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"⁸⁴⁶.

فمن خلال هذا القرار يتضح أن المحكمة العليا اعتبرت أن سقوط الحضانة بالتزويج بأجنبي هو تصرف رضائي. لكن إذا كان الزواج ولو بأجنبي عن المحضون هو تصرف رضائي واختياري من قبل الحاضنة، فإن سقوط الحضانة تبعا لهذا الزواج ليس إختياريا من قبل الحاضنة وإنما تطبيق للقانون. ويدعم هذا الرأي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه أنه: "متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقا لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون"⁸⁴⁷.

أما القول بأن سقوط الحضانة بالتزويج بأجنبي يعد سببا إختياريا لا يسمح بعودة الحضانة، فمعناه أننا نخير المطلقة بين التمسك بالحضانة وعدم الزواج إلا بقريب للمحضون أو التزوج بغير قريب محرم وترك الحضانة، وهذا غير معقول ولا يمكن أن يقول به أحد لا شرعا ولا قانونا.

إذا سقط حق الحضانة على من له حق فيها لسبب من الأسباب ثم زال السبب الذي كان أساس

845- أنظر، يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص50.

846- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1990/02/05، ملف رقم 58812، المجلة القضائية، 1992، عدد 04، ص58.

847- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/07/21، ملف رقم 201336، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص178.

السقوط، فإن هذا الحق يمكن أن يعود إلى صاحبه بعد زوال هذا السبب. ويصبح من مصلحة الحاضن الذي صدر حكم سقوط حقه في الحضانة أن يقدم عريضة وفقا للقانون إلى المحكمة المختصة يطلب فيها الحكم له بإعادة حق الحضانة، وعليه فقط أن يذكر مكانته من الطفل موضوع الحضانة وأسباب سقوطها عنه، وبيانا واضحا وصريحا بإثبات زوال السبب الذي كان أساسا لسقوط حقه في الحضانة⁸⁴⁸.

إن السبب المسقط للحضانة إسقاطا اختياريا يكون بالتنازل عنها، ولا يجادل أحد في ذلك. ومع هذا يمكن أن تعود الحضانة للحاضنة بالرغم من تنازلها عنها وهذا استنادا للمادة 66 من ق.أ التي تشترط ألا يكون التنازل مضرا بمصلحة المحضون ومعنى هذا إذا كان مضرا فلا يقبل، وتجبر الحاضنة على التمسك بحق الحضانة وإمساك المحضون. أما إذا قبل التنازل بأن كان لا يضر بمصلحة المحضون، ثم تبين بعد مدة أن مصلحة المحضون تقتضي إرجاعه للحاضنة وطلبت ذلك، فيكون لها ما طلبت ولا يعتبر هذا معارضا لنص المادة 71 ق.أ، لأن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار طبقا لما ورد في قانون الأسرة الجزائري، وما جاء في الموثيق الدولية. وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ، فجاء في قرارها⁸⁴⁹ أنه: "من المستقر عليه قضاء أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم، ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يجرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و 67 ق.أ، وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".

وإذا سقط عن الحاضنة حق الحضانة، فإنها تبقى مستفيدة من حق الزيارة، خاصة إذا كانت أما للمحضون، فقد جاء في نص المادة 64 ق.أ، أنه: «على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

أمر المشرع القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأن الحكم يكون معيبا إذا نطق القاضي بإسناد الحضانة دون النص على حق الزيارة، ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس

848- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 143.

849- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/04/20، ملف رقم 220470، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 181.

لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائياً⁸⁵⁰.

لم يحدد القانون أوقات الزيارة ولا مدتها، فيبقى ذلك خاضعاً لاتفاق الطرفين وللأعراف المعمول بها على ألا يضر بمصلحة المحضون، وهو ما عبرت عنه المحكمة العليا بعبارة "يجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً" فقد جاء في قرارها بتاريخ 16/04/1990 أنه "متى أوجبت أحكام المادة 64 من ق.أ على أن للقاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁸⁵¹. ولقد برر القضاة قرارهم بالإعتماد على أن للطفل حاجيات مادية ونفسية.

ولقد قُدر حق الزيارة، إلى جانب دوره في متن الروابط العائلية، لرقابة المحضون، أي أنه أداة لرقابة تربية المحضون على دين أبيه، وتعليمه وتفقد صحته وخلقه. وهو كذلك وسيلة غير مباشرة لرقابة الحاضن في ممارستها اليومية للحضانة⁸⁵².

وقام المشرع الجزائري بحماية حق الحضانة وحق الزيارة، فقرر توقيع العقوبة على كل من ينتهك أحد هذين الحقين، لأجل ذلك جاء في قانون العقوبات⁸⁵³، في نص المادة 327 أنه: "كل من لا يسلم طفلاً موضوعاً تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات". ويلاحظ أن المشرع في هذا النص استعمل عبارة "موضوعاً تحت رعايته"، ولعله بذلك قصد التوسع في النص ليشمل مختلف أنواع الرعاية كالكفالة مثلاً، ولو كان المقصود الحضانة لما أعاد النص عليها في المادة 328 من ذات القانون.

جاء في المادة 328 ق.ع أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه

850- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 159.

851- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 16/04/1990، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، 1991، العدد 4، ص 72.

852- حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص 193.

853- أمر رقم 156/66، 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعدته عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني". وتجريم هذه الأفعال يصب أولا وأخيرا في مصلحة المحضون، كما يهدف إلى حماية الحاضن وصاحب الحق في الزيارة.

وتطبيقا لما سبق جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2001/03/27 أن "استناد المجلس في قرار الإدانة من أجل جنحة عدم تسليم الطفل لأبيه في إطار حق الزيارة إلى اعتراف المتهمه والمحضر المحرر من طرف المحضر القضائي يعد تطبيقا سليما للقانون"⁸⁵⁴. فالقرار يؤيد قيام جنحة عدم تسليم الطفل، وهذا بناء على إقرار المتهمه. وهذه الجنحة تقوم في حق الممتنع عن تسليم الطفل سواء رجلا كان أو امرأة.

إن الزوجة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها وإن ثبت لها حق الحضانة، إلا أن ذلك إلى جانب أنه لا يمنعها من العمل، فهو كذلك لا يمنعها من إعادة الزواج. وفي سبيل إعادة الزواج يتوجب على المرأة أن تنتظر فترة زمنية محددة في القانون تسمى بالعدة.

المطلب السادس

حق الزوجة في إعادة الزواج ومسألة العدة

تحرص المواثيق الدولية على المساواة بين الرجل والمرأة في حق التزويج، وحق إعادة الزواج دون قيد أو شرط بسبب الجنس أو الدين أو غيرها من العوامل. وقد رأينا أن قانون الأسرة يكفل للمرأة والرجل الحق في الزواج وتكوين أسرة مع مراعاة بعض الخصوصيات، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة الزواج، فالمشرع نص في المادة 30 ق.أ على أنه يحرم الزواج مؤقتا من المعتدة من طلاق أو وفاة. ومعنى هذا أن المرأة التي طلقت من زوجها أو توفي عنها زوجها يجب أن تمكث مدة معينة قبل السماح لها بإعادة الزواج، وتسمى هذه المدة بالعدة، لكن شرط العدة لا يخضع له الرجل، فهو يستطيع إعادة الزواج بمجرد طلاق زوجته أو وفاتها، ورغم أن هذه الأحكام مستمدة في أصلها من الشريعة الإسلامية، إلا أنها تعتبر طبقا لميزان المواثيق الدولية تمييزا ضد المرأة، فهل هي كذلك حقا؟

854- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2001/03/27، ملف رقم 239135، المجلة القضائية، 2001، العدد 2، ص 377.

إنه لا يمكن إصدار حكم بشأن قضية ما إلا بعد دراسة مختلف جوانبها، لذلك لا يمكن معرفة ما إن كانت العدة تشكل تمييزاً أم لا إلا بعد معرفة أحكامها وشروطها والحكمة منها. ومهما تكن النتيجة فقد ترى العين ما لم تكن تراه إذا تغيرت زاوية النظر فقط مع بقاء المنظور ثابت، لذلك أقول لا يمكن القفز على الواقع وإلغاء الفروقات الموجودة بين المجتمعات، وبين النساء والرجال.

إن القول بمقبولية النظام الذي تقره اتفاقية المرأة وانسجامه مع مختلف الثقافات وقابليته للتطبيق عالمياً يعني أن غالبية البشر يتبنون نمطاً موحداً في الحياة وهو النمط الغربي، ويتبنون مجموعة موحدة من المبادئ والقيم، لهم نسق معين في العيش. ولديهم فكرة موحدة عن حقوق وواجبات كل من الأفراد والمجتمع، ولهم مفاهيم موحدة فيما يتعلق بالأسرة والعلاقة بين أفرادها، عندئذ يمكن القول بأن ذلك النظام يكتسب مصداقيته باعتبار أنه سيكون موجهاً إلى مجموعة من الأفراد تجمعهم قواسم مشتركة ومفاهيم موحدة تجعل من التقيد بأحكام ذلك النظام أمراً ممكناً، ولكن الأمر في حقيقته ليس كذلك⁸⁵⁵.

إن من الجوانب السلبية للمؤتمرات الدولية، أنها تدعو إلى المعارضة الصريحة للدين والأخلاق والقيم وتدعو إلى إبطال القوانين والأعراف والتشريعات الدينية واستبدالها بالإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية، وتدعو إلى أحادية ثقافية في ظل العولمة.... لذلك يجب تحقيق التوازن بين ما جاءت به تعاليم الإسلام وما جاءت به الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية لتحرير المرأة، بحيث لا يفهم من تحرير المرأة التخلي عن المبادئ والقيم الإسلامية⁸⁵⁶.

ولعل الدعوة إلى احترام خصوصيات الدول والشعوب، اعترف بها المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان في الإعلان الصادر عنه سنة 1993⁸⁵⁷. حيث جاء في الفقرة الخامسة أنه: "يجب على المجتمع الدولي أن يعامل حقوق الإنسان على نحو شامل وبطريقة منصفة ومتكافئة، وعلى قدم المساواة، وبنفس القدر من التركيز، وفي حين أنه يجب أن توضع في الاعتبار أهمية الخاصيات الوطنية والإقليمية ومختلف الخلفيات الثقافية والدينية". وفي الجزائر يعتبر الإسلام دين الدولة، وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول للقانون،

855- محمد حسن القاسمي، الاتفاقية الدولية...، المرجع السابق، ص 636.

856- وسام حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 194.

857- إعلان وبرنامج فيينا، صدر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المعقود في فيينا خلال الفترة من 14 إلى 25 يونيو 1993، أنظر، لينا الطبال، المرجع السابق، ص 82.

وقد أوجبت الشريعة الإسلامية⁸⁵⁸ العدة على المطلقة وعلى المتوفى عنها زوجها، فلماذا شرعت العدة؟ (الفرع الأول)، وما أنواع العدة؟ (الفرع الثاني)، وكيف تحتسب؟ (الفرع الثالث)، وما التحول الذي يمكن أن يطرأ على العدة؟ (الفرع الرابع)، ثم ما هي أحكامها؟ (الفرع الخامس).

الفرع الأول

تشريع العدة لحكمة

لم يعرف المشرع الجزائري العدة ولم يذكر الحكمة منها وفي اللغة العدة بكسر العين جمع عدد، يقال عدت الشيء عدة: أحصيته إحصاء، وتطلق أيضا على المعدود فيقال عدة المرأة: أيام إقرائها⁸⁵⁹.

وشرعا، تعرف العدة على أنها مدة حددها الشارع بعد الفرقة يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي المدة⁸⁶⁰.

والعدة واجبة قانونا وشرعا، أما بالقانون فبمقتضى المواد 30 ق.أ، ومن 58 إلى 61 من قانون الأسرة. وأما في الشريعة الإسلامية، فقد قال تعالى: «وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ»⁸⁶¹ وقال أيضا: «وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ»⁸⁶² وقال أيضا عز وجل: «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»⁸⁶³، وقوله أيضا عز من قائل: «وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ»⁸⁶⁴.

ويتضح مما سبق أن العدة خاصة بالمرأة، أما الرجل فلا يعتد وإنما يجب عليه الانتظار في حالات معينة، وهي⁸⁶⁵:

1. إذا فارق الرجل زوجته، ويريد أن يتزوج أختها أو عمتها أو خالتها أو بنت أخيها أو بنت أختها، فلا

858- هذا لا يعني أن العدة مقصورة على الفقه الإسلامي فقط، بل هناك قوانين لدول غربية تنص على تربص المرأة قبل إعادة الزواج.

859- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج3، ص 272-275.

860- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص625.

861- سورة البقرة، الآية 228.

862- سورة البقرة، الآية 235.

863- سورة البقرة، الآية 234.

864- سورة الطلاق، الآية 4.

865- إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، المرجع السابق، ص168.

يجوز له أن يتزوج واحدة من هؤلاء إلا بعد انقضاء عدة المرأة التي فارقها بطلاق رجعي.
2. إذا كان الرجل قد فارق امرأة طلقها . وهو متزوج بثلاث غيرها، فإنه لا يجوز له أن يتزوج امرأة أخرى إلا بعد أن تنتضي عدة الرابعة التي فارقها بطلاق رجعي.

وفي فقه الحنفية أن العدة شرعا هي: «تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه»⁸⁶⁶، وفي هذا التعريف إشارة إلى انتظار الرجل في حالات قبل إعادة الزواج. ولكن مع هذا التشابه بين المرأة المعتدة وزوجها في الانتظار لإعادة الزواج، إلا أن هذا التشابه في نظر الدكتور عبد الكريم زيدان⁸⁶⁷ لا يبرر حشر اسم الرجل والمرأة في تعريف العدة، والأفضل أن يبقى تعريف العدة خاصة بالمرأة ومقصورا عليها.

لقد ذكر الفقهاء الحكمة من تشريع العدة فعدد البعض العديد من الحكم، وحصرها البعض في حكمة واحدة، ولعل أهم هذه الحكم تداولها بين الفقهاء هي أن العدة شرعت للتحقق من براءة الرحم وخلوه من الحمل، حتى لا تختلط الأنساب في حال زواج المرأة من رجل آخر وقد تكون حاملا، فلا يعلم أي الزوجين أب الولد، لكن لو كانت بحق هذه الحكمة الوحيدة من العدة لما أصبح للعدة من معنى اليوم، لأنه بالوسائل الحديثة أصبح بالإمكان معرفة خلو رحم المرأة من عدمه، وأصبح بالإمكان معرفة نسب الطفل أيضا، فلماذا تمنع المرأة من إعادة الزواج طالما أن الفحوص الطبية تثبت خلو رحمها وطالما أنه يمكن تحديد نسب الطفل؟

إن الإجابة عن هذا تكمن في أن العدة شرعت لحكم عديدة قد لا نعلمها كلها، ذلك أن التشبث بهذه الحكمة لوحدها يفتح المجال أمام منتقدي الشريعة الإسلامية، فيقال إذا انتفت الحكمة انتفى الحكم، فما هي قد انتفت الحكمة، فلماذا لا تبطلون الحكم؟

تعتبر العدة من الأمور التي تجلب مصالح عديدة وتحقق مآرب مختلفة⁸⁶⁸، ففيها إمهال الزوجين فترة يستطيعان فيها مراجعة نفسيهما، فيمكن للزوج مراجعة زوجته في العدة من طلاق رجعي.

ويراد من العدة في فرقة الوفاة تذكر نعمة الزواج ورعاية حق الزوج وأقاربه وإظهار التأثير لفقده، وإبداء وفاء الزوجة لزوجها وصون سمعتها وحفظ كرامتها⁸⁶⁹.

866- ابن عابدين، رد المحتار ...، المرجع السابق، ج5، ص177.

867- أنظر رأيه في: عبد الكريم زيدان، المفصل ...، المرجع السابق، ج9، ص122.

868- باديس نياي، المرجع السابق، ص111.

869- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص328.

ويطلق على عدة الوفاة الإحداد، قال الحافظ ابن حجر رحمه الله: "قال أهل اللغة: أصل الإحداد المنع ومنه سمي البواب: حدادا، لمنعه الداخل، وسميت العقوبة حدا لأنها تردع عن المعصية، وقال ابن دستوريه: معنى الإحداد: منع المعتدة نفسها الزينة وبدنها الطيب ومنع الخطاب خطبتها والطمع فيها كما منع الحد المعصية"⁸⁷⁰.

ونظرا لأن الحكم المذكورة تبقى اجتهادا يمكن أن يكون عرضة للنقد، فإني أجدني أميل إلى ما ذهب إليه الإمام ابن حزم رحمه الله⁸⁷¹، والذي كان يرى أن العدة من الأمور التعبدية التي لا يدرك الحكمة منها إلا الله، لأننا لسنا بحاجة إلى معرفة براءة رحم العاقر إذا طلقت، ولا إمكانية في الرجوع بالنسبة للمطلقة طلاقا بائنا، وإنما وجبت العدة حتى على العاقر، وفي حال الطلاق البائن.

تتمتع المرأة المطلقة بحرية الزواج بمن ترضاه بعد مضي عدتها، وللمطلق أحد الأمرين إما يمسكها بمعروف بالمراجعة عند قرب انتهاء عدتها، أو يسرحها بمعروف حتى تتزوج بمن تشاء، ولا يجوز للمطلق أن يمسك المطلقة إضرارا بها⁸⁷². على أنه متى صدر حكم بالطلاق، فالطلاق بائن ولا سبيل إلى الحديث عن الرجعة إلا بعقد جديد. لذلك فالكلام عن مراجعة الزوج لزوجته في الجزائر لا يكون إلا في فترة الصلح التي يجريها القاضي قبل صدور الحكم بالطلاق⁸⁷³.

ولأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيا، فلا بد أن يكون لدى الزوج فرصة الرجوع إلى أهله، ولعظم شأن الزواج وقداسته فإن الفراق بعد الزواج أمر يصعب على النفوس فإذا جُعل وقت بعد هذا الفراق ليتأكد كل من الزوجين من شعورهما إما أن يتفقا أو يفترقا.⁸⁷⁴

وذهبت بعض القوانين العلمانية في الدول الغربية التي لا تقدر الأسرة هي الأخرى إلى وجوب إعطاء مهلة عند الانفصال بين الزوجين تشبه في ذلك العدة المعروفة في الشريعة الإسلامية مع تباين في الأحكام، فهذا منذر الفضل⁸⁷⁵ يقول عن القانون السويدي: "كان القانون يعطي فرصة التفكير قبل القيام بحل الرابطة

870- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري...، المرجع السابق، ج9، ص485.

871- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج10، المرجع السابق، ص256.

872- وسام حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص38.

873- "لا يمكن للزوج أن يتراجع عن طلاق قبله أمام القاضي وبعد مضي العدة". المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/04/21، ملف رقم 41100، نشرة القضاة، 1988، العدد 44، ص 164.

874- مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية مع مقارنة خفيفة للشرائع الأخرى، الطبعة الأولى، شركة الأمل للطباعة، مصر، 1994، ص 237.

875- منذر الفضل، المرجع السابق، ص 326.

المذكورة وأوجب على الطرفين ضرورة التفكير مدة لا تقل عن ستة أشهر قبل طلب حل الرابطة إذا كان للأسرة أطفال أقل من 16 سنة حتى ولو كانا متفقين معا على الحل حفاظا على مصلحة الأولاد، فإذا مضت المدة المذكورة يمكن تقديم طلب الطلاق إلى المحكمة الابتدائية".

ونظرا لاختلاف حالات النساء المعتدات ما بين: مطلقة ومتوفي عنها زوجها وصغيرة وبائس وحائض، فإن العدة أيضا تختلف. فالعدة أيضا أنواع عديدة.

الفرع الثاني

أنواع العدة

تنقسم العدة إلى عدة أقسام وذلك من حيث نوع الفرقة التي استوجبتها، كما تنقسم من حيث نوع مدتها إلى عدة أقسام كذلك.

أولا: أنواع العدة من حيث نوع الفرقة

إذا كانت الفرقة قبل الدخول فإنه لا عدة على المطلقة، وذلك لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا"⁸⁷⁶، وهذه الآية هي المرجع للقاضي بالنسبة للمطلقة قبل الدخول، لأن المشرع سكت عن المطلقة قبل الدخول عندما نظم أحكام العدة في التشريع الأسري. ولقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "لما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعدت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعنة بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول، والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي طبقوا صحيح القانون"⁸⁷⁷.

أما إذا كانت الفرقة بعد الدخول فإنها توجب العدة. فتجب العدة من كل زواج صحيح افترق فيه الزوجان بعد الدخول، بل تجب العدة بالخلوة الصحيحة عند بعض الفقهاء، فعند المالكية: "إن اختلى بها زوج بالغ لا صبي، ولو حال حيضها ونحو ذلك من الموانع الشرعية، غير محبوب وهي . أي الزوجة . مطيقة للوطء في خلوة يمكن فيها الوطء عادة، وإن تصادقا على نفي الوطء، لأنها حق لله فلا يسقطها تصادقهما على نفي الوطء فإن

876- سورة الأحزاب، الآية 49.

877- المحكمة العليا، 1996/06/18، ملف رقم 137571، المجلة القضائية، 1997، العدد 02، ص 93.

اختل شرط مما ذكر فلا عدة عليها⁸⁷⁸.

وإذا حصلت الفرقة بعد الدخول وكان النكاح فاسدا وجبت العدة، لأن النكاح الفاسد يعتبر صحيحا عند الحاجة، وقد مست الحاجة إلى اعتباره صحيحا لوجوب العدة صيانة لماء الرجل بثبوت نسب الولد منه إن كانت المرأة حاملا منه، ويستوي في وجوب العدة حصول الفرقة بالموت أو بتفريق القاضي أو بالمتاركة من الزوجين⁸⁷⁹.

ولا تقام الخلوة مقام الدخول في العقد الفاسد لأن فساده يوجب الافتراق، فلا اعتداد بالخلوة حتى ولو كانت صحيحة⁸⁸⁰.

والموطوءة بشبهة تعدد عدة المطلقة، لأن وطء الشبهة والنكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح، فكان مثله فيما تحصل به البراءة، وهذا يكون بالعدة⁸⁸¹.

وتجب العدة بعد وفاة الزوج في العقد الصحيح سواء حصل الدخول أتم يحصل لقوله تعالى: "وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَنْزُبْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"⁸⁸².

وهي نفس العدة التي تنبأها المشرع الجزائري في المادة 59 ق.أ، حين قال: "تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده". ويلاحظ أن المشرع أدخل هنا زوجة المفقود وجعلها في نفس المرتبة مع المتوفى عنها زوجها غير أنه جعل عدتها من تاريخ الحكم بالفقد، وهو خطأ ينبغي تصحيحه، لأن الحكم بالفقد لا يعني الموت، وهو ما أكدته المادة 115 ق.أ، بقولها: "لا يورث المفقود ولا تقتسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته"، فالأصح أن زوجة المفقود تعدت من تاريخ الحكم بموته.

أما إذا زنت المرأة وأرادت الزواج فلا يخلو حالها من أمرين، أحدهما أن تكون حاملا من الزنا، وثانيهما أن تكون حائلا (غير حامل)، وفي وجوب العدة عليها في كلا الحالتين خلاف بين الفقهاء، فمنهم من رأى وجوب العدة ومنهم من ذهب إلى جواز العقد عليها دون الحاجة إلى أن تعدت⁸⁸³.

878- بهرام الدميري، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج1، ص497.

879- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج7، ص133.

880- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص297.

881- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص450.

882- سورة البقرة، الآية 234.

ثانياً: أنواع العدة من حيث مدتها

تنقسم العدة من حيث المدة إلى عدة بالقروء وعدة بالأشهر وعدة بوضع الحمل، لأن المرأة إما أن تكون حاملاً أو حائلاً. وغير الحامل إما أن تكون معتادة (اعتادت أن الحيض أياماً معلومة من كل شهر)، أو مرتابة (لا تميز دم الحيض من غيره أو تشك في أنها حامل) أو صغيرة لم تحض أو آيسة منه، فلكل صنف من هؤلاء عدة خاصة به⁸⁸⁴.

فتعد المطلقة المدخول بها غير الحامل من ذوات الحيض بثلاثة قروء، لقوله: "والمُطَلَّقاتُ يَبْرِيصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"⁸⁸⁵، وهو ما نصت عليه المادة 58 ق.أ التي جاء فيها أنه: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

واختلف الفقهاء في المقصود بالقروء⁸⁸⁶، فمنهم من قال إنها الأطهار، ومنهم من قال إنها الحيض، والواقع أن القراء في اللغة العربية يقع على الطهر والحيض جميعاً فهو من الأسماء المشتركة⁸⁸⁷. ولم يوضح المشرع الجزائري المقصود بالقراء رغم أنه استعمله في العدة، فعلى القاضي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية.

أما المستحاضة، وهي التي ينزل عليها الدم باستمرار⁸⁸⁸، فإذا كانت تعرف لها عادة أن عدتها تأتيها في أول الشهر أو وسطه أو آخره، أو تستطيع أن تميز دم العدة من غيره فإنها تعدت ثلاث قروء.

وتعد المرأة الحامل بوضع حملها تطبيقاً لنص المادة 60 ق.أ والتي جاء فيه أن "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"⁸⁸⁹.

883- ففي فقه الحنفية أنه لا عدة من زنا، بل يجوز تزوج المزني بها ولو كانت حاملاً، لكن يمنع من الوطء حتى تضع. وإلا فيندب له الاستبراء. أنظر، ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، ص179. ولأكثر تفصيل في المسألة أنظر، أمين حسين يونس، المرجع السابق، ص160 وما بعدها.

884- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص328.

885- سورة البقرة، الآية 228.

886- قال بعض الفقهاء أن القراء هو الطهر، ومن قال به مالك والشافعي وهو مذهب الظاهرية في حين قال آخرون أن القراء هو الحيض، وممن قال كذلك أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وهو مذهب الحنابلة، ولكل فريق من الفقهاء أدلة على ما قال، أنظر أكثر تفصيل في: ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج2، ص173؛ ابن حزم الظاهري، المحلى، المرجع السابق، ج3، ص257؛ الشريبي، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج3، ص385؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص452.

887- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج7، ص160 وما بعدها.

888- طاهري حسين، المرجع السابق، ص142.

889- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص330.

وتعتد بالأشهر نوعان من النساء، وأولها من ليست من ذوات الحيض وهذا إذا كانت المطلقة صغيرة لم تحض بعد أو كبيرة يئس من المحيض، فتعتد بثلاث أشهر، لقوله تعالى: "وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ"⁸⁹⁰. وذهب إلى هذا المشرع الجزائري من خلال المادة 58 ق.أ، التي جاء فيها "تعتد اليئس من المحيض بثلاثة أشهر" ولم يتكلم المشرع عن الصغيرة التي لا تحيض وربما ذلك يعود إلى أنه افترض عدم تزويج الصغيرة بسبب اشتراطه للأهلية في الزواج وهي 19 سنة كاملة.

وإذا كانت مدة العدة محددة شرعا وقانونا، فإن معرفة متى تبدأ ومتى تنتهي أمر مهم للغاية لأنه تترتب عليه أحكام مهمة. لذلك فالسؤال المطروح هو: كيف يتم حساب مدة العدة؟

الفرع الثالث

احتساب العدة

إن احتساب العدة يُمكن الزوجة من معرفة الأجل المشرع لها. فإعادة الزواج أمر متوقف على انتهاء عدة المرأة وإلا فالزواج محرم لما ذهب إليه المادة 30 ق.أ، أنه: "يحرم من النساء مؤقتا المعتدة من طلاق أو وفاة" وهو تحريم مؤقت، أي يزول بانتهاء العدة.

أما بداية العدة فإذا كانت بالأشهر فتبدأ من تاريخ انقطاع الزوجية بالوفاة أو الطلاق، فإذا كانت متوفى عنها زوجها فتعتد من تاريخ الموت الطبيعي أو الموت الحكمي (أي من تاريخ الحكم بالموت وليس من تاريخ الحكم بالفقد). ولا يتوقف ابتداء العدة على علم المرأة أو معرفتها بالفرقة، لأن سببها هو الفرقة فتوجد بوجودها، فقد جاء في البدائع⁸⁹¹: "تجب من وقت وجود سبب الوجوب من طلاق أو وفاة وغيرها، حتى إذا بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته فعليها العدة من يوم طلق أو مات عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم".

أشار المشرع الجزائري إلى أن عدة المطلقة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق، ويظهر للوهلة الأولى، أن تاريخ التصريح بالطلاق يقصد به تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، غير أن هذا غير ثابت قطعا لأن المشرع لا يعترف بالطلاق إلا بحكم من القاضي وهو ما عبرت عنه المادة 49 ق.أ "لا يثبت الطلاق إلا بحكم". وهناك فرق جوهري بين التصريح بالطلاق والحكم بالطلاق، فالزوج قد يطلق زوجته باللفظ، ثم يبقى مدة معينة ويرفع

890- سورة الطلاق، الآية 04.

891- الكاساني، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 19.

دعوى إلى المحكمة ثم بعد مدة يصدر القاضي حكم بالطلاق، ففي هذه الحالة نجد أن المادة 50 تنص على أنه إذا راجع الزوج زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، والمراجعة هنا تعني أن المشرع يعترف بالطلاق الذي يوقعه الزوج لفظاً، واعتبره المشرع طلاق رجعي، لا يحتاج فيه الزوج لعقد جديد من أجل المراجعة التي تكون في العدة بحكم أن محاولات الصلح ينبغي ألا تتجاوز ثلاثة أشهر وهي نفس مدة العدة بالأشهر. لكن هذا التقدير غير صحيح، لأن المشرع احتسب مدة الصلح من تاريخ رفع الدعوى في حين أن العدة تحسب شرعاً من تاريخ التلفظ بالطلاق.

إن استعمال المشرع للفظ التصريح بالطلاق يدل على احتساب العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق من قبل الزوج، واستعمال المشرع لعبارة «لا يثبت الطلاق إلا بحكم» يشير إلى احتساب العدة من تاريخ النطق بحكم الطلاق، في حين أن تقييد مدة الصلح بثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى يدل على أن العدة تحتسب من تاريخ رفع الدعوى، لذلك ينبغي على المشرع أن يتدخل ويحسم الأمر ليبين تاريخ ابتداء احتساب العدة.

ولم يبين المشرع الجزائري طريقة احتساب العدة بالأشهر، هل تكون بالأشهر الميلادية أم بالأشهر القمرية، ويرجح أن العدة تكون بالأشهر القمرية⁸⁹² وفقاً لما ذهب إليه الشريعة الإسلامية، وهذا يتوافق مع ما نصت عليه المادة 222 ق.أ، التي أوجبت الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم يوجد بشأنه نص.

ومذهب المالكية في احتساب العدة⁸⁹³ أنه إذا كان مبدأ العدة أول أشهر، فالثلاثة أشهر سواء كانت كاملة أو ناقصة هي عدتها، وإن كان مبدؤها ليس أول الشهر، فالشهرين بعده على ما هما عليه من نقص (أي كون كل منهما تسع وعشرين يوماً) أو كمال (أي ثلاثين يوماً) ويلغى يوم الطلاق لا يحتسب في العدة، وتكمل الشهر الأول معتبرة إياه ثلاثين يوماً من الشهر الرابع، وبنفس الطريقة يتم احتساب العدة إذا تعلق الأمر بوفاة وليس طلاق.

أما إذا كانت العدة بالقروء، فإذا اعتبرنا القروء تعني الحيض فإذا وقع الطلاق وهي حائض فإن حيضتها التي وقع فيها الطلاق لا تحتسب، وليس في هذا اختلاف بين أهل العلم. وإذا طلقها في طهر، فإن احتساب عدتها يكون ابتداء من أول حيضة تلي طهرها الذي وقع فيه الطلاق. وأما إذا اعتبرنا القروء تعني

892- رغم أن المادة 03 من القانون المدني تنص على أنه "تحسب الأجل بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" وهذا نص عام، لذلك يؤخذ بخلافه لأن قانون الأسرة خاص والخاص يقيد العام، وقانون الأسرة يحيل إلى الشريعة وهذه الأخيرة تعتمد التقويم الهجري وهو خلاف ما يعتمده القانون المدني، أضف إلى ذلك أن الاعتماد على التقويم الميلادي في احتساب العدة قد يؤدي إلى الوقوع في المحذور، من قبيل إرجاع مطلقة إلى زوجها دون عقد جديد وقد انتهت عدتها شرعاً.
893- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج1، ص263.

الأطهار، فإن احتساب عدتها يكون باعتبار الطهر الذي وقع فيه الطلاق هو الطهر الأول من عدتها وإن لم يكن كاملاً، بل لودام ساعة من الزمان. وإن طلقها وهي حائض فعدتها تبدأ من أول طهر يلي حيضتها التي طلقها فيها وتنتهي عدتها ثلاثة أطهار ودخولها في الحيضة الرابعة ولو لحظة من الزمان⁸⁹⁴.

وتنتهي عدة الحامل بنهاية الحمل ففي البحر الزخار: "والحامل بالوضع إجمالاً، إلا إن كان مضغة لا تخلق فيه، فلا حكم له، ويرجع إلى القوالب في معرفة كونه مبدأ إنسان"⁸⁹⁵. ولا يهم إن كان وضع الحمل بعد يوم واحد من ابتداء العدة، لقوله صلى الله عليه وسلم لسبيعة الأسلمية حين توفي زوجها وهي حامل ثم وضعت بعد أيام فقط "قد حلت، فانكحي من شئت"⁸⁹⁶.

أما إن كانت المرأة حاملاً وتزوجت قبل وضع حملها، فزواجها باطل. فقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانوناً أن أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل، وأن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني...، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعة بنت للزوج الثاني اعتماداً على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعاً، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"⁸⁹⁷. وفي هذا القرار اكتفى القضاة بإبطال الزواج الثاني، مع العلم أن تعدد الزوجة إعادة الزواج وهي لا تزال في العدة يعتبر زناً. لكن قد تقدم الزوجة على إعادة الزواج اعتقاداً منها أن عدتها انتهت، والأمر ليس كذلك خصوصاً عندما تتحول العدة من نوع إلى نوع آخر.

الفرع الرابع

تحولات العدة

لم يتحدث المشرع عن تحول العدة من نوع إلى آخر، لذلك يرجع في هذا الأمر إلى الفقه الإسلامي، فالمطلقة قد تعتد بالقروء ثم يتوفى زوجها وهي لم تكمل العدة، فكيف يكون تحولها إلى عدة الوفاة أم أنها لا

894- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 455؛ الشربيني، مغني المحتاج...، ج3، ص 385؛ بهرام الدميري، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج1، ص499.

895- أنظر، صالح بن مهدي القبلي، المنار في المختار من جواهر البحر الزخار، ج1، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1988، ص560.

896- رواه البخاري برقم 5320، باب واللائي يئسن من المحيض، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج9، ص379.

897- المحكمة العليا، 1998/05/19، ملف رقم 193825، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص73.

تتحول، كما أنها تعدت بالأشهر فتحيض قبل أن تكمل العدة، وقد تعدت بالقروء، وينقطع حيضها قبل أن تكمل العدة.

قد تتحول العدة من الأشهر إلى القروء، فقد اتفق الفقهاء⁸⁹⁸ على أن الصغيرة أو البالغة التي لم تحض إذا اعتدت بالأشهر ثم حاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة من جديد وحسابها بالأقراء، لأن الأشهر بدل عن الأقراء فإذا وجد المبدل بطل حكم البديل كالتييم مع الماء، أما إذا انقضت العدة بالأشهر ثم حاضت بعدها لم يلزمها استئناف العدة.

أما الآيسة إذا اعتدت ببعض الأشهر ثم رأت الدم، فذهب المالكية والحنابلة ورواية عند الحنفية أنها ترجع إلى القرائن، لأنه دم مشكوك فيه، فإن ظهر أنه حيض، فتتحول إلى الأقراء وإلا فلا⁸⁹⁹.

وتنتقل العدة من الأقراء إلى الأشهر عند الجمهور⁹⁰⁰ في حق من حاضت حيضة أوحيضتين ثم بيئت من الحيض، فتستقبل العدة بالأشهر، والعدة لا تلفق من جنسين مختلفين، وقد تعذر إتمامها بالحيض، فوجب استئنافها من جديد بالأشهر.

إذا ظهر على المرأة أثناء اعتدادها بالأشهر أو القروء حمل، فإنها تنتقل من الاعتداد بالقروء أو الأشهر إلى الاعتداد بوضع الحمل، لأن وضع الحمل أقوى دلالة على براءة الرحم⁹⁰¹.

وإذا طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً ومات قبل انقضاء عدتها انهدمت عدة الطلاق، وعليها أن تستأنف عدة الوفاة، لأنها لا تزال زوجته مادامت في عدة الطلاق الرجعي⁹⁰².

أما لو مات وهي في عدة طلاق بائن، فإنها تستمر في عدة الطلاق ولا تتحول إلى عدة الوفاة، لأن الطلاق البائن قطع رابطة الزوجية، فإذا مات بعد ذلك ولو لم تنقضي العدة فإنه مات وهي ليست زوجته فلا تلزمها عدة وفاة⁹⁰³.

898- أبو مالك كمال ابن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص329.
899- راجع: السرخسي، الميسوط، ج6، دار المعرفة، لبنان، دون تاريخ النشر، ص27 و41؛ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص200؛ الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج7، ص129.
900- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة...، المرجع السابق، ج3، ص329.
901- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص334.
902- الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص200.
903- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج9، ص196.

وإذا طرأ على المرأة المعتدة أثناء عدتها موجب عدة جديدة ولم تكن قد أكملت العدة الأولى، فذهب فقهاء المالكية⁹⁰⁴ إلا أنه متى طرأ موجب لعدة أو استبراء قبل تمام عدة أو استبراء سبقه، فقد انهدم الأول وتبطل العدة الأولى وتلغى الأيام التي اعتدت فيها المرأة، لتبتدئ عدة جديدة، سواء كانت العدة الأولى من طلاق بائن أو رجعي أو من وفاة، وفي حال كان أحد الأسباب هو الوفاة فتمكث أقصى الأجلين.

إن للعدة أحكام ينبغي معرفتها، وقد فصل فيها الفقه الإسلامي بخلاف ما جاء به المشرع الجزائري مختصراً في بعض النصوص القانونية. فما هي أحكام العدة؟

الفرع الخامس

أحكام العدة

إذا تقررت العدة في حق المرأة فإنها تخضع لجملة من الأحكام، يتقرر بموجبها حقوق للمرأة وواجبات عليها، فلها الحق في الميراث وفي النفقة بشروط، وعليها ألا تتزوج وألا تخطب ما دامت في العدة وألا تخرج من بيت العدة وأن تلتزم الإحداد.

ورغم أن المشرع ذكر حقوق المرأة المعتدة من نفقة وميراث وثبوت نسب، إلا أنه لم يذكر إلى الواجبات المفروضة عليها باستثناء عدم الخروج من بيت الزوجية ولعل ذكر عدم خروجها من السكن العائلي في المادة 61 ق.أ، كان على أساس أنه حق لها وليس واجبا⁹⁰⁵.

ورغم ذلك فإن المعتدة ملزمة بالواجبات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، وهو إلزام قانوني أيضا تقرضه المادة 222 ق.أ، التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية.

وإن زوجة المسلم الكتابية عدتها كعدة المسلمة لعموم الأدلة الموجبة للعدة بلا فرق بينهما، لأن العدة تجب بحق الله وحق الزوج، فجعلها حق للزوج، والكتابية أوالذمية مخاطبة بحقوق العباد، فتجب عليها العدة، وتجبر عليها لأجل حق الزوج والولد، لأنها من أهل إيفاء حقوق العباد، وعلى هذا اتفاق الأئمة الأربعة⁹⁰⁶.

904- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج2، ص111.
905- سأنتقل إلى أحكام النفقة والميراث والنسب في الباب الثاني من هذه الرسالة، سواء تعلقت بالمرأة أثناء الزواج أو بعد الزواج في أثناء العدة.

إن إخضاع الزوجة إلى أحكام العدة يعني فرض شروط من أجل إعادة زواجها، مما قد يشكل تمييزاً ضد المرأة وفقاً للمواثيق الدولية، إذ لا يجوز خطبة المعتدة وهي في عدتها، ويجوز لبعض المعتدات تلميحا لا تصريحاً. كما أنه يمنع قانوناً وفقاً للمادة 30 ق.أ. الزواج من المعتدة من طلاق أو وفاة طويلة مدة عدتها.

فلا يجوز للأجنبي نكاح المعتدة لقوله تعالى: "وَلَا تَعْرِمُوا عُدَّةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ"⁹⁰⁷ أي لا تعقدوا عدة النكاح حتى ينقضي ما كتب الله عليها من العدة، ولأن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه. وبعد الطلاق الثلاث والبائن قائم من وجه حال قيام العدة لقيام بعض آثار النكاح، والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمان احتياطاً، ولكن يجوز لصاحب العدة أي زوجها الذي فارقتها بطلاق ونحوه أن يتزوجها وهي في العدة لأن العدة إنما لزمتهما حقاً للزوج⁹⁰⁸.

ومما يؤكد منع المعتدة من إعادة الزواج أثناء العدة هو إجبارها على البقاء في بيت الزوجية وهو ما نصت عليه المادة 61 ق.أ، وقد قال تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ"⁹⁰⁹. وجاء في أحكام القرآن للإمام القرطبي بصدد هذه الآية: "أي ليس للزوج أن يخرجها من مسكن النكاح مادامت في العدة، ولا يجوز لها الخروج أيضاً لحق الزوج إلا لضرورة ظاهرة"⁹¹⁰.

وفي الوقت الذي يمكن للزوج إعادة الزواج مباشرة بعد الفرقة الزوجية، فإن المرأة مطلوب منها تريض فترة العدة مع مكوثها في بيت الزوجية وفضلاً عن ذلك أوجب الشريعة الإسلامية الإحداد على المعتدة من وفاة. والإحداد هو امتناع المرأة المتوفى عنها زوجها من الزينة كلها من لباس وطيب وغيرها، وكل ما كان من دواعي الجماع⁹¹¹. وقال ابن قدامة في المغني⁹¹²: "ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في وجوبه على المتوفى عنها زوجها إلا عن الحسن فإنه قال لا يجب الإحداد، وهو قول شدَّ به عن أهل العلم وخالف به السنة فلا يعرج

906- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص191؛ أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، مصر، دون تاريخ النشر، ص475؛ الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج3، ص188؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج3، ص448.
907- سورة البقرة، الآية235.
908- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج9، ص200.
909- سورة الطلاق، الآية01.
910- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج18، ص154.
911- أنظر، مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، ج2، الطبعة الأولى، دار السنة، المملكة العربية السعودية، 1994، ص08.
912- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص517.

عليه"

غير أنه يلاحظ أن إلزام المرأة بالعدة بعد الفرقة الزوجية ليس مقصورا على الشريعة الإسلامية، بل تأخذ به بعض الدول. فاللجنة المعنية بحقوق الإنسان حثت فنزويلا على تعديل كافة قوانينها التي لم تزل تميز ضد المرأة بما في ذلك الحظر المفروض على الزواج لمدة عشر أشهر بعد انحلال عقدة الزواج السابق. وفيما يخص دولة اليابان بينت اللجنة أن الحظر الذي مدته ستة أشهر والذي يفرض على المرأة بعد انحلال عقدة الزواج أو إبطاله هو حظر لا يتماشى مع المواد 2 و3 و26 من العهد⁹¹³.

وتبقى العدة الطريقة الوحيدة التي تمكن المرأة من إزالة مخلفات الزواج الأول، ولا يمكن تفسير دعوة لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة إلى إلغاء العدة إلا بالدعوة إلى هدم المجتمع من خلال هدم الأسرة. لذلك فالعدة حق من الحقوق غير المالية للمرأة، وإلى جانب هذه الحقوق تتمتع المرأة المتزوجة أيضا بحقوق مالية.

913- أنظر، أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص90. وقد أشار إلى العديد من الحالات، كالحالة التي وقفت عليها لجنة التمييز ضد المرأة من أن قانون لكسمبورغ يحظر على المرأة الزواج إلا بعد 300 يوم من تاريخ الفرقة، وفي سويسرا بعد ثلاث سنوات.

الباب الثاني

الحقوق المالية

للمرأة المتزوجة

ترتب الرابطة الزوجية آثارا عديدة، وتشكل بعض هذه الآثار حقوقا للمرأة تثبت لها بعقد الزواج أو بإحلال هذا العقد، وإن من هذه الحقوق ما هو ذو طبيعة غير مالية، كحقها في المعاشرة بالمعروف، وفي زيارة أهلها وفي حضانة أبنائها، وغير ذلك كثير، ثم إن من هذه الحقوق ما هو ذو طابع مالي خالص.

اختلف تنظيم قانون الأسرة لحقوق الزوجية المالية عن تنظيم الموائيق الدولية لها، فقد قرر بعض الحقوق التي لم تذكرها الموائيق الدولية، وعلى النقيض من ذلك تشير هذه الموائيق إلى ما تعتبره حقا ماليا للزوجة ولا يعتبره التشريع الجزائري كذلك، وفي حالات أخرى يكون الاختلاف حول تقدير الحق المالي، كما في حق الميراث مثلا وحق النفقة، وتسديد الديون.

ونظرا لكثرة الاختلافات، وتعلقها بأمور جوهرية، فإنه كثيرا ما اعتبرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تنظيم قانون الأسرة للحقوق المالية للزوجة تمييزا ضدها، في حين يتمسك المشرع الجزائري بهذا التنظيم مستندا في ما يذهب إليه إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية.

وأمام هذا التصادم يستوجب دراسة كل تنظيم على حده، من أجل الوصول إلى تصحيح ما جاء في التشريعات الدولية والداخلية من أخطاء تخصّ الحقوق المالية للزوجة، والميزان العادل في ذلك هو الشريعة الإسلامية باعتبارها الدين الإلهي الصحيح على وجه الأرض.

ومن ثمّ سأعرض إلى مصادر الحقوق المالية للمرأة المتزوجة (الفصل الأول)، ثم إلى الحماية القانونية للذمة المالية للمرأة المتزوجة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

مصادر الحقوق المالية للمرأة المتزوجة

يعتبر حق الملكية¹ من الحقوق المقدسة في الدساتير، حتى إنه ليعتبر الحق العيني الأصلي الوحيد، وهذا الحق مضمون للمرأة كما للرجل باعتبارها إنسان، بغض النظر عن طبيعة جنسها.

1- تعتبر الملكية الحق العيني الأصلي الوحيد والأهم، لأن باقي الحقوق والتي تعتبر حقوق عينية أصلية كحق الانتفاع والارتفاق، ماهي إلا حقوق متفرغة عن حق الملكية، أنظر مزيدا من التفصيل: محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 103 وما يليها، وأنظر كذلك، محمدي زواوي فريدة، المدخل...، المرجع السابق، ص 19 وما يليها. ولقد جاء في الدستور الجزائري في المادة 52 منه أنه: "الملكية الخاصة مضمونة والحق في الإرث مضمون".

إن حق الملكية لا يفرق بشأنه بين الرجل والمرأة، فالملكية هي ثمرة مجهود الشخص، سواء كانت ناتجة عن عمله أو استثماره لأمواله، أو نتجت عن حصوله من الغير على إرث أو هبة، والملكية تعود على الإنسان بإشباع حاجاته الأساسية، واستمراره في الوجود وإشباع حاجات الآخرين المتعاملين معه².

إن الذمة المالية هي وعاء افتراضي، يمثل مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية، وتمثل الحقوق الجانب الإيجابي من الذمة، وتشمل الحقوق المالية فقط، فهي تتضمن الحقوق العينية والشخصية، والجانب المالي من الحقوق الذهنية، وكذلك الحق في التعويض الناشئ عن كل فعل ضار. أما الالتزامات فهي تمثل الجانب السلبي للذمة المالية، وتشمل كل الالتزامات التي تثقل كاهل الشخص أيا كان مصدرها³.

وتتنوع مصادر الحقوق المالية للمرأة المتزوجة، فمنها ما يكون التزاما على عاتق زوجها (المبحث الأول)، ومنها ما يكون على غير عاتق الزوج، ولن يكون بالضرورة على عاتق شخص معين، وإنما يثبت للمرأة المتزوجة الحق في التملك من طرق أخرى (المبحث الثاني).

المبحث الأول

عناصر الحقوق المالية للزوجة في ذمة زوجها

لم تفرض المواثيق الدولية على الرجل التزامات مالية اتجاه زوجته، بل قررت بصفة العموم أن الحقوق المالية يتمتع بها الزوجان على وجه المساواة، ومن ثم لا مجال للقول بالوجوب على أحدهما دون الآخر. واختلف التشريع الأسري في هذا الشأن عما جاءت به المواثيق الدولية، إذ قرّر للمرأة مجموعة من الحقوق المالية، والتي اعتبرها في الوقت ذاته التزامات في ذمة الرجل، ومن ذلك، حق المرأة المتزوجة في الصداق (المطلب الأول)، وحقها في النفقة (المطلب الثاني)، وحقها في جهاز الزوجية (المطلب الثالث)، وحقها في التعويض أو المتعة في حال الطلاق (المطلب الرابع)، وحقها في ميراث زوجها بعد وفاته (المطلب الخامس).

المطلب الأول

حق المرأة في الصداق

قرر المشرع الجزائري أن حق المرأة في الصداق شرط من شروط عقد الزواج، ورتب على تخلفه فسخ

2- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة...، المرجع السابق، ص108.

3- محمدي زواوي فريدة، المدخل...، المرجع السابق، ص96.

عقد الزواج قبل الدخول، وإثبات الزواج بعد الدخول بصداد المثل.

فما مفهوم الصداق وكيف يحدد مقداره؟ (الفرع الأول)، وكيف يمكن حل منازعات الصداق؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الصداق ومقداره

يعتبر الصداق مقابل مادي إلزامي في الزواج في الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية، فما المقصود بالصداق وما حكمه؟ (أولاً)، وكيف يتم تقديره؟ (ثانياً).

أولاً: مفهوم الصداق وحكمه

سأتعرض لمفهوم الصداق (أ)، ثم حكمه (ب).

أ- مفهوم الصداق

نصت المادة 14 ق.أ، على أن: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ويلاحظ على التعريف الذي جاء به المشرع أنه خلا من الإشارة إلى أن الصداق يكلف بدفعه الزوج إلى زوجته، فذكر أنه يدفع للزوجة، ولكن لم يذكر من الذي يجب عليه الدفع، وهنا الاعتماد يكون على نصوص الشريعة الإسلامية التي تؤكد أن واجب دفع الصداق ملقى على عاتق الزوج. كما أن المشرع ذكر أن المهر يكون نقوداً أو غيرها ولم يوضح المقصود بالغير، فالعبارة واسعة تحتل العديد من المعاني، خاصة وأن المشرع لم يضع ضوابط لذلك، بل كل ما في الأمر أنه اشترط أن يكون المهر مما هو مباح شرعاً.

ويعرف البعض المهر بأنه: "الحق المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها ويسمى الصداق، أو الأجر أو الفريضة، ونحو ذلك مما هو مذكور في القرآن الكريم"⁴.

4- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 73.

وقيل هو "المال الملتزم به للمخطوبة لملك عصمتها، وقيل اسم للمال الذي يجب للمرأة في عقد النكاح في مقابلة الاستمتاع بها، وفي الوطاء بشبهة أو نكاح فاسد، أونحو ذلك"⁵.

ويستخلص من هذين التعريفين أنّ الصداق واجب على الرجل في عقد النكاح، يدفعه للمرأة التي يريد الزواج بها. ولا يمكن الإتفاق على إسقاطه.

قد يسمى الصداق أثناء العقد، فيكون بذلك صداقا مسمى، وقد يسكت عنه، فتستحق المرأة صداق المثل، فينقسم بذلك الصداق إلى نوعين من حيث تسميته، وقد يتفق على إعطاء الزوجة صداقها قبل الدخول بها، فيكون صداقا معجلا، كما أنه قد يتفق على تأخير هذا الصداق إلى ما بعد الدخول فيكون صداقا معجلا.

ويستحب تحديد قيمة الصداق وتسميته أثناء العقد أو قبل الدخول تفاديا لأي خلاف قد يقع بين الطرفين، لكن يجوز ترك تسمية الصداق أو السكوت عن تحديده، وهو المعروف عند الفقهاء بالتفويض، فإن رضيت الزوجة بما أعطاه، فذلك صداقها، فإن لم ترض، حكم بمهر المثل إن كان قد دخل بها، فإن لم يدخل بها بعد ووقع الخلاف بينهما في التحديد ولم يرض بمهر المثل فارقها ولا شيء عليه⁶.

قال تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"⁷، فدل ذلك على صحة النكاح بدون تسمية المهر وقبل قبضه، وهذا مجمع عليه⁸.

ويجوز لدى المالكية للمرأة أو وليها أن يفوض تقدير الصداق للزوج يدفعه لزوجته بعد الدخول⁹. ويذهب الحنابلة إلى القول بجواز التفويض في الصداق ولها أن تطالب بفرض المهر قبل الدخول، لأن النكاح لا يخلو منه، ويقدر بعده بمهر المثل¹⁰.

إن نكاح التفويض هو النكاح الذي يتم فيه العقد بدون ذكر الصداق وهو جائز، فإن دخل بها لها مهر المثل، وقال جمهور الفقهاء إذا توفي كذلك لها مهر المثل خلافا للمالكية والإمام الشافعي في قول له¹¹.

5- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 03.

6- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص134.

7- سورة البقرة، الآية 236.

8- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، المرجع السابق، ج3، ص 148.

9- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج4، ص367؛ ابن رشد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج2، ص25.

10- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص141.

11- ابن رشد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج2، ص31.

فالصداق المسمى هو الصداق المتفق عليه عند العقد أو الذي فرض بعده، أما صداق المثل فيقصد به القدر الذي يرغب به مثلها فيه¹².

فمهر المثل هو القدر الذي تزوج عليه مثيلاتها من قريباتها من جهة أبيها، كأخواتها وعماتها، لا من جهة أمها، فإن الأم قد تكون من أسرة لها أعراف تخالف أعراف أسرة أبيها، فإن لم يوجد لها أمثال من قبل أبيها، فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها¹³.

ونصت المادة 1/15 ق.أ، على أنه: "يحدد الصداق في العقد" فالمشرع أخذ بالرأي الفقهي الذي يقول أن تحديد الصداق وتسميته عند العقد أمر مستحب، ولم يبطل المشرع النكاح إذا لم يحدد الصداق، بل قال إن الزوجة تستحق صداق المثل في هذه الحالة، وهو ما ذكرته المادة 2/15 ف2.

إن المشرع منح الزوجة صداق المثل عند عدم تحديد الصداق، ولكنه لم يثبت لها هذا الصداق إلا بعد الدخول، ذلك أن المادة 2/33 ف2 تنص على أنه يفسخ الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه، إذا تم الزواج دون صداق.

أما الاتفاق على عدم المهر كأن يتزوج رجل امرأة على ألا مهر لها، فتقبل؛ فيجب لها مهر المثل بالدخول أو بالموت عند الجمهور غير المالكية، لأن هذا الاتفاق باطل واشتراط نفي المهر فاسد، والشرط الفاسد لا يفسد الزواج عند الحنفية، ونفي المهر لا يفسده عند الشافعية والحنابلة، وقال المالكية إذا اتفق الزوجان على إسقاط المهر فسد العقد، لكن يجب لها بالدخول مهر المثل، ولا يجب لها شيء بالطلاق أو موت أحدهما قبل الدخول¹⁴.

وإذا سمي الصداق فينبغي لطرفي العقد الاتفاق على صفة التسليم أو تحديد أجل التسليم للمرأة، ولا يترك الأجل مبهماً، ويجوز جعل بعضه معجلاً والآخر مؤجلاً.

ويكون التعجيل بالتسليم في العقد أو بعده إلى ما قبل الدخول، والتأجيل إلى ما بعد الدخول، ويكون المؤجل ديناً في ذمة الزوج لها أن تطالبه به بحلول الأجل، كما يجوز التأجيل إلى إيسار الزوج إذا كان ملياً¹⁵.

12- أنظر، نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، الجزائر، 2005، ص221.

13- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، المرجع السابق، ج3، ص167.

14- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص272.

15- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص136.

مضى عمل السلف رضي الله عنهم على أن الأصل أن يكون المهر معجلاً تقبضه المرأة قبل الدخول، ولها أن تمنع نفسها حتى تتسلمه، لكن يجوز تأجيل المهر أو بعضه، وكذلك تقسيطه، للحاجة كإعسار الرجل ونحو ذلك، إذا اتفق الطرفان على تأجيله إلى ما بعد الدخول، لأن المهر دين كسائر الديون، فيجوز تأجيله، ويستحب تعجيله¹⁶.

وذهب المالكية إلى جواز تأجيل الصداق إذا كان غير معين أو غير حاضر، أما إذا كان معيناً فلا يكره فيه التأجيل، وإذا كان مؤجلاً فيشترط أن يعجل ربع دينار قبل الدخول مع وجوب تحديد الأجل وكرهية إطالة مدته¹⁷.

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا لم يحدد الأجل، فإن الصداق يحل بالفرقة إما بالموت¹⁸ أو بالطلاق، أي أن انتهاء علاقة الزوجية يوجب دفع الصداق لانتهاء الأجل بانتهاء علاقة الزوجية¹⁹.

ولقد سمح المشرع الجزائري بتأجيل الصداق حيث ذكر في المادة 15 ق.أ، أنه: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً"، ولم يذكر مقدار الأجل، وهل من الجائز أن يكون الأجل في الصداق المؤجل غير محدد، وهل يسقط الأجل بالفرقة الزوجية؟ لذلك يرجع في كل هذا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ولعل المشرع ترك المجال مفتوحاً لأجل أن يكون خاضعاً للمادة 19 ق.أ، التي تعطي للزوجين الحق في الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد لاحق.

وفي قرار للمجلس الأعلى قضى بأنه: "إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها لم تطالب بمؤخر الصداق أمام محكمة الدرجة الأولى وأنها طالبت به أمام قضاة الإستئناف وحكموا لها به، فإن هؤلاء القضاة التزموا بتطبيق القانون فيما قضاوا به"²⁰.

وهذا القرار تطبيق لجواز تأخير الصداق، والمطالبة به عند انفصام الزوجية، حيث يعتبر من توابع فك العصمة الزوجية. لذلك يمكن المطالبة به في الإستئناف ولا يعتبر طلباً جديداً.

16- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، المرجع السابق، ج3، ص 168.

17- ابن رشد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج2، ص 25.

18- تستحق الزوجة الصداق كاملاً بوفاة الزوج ولو لم يتم الدخول، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه: "لما كان من الثابت في قضية الحال أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق، فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقاً سليماً". المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1987/03/09، ملف رقم 45301، المجلة القضائية، 1992، العدد 02، ص 66.

19- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 21.

20- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/04/16، ملف رقم 32719، المجلة القضائية، 1989، العدد 02، ص 64.

وكان المشرع الإماراتي أحسن تفصيلا من نظيره الجزائري، حيث نصت المادة 52 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "يجب المهر بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول أو الخلوة الصحيحة أو الوفاة، ويحل المؤجل منه بالوفاء أو البينونة"، وأما المادة 2/53 فنصت على أنه: "إذا رضيت الزوجة بالدخول قبل أن تقبض مهرها من الزوج فهو دين في ذمته" وقبل ذلك نصت المادة 1/53 على أنه: "يحق للزوجة الامتناع عن الدخول حتى يدفع لها حال مهرها"²¹.

ب- حكم الصداق

المهر حق للمرأة يجب على الرجل دفعه عاجلا، أو يثبت عليه في ذمته كدين من الديون، ولا يجوز لهما التواطؤ على تزكية أو إسقاطه، ويفسخ العقد إن وقع مثل ذلك، ولكن يجوز ترك التسمية أو السكوت عليه وعدم تحديده²².

قال تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"²³، وتفسيرا لهذه الآية، قال الشوكاني: "أعطوا النساء اللاتي نكحتموهن أجورهن، التي لهن عليكم عطية أو ديانة منكم أو فريضة عليكم أوطيبة من أنفسكم"²⁴.

إن المهر واجب على الرجل بالنكاح أو الوطاء بإجماع علماء المسلمين ولا يחדش في صحة الإجماع تجويز الحنفية والشافعية إسقاط المهر، فإنهم جميعا في هذه الحالة يوجبون مهر المثل، والمهر شرط في صحة عقد النكاح²⁵ إما مسمى مفروضا أو مسكوتا عنه، ويكون لها مهر مثلها في أصح قولي العلماء²⁶. قال تعالى: "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً"²⁷.

ومن بين الأحاديث التي يستدل بها على وجوب الصداق، قوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وصداق"²⁸.

21- نقلا عن، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، ص 75.

22- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 131.

23- سورة النساء، الآية 04.

24- أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير ج4، دار الأرقم، لبنان، دون تاريخ النشر، ص 422.

25- وذهب بعض المالكية إلى اعتباره ركنا من أركان النكاح، أنظر، ابن رشد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج2، ص 21.

26- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، المرجع السابق، ج3، ص 160.

27- سورة النساء، الآية 24.

28- سبق تخريجه.

إن وجه تسمية الصداق بالصدّاق أنه يشعر بصدق رغبة الزوج في زوجته²⁹، فالصدّاق تكريم للمرأة، ودليل على جدية الرجل في التزوج بالمرأة، وليس فيه ما يهين المرأة، فهو لم يفرض عليها في مقابل تزوجها وإنما فرض على من يرغب في الزواج بها، ولهذا يسمى بالنحلة.

وإن الصداق لا دخل له في رضی المرأة، فهو ليس مقرونا بحقها في اختيار زوجها، لأن مرضاة المرأة البنت عند الزواج يعتبر أمراً (شرطاً) أساسياً لصحة العقد عليها بحيث يكون لأحد من أبويها أو غيرها أن يجبرها على الزواج بمن لا ترضاه³⁰. وإن وقع الصداق من قبل الزواج إلى الزوجة لا يعني تملكها، بل تظل سيدة حرة، وتبقى حقوقها محفوظة، بل إن الرجل ليُكلف فوق ذلك بالإفناق عليها وإن كانت من أغنى الناس.

إن الصداق بمفهوم اتفاقية السيداو يعتبر تمييزاً ضد الرجل، والاتفاقية لا تحظر هذا التمييز، ولا ترى حرجاً في التفرقة بين الرجل والمرأة لصالح المرأة، إذ التمييز الذي حظرتة هو التمييز ضد المرأة لا التمييز بصفة عامة، وأوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة باستعمال التدابير الإيجابية المؤقتة، ولعل إيجاب بعض التكاليف المالية على عاتق الزوج لصالح الزوجة مراعاة لاشتغال الزوجة بأمر الحمل والرضاع وأنه ليس لديها عائد مادي، يعتبر تمييزاً إيجابياً لصالح المرأة³¹.

وإذا كان الصداق تكريم للمرأة، وأنه تمييز إيجابي لصالحها، وهو ليس إجراءً إيجابياً مؤقتاً، بل إجراءً إيجابياً دائماً لفائدة المرأة، فإنه في المقابل تعتبر لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن الزواج القائم على أساس دفع المهر إلى الزوجة يصور المرأة على أنها سلعة تباع، مما يؤثر على حقها في إنشاء عقد الزواج بحرية كاملة³².

إن الرأي الذي جاءت به لجنة السيداو هو وجهة نظر قاصرة عن فهم وإدراك المنظور الإسلامي للمهر، فالغرض من المهر هو ضمان للموقف المالي للمرأة بعد الزواج فهو لذلك يجب أن يقدم إلى الزوجة لا إلى ذويها³³.

29- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، المرجع السابق، ج3، ص160.

30- وسام حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 34.

31- جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005، ص144.

32- تقرير لجنة السيداو، الدورة 49، وثيقة الأمم المتحدة Doc A/49/38/1994.

33- محمد حسن القاسمي، المرجع السابق، ص 632، ولذلك ذهبت بعض الدول إلى تجريم دفع المهر، أو أي مال يقدم للعروس على أساس أن ذلك يحد من حق الرجل والمرأة المقبلين على الزواج، ففي الفلبين صدر قانون عام 1980 يسمى قانون حظر =

إن النكاح عقد معاوضة بين الزوجين، فكل واحد منهما بدل عن صاحبه، ومنفعة كل واحد منهما لصاحبه عوض عن منفعة الآخر، والصداق زيادة فرضه الله تعالى على الزوج لما جعل له في النكاح من الدرجة، ولأجل خروجه عن رسم العوضية جاز إخلاء النكاح عنه والسكوت عن ذكره، ثم يفرض بعد ذلك بالقول أو يجب بالوطة³⁴.

يقول الإمام فخر الدين الرازي: "إن الزوج لا يملك بدل الصداق شيئاً، لأن البضع في ملك المرأة بعد النكاح كما هو قبله، فالزوج أعطاه المهر ولم يأخذ منها عوضاً يملكه، فكان في معنى النحلة التي ليس بإزائها بدل، وإنما الذي يستحقه الزوج منها بعقد النكاح هو الاستباحة لا الملك"³⁵.

إن الاستمتاع ليس حقا للرجل وحده حتى يكون الصداق في مقابل الاستمتاع، بل إن الاستمتاع هو حق مشترك بين الزوجين، فهو حق للمرأة كما هو حق للرجل.

وإن الصداق أنواع عديدة، فقد يكون غير مسمى أو مسكوت عنه، فهل يكون تملك المرأة في مقابل غير محدد؟!

ولأنه لو وجب المهر على الزوج بسبب الاستمتاع لوجب على المرأة أيضا³⁶، إذ أن منافع البضع مشتركة بين الطرفين، ولا يقل بهذا أحد، فالمهر لا يجب عليها إجماعاً، ولأنه لو وجب المهر عوضاً عن الاستمتاع لسقط بالطلاق قبل الدخول وانتفى وجوبه إلا أن الشارع الحكيم أوجب نصفه في تلك الحالة³⁷.

=المهور تضمن فرض عقوبات على الزوج أو أي من طرفي الزواج الذي يتقاضى مهراً أو يعطي أو يطلب مهراً أو أية عقارات أو ضمانات ذات قيمة مالية من الطرف الآخر عند الزواج أو قبله أو بعده على أنه لقاء الزواج. أنظر، جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 118.

34- أنظر، كوثر كامل علي، أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص18.

35- أنظر، فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، ج3، الطبعة الأولى، دار الفكر، لبنان، 1981، ص140.

36- لقد كان القانون المدني الفرنسي القديم يخول الرجل حق قبض الدوطة La Dot وهو مال تقدمه الزوجة لزوجها، ومع ذلك يقول الكاتب الفرنسي Marcel Morand مارسل موراند " إن الزواج في القرآن ظل كما كان عليه الوضع عند العرب في الجاهلية، فالزوج ملزم بدفع المهر لزوجته، فلا وجود للزواج بدون مهر كما لا يوجد عقد بيع بدون دفع ثمن المبيع فكما يحصل المشتري على المبيع عند دفعه الثمن فكذلك يحصل الزوج على المرأة عند دفعه المهر". وتقول الدكتورة غنية قري ردا على الكاتب: من غير الممكن تشبيه عقد الزواج بعقد البيع وذلك لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما...، إن العلاقة القائمة بين الزوج والزوجة أسمى وأشرف من علاقة البائع والمشتري فهي علاقة تهدف إلى تحقيق المحبة والمودة وإن ألزم الرجل بالمهر ما هو إلا حماية لكرامة المرأة وصيانتها". أنظر: غنية قري، المرجع السابق، ص39.

37- جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 126. ولم يكن للمرأة في الجاهلية حق في المهر الذي يدفعه زوجها، بل كان حقا لأبيها وأخيها، أو نحوهما من الأولياء، وقد أبطل الإسلام ذلك كله، وجعل المهر حقا خالصا للزوجة، أنظر، تهاني بنت مطلق عبد الله الشايعي، الذمة المالية للمرأة، دراسة فقهية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2009، ص 109.

وإذا كان الصداق تكريم للمرأة فيفترض أنه يعطى لها كحق تتصرف فيه كما تشاء، ذلك أن تصرف وليها أو زوجها في صداقها يعني أنه ليس من حقها وليس فيه تكريم لها.

جاء موقف المشرع الجزائري واضحا في هذه المسألة، إذ نصت المادة 14 ق.أ على أن: "الصداق هو ما يدفع للزوجة"، وفي هذا نفي لسلطة الولي على الصداق. وأكد هذا المشرع مجددا في نهاية المادة عندما قال: "وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، أي أن الصداق ملك للزوجة ولها حرية التصرف فيه. ولذلك لا يمكن للزوج أن يطالب الزوجة بجهاز البيت على أساس أنه أعطاه صداقا، وليست مكلفة بإعداد البيت، وليست مكلفة بأي نفقات في مقابل الصداق الذي تستلمه.

وفي هذا دلالة واضحة، على أن الصداق في القانون الجزائري لا يعدو أن يكون مجرد مبلغ معنوي أرمزي لا غير، لأن الزوجة غير مطالبة في مقابله بأي أثاث أو فراش، وفي ذلك محاولة إيجابية لتغيير العادات والأعراف السائدة في المجتمع الجزائري، وما ينشأ عن ذلك من خلافات ومنافسات بين الأسر في التجهيز والمغالاة في المهور³⁸.

إنه متى عقد الزواج صحيحا يكون المهر حق خالصا للزوجة، من غير مشاركة أحد من أقاربها ولا من غيرهم، وثبت ملكيتها للمهر من غير توقف على القبض، فمتى كانت بالغة عاقلة رشيدة يكون لها وحدها حق مطالبة الزوج به ولها ولاية قبضه بنفسها أو من توكله عنها³⁹.

ويتأكد حق الزوجة في قبض الصداق كاملا بالدخول بها أو بوفاة زوجها طبقا لما نصت عليه المادة 16 والتي جاء فيها: "تستحق الزوجة صداقا كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج". فالدخول الحقيقي يتأكد به جميع المهر بكافة أنواعه سواء كان مهر المثل، أو كان المهر مسمى، وسواء أكانت التسمية قبل العقد أم بعده، وذلك أن وطء الشبهة يوجب المهر ابتداء، لذلك كان وطء النكاح أولى بالتقرير، فإذا تأكد المهر بالدخول فإنه لا يسقط منه شيء بعد ذلك إلا بالإبراء من صاحب الحق أو بالحط جزءا منه⁴⁰.

وذكر المشرع الجزائري الدخول كسبب موجب للصداق، ولم يبين المقصود بالدخول أهو الحقيقي أم الحكمي والذي يعرف بالخلوة الصحيحة؟ وعلى هذا يجب للزوجة الصداق كاملا ولو كان الدخول حكما.

38- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص281.

39- عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص136.

40- أنظر، عاطف مصطفى البراوي التتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2006، ص 45.

لقد ذهبت المحكمة العليا، في العديد من اجتهاداتها إلى اعتبار الخلوة الصحيحة بمثابة الدخل ورتبت عليها الصداق كاملاً، ففي قرار لها قضت بأن: "الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ويترتب عليها توابع العصمة وكامل الصداق ولو لم يقع احتفال بالدخول"⁴¹.

وفي هذا يقول الأستاذ الدكتور بلحاج العربي⁴²: "إن اجتهاد المحكمة العليا هذا اجتهاد سليم لسد الذرائع في زماننا الحالي ودفعاً للقييل والقال، وعموم البلوى، ثم إن الاستمتاع بما يبيحه الدخل، كالنقبيل أو اللمس بشهوة أو ملاحظة المرأة ومداعبتها أو رؤيتها عارية، أو مباشرتها فيما دون الفرج، فإن مثل هذه المقدمات ولو كانت في غير خلوة أليست هي استيفاء لثمرات العقد الذي هو سبب الصداق، وفقاً للمادتين 9 مكرر و15 من ق.أ المعدلة عام 2005".

إن هذا الرأي وجيه صحيح، لأن الزوجة في عديد الحالات تطلق قبل الدخل ويحرمها الزوج من الصداق كاملاً رغم اختلائه بها، وهذا يفتح الباب للتلاعب بالأعراض. لذلك قضى المجلس الأعلى بأنه: "لما كان ثابتاً من وقائع الدعوى أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء قضاء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد، الأمر الذي يتقرر به كامل الصداق ويترتب عليه توابع العصمة. وبما أن قضاة الإستئناف اعتبروا الزواج بين الطرفين صحيحاً وصرحوا بالطلاق بينهما، فإنهم بقضائهم كما فعلوا سببوا قرارهم وخولوه أساساً شرعياً"⁴³.

ويلاحظ أن الطاعن اعتمد في هذه القضية على عدم إتمام الدخل بالزوجة الثابت طبيًا وغير المتنازع فيه ليدفع عنه مسؤولية توابع العصمة، رغم معاشرته للزوجة معاشرة الأزواج. ولولا اعتماد المحكمة العليا على خلوة الإهتمام لإيجاب الصداق لضاع حق الزوجة.

ويتأكد المهر أيضاً في الزواج الصحيح بموت الزوج، فلو مات أحد الزوجين ولو قبل الدخل ثبت كل المهر، وتستحق الزوجة نصف المهر بجملة من الشروط أهمها⁴⁴: أن يكون الزواج بعقد صحيح وأن يكون المهر قد سمي تسمية صحيحة، وأن تقع الفرقة قبل الدخل أو الخلوة الصحيحة.

41- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 18/06/1991 قرار رقم 74375، المجلة القضائية، 1993، عدد 01، ص 61.

42- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص 288.

43- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 19/11/1984، ملف رقم 35107، المجلة القضائية، 1990، عدد 02، ص 55.

44- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 77.

وإن تأكيد استحقاق الزوجة كامل الصداق بوفاء زوجها رغم عدم دخوله ولا خلوته بها يؤكد تأكيداً جازماً أن المهر ليس في مقابل الاستمتاع، فالزوج قد توفي، وربما لم ير هذه الزوجة إلا من بعيد أو لم يراها قط. وكذلك الحال عند ثبوت الصداق منصفاً للزوجة عند طلاقها قبل الدخول، مصداقاً لقوله تعالى: "وَأِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"⁴⁵.

أما إذا لم يدخل الزوج بزوجه وطلقها ولم يكن قد فرض لها مهراً، فإنه لا صداق لها، ولكن يجب لها المتعة، قال تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعَّرِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"⁴⁶.

وتفسيرا لهذه الآية قال الإمام القرطبي: "أجمع أهل العلم على أن التي لم يفرض لها ولم يدخل بها، لا شيء لها غير المتعة، وليس للمتعة حد معروف في قليلها وكثيرها، يتمتع كل بقدره، هذا بخادم، وهذا بأثواب، وهذا بثوب، وهذا بنفقة، فإن الله سبحانه لم يقدرها ولا حددها، إنما قال: "على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"، الموسع عليه إمتاع زوجته المطلقة التي لم يدخل بها على قدر سعة رزقه، والمقتر عليه إمتاع الزوجة المطلقة التي لم يدخل بها على قدر رزقه"⁴⁷.

وإيجاب المتعة عند عدم تسمية الصداق دليل آخر على تكريم المرأة بما يعطى لها وليس مقابلاً لشرائها كما يزعم أعداء الإسلام.

ومن التكريم أيضاً للزوجة أنه لا يجوز للزوج استرداد المهر في أي حال من الأحوال⁴⁸، قال 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"⁴⁹، وقال تعالى: "وَأِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا"⁵⁰.

45- سورة البقرة، الآية 237.

46- سورة البقرة، الآية 236.

47- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص 200.

48- وسام حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 36.

49- سورة البقرة، الآية 229.

50- سورة النساء، الآية 20.

وفي كل الأحوال فإن الصداق يبقى حق ثابت للمرأة، لها أن تقرر بشأنه ما تشاء. ومقدار الصداق قد يكون كبيرا وقد يكون قليلا، فهل للزوجة دخل في تقدير مقدار الصداق؟

ثانيا: مقدار الصداق

هل يعتبر أي مبلغ وإن كان يسيرا مهرا أم أن هناك حد لأقله وأكثره؟ للإجابة على هذا السؤال نرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في أقل المهر على عدة أقوال⁵¹: فمذهب الشافعية أنه ليس لأقل الصداق حد مقدر، بل كل ما جاز أن يكون ثمنا أو أجرة جاز جعله صداقا، ويستحب أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم، ويجوز أن يكون الصداق منفعة معلومة، والمنفعة، الخدمة من الزوج لزوجته، وذلك كبناء دار معلوم، ورعي غنم مدة معلومة، أو توصيل بضائع معينة إلى مكان معين وغير ذلك مما يكون في هذه الأيام، وفي الوسيط: لا يتعين للصداق مقدارولا جنس، فيصح حتى بتعليم القرآن⁵².

أما عند الحنابلة فالصداق غير مقدر، لا أقله ولا أكثره، بل كل ما كان مالا جاز أن يكون صداقا، وبهذا قال الحسن وعطاء وعمر بن دينار وابن أبي ليلى، والثوري والأوزاعي والليث وإسحاق وأبو ثور وداوود والشافعي، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين، وقال لو أصدقها سوطا لحلت⁵³.

ومن أدلة الشافعية والحنابلة⁵⁴ ومن على رأيهم في أنه لا حد لأقل المهر، قول النبي صلى الله عليه وسلم للذي زوجه: "هل عندك من شيء" قال: لا، قال: "أذهب فاطلب ولو خاتما من حديد"⁵⁵. وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟" قالت: نعم، فأجازه⁵⁶.

51- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص 159.

52- محمد بن محمد الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج5، ص 215.

53- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 99.

54- محمد بن محمد الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج5، ص 215 وما يليها؛ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 100.

55- رواه البخاري برقم 5149، صحيح البخاري، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، ج3، المرجع السابق، ص375.

56- أخرجه الترمذي برقم 1113، سنن الترمذي، باب ما جاء في مهر النساء، ج3، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر، 1978، ص411.

وقوله تعالى: "وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ"⁵⁷، يدخل فيه القليل والكثير.

قال الإمام مالك أقل الصداق ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من فضة، أو ما يساوي الدراهم الثلاثة، لأن هذا حد القلة في الأموال في نظر الشارع، فلا تقطع يد السارق فيما دون ذلك. وسبب هذا القياس أنهم قالوا أن المهر عبادة وأن العبادة مؤقتة، فقالوا لا بد من أصل نقيس عليه، فقالوا قطع اليد عضو مستباح بالسرقة، والبضع عضو مستباح بالمال⁵⁸. وأما مذهب الحنفية⁵⁹ فأقل الصداق هو أقل ما تقطع به يد السارق وهو عندهم عشرة دراهم من الفضة.

قال أبو مالك كمال بن السيد سالم: "بل يصح الصداق بكل ما له قيمة حسية أو معنوية" وهذا هو الذي تجتمع به الأدلة ويتفق مع المعنى الصحيح لمشروعية المهر، إذ ليس المقصود من المهر العوض المالي فحسب، وإنما هو رمز للرغبة وصدق النية في الاقتران، فيكون بالمال غالباً، وبكل ما له قيمة معنوية، مادامت قد رضيت به، فإن الصداق في الأصل حق للمرأة تنتفع به⁶⁰.

وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم، وقد قال تعالى: "وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا"⁶¹. ويستحب ألا يغلى الصداق، لما روي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة"⁶².

وليس من الإسلام تلك النظرة المادية التي تسيطر على أفكار طائفة من الناس فيغالون في المهور، حتى إنه لا يكاد يخرج بعضهم من عقد الزواج إلا وهم يتحدثون عن المهر وكم بلغ من الأرقام القياسية، فإن المرأة ليست سلعة في سوق الزواج كي نسلك بها هذا المسلك المادي البحث⁶³.

ومن زاوية القانون، نصّ المشرع في المادة 14 ق.أ، على أن الصداق يصح من كل ما هو مباح شرعاً، أي دون تحديد. بل هو معلق فقط بالشرعية دون المقدار.

57- سورة النساء، الآية 24.

58- ابن رشد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج3، ص 1271.

59- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج01، ص 305.

60- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، المرجع السابق، ج3، ص 163.

61- سورة النساء، الآية 20.

62- رواه النسائي برقم 9229، السنن الكبرى، باب بركة المرأة، ج8، المرجع السابق، ص304.

63- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، المرجع السابق، ج3، ص 163.

إن المعمول به في المجتمع الجزائري أن الصداق يفوق بكثير الحد الأدنى الذي ذكره المالكية والحنفية، وخاصة إذا عرفنا أن كل ما يقدم للمرأة مما كان على وجه الشرط يعتبر من مكونات المهر، والتي تأخذ طابع الإلزام على الرجل، فالإشكال اليوم في المجتمعات الإسلامية هو غلاء المهور، أما أقل المهر فعلميا غير واقع⁶⁴.

لقد أصبح الصداق اليوم مصدر ثراء عند بعض العائلات، إذ يشترط الأب صداقا مرتفعا لتزويج ابنته رغبة منه في تحصيل مبالغ مالية يخصصها لقضاء بعض حوائجه، ومن ثم غدى ارتفاع الصداق سببا من أسباب العنوسة⁶⁵.

إن مواد قانون الأسرة تثبت على غرار ما جاءت به الشريعة الإسلامية حق الزوجة في الصداق، وأنه لا يجوز أخذ منه شيء بعد ثبوته، ومع ذلك لا تزال المحاكم تشهد العديد من منازعات الصداق.

الفرع الثاني

منازعات الصداق

يحدث أن يتم إبرام عقد الزواج، ثم تحصل الفرقة بين الزوجين قبل الدخول وبعده، وحصول الفرقة يؤدي إلى منازعات حول مدى استحقاق الزوجة للصداق من عدمه، خصوصا وأن الزوج يرى أحيانا أن الزوجة منعتة من إتمام الزواج بالدخول فيرغب في أن يمنعها صداقها. وهذا النوع من المنازعات حول استحقاق الصداق فصل فيه المشرع الجزائري بنصوص واضحة.

وأولى الفقه الإسلامي المنازعات المتعلقة بالصداق عناية فائقة حسما لكل خلاف يخشى منه تقطع الأرحام وتمزق الأواصر⁶⁶.

غير أنه قد تطرح منازعات أخرى حول الصداق كالاختلاف حول مقدار الصداق أو قبض الصداق أو تعجيله أو تأجيله.

64- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص141.

65- حيث جاءت الجزائر في المرتبة الرابعة بالنسبة للعنوسة في الوطن العربي بنسبة 51% من النساء البالغات سن الزواج. أنظر، جريدة الخبر الصادرة بتاريخ الخميس 20 فيفري 2014. واحتلت الجزائر المرتبة الأولى من حيث العنوسة في دول المغرب العربي بأكثر من 5 مليون عانس حسب ورد في: جريدة النهار الجديد، الصادرة بتاريخ 2013/07/21.

66- أنظر، مبروك عبد العظيم أحمد مصري، حسم المنازعات المتعلقة بصداق الزوجات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، يناير 2002، ص 158.

نصت المادة 17 ق.أ، على أنه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو وورثتهما وليس لأحدهما بيعة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

لقد أورد المشرع في هذه المادة عبارة "النزاع في الصداق" دون تحديد إن كان الأمر يتعلق بقبضه أم بقيمته أم بشيء آخر، وعلى هذا الأساس يفترض أن جميع منازعات الصداق تخضع لهذه المادة كونها الوحيدة في القانون الجزائري التي تحسم منازعات الصداق.

إن القاعدة القانونية تقتضي الاعتماد على البيعة إن وجدت، وقد ورد ذكر البيعة دون تحديد مما يفيد جواز إثبات الصداق بكافة طرق الإثبات⁶⁷.

فإذا ادعى أحد الزوجين بأن سمي معلوما كألف دينار مثلا وأنكر الآخر حصول التسمية، فالبيعة على من ادعى واليمين على من أنكر. وفي حالة رفض دعوى التسمية لعدم ثبوتها يحكم القاضي بصداق المثل، وفي حال النزاع حول صداق السر والعلن حيث تمسك الزوج بصداق السر وتمسكت الزوجة بصداق العلن، فالقول قول الزوجة، ويلزم الزوج بدفع صداق العلن الذي يشهد له الظاهر⁶⁸.

وأما إذا أثير النزاع من الزوجة أو ورثتها بشأن الصداق وأنكرت أو أنكروا أن الزوج قد سلم الصداق، وادعى الزوج أنه سبق وأن سلم الصداق وليس له أية بيعة وكان ذلك قبل الدخول فإن على الزوجة بأن تحلف بالله العلي العظيم بأنها لم تستلم قيمة الصداق وتستحق الصداق، ونفس الإجراء فيما يتعلق بالورثة إذا كانت الزوجة قد توفيت قبل البناء. أما إذا كان بعد الدخول فيحلف الزوج أو ورثته بأن الصداق قد سلم إلى الزوجة ويعفى من الإلزام بدفع قيمة الصداق⁶⁹.

وقضى المجلس الأعلى بتاريخ: 1989/06/05 بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو وورثتهما وليس لأحدهما بيعة، وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع يمينها وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد

67- تنص المادة 333 من القانون المدني على أنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن مئة ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، ومعلوم أن الصداق في الجزائر يتجاوز في كثير من المناطق هذا المبلغ إلا أن نص هذه المادة لا يطبق على منازعات الصداق كون الصداق يحكمه نص خاص في قانون الأسرة وقد أشارت المادة 333 إلى هذا الاستثناء من خلال العبارة: "ما لم يوجد نص يقض بخلاف ذلك". وكذلك أن الإثبات بالكتابة في الصداق غير ممكن لوجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

68- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 139.

69- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في توبه الجديد، المرجع السابق، ص 49.

الشرعية والقانونية. ولما كان ثابت في قضية الحال أن جهة الاستئناف التي أيدت الحكم المستأنف لديها القاضي على الطاعن بأدائه للمطعون ضدها مؤخر صداقها دون مراعاة للقاعدة المتعلقة بالخلاف بين الزوجين على الصداق، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية والقانونية، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه⁷⁰.

إن اختلاف الزوجين في الصداق لا يخلو أن يكون في القبض، أوفي القدر أوفي الجنس أو في الوقت (الوجوب). فأما إذا اختلفوا في القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافا كثيرا⁷¹.

أما إذا اختلف الزوجان في القبض فقالت الزوجة لم أقبض، وقال الزوج قد قبضت، فقال الجمهور: القول قول المرأة وبه قال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور، وقال مالك: "القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول"⁷². وهذا الرأي لمالك هو الذي أخذ به المشرع الجزائري حيث جعل القول قول الزوجة قبل الدخول مع يمينها وجعل القول قول الرجل بعد الدخول مع يمينه، غير أن مالك لم يذكر اليمين هنا وجعل القاعدة خاصة بالنزاع حول القبض من عدمه، أما المشرع الجزائري فاشتراط اليمين وعمم القاعدة على جميع نزاعات الصداق.

إن الصداق وإن ثبت بالزواج، فإنه لا يسقط فهو حق للمرأة، وإنها إذا أصبحت زوجة ثبتت لها حقوق مالية أخرى، من ذلك الحق في النفقة.

المطلب الثاني

حق الزوجة في النفقة

لا شك أن النفقة الزوجية بمختلف مشتملاتها ضرورية لاستمرار الحياة الزوجية، بل ولاستمرار الحياة ككل، وحيث أن النفقة التزام مالي ينقص الذمة المالية للمتزوج به، ويزيد في الذمة المالية للدائن به، ولأجل ذلك فهو ذو أهمية كبيرة. وقد اختلفت التشريعات في تنظيم هذا الحق أو الواجب، وقد أسميناه حق للزوجة اعتمادا على ما ذهب إليه المشرع الجزائري، وقبل ذلك التشريع الإسلامي، إلا أنه وفقا للاتفاقيات الدولية فإن النفقة

70- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/06/05، ملف رقم 54198، المجلة القضائية، 1990، العدد 04، ص80.

71- ابن رشد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج3، ص1296.

72- ابن رشد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج3، ص1299.

تكون مناصفة بين الزوجين استنادا إلى مبدأ المساواة (الفرع الأول). ويطرح التساؤل حول مقدار النفقة التي تنتظر للزوجة (الفرع الثاني)، وما يعتبر من مشتملات النفقة الزوجية (الفرع الثالث). في حين يمكن للزوجة رفع دعوى للمطالبة بحق النفقة (الفرع الرابع)، وإذا امتنع الزوج عن أداء النفقة بعد صدور الحكم بها فإنه يكون قد ارتكب جريمة (الفرع الخامس).

الفرع الأول

حق الزوجة في النفقة وقضية المساواة

إن النفقة الزوجية هي ما يفرض للزوجة على زوجها من مال، لطعامها وكسائها ومسكنها، وغير ذلك من كل ما يتوقف عليه بقاؤها وإقامة حياتها، حسبما تعارفعليه الناس⁷³، والنفقة بهذا المفهوم غير موجودة في المواثيق الدولية.

أولا: الالتزام بالإنفاق في المواثيق الدولية

نادت المواثيق الدولية بمبدأ المساواة بين الزوجين، حيث ما فتأت اتفاقية السيداو تطالب بهذه المساواة بين الزوجين في العديد من موادها، ومن ذلك تكرارها في المادة 16، حيث طالبت بالمساواة بين الزوجين في كافة الأمور المتعلقة بالزواج، وطالبت أيضا بأن يكون لهما نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج، ونفس الحقوق والواجبات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية أو ما شابهها من الأعراف حين توجد في القوانين الداخلية. ثم أكدت على أن للزوجين نفس الحقوق فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها.

يبدو جليا من نصوص الاتفاقيات الدولية أن الالتزام بالإنفاق يكون على عاتق الزوجين معا سواء تعلق الأمر بهما شخصا أو بأبناؤهما، فاستنادا إلى مبدأ المساواة تساهم الزوجة إلى جانب الزوج في تكاليف الحياة الزوجية، وتخضع هذه المساهمات إلى ما يعرف بالنظام المالي للزوجين.

وكننتيجة حتمية للمصادقة على الاتفاقيات الدولية، واعتماد مبدأ المساواة بين الزوجين أصبحت الدول مطالبة بتكريس هذا المبدأ فعليا، وقد قامت بعضها بذلك، فأوجب على الزوجة النفقة.

73- جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص145.

فيلتزم كل من الزوجين في القانون الفرنسي مثلاً، بالمساهمة في تكاليف الحياة الزوجية⁷⁴، ويكون كل واحد منهما متضامناً مع قرينه بخصوص تكاليف الحياة وتربية الأولاد أثناء فترة الزواج، فيقع عليهما واجب بالإئفاق معا ودون التمييز بينهما⁷⁵.

وإلزام الزوجة بالإئفاق سيجعل حقها في الزواج مقيداً، إذ تجد نفسها مجبرة على الحصول على مصدر مالي قبل الإقدام على الزواج لتتمكن من الإئفاق منه، وهذا يدفعها إلى القبول بالعمل أياً كان في سبيل تحصيل الأجر. وإن إلزام الزوجة بالإئفاق فيه ظلم للمرأة ويعتبر تمييز ضدها، وليس فيه مساواة لها بالرجل، بل فيه زيادة عبأً عليها كونها تتساوى مع الرجل في تحمل الإئفاق، ولكن يضاف إليها أنها تتحمل الحمل والولادة والرضاع، وهذه لا يمكن أن تتقاسمها مع الرجل.

إن المواثيق الدولية تعتمد على مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين، وهو مبدأ ثبت بالدليل عدم جدواه لتحقيق العدل بين الزوجين. أما التشريع الإسلامي وما تابعه من تشريعات وضعية، فيعتمد على العدل في توزيع الحقوق والواجبات، فيوازي عند تقسيم الأعباء بين الزوجين مراعاة لمختلف المسؤوليات، ويعطي لكل حقوق وواجبات تتماشى وقدرته وخصائصه، وإلا لو كانت المرأة كما الرجل لا فرق بينهما في الخصائص فكان من السهل القول بالمساواة في كل شيء⁷⁶.

ثانياً: الالتزام بالإئفاق في قانون الأسرة

خصص المشرع في الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون الأسرة الفصل الثالث كاملاً للنفقة، وأدرج فيه المواد من 74 إلى 80 تحدث فيها عن وجوب النفقة الزوجية ومشمولاتها وتقديرها إضافة إلى نفقة الفروع والأصول، مستمداً أحكامها من الفقه الإسلامي.

74- Art 213 c.c.f: "Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir".

Art 214 c.c.f: "Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile".

75- Emmanuel PIERRAT et autres, op. cit. , p.25.

76- بل لو كانت المرأة كما الرجل في كل الخصائص، لما كانت هناك حاجة لتسميتها بالمرأة، ولما كانت هناك حاجة للفرقة أصلاً، ولا حديث عندئذ عن التمييز بسبب الجنس.

واستدل العلماء على مشروعية النفقة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول⁷⁷. قال 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"⁷⁸، ووجه الاستدلال هنا أن الله تعالى أمر في هذه الآية بالإنفاق، والأمر للوجوب.

وقال تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بِبَيْتِكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسْتَزْضِعْ لَهُ أُخْرَى"⁷⁹. وعن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب في الناس، فقال: "أَلَا وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا، فَإِنَّمَا هُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ لَيْسَ تَمْلِكُونَ مِنْهُنَّ شَيْئًا، غَيْرَ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ، وَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ، فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا، أَلَا إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا، وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا، فَأَمَّا حَقُّكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ، فَلَا يُؤْتِيَنَّ فُرْشَكُمْ مَنْ تَكَرَّهُونَ، وَلَا يَأْذَنَنَّ فِي بَيْوتِكُمْ لِمَنْ تَكَرَّهُونَ، أَلَا وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ، أَنْ تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ"⁸⁰.

وأخرج البخاري عن عائشة رضي الله عنها، أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُثْبَةَ، قَالَتْ: "يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ"⁸¹.

اتفق العلماء على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إلا الناشز منهن، ومن المعقول أن من حبس لحق غيره تكون نفقته واجبة عليه⁸².

وذهب المشرع الجزائري إلى عكس ما طلبت منه الموائيق الدولية من مساواة بين الزوجين فأوجب نفقة الزوجة على زوجها، وقد جاءت المادة 74 ق.أ، تنص صراحة على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها...". فالنفقة واجبة على الزوج، وهي بذلك حق للزوجة، يمكنها المطالبة به عن طريق القضاء في حال امتنع الزوج عن تسديد هذا الحق.

77- عاطف مصطفى البراوي النتر، المرجع السابق، ص80.

78- سورة الطلاق، الآية 07.

79- سورة الطلاق، الآية 06.

80- رواه الترمذي برقم 1163، سنن الترمذي، باب ما جاء في حق المرأة على الزوج، المرجع السابق، ج3، ص458.

81- رواه البخاري برقم 5364، صحيح البخاري، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، المرجع السابق، ج3، ص427.

82- تهاني بنت مطلق عبد الله الشايعي، المرجع السابق، ص117.

إن النفقة ليست مؤقتة، فهي تكون واجبة على الزوج ما دامت الحياة الزوجية قائمة ومستمرة، وهي واجبة على الزوج نحو زوجته حتى ولو كان فقيرا والزوجة غنية⁸³.

ولقد كانت المادة 37 سابقا قبل تعديلها تنص على أنه: "يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها". وأصبحت المادة 37 ق.أ، بعد تعديلها سنة 2005، تتحدث عن الذمة المالية للزوجين وأسقطت منها الفقرة المتعلقة بواجب النفقة، و لم يبين هل تستحق الناشز النفقة أثناء نشوزها أم لا؟ فيرى الأستاذ عبد القادر داودي أن المشرع أهمل مسألة استحقاق الناشز النفقة أثناء نشوزها، وهي مسألة أساسية في الحياة الزوجية لم يفصل فيها⁸⁴.

لكن يلاحظ أن المشرع الجزائري أولى اهتماما بالغا لحق النفقة الزوجية، فرتب على عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه حق التطليق للزوجة طبقا للمادة 1/53 ق.أ، ولها ذات الحق أيضا تطبيقا للمادة 5/53 ق.أ، عند عدم الإنفاق مع الغيبة لمدة سنة دون عذر. وبالرجوع إلى المادة 55 ق.أ - والتي تنص على أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر - يتبين أنه في حال نشوز الزوجة يحكم بالتعويض للزوج ولا تأخذ الزوجة النفقة.

وتعتبر الزوجية سبب من أسباب النفقة، والتزام الزوج بنفقة زوجته يترتب على العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما، فهذا الالتزام حق للزوجة لاحتباسها لزوجها ومنفعته⁸⁵.

وتجب نفقة الزوجة بالعقد الصحيح دون الفاسد، لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح، ويشتمل التمكين على أمرين لا يتم إلا بهما، الأمر الأول هو تمكين زوجها من الاستمتاع بها استمتاعا تاما، والأمر الثاني تمكينه من الانتقال بها حيث شاء في البلد الذي تزوجها فيه وإلى غيره من البلاد إذا كانت السبل مأمونة، وليس عليها ضرر من الانتقال معه⁸⁶.

83- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 146.

84- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 174.

85- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، المرجع السابق، ص 227.

86- أنظر، سالم محمد خليل مره، أحكام نفقة الزوجات والأصول والفروع في الفقه الإسلامي على مذهب الإمام الشافعي، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص 06.

فمن المقرر أنه تجب النفقة على الزوج لاستحقاق الحبس الثابت له على الزوجة، وباعتبارها حكماً من أحكام عقد الزواج الصحيح، فشرط وجوبها ليس مجرد انعقاد عقد الزواج في ذاته، وإنما يتحقق الاحتباس، أو الاستعداد للاحتباس وإن لم يتحقق بسبب ليس من قبل الزوجة⁸⁷.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 74 على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون". فالظاهر من هذا النص أن المشرع قد جعل سبب وجوب النفقة الزوجية هو الدخل سواء حقيقة أو افتراضاً بأن أبدت الزوجة استعدادها للدخول وتماطل الزوج أو رفض ذلك فتجب لها النفقة. وتجب النفقة على الزوجة بالشروط التالية⁸⁸:

- 1- أن يكون عقد الزواج صحيحاً.
- 2- وأن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها بأن تكون ممن يمكن الدخول بها.
- 3- انتقالها إلى بيت الزوجية أو استعدادها للانتقال إليه.

وورد في قرار المجلس الأعلى بتاريخ: 10/02/1986 أن: "الحق في النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكماً"⁸⁹. وهذا القرار جاء استناداً إلى المادة 74 ق.أ، التي توجب النفقة على الزوج بالدخول بالزوجة حقيقة أو حكماً أي بدعوتها إليه ببينة، ويتحقق الدخل الحكمي عندما يتماطل أو يرفض الزوج الدخول بزوجه رغم استعدادها لذلك وعدم وجود مانع.

ولئن كانت النفقة الزوجية ثابتة بمختلف الأدلة وعديدها، وهي تجب للمرأة وإن كانت عاملة وإن كانت غنية، فإن السؤال المطروح هو ما قدر هذه النفقة، وهل يؤثر في تقديرها كون الزوجة فقيرة أو غنية أو تمارس عملاً تتقاضى عنه أجر.

الفرع الثاني

مقدار النفقة الواجبة للزوجة

نصت المادة 79 ق.أ، على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش".

87- أنظر، فايز السيد للمساوي وأشرف فايز للمساوي، دعوى النفقة الزوجية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2004، ص33.

88- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص172.

89- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 10/02/1986، ملف رقم 39394، المجلة القضائية، 1989، العدد 01، ص111.

ويستشف من هذه المادة أن تقدير النفقة سلطة تقديرية للقاضي، ويتحكم في ذلك ضوابط ثلاث وهي: حال الزوج، حال الزوجة، وظروف العيش.

أولاً: تقدير النفقة تبعاً لحال الزوج

لقد أشار المشرع إلى وجوب مراعاة حال الطرفين، وهما المُنْفَق والمُنْفَق عليه، والزوج هو المُنْفَق في النفقة الزوجية، والزوجة منفق عليها، فيراعى حال الزوج.

وقد جاء في قرار المجلس الأعلى: "إن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة"⁹⁰. وإذا كان حال الزوج معتبر في تقدير النفقة، فإن ذلك يكون انطلاقا من الوثائق والمستندات التي تحدد الوضعية المالية للزوج. وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن تقدير النفقة هو أمر موكل لقضاء الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، وذكر الوثائق والمستندات الإثباتية المعتمد عليها لتحديد الوضعية المالية والاقتصادية للزوج⁹¹.

وليست كل الوثائق الثبوتية التي يتقدم بها الزوج قطعية الدلالة، وهي لا تسقط النفقة بأي حال من الأحوال، لكن يمكن أن تساهم في زيادة قيمتها أو إنقاصها. وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن: "عدم الأخذ بشهادة عدم العمل الصادرة من البلدية يرجع للسلطة التقديرية للقضاء لأن الشهادة الصادرة من البلدية تصادق عن إمضاء الشاهدين، وعليه فإن القضاء بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون"⁹².

وكذلك جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى صادر بتاريخ: 1989/01/16 أن: "المجلس لما قضى بتحديد النفقة اعتباراً من تاريخ رفع الدعوى القضائية دون أن يقدر ظروف الزوج ومدخله ووسعه والمدة الزمنية التي مرت بها القضية وطول المرافعات يكون قد خالف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁹³. وهذا القرار يشير إلى المعايير الواجب اعتمادها في تقدير النفقة، بل ويؤكد أن القاضي يكون مخطئاً في حكمه متى أصدره دون أخذ هذه المعايير بعين الاعتبار.

ومن باب المقارنة، هناك خلاف بين الفقهاء في مقدار النفقة الواجبة هل يراعى فيه حال الزوج أم حال

90- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/01/16، ملف رقم 51715، المجلة القضائية، 1992، العدد 02، ص55.

91- بلحاج العربي، أحكام الزواج ...، المرجع السابق، ص 444 - 445.

92- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/03/16، ملف رقم 216886، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص203.

93- المجلس الأعلى، 1989/01/16، ذكر سابقاً.

الزوجة أو هما معا، فمن قال يراعى فيه حال الزوج⁹⁴ نظر إلى قوله تعالى: "لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"⁹⁵.

واشترط المالكية في وجوب النفقة بعد الدخول أن يكون الزوج موسرا وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه، فلو كان معسرا لا نفقة عليه مدة إعساره، لقوله تعالى: "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا"، فالمعسر لا يكلف إذا بالنفقة⁹⁶.

وتقدير نفقة الطعام والكسوة بحسب حال الزوج يسارا وإعسارا لقوله: "لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا" هو مذهب الحنفية والشافعية، لأن النفقة واجبة على الزوج، وقد رضيت الزوجة بحاله، ويقصد من كلمة "المعروف" في حديث هند، تحديد الواجب على الزوج. وذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تقدر بحسب حال الزوجين يسارا وإعسارا ومراعاة منصب المرأة وحال البلاد⁹⁷.

إن كل النصوص التي تحدثت عن نفقة الزوجة تشير إلى الإنفاق بالمعروف، وقال القرطبي: "ليس المعروف أن تكون نفقة الغنية مثل نفقة الفقيرة"⁹⁸، وفي هذا إشارة إلى مراعاة كذلك حال الزوجة عند تقدير النفقة.

ثانيا: تقدير النفقة تبعا لحال الزوجة

صرح المشرع الجزائري بأن القاضي يراعى حال الطرفين عند تقدير النفقة، والزوجة هي أحد الطرفين في النفقة الزوجية، لذلك يراعى حالها وجوبا. رغم أن المشرع لم يبين المقصود بحال الزوجين، فهل يعني ذلك أنه يعطي للفقيرة أكثر من الغنية بحكم أن الفقيرة في أمس الحاجة للمال لإصلاح أمرها وأمور بيتها وأولادها، والغنية في غنى عن كل ذلك، أم أنه يعطي الغنية أكثر من الفقيرة، لأن الغنية وبحكم غناها تعودت على مستوى أعلى من الرفاهية ورغد العيش؟

لا يمكن أبدا التحجج بغنى الزوجة من أجل إسقاط النفقة عن الزوج، فالنفقة واجبة على الزوج وإن كانت الزوجة غنية. فقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ: 2000/02/22 بأنه: "من المقرر شرعا أن يسار

94- صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة...، المرجع السابق، ص21.

95- سورة الطلاق، الآية 07.

96- الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص 508؛ الدميري، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2، ص 729.

97- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص801.

98- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج8، ص 6649.

الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي، وإن قضاه الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة (الطاعنة) رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطاءً في تطبيق القانون⁹⁹.

إن مراعاة حال الزوجة إلى جانب حال الزوج يعبر عنه الفقهاء بقولهم أن النفقة تقدر بحال الزوجين، وهذا القول اختيار الإمام الخصاص الحنفي، وهو المفتى به في مذهب الحنفية، وهو مذهب الحنابلة والمالكية مع شيء من التفصيل، والزيدية والجعفرية¹⁰⁰، والحجة لهذا القول قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان: "خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالْمَعْرُوفِ"¹⁰¹.

وعند المالكية أن النفقة تكون بقدر وسع الزوج وحال الزوجة، فإن كان الزوج فقيراً لا قدرة له على أدنى كفاية من الأربعة: القوت والإدام، والكسوة، والسكن، فالعبرة بوسعه فقط، وإن كان غنياً ذا قدر وهي فقيرة أجيبت لحالة أعلى من حالها ودون حاله، وإن كانت غنية ذات قدر وهو فقير إلا أنه له قدرة على أرفع من حاله ولا قدرة له على حالها، رفعها بالقضاء إلى الحالة التي يقدر عليها¹⁰².

إن اعتبار حال الزوجين معاً واجب عند تساوي حالتيهما فقراً وغنى. أما عند اختلاف حالتيهما، فتفرض النفقة بحالة وسطى بين الحالتين، ولذلك فالزوجة الفقيرة تقدر نفقتها بحالة فقرها، فيفرض لها ما اعتادت عليه وأمثالها إذا كان زوجها فقيراً مشابهاً لها في الحالة، وكذلك الغنية تقدر نفقتها بحالة غناها، فيفرض لها ما اعتادت عليه ومثيلاتها إذا كان زوجها موسراً غنياً مشابهاً لها في الحالة.

جاء في فقه الحنابلة: "يفرض الحاكم للموسرة تحت الموسر من أرفع خبز البلد ودهنه، وأدمه الذي جرت عادة أمثالها بأكله من الأرز واللبن وغيرهما مما لا تكرهه عرفاً، ويفرض لها لحماً على عادة الموسرين بذلك الموضوع... ويفرض الحاكم للمعسرة تحت المعسر من أدنى خبز البلد بأدمه الملائم له عرفاً كالباقلاء والنحل والبقل وما جرت به عادة أمثالها ودهنه ولحمه عادة، ويفرض لها ما يلبس مثلها أو بنام عليه من غليظ القطن والكتان... ويفرض للمتوسطة تحت المتوسط والموسرة مع العسر، والمعسرة مع الموسر، المتوسط من

99- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2000/02/22، ملف رقم 237148، المجلة القضائية، 2001، عدد 01، ص 284.

100- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج 7، ص 201.

101- رواه البخاري برقم 5364، صحيح البخاري، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، المرجع السابق، ج 3، ص 427.

102- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 2، ص 509.

ذلك عرفا، لأن إيجاب نفقة المוסر على المعسر وإنفاق المعسر نفقة المוסر ليس من المعروف، وفيه إضرار بصاحبه، فكان اللائق بحقهما هو التوسط"¹⁰³.

ونصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفقرة 4 من الفصل 23 على أنه: "على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة، وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

إن موقف المشرع التونسي هذا، يتناسب والمواثيق الدولية التي تدعو إلى المساواة، رغم أنها هنا غير تامة، فقد كلف الزوج بالنفقة، وأما الزوجة فكلها بالمساعدة فقط.

إن إلزام المشرع التونسي الزوجة هي الأخرى أن تنفق على الأسرة إن كان لها مال تنفق منه، لم نجد له سندا شرعيا، بل ويقلب الأمور، لأن إنفاق المرأة على نفسها وعلى أولادها من الناحية الشرعية والقانونية لا يكون إلا في حالة إعسار الزوج، أو فقدانه إذا لم يكن له مال، أو في حال وفاته، بل إن جانبا من الفقه قال بأن تنفق المرأة من مالها من باب السلفة"¹⁰⁴.

ثالثا: تقدير النفقة تبعا لظروف المعاش

أوجب المشرع في المادة 79 ق.أ القاضي أن يراعي في تقدير النفقة إلى جانب حال الزوجين أن يراعى المعاش، ولم يحدد المقصود بذلك.

قضى المجلس الأعلى بتاريخ: 1987/02/09 بأنه: "من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ثم حال مستوى المعيشة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية.

ولما كانت جهة الاستئناف في قضية الحال قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتداء دون أن تبحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة، ودون حساب مستوى المعيشة السائد في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه

103- البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج3، ص 297 – 298.

104- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 147.

فيه¹⁰⁵.

يذهب اجتهاد المحكمة العليا إلى أن المقصود بظروف المعاش، هو مستوى المعيشة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، وقد وقفت المحكمة العليا في هذا، خاصة إذا علمنا أن تقدير النفقة قضاء في هذا الزمان يتم بفرض مبلغ مالي شهري، ومعلوم أن المبالغ المالية التي تقدر للنفقة الزوجية قد تكون كافية في زمان دون آخر، كما أنها تكفي في مكان دون آخر، وهذا لأن الوضع الاقتصادي يختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر.

قال ابن القيم: "يجب رد المقدار إلى العرف" لأن الواجب في النفقة غير مقدر بمد ولا رطل، معلوم أن الشريعة الكاملة المشتملة على العدل والحكمة والمصلحة تأبى تقدير النفقة بالحب والرطل، وتدفعه كل الدفع كما يدفعه العقل والعرف¹⁰⁶.

ومراعاة حال البلد، والأسعار رخصا وغلاء هو مذهب المالكية¹⁰⁷.

وقد اجتهد بعض الفقهاء القدامى في تقدير الطعام اللازم للزوجة والكسوة اللازمة لها أيضا صيفا وشتاء وما يكفيها من فراش وغيره. لكن مثل هذه الاجتهادات لا يمكن تطبيقها على واقع اليوم، ذلك أن مشتملات النفقة اتسعت حتى أصبحت تحمل أمور لا حصر لها، فالزوجة التي كانت تكتفي بالطعام والشراب، تحتاج اليوم إلى العلاج، ومواد الزينة والتجميل، وجهاز الهاتف النقال ومصاريفه وغيرها من الأمور المستجدة، فما هي مستلزمات النفقة التي يحكم بها القاضي للزوجة؟

الفرع الثالث

مشتملات النفقة الزوجية

لم يترك المشرع الجزائري مشتملات النفقة دون تفصيل، وإنما وضحاها من خلال نص المادة 78 ق.أ، فقد جاء فيها: "تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". وتعتبر هذه المادة من أدق وأحسن المواد صياغة في قانون الأسرة، فالمشرع لم يكتف بذكر أصناف معينة تصرف فيها النفقة الزوجية، بل ذكر المعتاد والمشهور بين الناس كالغذاء واللباس، ثم أتبع ذلك بعبارة:

105- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1987/02/09، ملف رقم 44630، المجلة القضائية، 1990، العدد 03، ص55.

106- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد...، المرجع السابق، ج2، ص632.

107- الدميري، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2، ص732.

"وما يعتبر من الضروريات في العادة والعرف"، وهي تفيد إمكانية إدخال أي مستجد في الحياة، كون أن متطلبات الحياة تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر. وتبعاً لما جاء به المشرع يمكن أن نفصل مشتملات النفقة كالآتي:

يشمل الغذاء الطعام والشراب، ويشترط فيه أن يكون كافياً لقوله صلى الله عليه وسلم في حديثه: "خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ"¹⁰⁸، وأن يكون متنوعاً، فليس للزوج أن يقدم طعاماً كثيراً من نوع واحد أبد الدهر مدعياً أن فيه الكفاية عن غيره، وقد تحدث الفقهاء في تفاصيل أنواع الطعام من الحبوب والإدام والدهن واللبن واللحم والفواكه¹⁰⁹.

فيلتزم الزوج بأن يوفر لزوجته طعاماً تستطيع أن تأخذ منه كفايتها، فإذا لم يقدر لها طعاماً تأخذ منه كفايتها فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي، وللقاضي أن يفرض لها أصنافاً من الطعام يكلف الزوج بإحضاره¹¹⁰.

أما الكسوة فتحتاج المرأة إلى لباس تستر به، ومن اللباس ما يصلح داخل البيت ومنه ما يصلح خارجه، ولم يبين المشرع الجزائري تفصيل لباس المرأة تاركاً ذلك لاجتهاد القاضي بحسب العرف والعادة. وهو ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني أيضاً رغم ذكره للكسوة حسب الفصول فقد جاء في المادة 181 من قانون الأحوال الشخصية أن: "كسوة المرأة واجبة على الزوج من حين العقد الصحيح عليها، ويفرض لها كسوتان في السنة كسوة للشتاء وكسوة للصيف، ويعتبر في تقديرها حال الزوجين يسارا أو إعسارا وعرف البلد"¹¹¹.

وقد تحدث الفقهاء عن الحد الأدنى للكسوة، فأوجب بعضهم للزوجة كسوة للصيف وأخرى للشتاء، وإن كان البرد قارصاً أوجبوا لها جبة محشوة وقطيفة ولحاف وسراويل وقميص وخمار، ومقنعة يدفئ مثلها، وأوجب بعضهم للزوجة كسوة للنوم وللمنزل وأخرى للخروج، واشترط في الأخير ألا تكون شفافة، وتناسب نظائرها، كما أوجب بعض الفقهاء على الزوج أن يعد لزوجته أثواباً للصلاة، وذكر بعضهم أنه تجب عليه كسوة خادمة الزوجة¹¹².

108- سبق تخريجه.

109- صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة وقضية المساواة، المرجع السابق، ص 36.

110- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، المرجع السابق، ص 231.

111- عاطف مصطفى البراوي التتر، المرجع السابق، ص 85.

112- جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 155.

وبخصوص السكن قال ابن قدامة الحنبلي¹¹³: "فيكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما" لقول الله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ"¹¹⁴. ولدى الحنفية أنه تجب لها السكنى في بيت خال من أهله وأهلها بقدر حالهما كقطعام وكسوة، وإن كان في الدار بيوت ففرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حده، قالوا إنها ليس لها أن تطالبه ببيت آخر¹¹⁵.

وقد قال الشافعية أن المسكن يستثنى من النفقة في التقدير، فالواجب فيه أن يكون لائقا بالزوجة اعتبارا بحالها لا بحال الزوج، لأنها لا تملك الانتقال منه، فروعيا فيه جانبها، فإن لم تكن ممن يسكن الخان أسكنت دارا أو حجرة¹¹⁶.

لا يوجد خلاف بين فقهاء الأمة في وجوب توفير سكن للزوجية، وقد تحدث كثير من الفقهاء عن مواصفات سكن الزوجية، ومن ذلك أن يكون سكنا خاصا بالزوجين فقط، وأن يكون سكنا واسعا إذا كان في وسع الزوج أن يوسعه، وأن يكون سكنا في مكان غير موحش وأن يكون بين جيران صالحين وأن يكون السكن ذا تهوية جيدة، وأن يكون سكنا مناسباً للزوجة، ولعل ما سبق من شروط بين مستوى النضج في الفقه الإسلامي في النظر إلى حقوق المرأة في الحياة الزوجية¹¹⁷.

وفقا لما جاء به المشرع في قانون الأسرة، فإن التزام الزوج بتوفير السكن للزوجة يسقط إذا التزم بإعطائها أجره كراء السكن. وإن من واجبات الزوج أيضا طلب العلاج لزوجته حال مرضها.

وأشار المشرع إلى أن العلاج يدخل في أقسام النفقة، وحيث أن العصر الحالي تنتوع فيه الأمراض بكثرة، وأصبح التطبيب مهنة متطورة ومتوافرة في أغلب المناطق الحضرية والريفية، وبذلك لم يعد بالإمكان تجاهل نفقات العلاج في الحياة الزوجية.

أما فقهاء الشريعة فقد اختلفوا في حكم نفقة العلاج، وذهب عامة الفقهاء إلى أنه ليس للزوجة على الزوج نفقة علاج، فلا يدفع أجره الطبيب ولا ثمن الدواء، لأن العلاج يراد به إصلاح الجسد، فلا تجب على

113- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص355.

114- سورة الطلاق، الآية 6.

115- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج4، ص 34.

116- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص 432.

117- صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة وقضية المساواة، المرجع السابق، ص235.

الزوج قياساً على الدار المستأجرة من قبل المستأجر، كما أنه لم يرد نص من القرآن والسنة النبوية يلزم الزوج بنفقة العلاج¹¹⁸.

وذهب فقهاء المالكية¹¹⁹ إلى أنه يجب على الزوج أن يعالج زوجته بقيمة النفقة التي تجب عليه وهي سليمة، وذهب الزيدية إلى أن النفقة تشمل أجره الطبيب وثمان العلاج لأن المراد بهما دوام الحياة¹²⁰.

إن الحياة في زماننا هذا قد تغيرت عن الماضي، حيث كانت تتميز بالبساطة، وقلة التعقيد، وبالتالي قلة الأمراض، ولذلك لم تكن هناك حاجة ماسة للمداواة وطلب العلاج، ومن هنا لم يلزم الفقهاء الزوج بنفقة العلاج¹²¹.

ولا يمكن القول اليوم بأن مصاريف العلاج تكون على عاتق الزوجة، ففي هذا تكليف لها بما لا تستطيع، وفيه دفع لها للخروج للعمل، ولا أحد يقول بهذا¹²²، فإذا كانت الزوجة مطلوب منها البقاء في البيت لأنها محبوسة لأجل الزوج، فكيف يتسنى لها أن تكسب المال اللازم للعلاج.

وهناك ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، ولعل الاختلاف بين الفقهاء في تقدير النفقة يرجع أساساً إلى اختلاف البيئات واختلاف ظروف المعاش، وقد دأب الفقهاء على تحديد الحد أدنى، وترك الحد الأعلى حسب ما جرت عليه العادة والعرف. ففي كل بلد تعود الناس على مستوى معين من المعيشة ولكل بلد أعرافها في النفقة الزوجية، وإن تطور الحضارة ما يزال يدخل على المسلمين العديد من المستجدات التي ما تلبث أن تصبح من الضروريات، ولأجل ذلك وجب إدخالها في النفقة وفقاً لما جرت عليه العادة والعرف.

وقد قال الفقهاء بأنه يجب على الزوج أن يوفر لزوجته خادماً إذا جرت العادة بذلك، أي إذا كانت ممن يخدم في بيت أهلها¹²³.

118- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص264.

119- تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر الدميري، الشرح الصغير، ج2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2014، ص732.

120- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص430.

121- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص265.

122- قال المالكية بأنه لا تجب على الزوجة الخدمة الظاهرة كالنسيج والغزل والخياطة ولو جرت به العادة، فهي واجبة على الزوج لها، لأنها من أنواع التكسب، وليس عليها أن تتكسب له إلا أن تتطوع بذلك، انظر، الدميري، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2، ص316.

وتجب على الزوج أدوات التنظيف من مشط وصابون وما تغسل به ويعود عليها بالنظافة، لأن ذلك يراد للتنظيف. أما أدوات التزيين كالكحل والحناء، فإن طلبها الزوج من زوجته تحمل نفقتها وإن لم يطلبها لا تجب عليها نفقتها¹²⁴.

ويفرق الفقهاء بين ما يلزم ضرورة لنظافة المرأة وتطبيبيها مثل صابون الشعر أو الجسم أو السوائل الخاصة بغسيل الشعر والمشط والدهن من الكريمات وغيرها، وسوائل الأظافر، فهذا إن احتاج إليه يلزمه الإتيان وإن لم يحتج لم يلزمه¹²⁵.

ولقد ذكر الدكتور صلاح الدين سلطان من أقوال الفقهاء ما يدل على حق المرأة في أن تكون لها غسالة وجهاز تسخين الماء، ذلك أن بعض فقهاءنا أوجب على الزوج غسيل ثياب المرأة إن تنجست وكذا خلقان الرابية، أو يأتي لها بمن يفعل ذلك، وقالوا إذا أرادت الزوجة الصلاة وكان الماء باردا فلها أن يسخن لها الماء أو يأتي لها بمن يسخن لها الماء¹²⁶.

وإنه لاشك أن جهاز الهاتف سواء الثابت أو المحمول أصبح اليوم من ضروريات الحياة التي لا يمكن الاستغناء عنها، ونظرا لفائدته وتكلفته البسيطة، فإنه بوسع الزوج أن يوفر لزوجته هاتفا محمولا تتعرف من خلاله عن أحوال أهلها وأقربائها وكذلك يفعلون معها، فتصل رحمها، وليس ضروريا أن تمتلك هاتفا محمولا، لكن من الضروري أن تمكن من وسيلة اتصال بأهلها.

إن النفقة بمختلف مشتقاتها هي واجبة على الزوج شرعا وقانونا، ومع ذلك يتمتع بعض الأزواج عن أدائها، وهنا لا سبيل أمام المرأة إلا اللجوء إلى القاضي عن طريق رفع دعوى للمطالبة بنفقتها.

الفرع الرابع

دعوى النفقة الزوجية

يمكن في بعض الحالات أن يتمتع الزوج عن دفع النفقة لزوجته فيكون لها الحق عندئذ في رفع

123- لقد تم بحث مسألة حق المرأة في الخادم في الباب الأول، من هذه الرسالة، وقد ذهب الفقهاء في مسألة الخادم إلى أبعد الحدود، فقال بعض الحنفية والشافعية في الصحيح والمالكية والحنابلة في رأي أنه إذا أراد الزوج أن يخدم زوجته بنفسه فإنه لا يلزمها لأنها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادما، أنظر، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص238.

124- جميل فخري محمد جاني، المرجع السابق، ص267.

125- صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة وقضية المساواة، المرجع السابق، ص39.

126- صلاح الدين سلطان، المرجع نفسه، ص43.

دعوى قضائية لتطالب بحقها المهضوم (أولاً)، على أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة (ثانياً)، وتسعى لتنفيذ الحكم بعد صدوره، كما يمكن أن تطلب مراجعة تقدير النفقة (ثالثاً).

أولاً: حق الزوجة في رفع الدعوى

لم يذكر المشرع الجزائري حق المرأة في رفع دعوى النفقة الزوجية صراحة في قانون الأسرة، لكن يستشف من خلال العديد من المواد أن لها هذا الحق، ولعل أبرز المواد التي تدل على ذلك هي نص المادة 74 ق.أ التي تنص على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها"، فالنص يقرر أن النفقة حق للزوجة، ولكل صاحب حق أن يطالب به عن طريق القضاء متى منع من حقه.

وفي المادة 79 ق.أ جاء أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين..." وفيها إشارة إلى أن القاضي هو الذي يتولى تقدير النفقة، وبالتالي يمكن للزوجة رفع دعوى بذلك. وأما المادة 80 ق.أ، فجاء فيها أنه: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى..." وهذه إشارة واضحة إلى أن الزوجة يمكنها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالنفقة.

ويغني الزوجة عن كل ما سبق نص المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي نص على أنه: "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته".

وكذلك أشارت المادة 1/53 ق.أ إلى أنه يمكن أن يصدر حكما قضائيا بوجوب الإنفاق، فإذا صدر ولم ينفق الزوج على زوجته كان لها أن تستند على ذلك للمطالبة بالتطليق.

إن امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته يعني إخلاله بالتزامه بالإنفاق عليها مما يستوجب مساءلته، وبحق للزوجة أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالنفقة لها، ويعتبر دين النفقة دينا قويا في ذمته لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء¹²⁷.

ثانياً: المحكمة المختصة بدعوى النفقة الزوجية

نصت المادة 423/ف2 ق.أ.م.إ، أن دعاوى النفقة ينظر فيها قسم شؤون الأسرة، وأما المحكمة المختصة فهي محكمة مواطن الدائن بالنفقة حسب ما جاء في المادة 426 ق.أ.م.إ، وقد أسماها المشرع النفقة

127- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، المرجع السابق، ص241.

الغذائية، ولست أدري هل المقصود إخراج باقي أنواع النفقات من هذا الحكم، أم أن الأمر لا يعدو أن يكون إضافة في غير محلها، ذلكأنهلا توجد مواد أخرى تتحدث عن أقسام النفقة الأخرى.

ويلاحظ أن المشرع جعل المحكمة المختصة هي محكمة مواطن الدائن بالنفقة، والدائن بها هي الزوجة وأما الزوج فهو مدين بها. ولعل المشرع راعى أن تكون الزوجة في موطن غير موطن الزوج، فجعلها لا تنتقل إلى موطن الزوج للمطالبة بنفقتها، ويمكن النظر إلى هذا الإجراء على أنه تمييز إيجابي لصالح المرأة.

وكمبدأ عام يبدأ استحقاق النفقة من تاريخ رفع الدعوى القضائية، واستثناء يجوز للقاضي المعروضة عليه دعوى النفقة أن يحكم باستحقاقها بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى وذلك متى قدمت له أدلة وبيانات مقنعة.

ويمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يفصل في قضايا النفقة بأوامر استعجالية، لأن له نفس الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال طبقا لما جاء في المادة 425 ق.إ.م.إ، ويكون الأمر الإستعجالي معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن، كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل وهذا ما نصت عليه المادة 303 ق.إ.م.إ.

ونصت المادة 57 مكرر ق.أ، على أنه: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن قاضي الإستعجال مختص للحكم للزوجة وللأبناء بنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع¹²⁸. وهذا اجتهاد سليم، لأن النفقة لها طابع معيشي وأن انتظار الحسم في الدعوى سيضر لا محالة بالمرأة والأولاد¹²⁹.

ثالثا: تنفيذ حكم النفقة ومراجعة تقديرها

لقد راعى المشرع أن تأخير التنفيذ حتى يحوز الحكم قوة الأمر المقضي به، قد يضر في بعض الحالات بمصلحة الدائن ضررا بليغا، ولذا قرر له النفاذ المعجل كما هو الشأن بالنسبة للحكم بالإلزام بالنفقة

128- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/01/19، ملف رقم 333042، مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد 01، ص321.

129- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص448.

المشمول بالنفاذ المعجل، فيكون النفاذ قبل الأوان العادي لإجرائه، أي قبل أن يصير الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي به¹³⁰.

ولعل شمول الحكم بالنفاذ المعجل في هذا المقام له ما يبرره، ذلك أن المشرع إذ حرص على تقرير هذا الحكم إنما كان يرمي من وراء ذلك إلى مراعاة ظروف مستحق النفقة وهي الزوجة، حرصا منه على سد احتياجاتها العاجلة التي لا تحتمل التأخير على اعتبار أن سلوك الإجراءات العادية قد يستغرق وقتا طويلا¹³¹.

إذا تحصلت الزوجة على حكم بوجوب نفقتها على زوجها، فإنها تسعى لتنفيذ هذا الحكم، غير أنه قد يكون الزوج غائبا أو مفقودا أوحتى عاجزا، فكيف للزوجة أن تحصل على نفقتها؟

إذا كان الزوج غائبا ولم ينفق على زوجته، أو كان مفقودا أوأصابه عجز، فإن المشرع منح للزوجة الحق في أن تطلب التطلق، لكن الزوجة تريد الإنفاق ولا تريد الطلاق¹³². وقد اجتهد القانون المصري في وضع كل الترتيبات الضرورية لحصول المرأة على النفقة فإن لم يتيسر أواستحال ذلك فهنا يجوز للقاضي أن يطلق¹³³.

أما المشرع الجزائري فقد تدخل أخيرا لحماية حق الزوجة في النفقة بإنشاء صندوق خاص يمول من قبل الدولة ويتكفل بنفقة الزوجة والأطفال المحضونين، وذلك بموجب القانون 01/15¹³⁴. غير أن هذا القانون ووفقا لما جاء في المادة 02 منه قصر المستفيدين من مستحقاته المالية على المرأة المطلقة والأطفال المحضونين بعد الطلاق، وقبل الطلاق إذا تعلق الأمر بنفقة وقتية للطفل أو الأطفال في حال وجود دعوى طلاق، وبذلك لا تستفيد المرأة المتزوجة من هذا الصندوق وإن حصلت على حكم بالنفقة.

وإنه لا توجد أسباب تجعل المشرع يفرق بين المرأة المطلقة وغير المطلقة، فكليهما يتضرر من عدم الإنفاق، بل إن المرأة التي يغيب زوجها ولا ينفق عليها تكون كالمطلقة أو أشد بؤسا وحرمانا.

130- أنظر، محمد عبد الحميد مكي، جريمة الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص61.

131- أنظر، موسى مسعود أرحومة، جريمة الامتناع عن دفع النفقة في القانون الجنائي الليبي المقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2000، العدد02، ص240.

132- وذهب بعض الفقه الإسلامي إلى أنه إذا ثبت للقاضي أن الزوج معسرا أوغائبا وليس له مال ظاهر ينفذ فيه حكم النفقة، جاز له أن يأذن للزوجة بالاستدانة حتى تستطيع أن تنفق على نفسها، ويكون هذا دينا في ذمة الزوج تطالبه به عند يساره أوحضوره من غيبته أو يطالبه به صاحب الدين. أنظر، ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج5، ص314.

133- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 148 – 149.

134- قانون رقم 01/15 مؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 هـ الموافق لـ 04 يناير 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة. الجريدة الرسمية، 2015، العدد 01، ص 07.

ويلاحظ أن الصندوق يلتزم بدفع مستحقات مالية تساوي مبلغ النفقة المحكوم بها للدائن بالنفقة، على أن يرجع على المدين بالنفقة بالمبالغ المدفوعة. ويلتزم القاضي المختص¹³⁵ حسب المادة 08 من القانون 01/15 بتبليغ المصالح المختصة¹³⁶ بالحكم أو القرار القضائي المتضمن مراجعة مبلغ النفقة في أجل ثمان وأربعون ساعة.

ونصت المادة 79 ق.أ، على أنه: "لا يراجع القاضي تقدير النفقة قبل مضي سنة من الحكم"، ويفهم من نص المادة أن الزوجة بإمكانها أن تطلب مراجعة مقدار النفقة المفروضة لها شريطة أن تكون قد مرت مدة سنة على صدور الحكم بالنفقة، وهذا نظرا لأن الظروف الاقتصادية تتغير، وبالتالي يمكن أن يصبح مبلغ النفقة غير كاف للزوجة، ومن نفس المنطلق يمكن للزوج أن يطلب مراجعة مبلغ النفقة إنقاصا إذا رأى أنه أصبح زائد عن حاجة الزوجة بسبب رخص الأسعار مثلا.

وقضت المحكمة العليا في قرار بتاريخ: 1996/04/23 أنه "من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم، ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"¹³⁷.

ولقد ذهب المشرع إلى حماية حق المرأة المتزوجة في النفقة إلى أن قام بتجريم فعل الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها.

135- وهو القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا. أنظر المادة 02 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

136- وهي المصالح الولائية المكلفة بالنشاط الاجتماعي التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني. أنظر المادة 02 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

137- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1996/04/23، ملف رقم 136604، المجلة القضائية، 1997، عدد 02، ص 89.

الفرع الخامس

تجريم الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها

إذا أقامت الزوجة دعوى أمام المحكمة المختصة، وكان الغرض منها إلزام المدعى عليه بالنفقة المستحقة قانوناً، وحكمت بإلزام المدعى عليه بالنفقة المطلوبة، وأن هذا الحكم قد بلغ إلى المحكوم عليه وامتنع عن التنفيذ مدة أكثر من شهرين، فإن من حق الشخص المحكوم له بالنفقة أن يتوجه بشكوى إلى وكيل الجمهورية مصحوبة بنسخة تنفيذية من الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه وبمحضر امتناع عن التنفيذ يحرره العون المكلف بالتنفيذ¹³⁸.

وفي هذا نصت المادة 331 ق.ع على أنه: "يعاقب من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمداً، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

أولاً: شروط العقاب على عدم دفع النفقة

إن جريمة عدم تسديد النفقة تقتضي ضرورة وجود حكم قضائي يلزم المدين بأداء نفقة غذائية للمستفيد، ويشترط أن يكون هذا الحكم نافذاً¹³⁹، وعبارة حكم لا تقتصر على الحكم القضائي فقط، بل تشمل الأوامر والقرارات أيضاً¹⁴⁰ ما دامت قابلة للتنفيذ أو مشمولة بالإنفاذ المعجل.

ولا تقوم جنحة الامتناع عن دفع النفقة ما دامت إجراءات التنفيذ غير مستوفاة لانعدام التكليف بالدفع ومحضر الامتناع عن الدفع¹⁴¹.

ويفترض القانون أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتیاد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذراً مقبولاً من المدين في أية حال من الأحوال¹⁴². فالقصد الجنائي هنا

138- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص109.

139- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 157.

140- جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1994/04/16 أنه: "يجب تفسير كلمة "الحكم" بمفهومها الواسع الذي يشمل الحكم والقرار القضائي والأمر الاستعجالي". أنظر: المجلة القضائية، 1995، عدد 2، ص 192.

141- المحكمة العليا، 2000/06/18، ملف رقم 229680، المجلة القضائية، 2001، العدد 01، ص364.

142- المادة 2/331 من قانون العقوبات.

مفترض وعلى الزوج إثبات عكسه، وهذا الافتراض هو إجراء إيجابي لصالح الزوجة تخفيفا عنها من المشرع، كون أن إثبات سوء نية الزوج يحتاج إلى أدلة قد يصعب على الزوجة إحضارها.

ويشترط لقيام جريمة الامتناع عن دفع النفقة إلى جانب ضرورة وجود حكم قضائي أن يكون الزوج قد امتنع عن أداء النفقة لمدة تزيد عن شهرين، ويتم احتساب مدة الشهرين هذه اعتبارا من تاريخ انقضاء مهلة 20 يوما المحددة في التكليف بالدفع.

وإذا ادعى الزوج أنه لم يمتنع عن دفع النفقة فيلزم الزوجة إثبات الامتناع للمدة المذكورة، لأنها صاحبة الدعوى، فالبيينة على من ادعى، ولا يكفي تسديد بعض النفقة من الزوج كحجة لدفع جريمة الامتناع عن دفع النفقة.

فيعد امتناعا من ثم عدم أداء كامل دين النفقة، لأن السداد الجزئي لا تنتفي به الحكمة من التجريم، وهي إلزام المكلف بالنفقة بدفع ما يسد به مستحق النفقة حاجته، ولعل المشرع قد اختار تجريم الامتناع لمدة معينة، على أساس أن جانب التعنت والإصرار يكون قد اتضح لدى المتهم¹⁴³.

وإن كان المشرع الجزائري قد اشترط أن يكون الامتناع لمدة شهرين على الأقل، إلا أنه مع ذلك ينبغي تخفيض المدة إلى شهر أو أقل من ذلك، لأن الزوجة قد لا تجد من ينفق عليها خلال هذه المدة.

فإذا توفرت جميع الشروط المذكورة أعلاه، كان الزوج مقترفا لجريمة الامتناع عن دفع النفقة، وأمكن توقيع العقاب اللازم عليه بموجب حكم قضائي جزائي.

ثانيا: المتابعة القضائية

ورد في المادة 13 من القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة بأن الإستفادة من أحكام هذا القانون لا تحول دون المتابعة القضائية للمدين بالنفقة. لذلك يمكن للزوجة المطلقة ورغم استفادتها من صندوق النفقة أن تتابع الزوج قضائيا، فالمتابعة القضائية للزوج في جريمة الامتناع عن دفع النفقة قررها المشرع حماية للزوجة المتضررة من عدم الإنفاق، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ: 1998/02/17 بأنه: "سحب الشكوى أو التنازل عنها في جنحة عدم تسديد النفقة لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى

143- محمد عبد الحميد مكي، المرجع السابق، ص68.

ليست شرطا لازما للمتابعة¹⁴⁴.

ويفهم من هذا القرار، أنه بإمكان النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية دون حاجة إلى شكوى من الزوجة غير أن المادة 331 ق.ع والتي استند عليها القرار المذكور قد تم تعديلها بموجب قانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، حيث أصبحت تنص على أنه: "يضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية".

فلقد أصبح صفح الزوجة عن زوجها يوقف المتابعة القضائية شريطة أن يكون قد دفع إليها المبالغ المستحقة، ولكن مع ذلك فالفقرة المضافة إلى المادة لا تمنع النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية في حال امتناع الزوج عن دفع النفقة المحكوم بها.

وخروجا عن القواعد العامة في الإختصاص المحلي، جعل المشرع المحكمة المختصة في جنحة عدم تسديد النفقة المحكوم بها هي محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة¹⁴⁵، وهي الزوجة هنا. ويدخل هذا الاستثناء ضمن التمييز الإيجابي لصالح المرأة باعتبارها طرفا ضعيفا في العلاقة الزوجية، وهو مما يحسب إيجابا للمشرع، وحبذا لو عمّم المشرع هذا الإجراء على كافة القضايا الزوجية التي تكون الزوجة طرفا فيها في مواجهة زوجها.

ويلاحظ أن اجتهاد المحكمة العليا كان يذهب إلى أن النفقة الموجبة للمتابعة الجزائية في حال عدم تسديدها هي النفقة الغذائية فقط، وهذا يوافق ما جاء في نص المادة 331 ق.ع باللغة الفرنسية¹⁴⁶. لكن يبدو أن المحكمة العليا قد اتجهت اتجاها آخر بعد 2006 حيث جاء في قرار لها أنه: "يترتب عن عدم تسديد بدل الإيجار، باعتباره من مشمولات النفقة المحكوم به لممارسة الحضانة، قيام الجنحة المنصوص عليها في المادة 331 ق.ع"¹⁴⁷.

144- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 17/02/1998، ملف رقم 144741، المجلة القضائية، سنة 1998، عدد 2، ص150.
145- ولقد أكد المشرع هذا في مناسبات عديدة، حيث نص على ذلك في المادة 3/331 من قانون العقوبات والمادة 2/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذلك المادة 05/426 من نفس القانون.
146- نص المادة 331 ق.ع بالفرنسية كما يلي :

« Est punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 50.000 DA à 300.000 DA, toute personne qui, au mépris d'une décision de justice rendue contre elle ou en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamnée à verser une pension... ».

147- المحكمة العليا، 26/04/2006، ملف رقم 380958، غير منشور.

إن المتابعة القضائية من أجل جريمة الامتناع عن دفع النفقة تتطلب وجوباً قيام علاقة الزوجية، ولا يعتد بهذه الأخيرة إن كانت قد انقطعت بالطلاق، وأعلى الأقل هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها¹⁴⁸ بتاريخ : 1993/11/23، جاء فيه: "مادامت علاقة الزوجية انقطعت بسبب الطلاق، فإن النفقة المحكوم بها لفائدة المطلقة تعتبر دينا يتعين على هذه الأخيرة تنفيذ الحكم للحصول عليه ولا تشكل أساساً للمتابعة الجزائية، ومن تم يعرض قرارهم للنقض قضاة الموضوع الذين أدانوا الطاعن على أساس جنحة عدم تسديد النفقة".

فالواضح أن المحكمة العليا لم تستقر على رأي معين بشأن المقصود بالنفقة، رغم وضوح النص، حيث ذكرت النفقة في المادة 331 دون تحديد، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المادة 78 منه تنص على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، كما أن المادة 61 ق أ نصت هي الأخرى على أن: "الزوجة المطلقة لها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، ففي هذه النصوص ما يثبت أن المتابعة القضائية ممكنة في كل مشتزمات النفقة كما أنها ممكنة وإن كانت الزوجة مطلقة، وإن كان هناك من سبب يمكن الاستناد عليه في عدم المتابعة القضائية فهو نص المادة 331 ق.ع نفسها والتي تتحدث عن الامتناع عن "أداء كامل النفقة المقررة عليه لزوجته"، فكلمة "زوجه" تحمل وصف الزوج وبالتالي لا يمكن المتابعة القضائية لأن الممتنع عن دفع النفقة ليس زوجاً لها، وهذا تفسير ضيق للنص، يأخذ بالمعنى اللفظي.

ثالثاً: عقوبة الامتناع عن دفع النفقة

من خلال الرجوع إلى المادتين 331 و 332 ق.ع يتبين أن المشرع قرر للممتنع عن دفع النفقة المحكوم بها عقوبات أصلية وأخرى تكميلية، أما العقوبات الأصلية فهي التي ذكرتها المادة 331 ق.ع، وتشتمل في الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 50.000 إلى 300.000 دج.

وأما العقوبات التكميلية فقد نصت عليها المادة 332 من ذات القانون وهي على سبيل الجواز، حيث جاء في المادة أنه: "يجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضى عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادتين 330 و 331 بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات".

148- المحكمة العليا، 1993/11/23، ملف رقم 102548، المجلة القضائية، 1994، عدد2، ص282.

والحقوق التي يمكن أن يحرم منها الممتنع عن دفع النفقة طبقا للمادة 14 ق.ع والمادة 9 مكرر 1

تتمثل فيما يلي:

- 1- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة (ويلاحظ هنا أن هذه الجريمة المتمثلة في الامتناع عن دفع النفقة ليست لها علاقة بالوظائف ومناصب عمومية).
- 2- الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام.
- 3- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد، أو شاهد أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.
- 4- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة التعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا.
- 5- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما.
- 6- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

ويلاحظ أن هذه العقوبات التكميلية إذا ما تم الحكم ببعضها، فإنها تسري من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو من يوم الإفراج عن المحكوم عليه.

وإذا عاد المحكوم عليه إلى ارتكاب ذات الجريمة أو جريمة مماثلة خلال خمس سنوات بعد قضاء العقوبة السابقة فإنه تشدد له العقوبة، وهذا ما جاءت به المادة 54 مكرر 3: "إذا سبق الحكم نهائيا على شخص طبيعي من أجل جنحة، وارتكب خلال الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة نفس الجنحة أو جنحة مماثلة بمفهوم قواعد العود، فإن الحد الأقصى لعقوبة الحبس والغرامة المقررة لهذه الجنحة يرفع وجوبا إلى الضعف".

إن النصوص الجنائية التي وضعها المشرع تهدف إلى حماية الذمة المالية للمرأة المتزوجة، وهذه الذمة المالية متنوعة المصادر، فإذا كانت النفقة حقا ثابتا للزوجة بنص الكتاب والسنة وبصريح النصوص القانونية، فإن الحديث عن مسألة جهاز الزوجية تفتح المجال واسعا للنظر في الاجتهادات الفقهية الشرعية نظرا للصمت القانوني بشأن هذه المسألة.

المطلب الثالث

حق الزوجة في جهاز الزوجية

لم يذكر المشرع الجزائري صراحة جهاز الزوجية ولم ينظم المسائل المتعلقة به رغم أنه قام بتنظيم مسائل أقل منه أهمية كما فعل ذلك عندما وضع أحكاما لهدايا الخطبة، ولعل إغفال المشرع لجهاز الزوجية كان عمدا لأنه من المسائل المرتبطة ارتباطا وثيقا بالعادات والأعراف، إذ جاء في نص المادة المذكورة أن النفقة تشمل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، واستنادا لهذه المادة يعتبر جهاز الزوجية حق للزوجة، واجب على الزوج طبقا لما جاء في قانون الأسرة متى كان معمولا به وفقا للأعراف والعادات. ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن جهاز الزوجية، ولذلك يطرح التساؤل أولا حول المقصود بجهاز الزوجية (الفرع الأول). وهل هو حق للزوجة؟ (الفرع الثاني)، أم واجب عليها؟ (الفرع الثالث)، وكيف تكون ملكية الجهاز والإنتفاع به؟ (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعريف جهاز الزوجية

يعتبر جهاز الزوجية كل شيء يحتاج إليه الزوج والزوجة في بيت الزوجية مما يندرج تحت مفهوم متاع البيت، من أثاث وفراش وأدوات وغيرها، مما يجعل بيت الزوجية صالحا للحياة فيه، وهو واجب بالضرورة بالقدر الذي تصعب الحياة الزوجية بدونه¹⁴⁹.

فالجهاز هو كل ما اتفق عليه الزوجان، وجرى به العرف على إعداده للزوجة وتجهيز بيت الزوجية به، بمناسبة الزواج للانتفاع به في حياتها الزوجية، والجهاز ملك للزوجة أو الزوج بحسب العرف، ما لم يتفق على غير ذلك في عقد الزواج¹⁵⁰.

وقال الأستاذ مصطفى شبلي: "الجهاز هو ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها، فالجهاز يشمل الفرش والبسط والأدوات المنزلية كالثلاجة والتلفاز والأرائك وغيرها من الأدوات التي يحتاجها الزوجان للمعيشة المشتركة بينهما"¹⁵¹.

149- جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 138.

150- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص 301.

ويقصد بالجهاز ما يتجهز به الشخص لمناسبة معينة كجهاز البيت أي ما يحتاج إليه من مستلزمات للدفن ، وجهاز المسافر، أي ما يحتاج إليه في الطريق من واسطة نقل وأمتعة وطعام، أما جهاز العروس أي ما تحتاج إليه في وجهتها من ملابس وحلي ومصوغات وأدوات زينة ومكياج بمناسبة زفافها، أما جهاز بيت الزوجية فهو الأثاث والأدوات التي تعد بناسبة الزواج لاستقبال الحياة الزوجية وما تتطلبه من مستلزمات¹⁵².

الفرع الثاني

الرأي القائل بأن جهاز الزوجية حق للزوجة، واجب على الزوج

رغم أن المشرع الأسري لم يذكر الجهاز بلفظه، إلا أنه أكد على أن جهاز الزوجية واجب على الزوج ضمنا في مشتملات النفقة متى كان ضروريا في العرف والعادة، وهو بذلك حق للمرأة المتزوجة، ويتتبع نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع لا يلزم الزوجة بالتجهز لزوجها، وفي المقابل يضمن حقها في الصداق وينص على أنه ملك لها تتصرف فيه كما تشاء، أي أن الزوجة ليست ملزمة بشراء جهاز الزوجية من أموال صداقها.

إذا استندنا إلى نصوص قانون الأسرة، فإنه بإمكاننا القول أن الزوجة تنتقل من بيت أبيها إلى بيت زوجها فارغة اليدين، وعلى الزوج أن يهيئ لها كل ما تحتاج إليه، ولا تلام على عدم تجهيزها لزوجها.

وما جرى عليه العرف أن الأعراف والتقاليد المنتشرة في المجتمع الجزائري، جعلت الزوجة مطالبة بجهاز الزوجية، مع اختلاف قدره ومشتملاته من منطقة إلى أخرى¹⁵³.

فقد جرى العرف في بلادنا، طبقا لمبادئ الفقه المالكي، بأن الزوجة تجهز نفسها من الصداق المقبوض، كما جرى العرف أن أهل الزوجة يشاركونها في إعداد جهازها من أموالهم الخاصة¹⁵⁴، فإذا كان العرف جاريا بوجوب تجهيز المرأة للزوج بما يدفعه إليها من الصداق فإن ذلك يلزمها¹⁵⁵. ولكن هذا الجهاز في الغالب هو جهاز العروس وليس جهاز الزوجية.

إن قيام الزوجة بإعداد جهاز الزوجية امتثالا للأعراف السائدة لا يجعل من ذلك واجبا قانونيا عليها،

151- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 430.

152- أنظر، قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، الطبعة الأولى، دار الحامد، الأردن، 2008، ص 53.

153- ويلاحظ أنه في بعض مناطق الجنوب الجزائري تفرض الأعراف والتقاليد على الزوجة أن تقتني كل ما تحتاج إليه من أدوات المطبخ صغيرها وكبيرها، ولا يكلف الزوج من ذلك بشيء.

154- بلحاج العربي، أحكام الزوج ...، المرجع السابق، ص 301.

155- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 139.

بل إنها تعتبر متبرعة بذلك، كما أنه في حال انتهاء الرابطة الزوجية يكون الجهاز ملكا لها تأخذه بنفسها أو يؤول إلى وريثها في حال وفاتها.

ولقد راعى المشرع كون المرأة يمكن أن تقوم بالتجهيز، لذلك وضع أحكاما تتعلق بحل النزاع في شأن متاع البيت، وإن موقف المشرع في عدم تكليف الزوجة بجهاز الزوجية، وجعله حقا لها واجب على الزوج يتمشى مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن إعداد جهاز الزوجية مسؤولية الزوج، لأن النفقة بأنواعها من مطعم وملبس ومسكن واجبة عليه، ولا يتحقق السكن إلا بإعداد كل ما يلزم البيت من فراش وأدوات وغيرها، ولا تلتزم الزوجة بإعداد شيء من ذلك من مالها الخاص، لا من مهرها الذي تسلمته ولا من غيره مما تملكه من أموال¹⁵⁶.

جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي أنه: "يجب للمرأة ما تحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها، لأن ذلك يراد للتنظيف، فكان عليه (يقصد على الزوج)، وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم... وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل ذلك على حسب عادته"¹⁵⁷.

وعند الحنفية أن ما هو معروف بين الناس أن البكر لها أشياء زائدة على المهر، منها: ما يدفع قبل الدخول كدراهم للنقش والحمام وثوب يسمى لفافة الكتاب وأثواب أخرى يرسلها الزوج ليدفعها أهل الزوج إلى القابلة وبلانة الحمام ونحوها، ومنها ما يدفع بعد الدخول كالإزار والخف و المكعب وأثواب الحمام، وهذه مألوفة معروفة بمنزلة المشروط عرفا، حتى إذا أراد الزوج أن يدفع ذلك يشترط نفيه وقت العقد أو يسمى في مقابلته دراهم معلومة يضمها إلى المهر المسمى في العقد¹⁵⁸.

وقال الشافعية أن من الواجب على الزوج للزوجة الكسوة والأثاث، ولا تقدير للشرع فيه، فإن العادة تختلف فيه اختلافا بينا، فلا بد من الكفاية، وهو خمار وقميص وسراويل ومكعب في الصيف، ومثل ذلك في الشتاء مع زيادة جبة، ولا بد مع ذلك من ملحفة وشعار ومضربة وثيرة ومخدة، ولبد تحت المضربة، أو حصير...

156- جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 139.

157- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 353 وما يليها.

158- ابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج4، ص272.

ولا بد من ماعون الدار كجرة، وكوز، وقدر، ومغرفة، ويكتفي في جميع ذلك بالخزف والخشب والحجر، وأما النحاسية فطلبها ترفه، وقد يليق بالشريفة، وللزوجة المشط والدهن¹⁵⁹.

واستدل أصحاب الرأي القائل بأن التجهيز واجب على الزوج بأن هذا الأخير ملزم بإعداد وتأثيث بيت الزوجية لكونها من النفقة الواجبة. وذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن المهر حق خالص للزوجة تفعل به ما تشاء، فلو زفت المرأة إلى زوجها دون جهاز أو بجهاز قليل لا يتناسب مع المهر الذي دفعه الزوج، فليس له أن يطالبها أو يطالب وليها بجهاز، لأن المهر الذي دفعه لم يكن مقابل إعداد وتأثيث الزوجة أو وليها لبيت الزوجية¹⁶⁰.

الفرع الثالث

الرأي القائل بأن جهاز الزوجية واجب على الزوجة

رأينا فيما سبق أن المشرع الجزائري لم يلزم الزوجة بجهاز الزوجية، ورغم ذلك شاع في المجتمع الجزائري أن الزوجة مطالبة بإعداد جهاز الزوجية وهذا يرجع إلى العرف، وربما منشأ هذا العرف أيضا ما ذهب إليه فقهاء المالكية رغم أنهم هم أيضا استندوا إلى الأعراف في إيجاب الجهاز على الزوجة.

فذهب المالكية إلى أن الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من المهر، فقد جاء في الشرح الكبير للدردير: "ولزمها التجهيز على العادة في جهاز مثلها لمثلها بما قبضته من مهرها إن سبق القبض البناء، فإن تأخر القبض عن البناء لم يلزمها التجهيز به، سواء كان حالا أو حل إلا بشرط أوعرف، وقضي للزوج إن دعاها - أي دعا الزوجة لقبض ما حل من صداقها لتتجهز به إلا أن يسمى شيئا أزيد مما قبضته أو يجري به العرف، فيلزمه ما سماه، وهذا مستثنى من قوله: "ولزمها التجهيز بما قبضته"، إلا المحتاجة فإنها تنفق منه وتكتسي الشيء القليل بالمعروف، وإلا الدين القليل كالدينار من مهر كثير، وأما إن كان قليلا فنقضي منه بحسبه"¹⁶¹.

والحجة في القول بأن الجهاز إنما يجب على الزوجة ولا يجب على الزوج هو أن العرف جرى في جميع العصور والأمصار على أن الزوجة هي التي تعد بيت الزوجية وتجهزه بما يحتاج إليه، وأن الزوج وإنما

159- محمد بن محمد الغزالي، الوسيط...، المرجع السابق، ج6، ص209.

160- قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص62.

161- الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص321.

يدفع المهر لهذا الغرض فإذا لم تقبض شيئاً قبل الزفاف، لا يكون وجه لمطلبه الزوجة بالجهاز. كما لا يكون له مطالبتها بجهاز يزيد على مقدار ما قبضت من المهر إلا إذا كانت العادة جارية بإلزام الزوجة بالجهاز ولو لم تقبض المهر أو شرط الزوج عليها ذلك لأن وجود الشرط أو جريان العرف يدل على الرضا به¹⁶².

ولقد ذهب الإمام الدسوقي من فقهاء المالكية إلى أن مبنى الجهاز هو العرف والعادة، فقال: "وحاصل ما ذكره المصنف (يعني الدردير) أن الزوجة الرشيدة التي لها قبض صداقها، إذا قبضت الحال من صداقها قبل بناء الزوج بها، فإنه يلزمها أن تتجهز به على العادة من حضر أو بدو حتى لو كان العرف شراء خادم أو دار لزمها ذلك ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه، وإذا دعا الزوج زوجته لقبض ما اتصف بالحلول من صداقها لأجل أن تتجهز به وأبت من ذلك، فإنه يقضى عليها بقبض ذلك على المشهور"¹⁶³.

إن قول المالكية بإيجاب الجهاز على الزوجة قد لاقى اعتراضاً من الفقهاء، وخاصة من الفقيه ابن حزم الظاهري الذي قال: "ولا يجوز أن تجبر المرأة على أن تتجهز إليه بشيء أصلاً لا من صداقها الذي أصدقها ولا من غيره من سائر مالها، والصداق كله لها تفعل فيه ما شاءت، لا إذن للزوج في ذلك ولا اعتراض، وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وأبي سليمان؛ وبرهان صحة قولنا قول الله تعالى: "وَأَنۡتُمۡ النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبِنَ لَكُم مِّن شَيْءٍ مِّنۡهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"¹⁶⁴ فافترض الله عز وجل على الرجال أن يعطوا النساء صدقاتهن، ولم يبيح للرجال منها شيئاً إلا بطيب أنفس النساء"¹⁶⁵.

أما من حيث العرف والعادة فيقول الدكتور عبد الكريم زيدان: "والواقع أن من العادات الشائعة في كثير من بلاد المسلمين لاسيما عند الحضر وسكان المدن أن أهل الزوجة يساعدها في إعداد الجهاز وشرائه لها لتأخذها إلى بيت الزوجية الجديد، كل ذلك يفعلونه بدافع الحب لابنتهم والحرص على إظهارها بمظهر حسن أمام الناس، ولأن الزوج لا يقوى على إعداد كل متطلبات الجهاز على النحو الذي ترغب فيه الزوجة، إلا أن جريان عرف الناس وعاداتهم في مشاركة أهل الزوجة في إعداد الجهاز لها لم يبلغ حد الإلزام على ما أعلم"¹⁶⁶.

لكن مع ذلك تقوم العديد من الزوجات بإنفاق ثمن المهر في توفير الجهاز، وإن المرأة لا تستغني عن الجهاز وفقاً للأعراف حتى وإن كانت قليلة ذات اليد، ذلك أن عدم التجهيز يجعلها عرضة لإستهجان غيرها من

162- عبد الفتاح تقيية، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 146.

163- الدسوقي، حاشية الدسوقي...، المرجع السابق، ج2، ص322.

164- سورة النساء، الآية 4.

165- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص 508.

166- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج7، ص 147.

النسوة. ولعل هذا ما يدفع الناس إلى تجهيز بناتهم.

ويقول الدكتور يوسف القسطاسي: "من المعروف عند بعض المغاربة أن الأب هو الذي يقوم بتجهيز ابنته بمجموعة من المتاع - ليرفع شأن ابنته عند زوجها وعائلته - يتناسب والمستوى المادي والاجتماعي لأهلها، وأحيانا يكون مظهر من مظاهر التباهي والتفاخر، ويكون في الغالب وسيلة من وسائل الضغط على الأزواج وإتقال ذممهم بكثرة الالتزامات والتبعات إلى جانب المؤجل من المهور"¹⁶⁷.

وإذا كان هذا الحرص من الآباء موجود حقيقة فإنه سبب من أسباب ارتفاع المهور، كون المهر أصبح مصدر للتجهيز. فيحرص الآباء على طلب صداق مرتفع لضمان تعويض تكاليف التجهيز.

لأجل ما سبق يمكن القول أن الأعراف اليوم تفرض على المرأة إعداد الجهاز، ولا يوجد اليوم امرأة لا تعد جهازها سواء بنفسها أو عن طريق أقاربها. والأعراف ذاتها تفرض اليوم على الزوج تعويض تكاليف التجهيز بطرق غير مباشرة، كطلب صداق مرتفع، واشتراط بعض المستلزمات في أثناء الخطبة وأخرى بمناسبة إبرام العقد، وثالثة عند الدخول.

الفرع الرابع

ملكية جهاز الزوجية والانتفاع به

إن جهاز الزوجية لا تصلح الحياة إلا به، فإذا وجد هذا الجهاز بعد الزواج، فإما أن يكون قد قام بإعداد الجهاز الزوجة أو أهلها، أو أن يكون خليط من المساهمات. وفي الوقت الحاضر لم يعد يقتصر على أدوات بسيطة وتقليدية، فقد ظهرت العديد من الأجهزة، والأدوات المستعملة في بيت الزوجية والتي تقدر بأثمان باهظة فضلا عن الأفرشة والأغطية والستائر الباهظة.

وفي ظل ارتفاع تكاليف جهاز الزوجية يطرح التساؤل حول من يمتلك هذا الجهاز ومن ينتفع به ؟

إذا أعد الزوج جهاز الزوجية بعد دفعه المهر المتفق عليه دون مشاركة من الزوجة فإن الجهاز يصير ملكا له باتفاق الفقهاء، للزوجة حق استعماله والانتفاع به. أما إذا اشترت الزوجة جهاز الزوجية من مهرها أو مالها الخاص، أو كان ملكا لها من والدها الذي اشتراه من ماله الخاص فهي مالكة لهذا الجهاز باتفاق الفقهاء

167- أنظر، يوسف القسطاسي، الإشهاد على جهاز العروس وإثباته بين العمل السوسي والاجتهاد القضائي، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية، غشت 2013، العدد 10، ص 84، الموقع: (www.majalah.new.ma).

وتكون لها على جهاز الزوجية كافة المكنات التي يخولها إياها حق الملكية من انتفاع واستغلال وتصرف وليس للزوج من هذا المتاع إلا الانتفاع¹⁶⁸.

وحسب الرأي القائل بأن المهر يدفع للزوجة لتجهز به بيت الزوجية، فللزوج الحق في الانتفاع بالأثاث والأدوات التي تجلبها الزوجة لتجهيز بيت الزوجية، فيستعمل من ذلك ما يجوز له أن يستعمله، وإذا منعه الزوجة من استعمال هذا الحق فله مقاضاتها، ويقضى له بذلك، وليس للزوجة بيع جهازها إلا بعد مضي أربع سنوات ... أما إذا لم تقبضه وجهزت دار الزوجية من مالها الخاص، فللزوج الانتفاع به حتى يبلى ولكن ليس له منعها من بيعه¹⁶⁹.

وإذا اختلفت الزوجة مع أبيها في بعض جهازها: هي تقول هذا البعض هبة لي من أبي وهو يقول عارية، أعرت لها هذا البعض من جهازها، فالحكم هو تحكيم العرف، فمن شهد له العرف فالقول قوله بيمينه، وهذا إذا لم يستطع أحدهما إثبات ما يدعيه بالبينة¹⁷⁰.

قال الفقيه ابن عابدين: "والعادة الفاشية الغالبة في أشرف الناس وأوساطهم دفع ما زاد على المهر من الجهاز تمليكاً، سوى ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي والثياب، فإن الكثير منه أو الأكثر عارية، فلو ماتت ليلة الزفاف لم يكن للرجل أن يدعي أنه لها، بل القول فيه للأب أو الأم، أنه عارية أو مستعار لها"¹⁷¹.

وللمحافظة على حق الزوجة في جهاز الزوجية لجأ العرف إلى ما يسمى بقائمة الجهاز¹⁷² التي يدون فيها الجهاز كاملاً، عدداً وثنماً وصفة، ويوقع عليها الزوج بما يعني استلامه للجهاز المدون فيها على سبيل الوديعة، وتشمل هذه القائمة مشتملات كثيرة، إذ يلجأ بعض الناس إلى المبالغة في أثمان مفردات الجهاز، ويلجأ

168- جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 142.

169- قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص 65-66.

170- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ص 150.

171- ابن عابدين، رد المحتار...، ج4، المرجع السابق، ص308.

172- وقائمة الجهاز هذه متعارف عليها في مصر ومعمول بها في القضاء المصري وهي غير معروفة في الجزائر، وجزت العادة في مصر أن يوقع الزوج هذه القائمة وقت انعقاد الزواج لضمان حقوق الزوجة المالية، وهي عبارة عن بيان بمفردات "العفش" وثنمه ونوعه ومواصفاته تذييل بإقرار من الزوج باستلامه وتعهده بالمحافظة عليه ورده للزوجة في الوقت الذي تطلبه، وهذا الإقرار يعتبر بمثابة استلام لهذه المنقولات على سبيل الأمانة، لمزيد من التفصيل أنظر، أبو العلا علي أبو العلا النمر، دراسة تحليلية لدعوى صحة إجراءات العرض والإبداع، الحلول العملية للنزاع حول قائمة منقولات الزوجة وكيفية حماية الزوج من جنحة تبديد منقولات القائمة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 79.

آخرون إلى كتابة أشياء في القائمة غير موجودة أصلاً¹⁷³.

ولعل بعض الأولياء يخشون على أجهزة بناتهم من بعض الأزواج سيء النية من أن تضطره ظروف قاهرة، فيبيع ذلك المتاع وينتفع بثمنه ثم يحدث لا قدر الله طلاق فينتكسون في كل شيء، فكان ذلك منهم احتياطا اقتضته الضرورة بإقامة الحجة - على غرار عقد الزواج - لإمكانية استرداد ما ضاع منه من تلك الأموال والأمتعة عينا أو قيمة عن طريق القضاء¹⁷⁴.

وفي القانون المصري يكون للزوجة استنادا إلى قائمة (العفش) جهاز الزوجية أن تقيم جنحة مباشرة ضد الزوج بتهمة تبديد منقولاتها¹⁷⁵، إلا أنه يتعين على الزوجة إثبات واقعة امتناع الزوج عن تسليم المنقولات المذكورة في القائمة، وحتى لا يكون هناك خلاف حول هذا الإثبات، فإنه من الأفضل أن يتم ذلك عن طريق إنذار على يد محضر تطلب منه فيه تسليمها جهاز القائمة¹⁷⁶.

وفي حالة عدم وجود قائمة المنقولات الزوجية، يحق للزوجة أن تثبت ملكيتها بشهادة الشهود، ومما لا شك فيه أن قيام علاقة الزوجية يعد مانعا أدبيا يمنع الزوجة من استكتاب الزوج على قائمة منقولاتها والحصول منه على سند كتابي¹⁷⁷.

إن الاختلاف الحاصل بين الفقهاء في إيجاب الجهاز على الزوج أم على الزوجة يدفعنا إلى بحث مسألة أخرى، هي من المسائل المالية المختلف بشأنها، ألا وهي المتعة، فالبعض ربطها بعقد الزواج، وآخرون ربطها بالطلاق، لذلك سأتناول المتعة كحق للمرأة المتزوجة وأبحث إلى جنبها مسألة التعويض عن الطلاق ومدى إمكانية الجمع بين المتعة والتعويض عن الطلاق.

173- جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 143.

174- يوسف القسطاسي، المرجع السابق، ص 85.

175- وتقوم تلك الجريمة مستندة لنص المادة 341 من قانون العقوبات المصري، والتي تنص على أن: "كل من اختلس أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو نفود أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضراراً بمالكيها أو أصحابها أو واضعي اليد عليها وكانت الأشياء المذكورة لم تسلّم له إلا على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلًا بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزيد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري".

176- أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 85.

177- أنظر، رباب عنتر السيد، جريمة تبديد منقولات الزوجية بين الشريعة والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 12 - 13.

المطلب الرابع

حق الزوجة في المتعة والتعويض بعد الطلاق

تستحق المطلقة المعتدة النفقة ما دامت في منزل الزوجية، وتجب للمطلقة طلاقاً رجعيًا النفقة بأنواعها المختلفة وكذلك إن كانت معتدة من طلاق بائن سواء كانت حامل أو غير حامل¹⁷⁸.

ولقد نص المشرع في المادة 61 ق.أ على أن: "الزوجة المطلقة لها الحق في النفقة في عدة الطلاق". ولم يضع المشرع أحكاماً خاصة بهذه النفقة، فتسري عليها الأحكام الخاصة بنفقة الزوجية. ورغم أن المشرع لم ينص على نفقة المتعة، إلا أن التطبيقات القضائية أوجبتها أحياناً للزوجة المطلقة وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، لذلك يطرح التساؤل حول كيفية تقديرها (الفرع الثاني). وبغض النظر عن المتعة، هل تستحق المطلقة تعويضاً عن الطلاق التعسفي؟ (الفرع الثالث). وهل تعوض عن ضرر التطلاق؟ (الفرع الرابع)، وعن نشوز الزوج؟ (الفرع الخامس).

الفرع الأول

إيجاب المتعة للزوجة المطلقة

يقصد بالمتعة شرعاً ما تمتع به الزوجة وتعطاه تعويضاً لها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض¹⁷⁹.

وتختلف المتعة عن التعويض لأن هذا الأخير يحكم به القاضي لجبر الضرر الناتج عن الطلاق، أما المتعة فيمكن الحكم بها ولو لم يثبت الضرر.

وقد قال بعض الفقهاء إن المتعة هي ما يقدمه الزوج لزوجته جبراً وترفيهاً وتخفيفاً لما يصيبها من أسف وحسرة ووحشة بسبب استعمال الرجل حق الطلاق الذي منحه الله إياها على سبيل الاستثناء، وحرمها إياها¹⁸⁰.

178- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 340 – 341.

179- أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 1998، ص 25.

180- أنظر، معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، الطبعة السابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 906.

قال الأستاذ محمد أحمد سراج: "المتعة هي مقدار من المال يقضى به على الزوج المطلق على سبيل الإحسان والتلطف"¹⁸¹. وهذا المعنى موجود في قوله تعالى: "فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"¹⁸² فالمطلوب شرعا أن الزوج لا يضر بزوجه، بل يسرحها بإحسان، أي تفادي الخصومات عند وقوع الطلاق، ومن كمال الإحسان دفع المتعة للزوجة، مما يدل على احترام وتقدير المرأة حتى وإن أصبحت مطلقة.

يقول الأستاذ فضيل سعد: "المتعة هي مبلغ من المال يلتزم الزوج بدفعه لزوجه التي طلقها أو فسخ العقد القائم بينها وبينه"¹⁸³.

ولأن المتعة وجدت لجبر خاطر المرأة المطلقة فلا يجب أن تكون بالضرورة مالا، بل تصح كالصداق من كل ما هو مباح شرعا ومتقوم بمال.

يستدل على المتعة بمجموعة نصوص من الكتاب والسنة منها، قوله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبِّحِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بَيْنَهُمَا عِدَّةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلنَّفْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"¹⁸⁴.

قال الشوكاني قوله: "ومتعوهن" أي أعطوهن شيئا يكون متاعا لهن، وهنا ذكرت المطلقة غير مفروض لها ولا مدخول بها، فلا مهر لها، بل المتعة، وبين في سورة الأحزاب أن غير المدخول بها إذا طلقت فلا عدة عليها، ومطلقة مفروض لها غير مدخول بها، تستحق نصف المسمى¹⁸⁵. فقد قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"¹⁸⁶.

وقد أخرج مالك وعبد الرزاق والشافعي وعبد ابن حميد وابن المنذر والبيهقي عن ابن عمر قال: "كل مطلقة متعة إلا التي تطلقها ولم تدخل بها وقد فرض لها، كفى بالنصف متاعا"، وأخرج ابن المنذر عن علي بن

181- أنظر، محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص181.

182- سورة الأحزاب، الآية49.

183- أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص98.

184- سورة البقرة، الآيتين 236 - 237.

185- الشوكاني، فتح القدير، المرجع السابق، ج1، ص 255.

186- سورة الأحزاب، الآية 49.

أبي طالب قال: "لكل مؤمنة طلقت حرة أو أمة متعة" وقرأ "وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"¹⁸⁷، وأخرج البيهقي عن جابر ابن عبد الله قال: "لما طلق حفص بن المغيرة امرأته فاطمة أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقال لزوجها: «متعها»، قال: لا أجد ما أمتعها، قال: «فإنه لا بد من المتاع، متعها ولو نصف صاع من تمر»¹⁸⁸.

واختلف الفقهاء في شروط إيجاب المتعة للمطلقة، لاختلافهم في تفسير النصوص والآثار الواردة في هذا الشأن.

لا تستحق المتعة كل زوجة انفصلت عن زوجها، لأن الفرقة الزوجية أنواع، وكل نوع تترتب عليه آثاراً معينة، فالزوجة التي فارقها زوجها بالوفاة ترثه ولا مجال للحديث عن فرض المتعة لها، لأن المتعة تجب في مال الزوج، وبعد وفاة الزوج أصبح المال للورثة، أما تلك التي تفارق زوجها بالطلاق، فقد تستحق المتعة إذا توفر فيها شرطان: أن تطلق بعد زواج صحيح وأن يكون الطلاق دون رضاها ولا بسببها¹⁸⁹.

يفترض على المطلقة أن يكون قد جمعها مع الرجل زواجا صحيحا، فلا يكون زواجها باطلا، لأن الزواج الباطل معدوم، لا يوجد به عقد ولا تحل به زوجة، ولا يثبت به مهر أو نسب فلا قيمة له في نظر الشرع، وإذا دخل الرجل بالمرأة في الزواج الباطل وجبت عليهما الفرقة في الحال، ولا يترتب عليه شيء من آثار العقد الصحيح ولو حدث فيه دخول¹⁹⁰.

ولقد قضى الشارع بشرعية الطلاق الذي يتم عن طريق ما يسمى بالإرادة المشتركة للزوجين على أن يصير المهر كله للزوجة، ولا يعود منه إلى الزوج المطلق شيء وعلى أن تضاف إلى ذلك متعة يقررها القاضي، وعلى أن يستمر في الإنفاق إلى أن تنتهي العدة¹⁹¹. وجاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ: 1985/04/08 بأن: «المتعة هي تعويض للزوجة التي يختار زوجها فراقها وليس للزوجة التي تختار فراق

187- سورة البقرة، الآية 241.

188- الشوكاني، فتح القدير، المرجع السابق، ج1، ص 264.

189- أنظر، عيساوي عبد النور، التعويض عن الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي، بشار، 2007/2008، ص 125.

190- أنظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص37.

191- أنظر، محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغیان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، سوريا، 2000، ص138.

زوجها»¹⁹².

ولم ينص المشرع الجزائري على المتعة في قانون الأسرة، لكن التطبيقات القضائية حكمت بها للمطقة، وإن كان القضاء لم يستقر على رأي معين حول المتعة، لذلك كان الأحسن أن يقننها المشرع، حتى يكون للمرأة سنداً قانونياً تعتمد عليه للمطالبة بالمتعة، خصوصاً إذا علمنا أن مبالغ النفقة المحكوم بها في الغالب لا تسد حاجيات الزوجة المطلقة وأبنائها. ونظراً لغياب تنظيم قانوني للمتعة، فإنه وإن حكم بها قضاءً تطرح إشكالية كيفية تقديرها.

الفرع الثاني

كيفية تقدير المتعة

تقتضي العدالة الاجتماعية عدم تحديد المسبق للمبالغ المراد الحكم بها على شخص لفائدة آخر قبل أن تحدث الواقعة الموجبة للتعويض. فالمبدأ العام في التعويض وكل ما ينطوي تحته أن تكون فيه السلطة التقديرية للقاضي، وهذا لا ينفي ما تسلكه بعض القوانين من وضع حد أدنى وحد أعلى للمبالغ المستحقة، ومع ذلك فالمتعة ليست تعويض، فلا يمكن تطبيق أحكام التعويض بشأنها.

ونظراً لاختلاف الفقهاء في وجوب المتعة، فقد اختلفوا أيضاً في تقديرها لأن القرآن الكريم لم يحدد لها قدراً معيناً، وهكذا فإن القوانين الوضعية أيضاً اختلفت بشأن تقديرها، فالبعض جعل تحديد قيمتها سلطة تقديرية للقاضي كالقانون المصري¹⁹³، وهناك من لم يتناولها بالتنظيم كالمشرع الجزائري، الذي ترك السلطة التقديرية للقاضي في ذلك¹⁹⁴.

قال الإمام مالك: "ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها"¹⁹⁵، وقال الأمام أبو حنيفة: "إذا تنازع الزوجان في قدر المتعة وجب لها نصف مهر مثلها، ولا ينقص من خمسة دراهم، لأن أقل المهر عشر دراهم"¹⁹⁶.

192- المجلس الأعلى، 1985/04/08، ملف رقم 35912، المجلة القضائية، 1989، عدد 01، ص 89.
193- المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل والمتمم لقانون الأحوال الشخصية المصري تنص على أن: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعه بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط"
194- عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص 132.
195- مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 322.

ولم يحدد ابن حزم الظاهري قدر معين للمتعة، ويرجع ذلك إلى عدم وجود نص يحددها، حيث يقول: "لو أن الله تعالى وكل المتعة إلى المتمتع لوقفنا عند أمره عز وجل، وألزمانه ذلك كما نفعل في إيتاء المكاتب من مال المكاتب، لكنه تعالى ألزمه على قدر اليسار والإقتار، فلزنا فرضاً أن نجعل متعة الموسر غير متعة المقتر ولابد، ولم نجد في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حداً، فوجب حمل ذلك على المعروف عند المخاطبين بذلك"¹⁹⁷.

قال الأستاذ عبد القادر داودي¹⁹⁸: "لم يحدد الشارع قدراً معيناً للمتعة، بل ترك أمر تقديرها للعرف، وحسب حال الرجل المطلق والمرأة المطلقة من فقر وغنى، قال تعالى: "عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ"¹⁹⁹، أي كل ينفق بحسب حاله من سعة رزق أو ضيقه.

غير أن تقدير المتعة حسب الأعراف يطرح إشكالا آخر وهو أن المتعة قد لا تكون معروفة عند بعض المجتمعات أصلاً.

وفي فتح القدير: "أوسط المتعة الدرع والغطاء والملحفة" والدرع بكسر الدار المهملة ما تلبسه المرأة فوق القميص كما في المغرب، والخمار ما تغطي به المرأة رأسها، والملحفة بكسر الميم ما تلتحق به المرأة من قرنها إلى قدمها²⁰⁰.

وقضت محكمة النقض المصرية²⁰¹ بأن "تقدير المتعة من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك طالما لم ينزل بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الحياة الزوجية".

ويلاحظ أن القضاء المصري قد أخذ بعين الاعتبار عدم النزول عن الحد الأدنى والمقرر بنفقة سنتين على الأقل²⁰². ثم بعد ذلك مراعاة الظروف الأخرى كحال المطلق وغيرها، ومثل هذا القرار موافقاً للمعقول من القول.

196- الشوكاني، فتح القدير، المرجع السابق، ج1، ص 258.

197- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج10، ص 248.

198- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص344.

199- سورة البقرة، الآية 236.

200- الشوكاني، فتح القدير، المرجع السابق، ج1، ص 256.

201- الطعن رقم 28 لسنة 69 قانون أحوال شخصية - جلسة 2000/1/17.

202- أنظر، عدلي أمير خالد، الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص294.

قال أبو حيان الأندلسي²⁰³ عند تفسير قوله تعالى: "عَلَى الْمُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ"²⁰⁴، والضمير في «قدره» عائد على المطلق، فالعبرة حاله، وليس محدودا ما يتمتع به، وقرئ بفتح الدال وسكونها، وهما بمعنى واحد عند أكثر الأئمة في اللغة، وقرئ بفتح الراء فيها أي أوجبوا على الموسع قدره.

وذكر السرخسي في المبسوط²⁰⁵ أنه تعتبر المتعة، بحالهما (أي الزوجين) أي إن كانا غنيين، فلهما الأعلى من الثياب أو فقيرين فالأدنى، أو مختلفين، فالوسط، وقال الإمام الشوكاني²⁰⁶: قوله تعالى: "عَلَى الْمُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ" يدل على أن الاعتبار في ذلك بحال الزوج، فالمتعة من الغني فوق المتعة من الفقير، ويمتعها على قدر عسره ويسره، فإن كان موسرا متعها بخادم، وإن كان معسرا متعها بثلاث أثواب أو نحو ذلك.

وحكمة المتعة هي تطيب قلب المرأة وإزالة توهم احتقار الرجل لها، أو ارتيابه فيها، قال محمد رشيد رضا: "إن المتعة من تمام ما وصف الله به الطلاق المشروع أنه تسريح بإحسان، ولذلك جعلها على قدر الضرورة، فالغني لا يكون محسنا ما لم يوسع في هذه المتعة باللائق بثروته"²⁰⁷.

ولقد جاء قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بنص جيد في تقدير المتعة، حيث نصت المادة 55 منه على أنه: "إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على ألا تزيد عن نصف مهر المثل". فالمعتبر في المتعة عرف كل بلدة لأهلها²⁰⁸.

وتذهب الدكتورة إلياس مسعودة نعيمة إلى أنه: "من الضوابط التي ينبغي الأخذ بها هي فترة الزواج، أي المدة التي استغرقتها الحياة الزوجية بين الطرفين، وكلما كانت هذه المدة طويلة، كلما كان احتمال الزيادة في مبلغ المتعة قائما، والضابط الثاني هو الوضعية المالية للزوج، وهذا يعني أنه كلما كان الزوج ميسورا كان مبلغ

203- أبو حيان الأندلسي، النهر الماد من البحر المحيط، ج1، الطبعة الأولى، دار الجيل، لبنان، 1995، ص 348.

204- سورة البقرة، الآية 236.

205- السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج5، ص82.

206- الشوكاني، فتح القدير، المرجع السابق، ج1، ص 256.

207- أنظر، محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام، نداء للجنس اللطيف، دار الشهاب، الجزائر، دون تاريخ النشر، ص126.

208- عاطف مصطفى البراوي التتر، المرجع السابق، ص 75.

التعويض مرتفعا²⁰⁹.

ويلاحظ أن هذا الرأي يستقيم عند اعتبار المتعة تعويض، وربما هذا هو السبب الذي أدى به إلى ربط مبلغ المتعة بمدة الزواج. لكن لا ينبغي إغفال الرأي القائل بأن المتعة ليست تعويض وعندئذ لا علاقة لها بمدة الزواج.

وإذا كانت المتعة تختلف عن التعويض، فإن القضاء بنفقة المتعة لا يمنع القاضي من الحكم بالتعويض، لأن هذا الأخير له أحكام تختلف عن المتعة، وقد نص المشرع الجزائري صراحة على إمكانية الحكم بالتعويض للمطلقة وذكر لذلك أسبابا وحالات.

الفرع الثالث

حق الزوجة المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي

كان المشرع الجزائري واضحا بشأن التعويض عن ضرر الطلاق التعسفي، فقد نص في المادة 52 ق.أ، أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". ورغم أن هذا النص كان موجود في قانون الأسرة قبل تعديله سنة 2005، إلا أن المشرع أبقى عليه وحيدا ولم يضيف إليه نصوصا أخرى تنظم أحكام الطلاق التعسفي، وهذا يفتح المجال واسعا أمام جملة من التساؤلات أهمها:

متى يكون الزوج متعسفا في الطلاق؟ وعلى من يقع عبأ إثبات الضرر في الطلاق التعسفي؟ وكيف يتم تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي؟

أولا: اعتبار الزوج متعسفا لإساءته استعمال حق الطلاق

يعتبر الطلاق حق ثابت للزوج، بصريح قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ"²¹⁰، وقوله تعالى أيضا: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"²¹¹ والأدلة الشرعية في هذا الباب كثيرة.

209- أنظر، إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009-2010، ص312-313.

210- سورة الطلاق، الآية 01.

211- سورة البقرة، الآية 236.

ونصت المادة 48 ق.أ على أنه: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو يتراضي الزوجين...". فهذا النص يعتبر دليل قانوني صريح على مشروعية الطلاق، وفي الوقت ذاته يدل على أن الطلاق حق للزوج، وقد وافق المشرع الجزائري في هذا ما ذهب إليه أغلب التشريعات العربية والإسلامية²¹²، وهذا يوافق أيضاً ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد ورد عن الشافعي أنه قال: "جعل الله عز وجل الرجال قوامين على النساء والطلاق إليهم"²¹³.

ولو جعل الطلاق للزوجة لبادرت إلى التطليق عند أول نزاع لها لأنها بطبعها سريعة الاغترار لا روية لها، قال السيد سابق: "والدليل على صحة هذا التعليق أن الإفرنج لما جعلوا طلب الطلاق حقا للرجال والنساء على السواء كثر الطلاق عندهم، فصار أضعاف ما عند المسلمين"²¹⁴.

ولكن إذا كان ثابتاً للزوج حق الطلاق، فينبغي ألا يسيء استعماله، وإلا اعتبر متعسفا ويخرج التعسف في استعمال حق الطلاق من نظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في القانون المدني. وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية يتضح أن التعسف في الطلاق يكون إذا تم الطلاق بدون سبب. فقد قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ: 1999/06/15 أن: "المادة 48 ق.أ، قد أعطت الحق للزوج بإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومعنى هذا أنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، ويختار هكذا تحمل المسؤولية في ذلك عن طيب خاطر، إما تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات بخلاف الأزواج الذين يعطون التبريرات والأسباب الدافعة لطلب الطلاق بحق أو بغير حق، يهدفون من وراء ذلك إلى إبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون"²¹⁵.

ويفهم من هذا القرار أن عدم كشف الزوج عن أسباب الطلاق يجعله يتحمل مسؤولية الطلاق، فيدفع للمطالبة تعويضا باعتباره متعسفا.

غير أن التعسف يستبعد في طلاق تثبت فيه مسؤولية كل من الزوج والزوجة، حتى ولو لم يكن طلاقاً

212- تنص المادة 5 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه: "على المطلق أن يوثق بإشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق. وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه... وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة...". وتنص المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "يقع طلاق كل زوج عاقل، بالغ، مختار، واع لما يقول...". وأضافت المادة 106 من ذات القانون أنه: "للزوج أن يوكل غيره بالطلاق".

213- ابن عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج7، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص 62.

214- السيد سابق، فقه السنة، ج2، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، 2000، ص 159.

215- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/06/15، ملف رقم 223019، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 104.

بالتراضي لأنه جاء نتيجة تراكم المشاكل وأصبح الحل الوحيد بعد استفحال الشقاق والنزاع بين الطرفين، إلا أن رفضهما للصلح الذي يسعى إليه القاضي في جلسة الصلح، يجعل كل منهما مسؤولاً عن هذا الطلاق²¹⁶.

ويعتبر الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء، فإن تبين للقاضي أن استعماله كان غير مشروع أو بدون سبب معقول، قضى بالتعويض طبقاً لأحكام قانون الأسرة والقانون المدني، وقد استمد المشرع الجزائري هذا المبدأ القائل بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالغير من الفقه الإسلامي ومن التطبيقات العملية التي انتهى إليها القضاء عن طريق الاجتهاد²¹⁷.

ثانياً: إثبات الضرر والتعسف في الطلاق التعسفي

ذهبت المحكمة العليا²¹⁸ إلى أنه يمكن للزوج أن يحتفظ بالمبررات التي دفعته إلى الطلاق ولا يفصح عنها أمام القاضي، على أن يتحمل مسؤولية إيقاع الطلاق، أي يلتزم بتعويض الضرر الذي يصيب المطلقة فضلاً عن تحمل النفقات التي تحم بها المحكمة لفائدة المطلقة، وكأن سكوت الزوج المطلق عن أسباب الطلاق هو اعتراف منه وإقرار على تعسفه في استعمال حق الطلاق، وأعلى الأقل هو قبول منه بتحمل تبعات التعسف وإن لم يكن متعسفاً في الأصل.

إن عدم بيان الزوج لأسباب الطلاق يكفي لاعتباره متعسفاً، ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف، ذلك أنه لا بد للطلاق من سبب أو حاجة شرعية تدعو إليه، أما إن كان الطلاق من غير مبرر شرعي فإن القاضي يحكم على المطلق بالتعويض لما لحق الزوجة من ضرر نتيجة تعسف الزوج في استعمال حقه. ويقول الدكتور بلحاج العربي: "وهذا الحكم عادل سنده من السياسة الشرعية والمبادئ الاجتماعية، لأن فقهاء الإسلام حين قرروا أحكام الطلاق، إنما قرروها لمن يستعمل حقه استعمالاً شريعياً لا يترتب عليه ضرر ظاهر بالمرأة والأولاد، كما أن الشريعة الإسلامية تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفقر والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه وتعسفه في استعمال حق الطلاق"²¹⁹. وإذا كان انعدام السبب لدى الزوج المطلق قرينة على اعتباره متعسفاً، فإن المشرع لم يحدد

216- إلياس مسعودة نعيمة، المرجع السابق، ص 169.

217- أنظر، عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة، الجزائر، 2010، ص 58.

218- أنظر قرارها بتاريخ 1999/06/15، مذكور في الصفحة 347 السابقة من هذه الرسالة.

219- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 87.

الأسباب التي يمكن أن يسند عليها الزوج في تطليق زوجته، وبالتالي تبقى السلطة التقديرية للقاضي في اعتبار الزوج متعسفا من خلال تقدير السبب.

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 1982/11/22 بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا إذا كان الطلاق غير مبرر فإن للمطلة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"²²⁰.

وهذا القرار يدل بوضوح على أن الإجتهد القضائي وإن ساير النص القانوني من حيث أن الطلاق حق للزوج لا يلزم بالكشف عن أسبابه، إلا أنه يعتبر متعسفا إذا لم يقدم أسبابا لطلاقه.

وتبعا لتقدير التعسف يقوم القاضي بتقدير التعويض، وله في ذلك السلطة التقديرية. فلقد قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1991/06/18 بأنه: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض وبنفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"²²¹.

ويلاحظ أن المحكمة العليا ربطت السلطة التقديرية للقضاة بضرورة أن يسببوا أحكامهم، رغم أن المشرع لم يذكر معايير لتقدير التعويض عن ضرر التعسف. وبذلك يبقى استخلاص المعايير أيضا سلطة تقديرية للقاضي.

وكما يثبت للمرأة المطلقة الحق في التعويض عن الطلاق التعسفي، أثبت لها المشرع أيضا حق التعويض عن ضرر التطليق.

الفرع الرابع

حق الزوجة المطلقة في التعويض عن ضرر التطليق

تنص المادة 53 مكرر ق.أ على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم لمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". هذه المادة أضيفت إلى قانون الأسرة عند تعديله سنة 2005، ولم يكن

220- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1982/11/22، ملف رقم 28784، نشرة القضاة، 1986، عدد 02، ص32.
221- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1991/06/18، ملف رقم 75029، المجلة القضائية، 1994، عدد 02، ص65.

هناك نص يفيد بإمكانية التعويض عن ضرر التطلق، وكثيرا ما لجأت الزوجة المطلقة إلى المحكمة تطلب التعويض بعد أن حكم لها بالتطلق، فتباينت الاجتهادات القضائية في هذا الشأن.

كانت المحكمة العليا قبل 2005 ترفض إعطاء الزوجة المطلقة تعويضا عن ضرر التطلق مسايرة لعدم وجود نص قانوني يمنحها ذلك، لكن لم يكن هذا مبدأ عام، بل إن المحكمة ذاتها كثيرا ما قضت بالتعويض عن ضرر التطلق.

قرر المجلس الأعلى بتاريخ: 1989/03/27 أنه: "من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق زوجته تعسفا ونتج عن ذلك ضرر للمطلقة، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطلق فإن قضاة المجلس وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال"²²².

يبدو أن تأسيس المجلس الأعلى مفاده أن الحكم للزوجة بالتطلق يكفي لجبر الضرر الذي أصابها، وبالتالي لا حاجة للتعويض رغم ثبوت الضرر. ولقد عبرت المحكمة العليا صراحة عن هذا، في قرارها الصادر بتاريخ 1993/02/23 بقولها: "إذا كان يحق للزوجة طلب التطلق، فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظلم الزوج والحكم لطالبة التطلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي"²²³.

ويلاحظ من خلال هذا أن المحكمة العليا نقضت قرار المجلس لأنه منح التعويض على أساس تعسف الزوج في الطلاق في حين الزوج لم يطلق أصلا. ولذلك فالمحكمة لم تمنع منح التعويض عن ضرر التطلق لأن من شأن هذا المنع أن يدفع الزوج إلى الإضرار بزوجه دون أن يبادر إلى طلاقها، وإذا اشتد بها الضرر طلبت التطلق، فيحكم به القاضي وينجو الزوج من تحمل التبعات المالية لهذا الطلاق. لذلك أحسنت المحكمة العليا صنعا عندما حادت عن هذا الموقف، وحكمت للمطلقة بالتعويض عن ضرر التطلق، فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1998/07/21 أنه: "متى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطلق لتضررها من

222- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 53017، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص 56.

223- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1993/02/23، ملف رقم 92674، نشرة القضاة، 1995، عدد 48، ص 171.

ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التظليق والتعويض معا لثبوت تضررها، وعليه قضاة الموضوع لما قضاوا بتظليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون²²⁴.

ويستفاد من المادة 53 ق.أ، أنها تجيز للزوجة طلب التظليق في حالات معينة، وفي الوقت ذاته لا تمنع هذه المادة المطلقة من طلب التعويض إذا تضررت من تصرفات زوجها، وبالتالي لم يكن هناك مبرر لمنع الزوجة المطلقة من التعويض، ولعل هذا ما دفع المشرع إلى إضافة المادة 53 مكرر.

لقد نصت المادة 53 مكرر ق.أ صراحة على جوازية الحكم بالتعويض عن الضرر في حال الحكم بالتظليق، ويلاحظ على هذا النص أنه ترك السلطة تقديرية للقاضي بدليل استعمال عبارة « يجوز » في حين كان الأفضل أن يجعل الحكم بالتعويض أمر وجوبي متى ثبت الضرر.

ويجب على الزوجة التي تطلب التعويض إلى جانب طلبها التظليق، أن تثبت الضرر الذي تدعيه، فالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وحيث أن قانون الأسرة لم ينص على طريقة محددة للإثبات فيرجع في ذلك إلى القواعد العامة للإثبات. وعليه يمكن للزوجة إثبات الضرر بمختلف وسائل الإثبات، كالأدلة الكتابية، وشهادة الشهود والقرائن والإقرار وغيرها.

ويبقى تقدير الدليل مما يستقل به قاضي الموضوع حسبما يطمئن إليه وجدانه²²⁵. ويستحيل على القضاء أن يقدر وجود الضرر من عدمه، إلا إذا استعان بأشخاص هم من أقارب الزوجين، ويعرفان ظروف معيشتها وطبيعة العلاقة التي تجمعهما²²⁶.

الفرع الخامس

حق الزوجة المطلقة في التعويض للنشوز

نصت المادة 55 ق.أ، على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف

224- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/07/21، ملف رقم 192665، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 116.

225- أنظر، منير قزمان، التعويض في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص 125.

226- أنظر، عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر، 2006/2005، ص 122.

المتضرر"، ويفهم من هذه المادة أن النشوز كما يمكن أن يكون من الزوجة قد يكون من الزوج، وإذا كان نشوز الزوجة معروف بحكم وجود أحكامه في الفقه الإسلامي وله تطبيقات في القضاء، فإن نشوز الزوج يبقى غير معروف، والمشرع لم يضع له تعريف محدد، فما المقصود بالنشوز وكيف يتم إثباته؟

يعتبر تخلي الزوجة عن واجباتها أو عدم طاعتها زوجها أو امتناعها عن معاشرته أو خروجها من بيته من غير إذنه نشوزا، وقياسا على هذا المفهوم ذهبت المحكمة العليا إلى تعريف نشوز الزوج بأنه تخليه عن واجباته. فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ: 1998/04/21 أنه: "من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر، ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها طبقا لصحيح القانون"²²⁷.

وليس كل تخل من الزوج عن واجباته يعتبر نشوزا، ففي واجب الإنفاق مثلا، يمكن للزوجة أن تستصدر حكما يقضي لها بالنفقة، وإن أصّر الزوج على امتناعه، يكون مرتكبا لجريمة الامتناع عن دفع النفقة.

ولقد أشار القرآن الكريم إلى نشوز الزوج، وأرشد الزوجة إلى التصالح مع زوجها إن هي خافت منه نشوزا أو إعراضا، قال تعالى: "وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ"²²⁸.

وربط المشرع الجزائري مسألة الصلح باشتداد الخصام وعدم ثبوت الضرر، فنص في المادة 56 ق.أ على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما"، وأكد هذا المفهوم المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ: 1989/12/25 حيث قضى بموجبه بأنه: "من المقرر قانونا انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق"²²⁹، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 49، 55، 56، يكون بقضائه كما فعل

227- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/04/21، ملف رقم 189226، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 144.

228- سورة النساء، الآية 128.

229- Mohamed ABDEL-AZIM ALI, op, cit, p. 14.

خالف القانون وتجاوز اختصاصه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه²³⁰.

إن، فعلى الزوجة إثبات النشوز ليحكم لها بالطلاق، وعليها أيضا إثبات الضرر ليحكم لها بالتعويض. فيقع عبء إثبات النشوز على من يدعيه، لذلك على الزوجة أن تثبت للمحكمة أن زوجها قد تخلى عن أحد واجباته، ولها في ذلك أن تستعين بمختلف وسائل الإثبات كشهادة الشهود.

وإذا كان إثبات حالة النشوز من الصعوبة بمكان، لأنها تبنى عادة بإدعاءات مقابل إدعاءات، في الوقت الذي قد ينعدم الشهود، لكون العلاقة مقدسة بين الطرفين ولا يمكن لأحد الإطلاع عليها، غير أن ذلك لم يمنع القضاء الجزائري من محاولة إيجاد حالات للنشوز ليست مبنية على مجرد تصريحات وإدعاءات وإنما مرجعها الدليل الكتابي²³¹.

لم يحدد المشرع المعيار الذي بواسطته يمكننا التمييز بين السلوك الضار والسلوك غير الضار إذا ادعت الزوجة إضرار بها، وحينئذ فإنه يجب على القاضي الاعتماد على المعيار الشخصي، انطلاقا من المعطيات الاجتماعية والثقافية والخاصة بكل زوجة، لأن ما يعتبر ضارا لزوجة قد لا يكون ضارا لزوجة غيرها²³².

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا بتاريخ: 1998/11/17 بأنه: "متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"²³³.

وهكذا يتضح أن الزوجة لا يمكنها الحصول على تعويض ما لم تثبت التعسف أو النشوز من قبل الزوج، ورغم أن هذا يعتبر إرهاقا للزوجة في البحث عن أدلة الإثبات، لكنه عين الصواب وفق ما تقتضيه قواعد العدالة.

وبعيدا عن النشوز، قد يفارق الزوج زوجته دون اختيار منه ولا منها وذلك بالوفاة. وعندئذ يثبت للزوجة

230- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57812، المجلة القضائية، 1991، عدد 03، ص71.

231- باديس نياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص19.

232- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 101.

233- المحكمة العليا، غ.أ.ش، م، 1998/11/17، ملف رقم 210451، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص252.

الحق في ميراث زوجها.

المطلب الخامس

حق الزوجة في ميراث زوجها بعد وفاته

تطرح مسألة الميراث كثيرا من التساؤلات حول مساواة الرجل والمرأة، وكثيرا ما هوجمت الشريعة الإسلامية بتهمة عدم المساواة بين الجنسين في أحكام الميراث، على نقيض ميراث المرأة المتزوجة من زوجها في الموائيق الدولية (الفرع الأول). أما المشرع الأسري فقد حدد شروط لميراث الزوجة من زوجها (الفرع الثاني)، وحدد لها نصيب معين من هذه التركة (الفرع الثالث)، ورغم اعتماد المشرع في كل ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية إلا أن التساؤل الذي لا يزال يطرح هو: لماذا تراث الزوجة من زوجها نصف ما يرثه منها؟ (الفرع الرابع).

الفرع الأول

ميراث الزوجة على ضوء الموائيق الدولية

أكدت الاتفاقيات الدولية على مبدأ عدم التمييز بين الرجل والمرأة في الحقوق ووقفهما على قدم المساواة في كافة مناحي الحياة، ومن ذلك أن للمرأة الحق في التملك وإدارة ممتلكاتها والتمتع بها والتصرف بها ووراثةها، بما في ذلك الأموال التي تمت حيازتها أثناء قيام الزواج²³⁴.

فتمتع المرأة حسب ما جاء في إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة 1967 سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة بحقوق مساوية لحقوق الرجل في الميراث، وهذا النص الصريح على المساواة والذي ورد في المادة 6 من الإعلان يفهم منه أن الزوجة ينبغي أن تراث من زوجها النصيب الذي يرثه منها عند وفاتها.

ويلاحظ أن نص المادة 1/16/ح من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة جاء مشابها لنص المادة 1/6/أ من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة إلا أن النص الوارد في الاتفاقية كان خاليا من الإشارة إلى ميراث الممتلكات عكس النص الوارد في الإعلان. ومع ذلك لم يمنع هذا لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة من أن تتبنى موقفا يدعوا إلى المساواة بين الزوجين في الميراث، فقد جاء في توصيتها العامة²³⁵ رقم

234- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة...، المرجع السابق، ص109.

235- التوصية العامة رقم 21 سنة 1992، الدورة 13 تحت عنوان: المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية.

21 أن: "هناك العديد من البلدان التي تؤدي قوانينها وممارساتها المتعلقة بالإرث والممتلكات إلى تمييز خطير ضد المرأة، ونتيجة لهذه المعاملة غير المتكافئة يمكن أن تحصل الزوجة على حصة من ممتلكات الزوج أو الأب عند الوفاة، أصغر مما يحصل عليه الرجال الأرامل والأبناء الذكور، وفي بعض الأحوال، تمنح المرأة حقوق محدودة ومقيدة، فلا تحصل إلا على إيراد من أملاك المتوفى".

وتتبنى المواثيق الدولية إلى جانب مبدأ المساواة في الإرث مبدأ آخر يقوم على وجوب الفصل بين الحق في الميراث والحق في حيازة الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج، وقد عبرت عن هذا لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العام رقم 21 سنة 1992 بقولها: "وفي كثير من الأحيان، لا تراعى في حقوق النساء الأرامل في الإرث مبادئ المساواة في حيازة الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج، وهذه الأحكام تخالف الاتفاقية ولا بد من إلغائها".

إذاً، فمراعاة المساواة في حيازة الممتلكات الزوجية عند توزيع الميراث حسب ما جاءت به اللجنة يقتضي أنه في حال وفاة أحد الزوجين، فإن الباقي منهما على قيد الحياة يستحق النصف من الممتلكات التي اكتسبت أثناء الحياة الزوجية، وهو حق خالص له لا يدخل في الأموال التي تورث. أما النصف المتبقي والذي يعتبر في الأصل حق للزوج المتوفى، فإنه يقسم على الورثة على أنه يكون نصيب الزوج عند وفاة الزوجة كنصيب الزوجة عند وفاة زوجها، لكن هذا التوزيع هو توزيع غير عادل ويطرح العديد من الإشكالات والتي يمكن ذكر البعض منها وهي:

1. إذا كان الواجب في المواثيق الدولية أن تكتسب المرأة حصة مساوية من الممتلكات لحصة الزوج، فإن هذا يفتح الباب حول كيفية إثبات الممتلكات التي تم اكتسابها أثناء الحياة الزوجية، وتلك التي تم اكتسابها قبل الحياة الزوجية، وهذا أمر ليس بالهين، ثم هل يدخل في هذه الممتلكات ما حصل عليه الزوج بجهد الخالص وما تحصل عليه عن طريق الإهداء مثلاً أم أن مثل هذا يستثنى؟ فإن قيل تدخل مثل هذه الممتلكات ضمن ما يتم اقتسامه بين الزوجين، كان في هذا ظلم للزوج، وإن قيل بأنها لا تدخل، فإن هذا يكرس استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين، وبالتالي لا مجال للحديث عن اقتسام الممتلكات الزوجية.

لكن مع ذلك يجب الفصل فيما هو مال مشترك بين الزوجين، وأموال الزوج الخاصة، فحقوق

الزوج الحي من المال المشترك لا تدخل ضمن التركة²³⁶.

2. إن القول باقتسام ممتلكات الزوجية بالتساوي، يفرض في واقع الحال أن تكون المساهمة في اقتناء هذه الممتلكات على قدر المساواة أيضا بين الزوجين، وهذا يعني مطالبة الزوجة بتكاليف مالية لم تشير إليها المواثيق الدولية.

3. يعتبر حصول الزوجة على نفس نصيب الزوج من الميراث عند وفاة أحدهما إخلالا بمبدأ الغنم بالغرم، فالزوج قد يكون متحملا لأعباء مالية لم تتحملها الزوجة، ثم تتساوى معه في الحقوق المالية، أي أنها تقبض ولا تدفع في حين يدفع هو ويقبض مثلها، فيكون قد أثقل كاهله بالدفع وإن استوى معها في القبض. وهذا في حد ذاته ينافي مبدأ المساواة.

وبتتبع نصوص المواثيق الدولية يظهر جليا أنها تطالب بالمساواة في الميراث دون مراعاة لأي اعتبارات أخرى، وهذا عكس ما جاء به قانون الأسرة الذي استمد أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

شروط استحقاق الزوجة للميراث من زوجها في قانون الأسرة

ذكر المشرع الأسري في المادة 126 أن أسباب الإرث هي القرابة والزوجية، فعقد الزواج يعتبر سببا من أسباب الميراث في الشريعة والقانون، وقد تكون المرأة زوجة الرجل حقيقة لقيام عقد الزواج صحيح كما أنها قد تكون زوجة حكما فقط بأن تكون مطلقة توفي زوجها المطلق لها وهي في العدة، ففي هذه الحالة تترث رغم أنها مطلقة. لذلك فإنه إضافة للشروط العامة التي يجب توافرها في كل وارث، فإن الزوجة يشترط فيها أن يكون زواجها صحيح وقائم وقت وفاة زوجها قيام حقيقي أو حكمي.

أما قيام الزوجية حقيقة، فهو سبب يثبت به التوارث بين الزوجين، ويشترط أن يكون عقد الزواج غير باطل²³⁷، والعقد الصحيح هو الخالي من كل شبهة²³⁸، فقد نصت المادة 131 ق.أ، على أنه: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين". هذا النص يثير إشكاليات عديدة عند تطبيقه، فالمشرع لم يحدد مفهوم الزواج

236- أنظر، بن عائشة لخصر، إثبات الحقوق المالية للزوجين دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012/2011، ص 73.

237- أنظر، عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009، ص 50.

238- أنظر، فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 19.

الباطل وبالرجوع إلى المواد من 32 إلى 35 ق.أ، نجد أن هناك خلطا واضحا في تحديد متى يبطل الزواج إذا وجد شرطا أو مانع ينافيه، فالمؤكد هو أن الزواج يبطل إذا اختل ركن الرضا، وهذا واضح حسب ما جاءت به المادة 33 ق.أ. ثم الإشكال الآخر هو أن المشرع منع التوارث بين الزوجين في النكاح الباطل ولم يتكلم عن النكاح الفاسد، فهل هذا السكوت يفيد التوارث بين الزوجين أم يفيد العكس، ومن أمثلة الأنكحة الفاسدة الزواج بإحدى المحرمات حسب ما نصت عليه المادة 34 ق.أ.

ثم هل هناك ضرورة لصدور حكم بإبطال النكاح أو فسخه من أجل إثبات بطلان أوفساد النكاح، أم أن توفر سبب البطلان أو الفسخ يكفي لمنع التوارث بين الزوجين في مثل هذه الأحوال؟

لقد ثبت عند المالكية أنه لا توارث بين الزوجين في النكاح الفاسد²³⁹.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا توارث بين الزوجين عند اختلاف الدين، فالزوجة غير المسلمة إذا كان زوجها مسلم وهي ليست كذلك، فإنها لا ترثه ولا يرثها أيضا. وهذا حكم ثابت في الشريعة الإسلامية، وتحيل إليه المادة 222 ق.أ. وكذلك الحال عند ردة الزوج، فقد نصت المادة 138 ق.أ، على أنه: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

ويعتبر الزواج صحيحا حسب المحكمة العليا إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق²⁴⁰، فالزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا للقانون²⁴¹.

وعقد الزواج في مرض الموت عقدا فاسدا عند المالكية²⁴²، ويمنع التوارث بين الزوجين وهذا حتى لا يدخل الزوج على الورثة وارث جديد دون وجه حق إضراراً بهم، وأخذت المحكمة العليا بهذا الرأي في قرارها الصادر بتاريخ: 2001/05/23، بقولها: "إن زواج المريض مرض الموت هو من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها"²⁴³.

ولا يشترط في الزوجية القائمة أن يكون قد تم الدخول، فقد نصت المادة 130 ق.أ على أنه: "يوجب

239- ابن رشد، شرح بداية المجتهد..، المرجع السابق، ج2، ص24.

240- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1982/11/12، نشرة القضاء، 1986، عدد 02، ص 32.

241- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/12/11، ملف رقم 55706، المجلة القضائية، 1992، عدد01، ص 48.

242- مالك بن أنس، المدونة...، المرجع السابق، ج4، ص 96.

243- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2001/05/23، ملف رقم 251656، المجلة القضائية، 2002، عدد1، ص306.

النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء". فالعقد كاف دون حاجة إلى الدخول بالزوجة كما يمكن إثبات الزوج العرفي بعد وفاة أحد الزوجين بسماع شهادة الشهود، إضافة إلى توجيه اليمين إلى المدعى بالزواج العرفي من المورث²⁴⁴، بل قد تراث الزوجة بعد طلاقها كأن يتوفى زوجها وهي لا تزال في عدة طلاقها، وتسمى هذه الحالة بقيام الزوجية حكما.

أخذ المشرع الأسري بالقيام الحكمي للزوجية من خلال نص المادة 132 والتي نصت على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث".

فالمعتدة من طلاق رجعي تراث مطلقها وهو يرثها أيضا لأن الزوجية تبقى قائمة ما دامت العدة لم تنتقض²⁴⁵. غير أن المشرع لا يعتد بالطلاق الرجعي، فلا طلاق إلا بحكم، وبعد صدور الحكم يصبح الطلاق بائنا. وهو ما يطرح تساؤلا حول الزوجة التي يكون زوجها قد طلقها ثم بعد انقضاء مدة تزيد عن العدة رفع دعوى لاستصدار حكم إثبات الطلاق، وأثناء سير الدعوى توفي هذا الزوج، فتطبيقا لنص المادة 132 ق.أ، فإن زوجته تراثه لأنه مات قبل صدور الحكم؛ وتطبيقا للشريعة الإسلامية فإنها لا تراثه لأن طلاقها بانتهاج العدة أصبح بائن بعد أن كان رجعي.

كما أن المشرع قال في المادة 132 ق.أ، أن الزوجة تراث زوجها إذا كانت الوفاة في عدة الطلاق والمادة 49 ق.أ تنص على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم، وفي المادة 50 ق.أ، أن من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، بمعنى أن صدور الحكم بالطلاق يجعل الطلاق طلاقا بائنا. وهذا يعني أن المشرع يورث المطلقة طلاقا بائنا خلافا لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

فإذا كان الطلاق بائنا فلا ميراث بين الزوجين شرعا لانقطاع الرابطة الزوجية²⁴⁶، ولا يمكن للمطلقة البائن أن تراث زوجها إلا في الطلاق الفار.

فإذا طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا بغير رضاها وهو في مرض الموت أو ما في حكمه، وهو ما يسميه الفقهاء بطلاق الفار، فإنها تراثه، لأن طلاقه منها في مثل هذه الظروف ليس له معنى إلا لحرمانها من الميراث،

244- بن عائشة لخضر، المرجع السابق، ص72.
245- أنظر، بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الجزائري وقانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص80.
246- أنظر، سعيد بويصري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دارالأمل، الجزائر، 2007، ص20.

ولذلك قرر جمهور الفقهاء معاملته بنقيض مقصوده لما في ذلك من التعسف²⁴⁷.

وذهب المالكية إلى أنه من طلق زوجته وهو في مرض الموت، فإنها ترثه معاملة بنقيض قصده، عملاً بالظاهر ويسد الذرائع، فإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها، وإن دخل بها ثم طلقها فلها الصداق كله والميراث²⁴⁸.

وقضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1998/03/17 بأن: "المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وعليه فإن المحكوم به صحيح شرعاً وقانوناً، بخلاف الميراث فإن حق الطاعة فيه ثابت شرعاً إذا طلقت في مرض الموت، عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود"²⁴⁹.

أما إذا كانت الفرقة بين الزوجين بسبب اللعان، فلا توارث بينهما بغض النظر عن مسألة العدة، وهذا ما أثبتته المشرع في المادة 138 ق.أ من أنه: "يمنع من الإرث اللعان...".

الفرع الثالث

نصيب الزوجة من تركة زوجها في قانون الأسرة

أعطى المشرع الجزائري للزوجة الحق في أن ترث زوجها بعد وفاته، وحدد لها نصيباً محدداً وفق حالتين كالتالي:

1- ميراث الزوجة من زوجها عند انعدام الفرع الوارث

تنص المادة 145 ق.أ، على أن أصحاب الربع اثنان منهما الزوجة أو الزوجات بشرط عدم وجود الفرع الوارث للزوج، فالزوجة من صاحبات الفروض ولا ترث إلا بالفرض سواء كانت واحدة أو تعددت²⁵⁰، فإذا كان للرجل أكثر من زوجة فإنهن يشتركن في الربع بشرط عدم وجود فرع وارث.

247- أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص 542.

248- مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 93؛ ابن رشد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج 2، ص 70.

249- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/03/17، ملف رقم 179696، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 98.

250- فشار عطاء الله، المرجع السابق، ص 99.

والحكمة من اشتراك الزوجات في الربع أو الثمن حين التعدد هو لأنهن لو كن أربعاً وأعطينا كل واحدة الربع لأخذن جميع المال، ولو أعطينا لكل واحدة الثمن لأخذن نصف التركة، وبالتالي سيساوي نصيبهن نصيب الزوج مع أن نصيبه في الأعباء والنفقات والتكاليف الزوجية أكثر منهن²⁵¹.

ويشترط انعدام الفرع الوارث مطلقاً ذكراً كان أو أنثى من الزوجة أو من غيرها وهذا الفرع الوارث سواء كان مباشراً أو غير مباشر²⁵². فإذا وجد للزوج ابن أو بنت أو ابن ابن أو بنت ابن أو غيرهم من الفروع، فإن نصيب الزوجة يتحول من الربع إلى الثمن.

أما الزوج فإنه إذا وجد في نفس الحالة، أي إذا ماتت زوجته ولم يكن لها فرع وارث، فإنه يستحق النصف من تركتها حسب نص المادة 144 ق.أ. وأساس هذا ما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى: "وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ"²⁵³، وقوله تعالى أيضاً في ميراث الزوجة: "وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ"²⁵⁴.

ويلاحظ أن الزوج الذي يرث النصف من زوجته فيكون قد أخذ ضعف ما تأخذه زوجته منه إن هو مات قبلها، ذلك أنها تأخذ الربع، ويعتبر هذا من قبيل التمييز في نظر المواثيق الدولية، لكن هذا مبني على عدة اعتبارات سأوضحها في الفرع الموالي.

ومثال ميراث الزوجة أنه إذا توفي الزوج وترك زوجة وأم وأخ شقيق فإن الزوجة ترث الربع، والأم ترث الثلث أما الأخ الشقيق فيأخذ ما تبقى تعصيباً، وعلى ذلك إذا ترك الزوج 48 هكتار فإن للزوجة 03 أسهم أي 12 هكتار وللأم 04 أسهم أي 16 هكتار وللأخ الشقيق 05 أسهم أي 20 هكتار. أما إذا كان في المسألة أكثر من زوجة، فإنهن يقسمن نصيب 12 هكتار بالتساوي، أي 6 هكتارات لكل واحدة إذا كن اثنتين و 04 هكتارات لكل واحد إذا كن ثلاث زوجات، و 03 هكتارات لكل واحدة إذا كن أربع زوجات وهو أقصى حد يمكن أن يتزوجه الرجل المسلم.

وإذا افترضنا وفاة الزوجة وأردنا معرفة ميراث زوجها عند تشابه الحالات، فإن الزوجة إذا تركت زوج وأم وأخ شقيق، فإن نصيب الزوج هو النصف والأم ترث الثلث والأخ الشقيق يرث الباقي تعصيباً، فالتركة

251- أنظر، منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2008، ص 52.

252- منصور كافي، المرجع نفسه، ص 51.

253- سورة النساء، الآية 12.

254- سورة النساء، الآية 12.

المقدرة بـ 48 هكتار يرث فيها الزوج 03 أسهم وتأخذ الأم سهمين وسهم واحد للأخ الشقيق، فنصيب الزوج 24 هكتار ونصيب الأم 16 هكتار ونصيب الأخ الشقيق 08 هكتار، وبهذا يكون الزوج قد ورث من زوجته 24 هكتار، في حين لم ترث منه إلا 12 هكتار أي النصف، مع ملاحظة أن الزوجات يتزاحمن أما الزوج فلا يوجد من يزاحمه في نصيبه المفروض وهو النصف في هذه الحالة.

2- ميراث الزوجة من زوجها عند وجود الفرع الوارث

ترث الزوجة من زوجها طبقاً للمادة 146 ق.أ، الثمن عند وجود الفرع الوارث للزوج، وأكدت هذا المادة 160/2ف والتي جاء فيها أن "الزوجة أو الزوجات ترث الربع عند عدم الفرع الوارث والثمن عند وجوده".

ويستدل على ميراث الزوجة للثمن من القرآن الكريم بقوله تعالى: "فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ"²⁵⁵. وفي مقابل هذا يرث الزوج من زوجته الربع عند وجود الفرع الوارث مصداقاً لقوله تعالى: " فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ"²⁵⁶. وقد ذكرت المادة 145 ق.أ، أن الزوج يستحق الربع عند وجود الفرع الوارث لزوجته - فالربع هو ضعف الثمن الذي ترثه الزوجة في مثل هذه الحالة.

فإذا افترضنا موت الزوج بعد أن خلف زوجة وابن فإن الزوجة ترث الثمن والابن يرث الباقي تعصيباً، ولذلك إذا كانت تركته 40 هكتار، فإن للزوجة 05 هكتارات والباقي أي 35 هكتار لابن، أما إذا ماتت الزوجة وتركت زوج وابن فإن زوجها يرث الربع وهو 10 هكتارات من 40 هكتار ويرث ابنها الباقي تعصيباً أي 30 هكتار.

وتبقى الزوجة في كل الحالات ترث من زوجها، فهي لا تحرم من الميراث بالحجب، رغم أن قواعد الميراث تنص على أن هناك من الورثة من يحجب حجب حرمان، لكن السؤال المطروح هو: ما الحكمة من أن نصيب الزوجة نصف نصيب الزوج في ميراث بعضهما لبعض؟

255- سورة النساء ، الآية 12.

256- سورة النساء ، الآية 12.

الفرع الرابع

لماذا تترث الزوجة من زوجها نصف ما يرثه منها؟

لقد دافعت الجزائر عن موقفها من ميراث المرأة وما يعتبر تمييزاً في نظر لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، وجاء دفاع الجزائر من خلال تقريرها الدوري إلى اللجنة سنة 2009 حيث جاء فيه: "تخضع الحياة الشخصية للشريعة، ولاسيما الإرث الذي تحكمه قواعد رابانية تنطبق على المسلمين، وهذه القواعد جبرية لا يمكن المساس بها"²⁵⁷.

ولم يبين تقرير الجزائر ما الحكمة من وراء اختلاف ميراث المرأة عن ميراث الرجل رغم الحاجة إلى ذلك، خصوصاً، إذا علمنا أن التقرير سيطلع عليه ويناقشه أشخاص على غير دراية بالشريعة الإسلامية. ومع ذلك، فعبارة «قواعد جبرية لا يمكن المساس بها» التي وردت في التقرير هي عبارة جيدة، تعكس موقف الجزائر باعتبارها دولة مسلمة، وحبذا لو متمسك بهذا الموقف، ولا تغير هذه التشريعات، وإن كان المشرع قد غير العديد من القواعد الرابانية والتي تعتبر واجبات لا يمكن المساس بها، وهذا يتناقض مع ما جاء في هذا التقرير. ويلخص الفقهاء الحكمة من زيادة نصيب الزوج عن نصيب الزوجة في أمرين هما ما أعطاه الله له من قوامة، وما فرض عليه من أعباء مالية.

أولاً: اختلاف ميراث الزوجين من بعضهما ومسألة القوامة

قال تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"²⁵⁸، أي أن من شأن الرجال المعهود هو القيام على النساء بالحماية والرعاية والولاية والكفاية، ومن لوازم ذلك أن يفرض عليهم الجهاد دونهن، وهو يتضمن الحماية للنساء، وبسبب ذلك أن الله تعالى فضل الرجال على النساء في أصل الخلقة، وأعطاهم ما لم يعطهن من الحول والقوة²⁵⁹.

ويقول بعض الباحثين²⁶⁰ أن نصيب المرأة في الإسلام جاء بهذه الصيغة نظراً للتبعات التي يضطلع

257- التقارير الدورية المجمع (الثالث والرابع)، الجزائر، 2009، أنظر: CEDAW/C/DZA/3-4.

258- سورة النساء، الآية 34.

259- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 243.

260- ياسين محمد حسين، الرد على إشكالية حقوق المرأة بين التشريعين الإسلامي والغربي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، السنة 04، العدد 15، العراق، ص 27.

بها الرجال في الحياة، فهو تبعه الديات والتعويضات، فمن حقه أن يكون له مثل حظ الأنثيين، والقوامة معناها القيادة والرعاية والسند والملجأ والحسن والأمن. فالمنهج الإسلامي يتبع الفطرة في تقسيم الوظائف وتقسيم الأنصبة بين الرجال والنساء، والفطرة ابتداءً جعلت الرجل رجلاً والمرأة امرأة وأودعت كل منهما خصائصه المميزة له لتتوط لكل منهما وظائف معينة، وعن طريق تنوع الخصائص وتنوع الوظائف ينشأ تنوع التكاليف وتنوع الأنصبة، على أن هذا في المال الموروث بلا تعب، أما في المال المكتسب فلا تفرقه بين الرجل والمرأة، وإنما المساواة الكاملة في الجهد والجزاء²⁶¹.

فالرجل مسؤول عن أسرته مسؤولية كاملة في الجانب المادي وفي الجانب المعنوي، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته...". والمسؤولية هذه التي يضطلع بها الرجل تصل إلى أن يسأل عن تصرفات زوجته، فهو مسؤول عن أمرها بالمعروف ونهيها عن المنكر. كما أنه مسؤول عن تعليمها أمور دينها، فهل زيادة نصيبه بمعدل نصيب الزوجة يعتبر كافياً لتعويضه عن هذه المسؤوليات؟ لا إنه غير كاف، خاصة إذا علمنا أنه إلى جانب ذلك تقع عليه أعباء مالية.

ثانياً: اختلاف ميراث الزوجين من بعضهما ومسألة الأعباء المالية

يقول الأستاذ الدكتور رفعت السيد العوضي: "عندما نأخذ كل الحقوق الاقتصادية للمرأة التي تنزل بها القرآن ومنها: حق المهر، وحقها في مسؤولية الرجل في الإنفاق عليها وحقها في العمل وكسب الثروة، عندما نأخذ كل هذه الحقوق الاقتصادية، فإننا نكشف أن هذا كان إعجازاً في عصر نزول القرآن ولا يزال إعجازاً حتى عصرنا، فلم تصل المجتمعات المعاصرة بكل نظمها إلى هذه الحقوق الاقتصادية مجتمعة، وقد حققت المرأة نوعاً من العدل الاقتصادي لم يعرف له نظير، فإذا كان القرآن الكريم قد تنزل بتشريع للميراث ترث فيه المرأة نصف ما يرثه الرجل، فإنه قد عوض المرأة بهذه الحقوق الاقتصادية"²⁶².

فالإسلام حينما قرر جعل المرأة على النصف من نصيب الرجل في بعض الحالات، إنما راعى في ذلك الأعباء المادية الملقاة على عاتق الرجل، فالإسلام أعطى للمرأة حق المهر وحق النفقة، وحق العمل والتكسب، وبهذه الحقوق يكون نصيبها مساوياً لنصيب الرجل إن لم تزد عليه²⁶³.

261- تهاني بنت مطلق عبد الله الشابي، المرجع السابق، ص 135 - 136.

262- رفعت السيد العوضي، الإعجاز القرآني في الميراث، دار أبو المجد للطباعة، مصر، 2002، ص 321 - 322.

263- محمد ممدوح صبري الطباخ، المرجع السابق، ص 213.

ولا تنفق المرأة على نفسها أو بيتها من مالها حتى وإن كانت غنية إلا أن تجود هي عن طيب خاطر، لأن إنفاق الزوج عليها وعلى بيتها حق لها عليه وهو مقدم على الإنفاق في سبيل الله²⁶⁴.

بل إن الرجل مكلف شرعا بالإنفاق على أمه وأبيه وأخته إن كانوا معسرين وذلك بناء على قوله تعالى: "يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ وَالْبَنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ"²⁶⁵. في حين أن المرأة هي التي يتم الإنفاق عليها سواء كانت زوجة مطلقة أو أرملة أو غير ذلك²⁶⁶.

وإن كانت المرأة تمتلك من الأموال ما يمتلكه الرجل، فليس من حقه أن يطالبها بالنفقة على نفسها فضلا عن يطالبها بالنفقة عليه، لأن الإسلام ميزها وحفظ مالها، ولم يوجب عليها أن تنفق منه²⁶⁷.

فإذا افترضنا أن رجلا توفي وترك زوجة دون أولاد، فإنها ترث منه ربع ماله، ثم إن قدر لها وتزوجت، فإن من يتزوجها يدفع إليها صداقا وينفق عليها ما دامت في ذمته وبذلك تزيد ذمتها المالية ولا تنقص، وإن لم تتزوج فنفتتها واجبة على أبيها أو أقربائها عند انعدام الأب، أما إذا افترضنا وفاة الزوجة، فإن زوجها الأرملة إذا لم يكن لها أولاد يرث منها نصف مالها (وهو ضعف الربع). لكن إن قدر له وتزوج، فإنه يدفع لمن تزوج بها الصداق ثم ينفق عليها مادامت في ذمته فتنقص ذمته المالية ولا تزيد. أما إذا لم يتزوج، فإنه ملزم بالإنفاق على نفسه باعتباره بالغا ولا تجب نفقته على أبيه، بل قد يتحمل نفقة بعض أقاربه. إذا فليس لعائل يعرف هذه الموازنة أن يقول لماذا أعطي الزوج ضعف نصيب الزوجة.

قالت هدى شعراوي زعيمة الحركة النسائية في الشرق: "إنني لست من الموافقين بتعديل نصيب المرأة من الميراث... الشريعة عوضتها مقابل ذلك بتكليف الزوج بالإنفاق عليها وعلى أولادها كما منحها حق التصرف بأموالها، إن المرأة الأوروبية ترث بمقدار ما يرث الرجل، لكنها ملزمة بدفع المهر، ومكلفة بالتخلي عن إدارة أموالها لزوجها"²⁶⁸.

264- أنظر، عبد اللطيف السيد، حقوق المرأة وحقوق زوجها كما جاء بها الرسول الله صلى الله عليه وسلم، دار نشر الثقافة، مصر، 2006، ص 62.

265- سورة البقرة، الآية 215.

266- أنظر، محمد جمال عطية عيسى، حق المرأة في الميراث في النظم القانونية الوضعية والشرائع السماوية، مكتب دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 65 - 66.

267- محمد برهام المشاعلي، المرجع السابق، ص 371.

268- أشار إليه: ياسين محمد حسين، المرجع السابق، ص 30.

فهذه الكاتبة رغم مطالبتها بالمساواة بين الرجل والمرأة وإنكارها لعدالة الإسلام، إلا أنها مع ذلك تتمسك بقواعد الإسلام فيما يخص الميراث لأنها علمت عدالته في ذلك، ولو أنها وغيرها نظرت إلى أحكام الإسلام نظرا متبصرا لما طالب أحد إلا بتطبيق الإسلام شرعا ومنهاجا.

إن الإسلام وإن أعطى للزوجة حقوق مالية متنوعة جعلها واجبة على زوجها إلا أنه مع ذلك لم يمنع هذه الزوجة من أن تمتلك وتتكسب من طرق أخرى، وقد وافقه القانون أحيانا في هذا، ولذلك سأنتظر في المبحث الموالي لحق المرأة في التملك من طرق أخرى غير الطريق الواجب لها على الزوج.

المبحث الثاني

أموال الزوجة من طرق أخرى خارجة عن واجبات الزوج

يحق للمرأة المتزوجة كما لغيرها من النساء وكما للرجل أن تمتلك الأموال المختلفة، ولها في ذلك أن تنتهج جميع السبل المشروعة للحصول على المال ولا فرق بينها وبين الرجل في ذلك.

وقد نصت المادة 1/16/ح من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة على أنه: "تضمن الدول الأطراف وبوجه خاص على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها سواء بلا مقابل أو مقابل عوض".

ويعتبر حق المرأة في التملك من أهم أساسيات تمتع المرأة بالاستقلال المالي، وفي سبيل هذا الاستقلال، للمرأة المتزوجة الحق في تملك متاع بيت الزوجية (المطلب الأول)، كما لها الحق في الكد والسعاية (المطلب الثاني). ويثبت لها أيضا حق إبرام عقود المعاوضات المالية (المطلب الثالث)، فضلا عن إبرام عقود التبرع (المطلب الرابع). وللمرأة المتزوجة الحق في ميراث أقاربها (المطلب الخامس).

المطلب الأول

حق المرأة المتزوجة في متاع بيت الزوجية

تتطلب الحياة الزوجية إعدادا لبيت يعيش فيه الزوجان يسمى بيت الزوجية، ولا بد لهذا البيت من متاع ينتفع به ويكون معينا ومسهلا للحياة في ظل الزوجية؛ والبحث في هذا الموضوع يستدعي البحث أولا في المقصود بالمتاع (الفرع الأول)، ثم تحديد من الذي يمتلك هذا المتاع في ضوء أحكام الموائيق الدولية (الفرع

الثاني)، وفي قانون الأسرة (الفرع الثالث). ولأن استعمال هذا المتاع يكون استعمالاً مشتركاً بين الزوجين، فإنه عند ضياعه، أو عند انفصال الزوجين تظهر للعلن نزاعات حول وجود المتاع من عدمه (الفرع الرابع)، أو حول ملكية هذا المتاع (الفرع الخامس).

الفرع الأول

مفهوم متاع بيت الزوجية

يعرف المتاع في اللغة بأنه ما كان من لباس أو حشو لفرش أو دثار²⁶⁹، قيل المتاع هو كل ما ينتفع به من الحوائج كالطعام و أثاث البيت والأدوات السلع، وقيل المتاع في اللغة هو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا كثيرها وقليلها.

أما متاع بيت الزوجية فيقصد به إسم جمع للأدوات والأواني التي تستخدم في الدار كالفرش والبسط والأرائك والثلاجة و التلفاز وغيرها²⁷⁰.

فالمتاع هو ما ينتفع به في بيت الزوجية من فراش وأدوات منزلية وهو يشمل جهاز مسكن الزوجية الذي تحضره الزوجة معها ليلة زفافها إلى زوجها بغرض الانتفاع به في حياتها الزوجية²⁷¹. كما يشمل أيضاً ما يضاف إلى هذا الجهاز في ظل الحياة الزوجية، فجرت العادة على تأثيث البيت وتجهيزه بكل ما يتطلب من لوازم وإن كانت هذه مسؤولية الزوج. إلا أن خروج المرأة للعمل، واحترافها لأعمال تدر عليها كسب مالي جعلها هي الأخرى تساهم في توفير متاع البيت.

ولقد ذكر المشرع الأسري متاع البيت في المادة 73 تحت عنوان النزاع في متاع البيت، غير أنه لم يورد تعريفاً لهذا المتاع بل اكتفى بكيفية حل النزاع القائم بين الزوجين حول هذا المتاع. وبالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا يتضح أن مصطلح المتاع يطلق على كل ما يمكن أن يوجد في بيت الزوجية من لباس وأفرشة وأغطية وأثاث وأجهزة كالتلفاز والثلاجة والحاسوب وغيرها.

وإذا كان متاع البيت يشمل العديد من الأشياء فإن هذا يستدعي التمييز بينه وبين المصطلحات المشابهة كالجهاز والأثاث.

269- ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص19.

270- قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص53.

271- بن عائشة لخضر، المرجع السابق، ص52.

أما جهاز العروس فهو ما تتجهز به لزوجها ليلة زفافها فتحمله معها إلى بيت الزوجية. وقد عرفه الأستاذ محمد مصطفى شلبي بأنه: "ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها، فالجهاز يشمل الفرش والبسط والأدوات المنزلية كالثلاجة والتلفاز والأرائك وغيرها من الأدوات التي يحتاجها الزوجان للمعيشة المشتركة بينهما"²⁷².

ويلاحظ على تعريف الأستاذ محمد مصطفى شلبي أنه أدخل في الجهاز الأجهزة الكهرومنزلية كالثلاجة والتلفاز، وهذه الأجهزة، لا تدخل في الجهاز حسب العرف في الجزائر؛ لكنه ذكرها لأنها من مشتقات الجهاز في العرف المصري. لذلك فمشتقات الجهاز وقيمتها تختلف من منطقة إلى أخرى بحسب العادات والتقاليد والأعراف السائدة في كل منطقة.

وعرف السيد سابق الجهاز بأنه "الأثاث الذي تعده الزوجة هي وأهلها ليكون معها في البيت"²⁷³. وهذا التعريف يشير إلى أن الجهاز يقع على عاتق الزوجة وأهلها مسؤولية إعداده، وهو يتكون من مجموعة أثاث.

ويظهر من التعاريف السابقة أن الجهاز بغض النظر عن مشتقاته هو ما تتجهز به الزوجة، ويكون بعد الدخول في بيت الزوجية ينتفع به، لذلك يصبح جزءا من متاع البيت.

أما الأثاث فهو اسم جمع للأشياء التي تفرش في البيوت من وسائد وبسط²⁷⁴، ويدخل هذا في المفهوم ما استحدث من أدوات ووسائل عصرية تعين على الحياة الزوجية، كإعداد غرفة نوم كاملة بمختلف أثاثها من سرير للنوم و خزانة لحفظ الملابس وطاولات ومرايا للزينة؛ وما يتبعها من أدوات. كما يدخل في ذلك أيضا ما يستلزم للجلوس كالكراسي، فضلا عن مختلف التجهيزات كجهاز الغسالة وجهاز رحي الخضر والفواكه، وجهاز الطبخ المتطور و جهاز تكييف الهواء وجهاز التسخين وغيرها كثير.

وبذلك يختلف الأثاث عن جهاز العروس كون الجهاز في الغالب وفي العرف الجزائري كان يغلب عليه أن مشتقاته متعلقة بالزوجة، كالحلي والملابس وأدوات الزينة. في حين أن الأثاث مخصص للاستعمال المشترك، وربما هذا من الأسباب التي جعلت الزوجة تختص بمسؤولية الجهاز، بينما يختص الزوج بمسؤولية الأثاث عرفاً.

272- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 340.

273- السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ج2، ص145.

274- قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص 48.

ويشكل الأثاث إلى جانب الجهاز جزءا من متاع بيت الزوجية و نظرا لتعدد مشتملات المتاع، واشتراك الزوجين في إعداده وفي استعماله فإن مسألة ملكية المتاع ما تزال تطرح إشكالا في المواثيق الدولية والقانون الوطني الجزائري.

الفرع الثاني

ملكية متاع البيت في المواثيق الدولية

أشارت المادة 01/16/ح من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى أنه لكلا الزوجين نفس الحقوق فيما يتعلق بملكية وحياسة الممتلكات، واعتبرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 21 أن حق المرأة في حياسة الممتلكات وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها هو المحور الذي يدور حوله حق المرأة في التمتع بالاستقلال المالي. وانتقدت اللجنة بعض الدول باعتبارها تميز بين الرجل والمرأة، فقالت: "ثمة بلدان لا تعترف بحق المرأة في أن تمتلك حصة من الممتلكات مساوية لحصة الزوج أثناء الزواج أو علاقة المعاشرة بحكم الواقع وعند انتهاء ذلك الزواج أو تلك العلاقة. ويسلم كثير من البلدان بذلك الحق، ولكن قدرة المرأة عمليا على ممارسته قد تكون مقيدة بسوابق قانونية أو بالعرف"²⁷⁵.

إن التماثل والتطابق في الحقوق والمسؤوليات في الأمور المالية المتعلقة بالزواج على نحو ما تتشعبه الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة يقتضي التماثل والتطابق في أدوار كلا الزوجين، سواء في تجهيز مسكن الزوجية أم الإنفاق في أثناء الزواج، أم غيرها من الأمور. ويتعارض مع هذا التماثل والتطابق إقرار حقوق لأحد الزوجين وإلقاء مسؤوليتها على الطرف الآخر²⁷⁶.

وإذا كانت المواثيق الدولية قد أعطت الزوجة الحق في ملكية متاع البيت مناصفة مع الزوج، فإن ذلك يرجع إلى ضرورة مساهمتها في إعداد هذا المتاع مناصفة مع الزوج. ولقد ذهبت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة إلى أبعد من هذا عندما اعترفت للمرأة التي ترتبط مع الرجل دون عقد زواج شرعي في أن لها الحق أيضا في حصة الممتلكات، وأسست هذه العلاقة بعلاقة المعاشرة بحكم الواقع، ومثل هذه العلاقة باطلة في قانون الأسرة الجزائري والتشريع الإسلامي، ولذلك يمكن اعتبارها شراكة مالية بين رجل وامرأة تطبق عليها أحكام تسيير واقتسام الأموال المشتركة دون الاستناد إلى علاقة المعاشرة بحكم الواقع.

275- لجنة قضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر 1992، التوصية العامة رقم 21.

276- جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 119.

وقد طالبت اللجنة بتوفير حماية لممتلكات المرأة وحققها في اقتسام الممتلكات وإن كانت في علاقة غير شرعية. فلقد ذكرت في تقريرها أن: "المعاشرة بحكم الواقع لا تلقى عموماً أية حماية قانونية على الإطلاق، وينبغي الإقرار بمساواة المرأة التي تعيش في ظل هذه العلاقة في المركز مع الرجل سواء في الحياة الأسرية أو من حيث تقاسم الدخل والممتلكات"²⁷⁷.

وأضافت اللجنة بأنه في كثير من البلدان لا يعامل القانون الممتلكات التي تراكمت أثناء المعاشرة بحكم الواقع نفس معاملة الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج. ففي جميع الحالات تكون الحصة التي تحصل عليها المرأة عند انقطاع تلك العلاقة أقل بكثير من حصة شريكها، ولذا ينبغي إبطال ونبذ قوانين وأعراف الملكية التي تميز على هذا النحو ضد المرأة المتزوجة أو غير المتزوجة، التي لديها أطفال أو ليس لديها أطفال.

إنه إذا كان جائزاً القول باقتسام ممتلكات الزوجية بالتساوي بما في ذلك متاع البيت طالما أن الزوجة قد ساهمت في إعدادة مناصفة، فإن تطبيق هذه القاعدة على المتعاشرين بحكم الواقع لا يصلح أن يكون استناداً إلى القواعد التي تحكم عقد الزواج في ظل قوانين دول كثيرة لا تعترف بالعلاقات والزيجات غير الشرعية، خصوصاً الدول الإسلامية. ولذلك فإن مطالبة لجنة التمييز ضد المرأة بتعديل القوانين حتى تسمح باقتسام ممتلكات المتعاشرين بحكم الواقع، هو في الحقيقة دعوة للاعتراف بالعلاقات غير الشرعية ومساواتها بالعلاقة الشرعية (عقد الزواج الصحيح)، وتعديل القوانين بهذه الطريقة يعني معارضة الشريعة الإسلامية.

لكن القول بانعدام الأساس الشرعي لاقتسام الممتلكات بين المتعاشرين بحكم الواقع لا يعني إباحة أخذ أموال المرأة من قبل شريكها، فبطلان العلاقة لا ينفي ملكية المرأة للمتعاشرين بحكم الواقع لا يعني إباحة أخذ أو ساهمت في شرائه بقدر من مالها، فتمتلك منه بالقدر الذي ساهمت به.

الفرع الثالث

ملكية متاع البيت والانتفاع به في قانون الأسرة

أشير في البداية إلى أن الحديث عن متاع البيت في قانون الأسرة ينصرف إلى بيت رجل وامرأة يجمعهما عقد زواج شرعي صحيح، لأن قانون الأسرة لا يعترف بالمعاشرة بحكم الواقع، وبالتالي لا تنطبق على

277- التوصية العامة 21 المساواة في الزواج و العلاقات الأسرية.

مثل هذه العلاقة قواعد حيازة وملكية متاع البيت. ونظرا لأن متاع البيت أوجد للانتفاع به، فإن هذا الانتفاع يكون مشتركا بين الزوجين في الغالب في حين أن الملكية أو الحيازة قد تكون لأحدهما دون الآخر وأتكون مشتركة بينهما.

يلزم قانون الأسرة الزوج بتجهيز بيت الزوجية بكل ما يلزم من مستلزمات وهذا من خلال المادتين 74 و 78 ق.أ، حيث أوجب نفقة الزوجة على الزوج، وجعل من مشتملات النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة. غير أن السؤال المطروح هو إذا كان الرجل هو الذي يشتري متاع البيت فهل يتصور أن المرأة تكون مالكة لهذا المتاع أو لبعضه؟

إذا اقتصرنا الكلام على المادتين 74 و 78 ق.أ، فإن ملكية متاع البيت تكون للزوج باعتباره هو المكلف بإحضاره ويدعم هذا القول المادة 14 ق.أ، والتي تنص على أن الصداق ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء، وفي هذا إشارة إلى أن أموال الصداق لا تخصص لإعداد متاع البيت.

لكن وجود المادة 73 ق.أ التي تفصل في النزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول متاع البيت يؤكد إمكانية تملك الزوجة لمتاع البيت، وإلا لما كان هناك مجال للحديث عن النزاع. وكذلك وجود المادة 37 ق.أ التي تنص على إمكانية الاتفاق على الأموال المشتركة بين الزوجين التي قد يكون من بينها متاع بين الزوجية؛ كل هذا يؤكد إمكانية تملك الزوجة للمتع.

وجرى العرف عندنا أن تحضر الزوجة معها مجموعة من الأفرشة والوسادات وأدوات كهرومنزلية، وأحيانا تحضر الزوجة غرفة نوم أو استقبال، وغيرها وأغلب النساء العاملات تضيف هذا الأثاث وهذه الأمتعة أثناء الحياة الزوجية فقد تشتري تلفاز أو ثلاجة وهذا عن طيب خاطر وسعادة²⁷⁸.

وإذا اشترى الأب بالمهر جهازا لابنته فلا خلاف أنها تملكه بمجرد الشراء لأن المهر حق خالص للمرأة. أما إذا اشترى الأب شيئا من ماله لجهاز ابنته فيما أن يصرح بأنه هبة أولا يصرح، فإن صرح بذلك فتطبق عليه أحكام الهبة. أما إذا لم يصرح بذلك وأراد بعد ذلك استرداده مدعيا أن ما سلمه لها كان على سبيل العارية حكم له به إذا أقام البنية على دعواه²⁷⁹.

278- بن عائشة لخصر، المرجع السابق، ص 52.

279- قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص 69، ص 72.

وخلاصة القول هي أن الزوجة يمكن أن تمتلك متاع بيت الزوجية سواء بالهبة أو بالشراء أو بأي سبب من أسباب كسب الملكية ومتى أقامت البينة على ملكيتها فهي أحق بهذا المتاع من غيرها، وبوجود البينة تثبت لها ملكية المتاع حتى وإن كان مما يختص به الرجال، ذلك أنه لا يوجد في الشرع ولا في القانون ما يمنع المرأة من تملك متاع خاص بالرجال استعمالاً.

لكن ما مدى حق الزوج والزوجة في الانتفاع بمتاع البيت مع اختلاف ملكيته؟

إن الأصل أن المرأة لا تعمل لتكسب رزقها، فقبل الزواج كان يكفلها أبوها بالإفناق عليها، فلما تزوجت انتقلت النفقة إلى زوجها²⁸⁰. ومن هذا المنطق وكون متاع البيت من مشتقات النفقة، فإنه يثبت للزوجة الانتفاع بمتاع البيت الذي أحضره الزوج، وليس له أن يمنعها حق الانتفاع هذا، لأن في ذلك إنقاصاً و تعد على حقها في النفقة ولذلك يثبت لها حق الانتفاع دون توقف على إذن الزوج.

وإعداد المسكن للحياة الزوجية هو من حقوق الزوجة على زوجها لأنه من آثار عقد الزواج التي يلزم بتأمينها للزوجة، ويشترط في مسكن الزوجية أن يكون كامل المرافق والأدوات اللازمة لشؤون المنزل²⁸¹. وهذه الأدوات التي تشكل متاعاً للبيت فإن الزوج يثبت له أيضاً حق الانتفاع بها لأنه في الأصل تثبت له ملكيتها أولاً. غير أن هذا يجرنا إلى البحث في مسألة الانتفاع بمتاع البيت المملوك للزوجة.

يعتبر حق الملكية حق عيني أصلي ويسمى صاحبه مالك الرقبة، فهو يعطي لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال وسلطة التصرف، فهل يحق للزوجة أن تمنع زوجها من الانتفاع بمتاع البيت المملوك لها؟

لا خلاف بين فقهاء الأمة الإسلامية في أنه يجوز للزوجة إعداد جهاز الزوجية أو المساهمة في إعداده. كما أنه يجوز لأهل الزوج وأهل الزوجة إعداد جهاز الزوجية أو المساهمة في إعداده. فإذا كانت الزوجة مالكة لهذا الجهاز فليس للزوج سوى الانتفاع به بإذن زوجته ورضاها، وعليه المحافظة عليه، إذ أن جهاز الزوجة أمانة فإذا طُلب به وامتنع من تسليمه انقلبت يده يد ضمان، وصار في حكم الغاصب شرعاً وقانوناً²⁸².

وليس الانتفاع بالمتاع سند ملكية، لذلك تثار النزاعات بين الأزواج وخاصة بعد الفرقة الزوجية حول

280- عبد اللطيف السيد، المرجع السابق، ص 61.

281- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص 459.

282- جابر عوض عبد الحميد الجندي، المرجع السابق، ص 142.

ملكية متاع البيت، وهذه المسألة حاول المشرع الجزائري أن يجد لها حلا ف جاء بنص المادة 73ق.أ، ولم تعالج هذه المادة مسألة النزاع في وجود المتاع، فكيف يمكن حل مثل هذا النزاع إذن؟

الفرع الرابع

النزاع حول متاع البيت وجودا وعدمه

في الغالب، كلما وقعت الفرقة بين الزوجين ظهرت للعلن مسألة المتاع فيطالب أحد الزوجين الطرف الآخر بمتاعه الذي كان في بيت الزوجية، ونظرا للخصومات التي تصاحب عادة حالات الطلاق، فإن متاع البيت يصبح بمثابة ورقة الضغط على الطرف الآخر ووسيلة لتصفية الحسابات، وعند لجوء الزوجين إلى القضاء ينبغي على القاضي التأكد أولا من وجود المتاع المتنازع حوله؛ فقد يدّعي أحد الزوجين وجود المتاع وينكر الآخر وجوده.

لقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/1/27 أن: "الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبب وخرق واضح لقواعد الإثبات، ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ؛ فإنهم عرضوا قرارهم للقصور في التسبب، وخرقوا قواعد الإثبات، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الأثاث والمصوغ"²⁸³.

فإذا ادعت الزوجة أنها خلّفت بدار الزوجية متاع وأنكر الزوج ذلك، فلا بد هنا من إقامة البينة على وجود المتاع، ويكون هذا بكل الطرق الجائزة قانونا، كتقديم فواتير شراء المتاع المتنازع عليه أو شهادة الشهود، فإذا قدم أحد الزوجين دليلا فإن القاضي يحكم له بما طلب.

وتطبق على وجود متاع بيت الزوجية من عدمه قاعدة: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وفي حالة عجز المدعي عن تقديم بينة فيلجأ القاضي إلى توجيه اليمين إلى المدعى عليه تطبيقا للقواعد العامة

283- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1992/10/27، ملف رقم 86097، الإجتهد القضائي لعرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 233.

في الإثبات، فقد نصت المادة 348 من القانون المدني على أنه: "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به، ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألاً تكون الدعوى خالية من أي دليل".

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/16 بأنه: "من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبيق القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر" ومتى تبين في قضية الحال أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه، خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"²⁸⁴.

وقد تدعي الزوجة بوجود المتاع، وليس معها بينة ويقر الزوج بوجود المتاع غير أنه يدعي أن الزوجة قد تسلمته، فهل تكون عندئذ الزوجة مطالبة بإقامة البينة؟ في هذه الحالة يتم تطبيق نفس القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، ويصبح المدعى عليه مدعياً بشيء جديد وهو تسلم المدعية لأثاثها، في حين تصبح المدعية مدعى عليها في هذا الجانب، فيطلب من المطلق إثبات ادعائه. فإذا عجز عن إثبات الدليل، توجه المحكمة يمين النفي للمطرفة على أنها لم تأخذ المتاع المدعى به، ثم ينطق بالحكم لصالحها²⁸⁵.

وأكد المجلس الأعلى في اجتهاد له على هذا، فقد قضى في قراره بتاريخ 1988/07/18 أنه: "متى كان مقرراً شرعاً أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ومن تم فإن ادعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغها وأثاثها وملابسها يصير مكلفاً بإثبات دعواه، فإن عجز فالقول للزوجة مع يمينها، ومن تمّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجوده بمنزل الزوجية، بل كان حول ادعاء الزوج أن زوجته أخذته معها، فإن قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع وتلقوها منه مباشرة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا

284- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/03/16، ملف رقم 126836، الاجتهاد القضائي لعرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص245.

285- باديس نياي، صور وأثار...، المرجع السابق، ص167.

القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه²⁸⁶.

وكذلك قد يعترف الزوج بوجود المتاع، لكنه يدعي أنه ملك له. فيكون عندئذ النزاع منصبا حول ملكية المتاع.

الفرع الخامس

النزاع حول ملكية متاع البيت

إذا ثبت للقاضي وجود متاع البيت بأي طريق من طرق الإثبات، كالإقرار أو البينة أو القرائن، فإنه ينتقل إلى مسألة ملكية متاع البيت، فإذا وجدت البينة عند من يدعي أن المتاع ملكه حكم له به. أما إذا ادعت الزوجة أو الزوج ملكية المتاع دون وجود بينة فيرجع القاضي إلى نص المادة 73 ق.أ.

تنص المادة 73 ق.أ، على أنه: " إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

ويلاحظ أن المشرع قد استعمل في هذه المادة لفظ "الزوجين" مما يوحي بوجود النزاع حال قيام العلاقة الزوجية، وهذا من النادر جدا، بل إن النزاع حول المتاع لا يكون في الغالب إلا في حال الفرقة سواء بالطلاق أو بالوفاة، ثم إن المشرع ذكر وقوع النزاع في متاع البيت، فهل يعني بذلك النزاع في ملكية المتاع أم في وجود المتاع؟

الظاهر من صياغة المادة 73 المذكورة أن ما يعنيه المشرع بعبارة "النزاع في متاع البيت" هو النزاع في ملكية المتاع لأنه ذكر طريقة اقتسامه، وبذلك يكون المشرع قد سكت عن حالة النزاع في وجود المتاع. ويبدو من خلال ذات المادة، أن النزاع يمكن أن يكون بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثة الزوجين معا، والحل واحد في جميع هذه الحالات بالاعتماد على قاعدة المعتاد للرجال والمعتاد للنساء والمشاركات بين الرجال والنساء.

286- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/07/18، ملف رقم 50075، المجلة القضائية، 1990، عدد4، ص 64.

إذا كان متاع البيت المتنازع حوله مما هو معتاد استعماله من قبل الرجال، فإن القول فيه للزوج أوورثته مع اليمين.

ومعنى ما سبق أن ما يصلح للرجال مثل أدوات التجارة وما يتعلق بمهنة الرجل وأدوات الصيد وكل ما يشهد العرف حكماً أنه له، فالقول قوله مع اليمين²⁸⁷. وهذا أخذاً بالظاهر واستناداً إلى قاعدة أن اليد مع الصلاحية.

فلو افترضنا أن الزوج يعمل خياطاً للملابس النسائية، وكان عمله في الدار؛ أوكانت المرأة خياطة للملابس الرجالية وكانت تعمل في الدار، أو كانت تتاجر فيما يصلح لاستعمال الرجال، ففي هذه الحالة لا يعتمد الفقهاء على اعتبار الصلاحية للحكم في النزاع لتعارض الظاهرين. فإذا كانت المرأة تتاجر فيما يصلح للرجال، فلا يكون القول قول الرجل بل الظاهر يكون مع من يتاجر في الشيء المتنازع فيه²⁸⁸.

وفي ظل غياب نص وقواعد متفق عليها لتحديد صلاحية المتاع، فإن القاضي المطروح بين يديه موضوع النزاع يضطر إلى أن يحكم العرف ويستأنسأليه ويقضي وفق ما يقضي به عرف المجتمع الذي ينتمي إليه المتنازعان²⁸⁹. ومما جرى به العرف أن الأدوات والأجهزة الخاصة ببعض المهن كمهنة الفلاحة أو البناء أو غيرها من المهن يختص بها الرجال دون النساء خصوصاً إذا وجدت هذه الوسائل ضمن المتاع وثبت أن الرجل يمارس مهنة لها علاقة بهذه الوسائل.

ويكون قول المرأة في المعتاد استعماله من قبل النساء وفق ما جرت به العادة مع اليمين عملاً بالظاهر. وإذا توفيت الزوجة فالقول قول ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء. وقد جرى العرف أن الحلبي والمجوهرات المختلفة هي مما تختص به النساء، وكذلك الأجهزة الخاصة بالتجميل وأدوات الزينة، كما تختص النساء بالأفرشة والأغطية التي جرت العادة أن تحضرها الزوجة إلى بيت الزوجية في شكل جهاز.

غير أنه قد توجد أشياء ذات استعمال مشترك بين الزوجين. فإذا كان المتاع مما يشترك فيه النساء والرجال استعمالاً ولا يختص بأحدهما، فإن طرفي النزاع يؤديان اليمين بشأنه تم يقسمانه بالتساوي بينهما، وكذلك الحال إذا تعلق الأمر بالورثة.

287- بن عائشة لخضر، المرجع السابق، ص 58 .

288- قيس عبد الوهاب الحياي، المرجع السابق، ص 97.

289- عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 251.

وتعتبر هذه الحالة الأكثر صعوبة بالنسبة للزوجين في الإثبات، كما أنها صعبة للقاضي في الفصل، ذلك أن الزوجة تحضر ليلة زفافها مجموعة من الأفرشة والأغطية وبعض الهدايا التي تلقتها ليلة زواجها، وتجهز المسكن بغرفة نوم أوغرفة استقبال بدافع الظهور ثم لا تجد إثباتاً²⁹⁰.

ولقد قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1998/04/21 أنه: "من المقرر قانوناً أن المشتركات بين الزوجين يقسمانها مع اليمين، ومتى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة والمقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 2/73 ق.أ.²⁹¹".

وخالف المشرع الجزائري في المتاع المشترك قول المالكية²⁹²، والحنفية²⁹³، الذين ذهبوا إلى أنه في حالة عدم وجود بينة معتبرة للزوجين، فالقول قول الزوج فيما يصلح لهما، فإن حلف قضي له به، لأن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة، لأن يده يد متصرفة، ويدها يد حافظة. لكن قد تساهم الزوجة في زيادة ثروة العائلة عن طريق القيام ببعض الأعمال داخل البيت أو خارجه، وعندئذ يكون لها الحق في نصيب من المال اعتباراً لحقها في الكد والسعاية.

المطلب الثاني

الحق في الكد والسعاية

إذا كان ثابتاً للمرأة المتزوجة الحق في تملك متاع بيت الزوجية، فإن هذا لا ينفي حقها في تملك ما سوى ذلك من منقولات وعقارات؛ فقد تمارس المرأة عملاً وظيفياً نظامياً في مقابل أجر محدد تحصل عليه²⁹⁴، ولها حق التصرف فيه؛ كما أنها قد تمارس عملاً تجارياً يدر عليها ربحاً. غير أنها قد تكون مأكثة بالبيت لا تمارس عملاً وظيفياً ولا تجارة قارة أو متنقلة، لكنها تساهم إلى جانب زوجها في تنمية ذمته المالية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة؛ وعندئذ تطرح مسألة أحقيتها في مال زوجها باعتبارها مساهمة فيه وهذا ما أطلق عليه اصطلاحاً بحق الكد والسعاية. فما القصد بحق الكد والسعاية؟ (الفرع الأول)، وكيف يتم تحديد أموال الكد والسعاية (الفرع

290- بن عائشة لخضر، المرجع السابق، ص 58.

291- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/04/21، ملف رقم 189245، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 242.

292- مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 267.

293- محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص 564.

294- Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, op, cit, p.116.

(الثاني). ثم إن الزوج قد ينكر سعي الزوجة، فكيف تثبت السعاية؟ (الفرع الثالث)، وما محل الإثبات في حق الكد والسعاية (الفرع الرابع). وفي النهاية كيف اقتسام أموال الكد والسعاية؟ (الفرع الخامس).

الفرع الأول

مفهوم حق الكد والسعاية

لم يرد في المواثيق الدولية نص يتحدث عن حق الكد والسعاية، غير أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أشارت إلى هذا الحق في توصيتها العامة رقم 21 والتي جاء فيها أنه: "في بعض البلدان يكون التركيز موجهًا بدرجة أكبر عند تقسيم ممتلكات الزوجية إلى المساهمات المالية في الملكية المكتسبة أثناء الزواج، بينما ينتقص من قدر الإسهامات الأخرى مثل تربية الأطفال ورعاية الأقرباء المسنين وأداء الواجبات المنزلية؛ وهذه الإسهامات ذات الطابع غير المالي التي تقدمها الزوجة كثيرا ما تمكن الزوج من كسب الدخل و زيادة الأصول المالية، فيجب إعطاء الإسهامات المالية وغير المالية نفس الوزن".

ونستنتج مما جاء في توصية اللجنة أن المرأة المتزوجة لها الحق في اقتسام أموال زوجها معه لأنها قد ساهمت في تنميتها ولو من باب الخدمة في البيت، مما يفهم منه أن المواثيق الدولية لا توجب على المرأة الخدمة في البيت وهذا مبدأ أصيل في الشريعة الإسلامية مع اختلاف في شروط تطبيقه. ولذلك إذا كانت الزوجة تأخذ أجرا على تربية الأطفال وعلى القيام بأعباء البيت فلا يثبت لها حق الكد والسعاية بحسب توصية اللجنة.

وقد يتعدى دور المرأة بقيام بالواجبات المنزلية إلى أعمال أخرى تساهم مساهمة مباشرة في تنمية ثروة الزوج، كقيام الزوجة برعي الأغنام لزوجها الذي يقوم ببيع نتاج المواشي أو كقيامها بتقنية الصوف الذي يبيعه زوجها، وكقيامها بصبغ الجلود التي يتاجر بها زوجها فهذه الإسهامات تعتبر أعمالا تستحق أجرا.

ويعتبر حق الكد السعاية من الحقوق العرفية الإسلامية²⁹⁵، ويكون في مقابل عمل تقوم به الزوجة لصالح زوجها، فينتج عن جهد السعاة ظهور رأس المال ابتداء أو حدوث تنمية رأس مال قديم انصب عليه الجهد، فتستفيد المرأة في إطار حق الكد والسعاية من نصيبها من المال المستفاد أو من الثروة المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية بقدر يتناسب مع كدها وسعيها في إنشاء تلك الثروة.

295- جعفر محمود علي المغربي، المرجع السابق، ص 182-183.

ولم يتحدث المشرع الجزائري عن حق الكد والسعاية رغم أنه أوضح من خلال المادة 37 من قانون الأسرة أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر وأنه بإمكان الزوجين الاتفاق على الأموال التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما. وأقول أنه بالإمكان تصور وجود مثل هذا الاتفاق بين الزوجين إذا ساهمت الزوجة إلى جانب زوجها مساهمة مالية فيكون الأمر أشبه بالشركة التجارية، وعندئذ يمكن للزوجة أن تشتترط على زوجها واعتمادها في ذلك كله على مساهمتها المالية. لكن إذا كانت مساهمة الزوجية غير مالية، فإن الواجب الأخلاقي والمتمثل في ضرورة التكافل والتعاون بين الزوجين يعتبر مانعا أدبيا يحول دون وجود عقد بين الزوجين يسمح باحتساب سعي الزوجة وكدها.

وبالنظر إلى الإجحاف الذي يلاحق المرأة عند توزيع الثروة بين أفراد العائلة التي غالبا ما يستأثر بها الذكور، وبالنظر إلى الإنكار الذي يواجهها حالة الانفصال الزوجي، وصعوبة الإثبات نتيجة حسب النية، فتجد نفسها وأولادها عرضة للتشرد والفاقة بعد سنين من الكد والجد والكسب، أصبح الآن من الضروري وضع قالب قانوني يضبط مسألة الممتلكات الخاصة لكل طرف والمكتسبات المشتركة²⁹⁶.

وأكدت مدونة الأسرة المغربية أن الذمة المالية لكل واحد من الزوجين مستقلة عن ذمة الزوج الآخر، إلا أنه يمكنهما تدبير نظام لكيفية استثمار واقتسام الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية. وإذا لم يكن الزوجان قد ضمنا اتفاقهما في وثيقة مستقلة، فإن القانون أحال إلى القواعد العامة في الإثبات، ووضع ضوابط أهمها مراعاة عمل كل من الزوجين وما قدمه من مجهودات في إدارة هذا المال، وما تحمله من أعباء لتنمية الأموال²⁹⁷.

والمشرع الجزائري إذ لم يعترف بحق الكد والسعاية، فهو يجعل المرأة المتزوجة عاملة بدون أجر. وقد أيدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن العمل دون أجر يعتبر نوعا من استغلال النساء²⁹⁸، ولقد ذهبت اللجنة إلى أبعد من ذلك عندما أوصت بأن تتخذ الدول الأطراف الإجراءات اللازمة قصد تقييم وإدراج النشاطات النسوية المنزلية غير المأجورة في إجمالي الناتج الوطني²⁹⁹.

296- أنظر، زبيدة اقروفة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2012، المجلد 05، العدد 01، ص 52- 53
297- أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة...، المرجع السابق، ص 76
298- امير يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 88.
299- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 17، الدورة العاشرة، سنة 1991، وثيقة 146/38، الموقع www.un.org:

ويطرح حق الكد والسعاية عند اقتسام الأموال مسألة التفريق بين الأموال التي لا تدخل في السعاية وتلك التي تحتسب فيها، كون أن للزوجين ذمتين ماليتين مختلفتين.

الفرع الثاني

تحديد أموال الكد و السعاية

يرتبط تحديد أموال السعاية ارتباطا وثيقا بمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين ذلك أنه إذا كان النظام المالي للزوجين يعتمد على نظام الاشتراك، فإن كل الأموال ستخضع للاقتسام دون تحديد أموال السعاية من غيرها، فالكد والسعاية في هذه الحالة منصب على جميع المال.

أما وإن أغلب التشريعات العربية تعتمد مبدأ استقلال الذمة المالية بين الزوجين، فإن الحديث عن حق الكد والسعاية يتطلب تحديد الأموال التي للزوجة فيها نصيب باعتبارها ساهمت في تكوينها وإدارتها، وتحديد الأموال التي لم تساهم فيها والتي لن يكون لها فيها حظ.

إن الأموال التي تدخل في حق الكد والسعاية هي ما نتج عن توظيف رأس مال، وعن عمل كل من الزوجين وكدهما في سبيل استثمار أو تحصيل أموال وتنميتها.

فقد جاء في الأثر الذي ينسب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه³⁰⁰ أنه قضى بين ورثة عمرو بن الحارث وحببية بنت زريق التي كان زوجها قصارا، يتجر في الأثواب، وكانت تساعده في تربيها حتى اكتسبا مالا كثيرا، فمات عمرو، وجاء ورثته واستحوذوا على مفاتيح المخازن، واقتسموا المال بينهم، فأقامت عليهم الزوجة حببية بنت زريق دعوى وطالبت بعمل يدها وسعايتها مترافعة مع الورثة إلى أمير المؤمنين الذي قضى بينها وبين الورثة بشركة المال، وقسمه إلى نصفين أخذت منه حببية النصف بالشركة، بالإضافة إلى نصيبها من الإرث كزوجة.

ويفهم مما جاء في قضاء عمر أن الزوجة تستحق نصف المال باعتبار أن هذا المال هو نتاج التجارة التي ساهمت فيها إلى جانب زوجها وهو حق خالص لها نظير سعيها، ولعله منحها النصف لعدم وجود ما يدل على أن مساهمتها كانت أقل من ذلك وأكثر. ثم أنه يفهم مما سبق أن حق السعاية يختلف عن حق الميراث،

300- أشار إليه : زبيدة اقروفه، المرجع السابق، ص 53.

فالزوجة تستحق حقها من الكد والسعاية إلى جانب حقها في ميراث زوجها مع بقية الورثة. وإذا كان للزوج مال لم تساهم الزوجة في وجوده، فإن هذا المال يدخل في المال المورث بعد وفاة الزوج، ولا سعاية فيه للزوجة.

ويمكن بالمفهوم السابق للزوجة أن تطالب الزوج بحقها في السعاية في حال طلاقها، كما يمكنها أن تطالب به بعد وفاة زوجها وبإمكانها الطلب به أثناء الحياة الزوجية، كالزوجة التي تشتغل بالأرض الزراعية إلى جانب زوجها فتأخذ نصيبها من الزرع بعد حصاده وبيعه.

لكن هل تحتسب الأعمال المنزلية التي تقوم بها الزوجة في البيت ضمن حق السعاية؟

ليس هناك خلاف في أن ما تقوم به المرأة خارج أعمال البيت يدخل في حق الكد والسعاية، أما الأعمال المنزلية فإن إدخالها في مقابل السعي يستدعي النظر في وجوب هذه الأعمال على الزوجة، وبالتالي لا تستحق عليها أجراً؛ أم عدم وجوبها عليها، وبالتالي تستحق عليها أجر.

يقول جعفر محمود علي المغربي: "إن العرف الجاري في المغرب في مجال الكد والسعاية، والفتاوى الصادرة في هذا الصدد تقصر الاعتراف بهذا الحق للمرأة التي تمارس عملاً يدر دخلاً تساهم به في إنشاء ثروة الأسرة أو تنميته، ولا تشمل الزوجة التي تقوم بالخدمات المنزلية العادية، وقد أكد الاجتهاد القضائي ذلك"³⁰¹.

إن الأعمال المنزلية لا تحتسب في مقابل السعاية، عملاً بأن المرأة يجب عليها عرفاً الخدمة في البيت، وإلا متى لم تجب عليها - بأن كانت ممن تخدم في بيت أهلها، فوجب إعدامها في بيت زوجها أيضاً- فإنها إن قامت بالخدمة تعتبر متبرعة ومتى طلبت مقابل في ذلك فلها الحق، وبالتالي و جب اعتباره في مقابل حق السعي.

وقد كانت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة صريحة في اعتبار الأعمال المنزلية مما يدخل في حق الكد والسعاية باعتبارها مما يجعل الزوج يحقق أرباحاً لعدم انشغاله بمثل هذه الأعمال. وفي كل الأحوال يقع على المرأة عبء إثبات السعاية بكافة طرق الإثبات القانونية.

301- جعفر محمود علي المغربي، المرجع السابق، ص186.

الفرع الثالث

طرق إثبات السعاية

إن الأصل هو استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين، وبالتالي لا حظ لأحدهما في مال الآخر، لكن القانون يسمح بعقد اتفاق بينهما يحدد مصير الأموال المشتركة التي يكتسبونها بعد الزواج، فإذا حدث مثل هذا فالعقد شريعة المتعاقدين.

تعتبر الكتابة من أهم وسائل الإثبات ولذلك أشار المشرع الجزائري إلى إمكانية اتفاق الزوجين على الأموال في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، و يدعم هذا أيضا ما كدره المشرع عن إمكانية الزوجين إدراج جميع الشروط التي يريانها مناسبة في عقد الزواج، أوفي عقد لاحق. ورغم أن المشرع قد ذكر في المادة 37 أن الاتفاق يكون في عقد رسمي، إلا أن هذا لا يعني عدم الاعتماد على العقد العرفي في الإثبات إذا لم يوجد غيره.

إلا أن الكتابة تبقى وسيلة غير كافية للإثبات، لأن علاقة الزوجية تقوم على محور المودة والرحمة والتآلف بين الزوجين مما يجعلهما لا يفكران اطلاقا في اللجوء إلى الكتابة فيما اتفقا عليه. بل إن الثقة التي تكون قائمة بين الزوجين كثيرا ما تدفع بأحدهما إلى أن يسجل ممتلكاته باسم الزوج الآخر تهريا من دفع الديون أو من دفع الضرائب وغيرها، وهكذا قد تنقلب الكتابة إلى وسيلة إثبات تخالف في مضمونها ما يوجد في الواقع، فكم من زوجة تمتلك سيارة ووثائق السيارة باسم زوجها، وكم من رجل يمتلك منزلا وعقد الملكية باسم زوجته. ولذلك من الخطأ اقتصر المشرع على الكتابة كوسيلة لتنظيم الأموال المشتركة بين الزوجين، فكان عليه أن يتطرق إلى الحالة التي توجد أموال مشتركة دون وجود كتابة، فكيف يكون الحل عندئذ في الإثبات؟

إذا لم يكن بين الزوجين اتفاق أو عقد شراكة لتنمية أموال الأسرة، فإن أمر تقويم هذه الأموال المشتركة يرجع إلى القواعد العامة للإثبات، فيمكن لكل واحد منهما أن يثبت مساهمته ومجهوداته فيما تحقق من كسب وأموال خلال الحياة الزوجية بكافة الوسائل المقررة شرعا وقانونا مثل الكتابة و الشهود وإقرار الطرف الآخر³⁰².

ونظرا لأن السعاية من المسائل الواقعية، فإنه يجوز إثبات هذا الحق بكل وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن. على أنه جرى العمل في أغلب القضايا بالمغرب أن يكون الإثبات أساسا بشهادة الشهود، ويرجع اعتماد الشهادة وسيلة أساسية لإثبات حق الكد والسعاية إلى تأثير الأعراف المحلية البربرية التي

302- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص 425.

تعتمد في الإثبات الشهادة واليمين³⁰³.

وفي التشريع الجزائري يجوز الإثبات بشهادة الشهود طبقا للمادة 336 من القانون المدني فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

والعلاقة الموجودة بين أفراد الأسرة تولد استحالة معنوية من الحصول على دليل كتابي، فعلاقة الزوجية تمنع الحصول على دليل كتابي في إثبات قرض ما بين الزوجين، كما أن علاقة الخطبة تكفي وحدها في بعض الأحيان لقيام المانع الأدبي³⁰⁴.

ولئن كان جائزا للإثبات بشهادة الشهود إلا أن ذلك أيضا قد يكون متعذرا بين الزوجين كون الاتفاق بينهما حول تسيير الأموال يكون في بيت الزوجية بعيدا عن أعين الأهل والأجانب، ولا يخطر على بال الزوجة استدعاء الشهود للاتفاق مع زوجها حول أمر كهذا.

بل إن كثيرا ما تفرض العادات والتقاليد على الزوجة بأن تتسبب الممتلكات الثمينة كالسيارة والمنزل وغيرها إلى زوجها، وإن كانت هي التي اشترتها من مالها الخاص وهذا حتى لا يظهر عاجزا أمام الناس. وبهذا تتواتر الشهادات بالسماع على أن المنزل للزوج، في حين أن الحقيقة عكس ذلك؛ وعند حدوث طلاق ونزاع حول ملكية البيت تجد الزوجة نفسها مفتقرة لأي دليل.

إن أفضل وسيلة للإثبات بين الزوجين هي الإقرار، ونظرا لأن الإقرار الذي يعتبر سيد الأدلة لا يمكن لأحد معرفة مدى صدقه أكثر من المقر نفسه فإن هذا يستدعي ضرورة التربية على الأخلاق الفاضلة، ومن أهمها صدق الحديث، وعدم الكذب. ويمكن الاعتماد على القرائن كالمقارنة بين دخل الزوج وقيمة الممتلكات التي يدعي أنها ملك له، فإذا تبين أن دخله الشهري لا يسمح له بأن يشتري كل ما يدعيه طلب منه إقامة البيئة على مصدر تلك الأموال، وإلا فهذا قرينة على ما تدعيه الزوجة من أنها ساهمت في تكوين تلك الثروة. فضلا على أنه يمكن الرجوع إلى الخبرة في مثل هذه الحالة.

303- جعفر محمود علي المغربي، المرجع السابق، ص 195

304- بن عائشة لخضر، المرجع السابق، ص 64.

الفرع الرابع

محل الإثبات في حق الكد والسعاية

تطالب عادة الزوجة بحق الكد والسعاية كون أن الغالب هو استئثار الزوج بجميع المال، ولذلك فإنه يقع على الزوجة عباً إثبات ما تدعيه على أساس، وقد علمنا أن للزوجة في سبيل ذلك عدة طرق، لكن السؤال المطروح هو ما الذي ينبغي على الزوجة إثباته؟

يعتبر حق الكد والسعاية حق صعب الإثبات، ويزيد في هذه الصعوبة تعدد محل الإثبات، فالزوجة مطالبة أولاً بإثبات السعاية والمتمثلة في عملها أو المساهمة بمالها، ثم إثبات مقدار المال المستفاد من السعاية.

يمكن للزوجة إثبات السعاية بطريقتين حسب نوع مساهمتها، فإما أنها ساهمت بمالها أو بعملها أو بالإنشئين معاً، وتثبت عملها بشرط أن يكون ذلك العمل قد ساهم في تنمية أموال الأسرة، ويمكنها في هذا الشأن أن تستعين بمن يكون قد اطلع على عملها من الجيران وغيرهم، خاصة إذا كان العمل خارج المنزل، كمن تعمل في حقل الزراعة المملوك لزوجها أو التي تتولى البيع في متجر زوجها. ولها أن تستشهد أيضاً بإفادات أقاربها إن كان العمل الذي قامت به كان داخل المنزل، كالتي تقوم بديغ الجلود، وغزل الصوف؛ أو صناعة بعض أدوات الزينة والتي يتولى الرجل بيعها.

وقد تكون الزوجة مساهمة بمالها، وعندئذ عليها أن تثبت هذه المساهمة، حيث كثيراً ما تساهم الزوجة إلى جانب الزوج في اقتناء منزل الأسرة أو سيارة وغيرها من الممتلكات دون أن تملك دليل على ذلك، وهذا يصعب من مهمة الزوجة في إثبات المساهمات المالية، وفضلاً على ذلك عليها إثبات قدر هذه المساهمة، سواء كانت المساهمة بمال أو بعمل.

فلا يعدد بمساهمة الزوجة إذا كانت غير ذات مال، حيث أن الكد والسعاية من لدن المرأة سواء في البادية أو في الحاضرة، المعتبر للتعويض عنه هو المترتب عن عمل مكتسب وافر على الحاجيات الشخصية يصب في ثروة مادية أنشئت أثناء الحياة الزوجية، وأن التكامل بينهما في هذا الشأن يجعل الارتباط بين المتحصل في هذه الثروة والاشترك لأموال أو عمل الزوجين أمرين متلازمين لا حكم لأحدهما دون الآخر³⁰⁵.

وعلى القاضي أن يراعي العرف الجاري في البلد، فقد تثبتت الزوجة سعائتها لكن يتضح أن العرف

305- جعفر محمود علي المغربي، المرجع السابق، ص 196-197.

جرى أن تقوم الزوجة بمثل هذه السعاية مجاناً باعتبارها عضواً في هذه الأسرة كسائر الأعضاء ومثال ذلك عمل جميع أفراد الأسرة في حقل الأسرة على أن الجميع يتمتع بعائدات الحقل الزراعية في شكل نفقة.

فإذا تعلق الأمر بالماشية مثلاً، أو كان المال للزوج وكانت الزوجة تعمل فيه، فإنها تحلف أنها ما فعلت ذلك للزوج مجاناً ويحكم لها بالأجرة³⁰⁶.

إذا استطاعت الزوجة إثبات سعائتها وجب عليها إثبات أن هذه السعاية نتج عنها مال لم تمكن منه، كأن يكون زوجها قد زادت ثروته بسبب عمل زوجته إلى جانبه، أو أن يكون مصدر هذه الثروة رأس مال مملوك للزوجة قام الزوج باستثماره، وكذلك الحال إذا كانت الزوجة قد ساهمت بأصول نقدية من أجل شراء أشياء معينة يستعان بها على الحياة الزوجية.

وعلى الزوجة بيان فترة السعي أو العمل، سواء من حيث بدايتها أو نهايتها لكي تتم معرفة الحجم الحقيقي للمال المكتسب في أثناء تلك الفترة، حتى يتحدد على أساسه نصيب الزوجة. ويمكن للمحكمة أن تستعين بالخبرة لتحديد قيمة رأس المال والممتلكات التي أنشأت خلال فترة الحياة الزوجية للحكم بنصيب الزوجة المستحق بواسطة حق الكد والسعاية³⁰⁷.

ونلاحظ أنه ليس هناك ما يمنع القاضي الجزائري من أن يحكم للزوجة بحق الكد والسعاية متى أثبتت ما تدعيه، ورغم ذلك لم أعر على اجتهادات قضائية بشأن هذه المسألة، لذلك كان الأحرى بالمرجع تخصيص مواد قانونية تعالج المسألة، ولعل أقل ما يمكن فعله هو استبدال عبارة "متاع البيت" في المادة 73 ق.أ بعبارة "ممتلكات الزوجية" فتصبح المادة صالحة للفصل بين الزوجين في متاع البيت وغيره من الممتلكات التي يمكن أن تترتب في ظل الحياة، على أن يخضع الإثبات للكتابة وعند انعدامها نعود للقواعد العامة في الإثبات.

ويستحسن أن يقتدي المشرع بنظره المغربي فيلزم بضرورة إشعار الزوجين بإمكانية الاتفاق على كيفية إدارة الأموال المكتسبة أثناء الزواج، بل يمكنه أكثر من هذا أن يعرض عليهما أنموذجاً للاتفاق، فيرفع بذلك الحرج عنهما، ويذيق المانع الأدبي الذي يحول دون اتفاق الزوجين كتابة. ذلك أن النزاع بين الزوجين لا ينصب حول إثبات الكد و السعاية فقط بل يمتد إلى كيفية اقتسام الأموال.

306- تهاني بنت مطلق عبد الله الشايعي، المرجع السابق، ص 148

307- جعفر محمود علي المغربي، المرجع السابق، ص 198.

الفرع الخامس

كيفية اقتسام أموال الكد والسعاية

اتفق الفقهاء على أن ما استفاده الزوجان بعد الزواج من سعيهما وكدهما لكل منهما قدر بقدر مساهم فيه، إلا أنهم اختلفوا في مقداره بحسب ما إذا كانت السعاية شركة أم أجرة. فإذا كانت السعاية كالشركة فيترتب على ذلك الاشتراك في الأموال وفي الاستفادة على السواء، أما إذا كانت السعاية كالإجارة فيحكم لها بالأجرة³⁰⁸.

ويمكن تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد من الزوجين وفقا لمساهمة كل واحد منها، ما قدمه من مجهودات، وما تحمله من أعباء من أجل ذلك، وهذا يخص الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج ولا يتناول ما كان يملكه كل واحد منها ملكية خاصة قبل إبرام العقد³⁰⁹.

وإذا كانت هناك مساهمات مالية من قبل الزوج أو الزوجة، فإن رأس المال هذا يخصم من مجموع الأموال قبل اقتسامها، لأنه يعتبر حقا خالصا لمن دفعه، ووجود مساهمات مالية يسهل عملية الاقتسام، فيأخذ كل ساع من الزوجين بقدر رأس ماله إذا استوى سعيهما، لكن الإشكال يطرح عند اختلاف سعي الزوجين أو عندما تساهم الزوجة بعملها دون مالها.

يمكن للفاضي تقويم العمل باللجوء إلى أصل الخبرة، فإذا تحددت حصة العمل المقدمة من أحد الزوجين أمكن عندئذ تحديد المال الذي يؤول إليه، على أنه ينظر في الديون قبل القسمة ويفرق فيها ما بين الديون المترتبة على عاتق الزوجة في مالها الخاص وهذه تخص الزوجة وتساءل عنها شخصيا، والديون المترتبة على عاتق الزوج في ماله الخاص، وهذه يسأل عنها شخصيا في ماله. أما الديون المشتركة المترتبة نتيجة سعيهما معا فهذه تخصم من أموال الكد والسعاية قبل قسمتها.

ويمكن أن يكون إلى جانب الزوجين سعاة آخريين سواء من أفراد العائلة أو من خارجها، وعندئذ وجب أن يدخلوا في القسمة بحسب سعيهم وكدهم.

ولا خلاف بين الفقهاء في المغرب في أن السن تراعى و تؤخذ بعين الاعتبار عند عزل أسهم السعاة، فلا يستوي حظ الصغير مع حظ الكبير، غير أنهم اختلفوا في تحديد السن، فمنهم من لا يسهم للساعي بكامل

308- تهاني بنت مطلق عبد الله الشايعي، المرجع السابق، ص 147

309- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص 425.

السهم إلا بعد بلوغه سن الرابعة عشرة من العمر، ومنهم من لا يسهم له بذلك إلا بعد بلوغه سن العشرين³¹⁰.

ونظرا لأن الحياة الزوجية مبنية على حسن المعاشرة، فإنه لا يتصور إلا نادرا أن تطالب الزوجة بحق الكد والسعاية مع استمرار الحياة الزوجية، لكن إذا وقع الطلاق أو توفي الزوج فإن الزوجة ستطالب بحق سعيها. وإذا كان المجتمع الجزائري لا يعرف اقتسام حق الكد والسعاية، فإن هذا لا ينفي وجود سعاية من الزوجات، وعدم مطالبتهن بحقهن لا يعني أنهن يقمن بهذه الأعمال مجانا، بل إن العرف هو الذي فرض عليهن ذلك.

لذلك فإنه من الإجحاف بحق المرأة المتزوجة ألا تأخذ نصيبها من الكد والسعاية وقد ثبت اليوم أن العديد من النساء العاملات الموظفات يساهمن برواتبهن في نفقات الأسرة في اقتناء الأثاث، والمستلزمات؛ كما أن العديد من النساء في الوسط الريفي يساهمن بعملهن في تربية المواشي وفي الزراعة، وكلها أعمال تدر أرباحا طائلة على أزواجهن وليس لهن منها سوى التعب بعض فئات العيش.

إن عدم إعطاء الزوجة نصيبها من حق الكد والسعاية مقاسمة مع الرجل يخالف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، ويخالف ما جاء في المادة 14 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، والتي تلزم الدول الأطراف بأن تضع في اعتبارها المشاكل الخاصة التي تواجهها المرأة الريفية، والأدوار الهامة التي تؤديها في توفير أسباب البقاء اقتصاديا لأسرتها بما في ذلك عملها في قطاعات الاقتصاد غير النقدية، وتلتزم الدول بأن تتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على المرأة في المناطق الريفية.

والحديث عن الكسب المالي للمرأة المتزوجة، سواء كان بطريقة نظامية أو غير نظامية، يدفعنا إلى بحث حقها في إبرام عقود المعاوضات المالية.

المطلب الثالث

حق المرأة المتزوجة في إبرام عقود المعاوضات المالية

لقد سادت لفترة من الزمن فكرة نقصان عقل المرأة، فمنعت من التصرف في الأموال وامتلاكها. فكانت

310- جعفر محمود علي المغربي، المرجع السابق، ص 188.

المرأة محجورا عليها في عديد من المجتمعات بسبب شيوع عادات وتقاليد نسبت في أحيان كثيرة إلى الدين، فلم يجرأ أحد على مخالفتها لأنه بمخالفتها يكون قد عارض الدين. وكثيرا ما ربطت إرادة المرأة في التصرف بمالها بإرادة زوجها.

لقد كان الوضع القانوني للمرأة في المجتمعات المسيحية بالغ السوء والقسوة، فحريتها مهدرة وحقوقها معطلة وأدميتها منتهكة. ليس لها حق في اللجوء إلى المحكمة، ولا أن تسمع لها شكوى أو طلب وليس لها الحق في أن تتصرف في أموالها إلا بموافقة زوجها³¹¹.

بل إن البعض ينسب إلى التشريع الإسلامي أنه يقيد حق المرأة المتزوجة في التصرف في مالها معلقا ذلك على إذن زوجها، ولقد هاجمت الموائيق الدولية هذه النظرة الدونية للمرأة المتزوجة، وطالبت بأن تكون لها الأهلية الكاملة لإبرام العقود المالية (الفرع الأول)، وتبعا لذلك حاولت القوانين الداخلية أن تعطي المرأة مساواة بالرجل الحق في إبرام مختلف عقود المعاوضات المالية، كما فعل المشرع الجزائري وكما هو مكرس في التشريع الإسلامي (الفرع الثاني). وإنه ثابت اليوم للمرأة المتزوجة الحق في ممارسة التجارة (الفرع الثالث)، وكذلك الحق في إبرام عقود الرهن والإجارة والقروض (الفرع الرابع).

الفرع الأول

أهلية المرأة المتزوجة لإبرام العقود المالية في الموائيق الدولية

جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 خاليا من الإشارة الصريحة للحق في إبرام العقود المالية، ولعل ذلك يعود إلى أن الإعلان حاول أن يجمع مختلف حقوق الإنسان في ثلاثين مادة؛ فاكتمل في ذلك بالحقوق الرئيسية، وتلك التي كان الإنسان محروما منها؛ ومع ذلك فقد جاء في المادة 06 منه أنه " لكل إنسان في كل مكان الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية". وهذا النص يجعل من المرأة باعتبارها إنسان معترف لها بالشخصية القانونية والتي من مستلزماتها أن يكون للإنسان ذمة مالية وأهلية أداء للتصرف في ذمته المالية. ويعزز هذا ما جاء في نص المادة 17 من الإعلان والتي ذكرت أنه " لكل فرد الحق في التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا"، فالاعتراف بحق الملكية للفرد يعني ضمنا الاعتراف بطرق كسب الملكية بما في ذلك إبرام عقود التصرفات المالية.

311- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص18.

ونصت المادة 03 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966 على أنه: "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بضمان مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا العهد". ورغم أن حق التملك وإبرام العقود يعتبر من الحقوق الاقتصادية إلا أنه لم يذكر صراحة في هذا العهد؛ في حين أن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، والسياسية 1966، ذكر في المادة 16 منه أنه: "لكل إنسان في كل مكان حق بأن يتعرف له بشخصية القانونية"، وهي مطابقة للمادة 06 من الإعلان العالمي للحقوق للإنسان.

وركزت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على إعطاء المرأة الأهلية الكاملة للتصرف في أموالها عن طريق إبرام العقود، فلقد جاء في المادة 2/15 من الاتفاقية أنه: "تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة بوجه خاص حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية".

فص المادة هذه، يحفظ حق المرأة في التملك وإدارة ممتلكاتها وتحرير العقود على قدم المساواة مع الرجل من أجل وحدة وانسجام الأسرة، والحفاظ على المجتمع، وتماشياً مع كافة القرارات والإعلانات والاتفاقيات والتوصيات الصادرة من الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة؛ والرامية إلى القضاء على كافة أشكال التمييز للمرأة³¹².

وتعليقاً على المادة 15 المذكورة، ذكرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بأنه: "عندما تكون المرأة غير قادرة على إبرام عقد على الإطلاق، أولاً تستطيع الحصول على إئتمان مالي، أو لا تستطيع ذلك إلا بموافقة أو ضمان زوجها أو من ذكر من أقاربها، تكون محرومة من الاستقلال القانوني، وأي قيد من هذا النوع يمنعها من الانفراد بحياتها الملكية، ويمنعها من الإدارة القانونية لأعمالها التجارية الخاصة، ومن إبرام أي شكل من أشكال العقود. وهذه القيود تحدّ بشكل خطير من قدرة المرأة على إعالة نفسها ومن هم في كنفها"³¹³.

واعتبرت الاتفاقية في حد ذاتها العقود التي فيها انتقاص لأهلية المرأة باطلة، فقد جاء في المادة 3/15 من الاتفاقية أنه: "تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها

312- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة...، المرجع السابق، ص 109-110.
313- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، 1992، الدورة 13.

أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية".

فليس للزوج أية سلطة على الزوجة في إبرام العقود المالية، بل إن للمرأة المتزوجة الحق الخالص في ذلك طبقاً للمادة 2/1/16 من الاتفاقية والتي ذكرت أنه لكلا الزوجين نفس الحقوق في ملكية الممتلكات وحياتها والتصرف فيها سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

ونستنتج من خلال بنود الاتفاقية أن تقييد أهلية المرأة في إبرام العقود الخاصة بالتصرفات المالية يعتبر تمييزاً ضدها يحظره القانون الدولي. والسؤال المطروح هو ما موقف المشرع الجزائري من هذا وهل وافق ما ذهب إليه الفقه الإسلامي؟

الفرع الثاني

أهلية تصرف المرأة المتزوجة في أموالها في القانون الجزائري والتشريع الإسلامي

لا تفرق التشريعات كمبدأ عام بين الرجل والمرأة في الأهلية، لذلك كان القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لا يفرق بين الذكر والأنثى في الأهلية القانونية، فلقد جاء في المادة 40 منه أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

تكتسب المرأة الأهلية القانونية الكاملة ببلوغها تسعة عشر سنة كاملة متمتعاً بقواها العقلية وغير محجور عليها، باعتبارها شخصاً طبيعياً ينطبق عليه نص المادة 40 ق.م، ويمكنها تبعاً لذلك القيام بكافة التصرفات بما في ذلك إبرام عقود التصرفات المالية من بيع وشراء وإيجار وغيرها.

ولقد أقرّ المشرع الجزائري بالذمة المالية للشخص، وجعلها ملازمة للشخصية، فكل شخص ذمة مالية. وتشمل الذمة المالية حقوق الشخص والتزاماته الحاضرة والمستقبلية، فهي تتكون من شقين: شق إيجابي هي الحقوق و شق سلبي هي الالتزامات³¹⁴.

وإذا كان يسري على المرأة ما يسري على الرجل في أهلية التصرف وفق القانون المدني، فإن دخول المرأة في علاقة زوجية يجعلها خاضعة لقانون الأسرة الذي تختلف أحكامه عن أحكام القانون المدني، ولا يمكن

314- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص158.

تطبيق أحكام هذا الأخير عند انعدام النص في الأول. فهل للمرأة المتزوجة أهلية إبرام العقود في قانون الأسرة؟

أكد المشرع الأسري في المادة 86 ق.أ، على أنه: "من بلغ سن الرشد و لم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، ولم يفرق المشرع بين الرجل والمرأة. فليس هناك من تمييز ضد المرأة، وكل تصرفاتها تكون نافذة دون الحاجة إلى إذن من أحد بما في ذلك زوجها.

ويتمتع كل من الزوجين بأهلية قانونية كاملة وفقاً للمادة 1/37 ق.أ، طبقاً لنظام انفصال الأموال بين الزوجين أو الاستقلال النظري لدم الزوجين، فلكل منهما الحق في التصرف بأمواله بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة؛ كما أنه يلتزم كل منهما بوفاء الديون المترتبة بذمته دون أن يؤثر الزواج في ذلك³¹⁵.

وفي الفقرة الثانية من المادة 37 ق.أ، إشارة إلى إمكانية اتفاق الزوجين حول كيفية تسيير الأموال المشتركة، والاتفاق لا يكون إلا برضا الطرفين، مما يعني أن الزوجة تمتلك كافة الصلاحيات للتصرف في أموالها، ولقد كانت المادة 38 الملغاة من قانون الأسرة تنص في فقرتها لثانية على أن "للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها". وحبذا لو أن المشرع أبقى على هذه الفقرة، لأن استقلال الذمة ليس دليلاً قاطعاً على حرية التصرف. فقد يقول قائل إن للمرأة ذمة مالية مستقلة لكن ينبغي أن تستشير زوجها عند التصرف في مالها وهذا ما تقضي به كثير من العادات والتقاليد.

لكن بالرجوع إلى المادة 3/87 ق.أ، نجد أن المشرع نصّ على أنه: "في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". وفي المادة 64 ق.أ، أنّ الأم أولى بحضانة ولدها. فالمرأة المتزوجة إذا طلقت وأسندت لها حضانة ولدها تكون لها الولاية عليه، وهذه الولاية تعطيها حسب المادة 88 ق.أ، الحق في التصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وتكون مسؤولة طبقاً لمقتضيات القانون العام.

والولاية هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد³¹⁶، فإذا كانت الزوجة تملك حق التصرف في أموال غيرها، فمن باب أولى أن يكون لها الحق في أن تتصرف في أموالها. وإن كان التصرف في أموال القاصر يخضع لجملة من القيود القانونية³¹⁷.

315- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص410.

316- عبد الفتاح تقيّة، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص151.

317- في هذا الصدد، تنص المادة 88 ق.أ على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة عليه

ويتبين مما سبق أن المشرع الأسري قد منح المرأة المتزوجة أهلية التصرف في أموالها بما في ذلك إبرام عقود المعاوضات المالية، حتى وإن لم تكن النصوص صريحة بما يكفي، لكن يمكن اللجوء أيضا إلى الشريعة الإسلامية انطلاقا من نص المادة 222 ق.أ التي تحيل إليها.

إن المرأة في الإسلام منذ أربعة عشر قرنا ويزيد، لها أهلية كاملة كالرجل سواء، ولها حق التصرف بمختلف أنواع التصرفات والمقررة شرعا فيما تملكه، فلها أن تبيع وتشتري وتقايط وتهب وتوصي وتقرض وتقرض... بإرادتها، وتصرفاتها نافذة، ولا يتوقف شيء من ذلك على رضا أب أو زوج أو أخ³¹⁸.

فالتشريع الإسلامي لا يفرق بين المرأة المتزوجة وغير المتزوجة في أهلية التصرف، لذلك يمكن القول أن ما تدعو إليه الموثيق الدولية من مساواة في هذا الشأن منصوص عليه في الفقه الإسلامي بوجه أحسن.

ويجوز للمرأة كما للرجل التعامل بالشركة كالاشتراك في البيع أو الشراء أو التأجير دون أخذ الإذن من أحد، وذلك لأن للمرأة ذمة مالية مستقلة تؤهلها لحرية التصرف في أموالها كيفما تشاء بكل أنواع الشركات المباحة، وذلك بشرط أن تكون كاملة الأهلية، وأن تلتزم بحدود الشرع في تعاملها مع الرجل في الشركة³¹⁹.

فإذا عرف رشاد المرأة وصلاحها جاز لها التصرف في مالها كله بالمعاوضة، تبيع وتشتري، وليس لأحد منعها. ولذلك أبيع لها كشف وجهها وكفيها، فقال الفقهاء: لأن الحاجة تدعو إلى إبراز الوجه للبيع والشراء وإلى إبراز الكف للأخذ والعطاء، ومعرفة وجهها عند المعاملة مع الأجانب لإقامة معاشها ومعاها لعدم من يقوم بأسباب معاشها³²⁰.

ولا اعتراض على دخول المرأة للأسواق، ولذلك يمكن القول أن إبرام المرأة لعقود المعاوضات المالية لا يكون عن طريق الوكالة دائما. بل يمكن للمرأة مباشرة ذلك بنفسها، وتحمل في ذلك جميع الإلتزامات التي يرتبها

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة،

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

وتنص المادة 89 ق.أ على أنه: "على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

وتنص المادة 90 ق.أ على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

318- أمانة نصير، المرجع السابق، ص1518.

319- تهاني بنت مطلق عبد الله الشايعي، المرجع السابق، ص175.

320- أنظر، سماح شحاته شهاب الدين، الطرق الشرعية لحل المشكلات العصرية للمرأة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2010، ص210.

ابرام العقد؛ وتسأل عنها في ذمتها المالية وحدها دون زوجها.

ورد في "الأم" للشافعي أن: "اختبار المرأة مع علم صلاحها لقلّة مخالطتها في البيع والشراء، وتختبرها النساء وذوو المحارم فإذا أونس منها الرشد دفع إليها مالها تزوجت أم لم تتزوج، كما يدفع إلى الغلام نكح أو لم ينكح، لأن الله تبارك وتعالى سوى بينهما في دفع أموالهما إليهما بالبلوغ والرشد ولم يذكر تزويجا"³²¹.

وإن الحديث عن أهلية المرأة في التصرف يدفع إلى طرح التساؤل حول أحقية المرأة المتزوجة في ممارسة التجارة من عدم ذلك.

الفرع الثالث

حق المرأة المتزوجة في ممارسة التجارة

لكل شخص الحق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية³²². وللمرأة الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر، وطبقا لنص المادة 11 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة يكون للمرأة على قدم المساواة مع الرجل الحق في حرية اختيار المهنة و نوع العمل.

فيمكن للمرأة اختيار العمل في المهن الحرة، ومن ذلك ممارسة التجارة، ويعتبر العمل وسيلة الإنسان للحصول على المال اللازم لتدبير نفقاته³²³. وتمنح المادة 15 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المساواة للمرأة مع الرجل في إدارة الممتلكات³²⁴.

لقد ترجمت القوانين العربية قاعدة استقلال الذمة المالية للمرأة وأهليتها للتجارة بطريقتين: الأولى بالنص عليها صراحة في قانون الأحوال الشخصية، والثانية هي أن يغفل قانون الأحوال الشخصية النص عليها، ثم تقوم القوانين الأخرى، وأخصها القانون المدني والتجاري بالنص على قاعدة المساواة التامة بين الرجل والمرأة وعدم استلزام أي إذن خاص بالزوجة يتعلق بأموالها أو بممارستها التجارة، وهذا منهج المشرع الجزائري³²⁵.

لم يتحدث المشرع الجزائري في قانون الأسرة على ممارسة المرأة المتزوجة للتجارة تاركا ذلك للقانون

321- الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج8، ص203.

322- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة...، المرجع السابق، ص89.

323- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص151.

324- أمنة نصير، المرجع السابق، ص1518.

325- أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص 579- 580.

المتخصص وهو القانون التجاري، وذلك لأن قانون الأسرة هو الآخر خاص بعلاقة الزوجية وتوابعها ومسائل الأسرة المختلفة.

جاء في المادة 08 من القانون التجاري أنه: "تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها، ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير".

وبناء على ذلك، يحق للمرأة فتح محل تجاري أو إقامة شركة تجارية، وتحمل المسؤولية كاملة عما تباشره من أعمال تجارية، وتأسيسا على ذلك لا يسوغ للزوج أن يحتج ضد هذه التصرفات³²⁶.

ويستشف من المادة 08 المذكورة أعلاه، أن المرأة وإن كانت متزوجة فهي إذا امتهنت التجارة تتحمل آثار العقود المبرمة لصالح تجارتها، فهي تسأل شخصيا عن الديون المترتبة في ذمتها لصالح الغير بسبب تجارتها، ولا يسأل زوجها عن ذلك ولأنه لا يسأل فليس له وصاية على تصرفاتها المالية بمناسبة تجارتها.

لكن قد يعمد بعض الأزواج إلى ممارسة التجارة باسم زوجاتهم نظرا لأن القانون لا يسمح لهم بذلك بسبب وظائفهم أو لسبب آخر، وكثيرا ما تقلس الزوجة التاجرة، وتجد نفسها أمام القضاء مطالبة بقضاء العديد من الديون، وهي لم تكن تعلم بها في الأصل. وهنا وجب عليها إثبات عدم ممارستها للتجارة.

وفي مقابل التقنين التجاري يعترف التشريع الإسلامي أيضا بحق المرأة في ممارسة التجارة. فقد كانت السيدة خديجة بنت خويلد رضي الله عنها من أرباب القوافل التجارية، وكانت من أثرياء مكة وكانت ترسل قوافلها لجلب التجارة³²⁷. فعندما أقرّ التشريع الإسلامي حقوق المرأة، فإنه لم يغفل عن إتاحتها لها جميع الفرص التي تستطيع بها أن تنمي كفاءتها واستعدادها في حدود النظام الاجتماعي، وتقوم بنصيبها من العمل في المهن الحرة.. إذ يمكن للمرأة من وجهة النظر الإسلامية أن تبيع أو تشتري³²⁸.

لقد أعطى الإسلام المرأة الحرية كل الحرية في التصرف في مالها وما تملك متزوجة أو غير متزوجة مادامت قد بلغت سن الرشد، وهي حرية لم يصل إليها أكثر التشريعات تقدما، فقد كان القانون الفرنسي

326- أعمر يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص141.

327- أمينة نصير، المرجع السابق، ص1518.

328- أنظر، شادية أحمد التل، مكانة المرأة ودورها في التشريع الإسلامي، بحث منشور في "وضع المرأة في العالم الإسلامي"، المرجع السابق، ص30.

الصادر عام 1942 يشترط موافقة الزوج على تصرف الزوجة في مالها³²⁹، أما في الإسلام فلها أن تتصرف بشخصها بلا وكالة³³⁰.

إن النكاح لا يعتبر سببا للحجر على المرأة، لذلك لا تتوقف صحة تصرفاتها في مالها على إذن زوجها³³¹. وتبعاً لذلك يثبت للمرأة المتزوجة الحق في إبرام عقود الرهن والإجارة والقروض.

الفرع الرابع

حق المرأة المتزوجة في إبرام عقود الرهن والإجارة والقروض

تثبت المواثيق الدولية للمرأة بغض النظر عن كونها متزوجة أم لا الحق في جميع صيغ الإئتمان والقروض الموجودة على مستوى دولتها، في حين نجد أن بعض الدول ومنها الجزائر ترهن استفاضة المرأة من بعض القروض والمساعدات بعدم استفاضة زوجها.

يسري على عقود الرهن والإجارة ما يسري على سائر العقود من الأحكام العامة ولا يفرق التشريع الدولي في ذلك بين الرجل والمرأة، كما أن المرأة المتزوجة كغيرها من النساء في هذا الباب لاتخضع لأي قيد.

ونصت المادة 13/ب من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أن: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة على أساس المساواة بين الرجل والمرأة لكي يتكفل لهما نفس الحقوق لاسيما الحق في الحصول على القروض المصرفية والرهن العقاري وغير ذلك من أشكال الإئتمان المالي".

ويظهر من تخصيص فقرة لحق المرأة في الحصول على القروض والرهن وغيرها من الإئتمانات المالية أن واضعي الاتفاقية أرادوا تكريس حق المرأة في هذا المجال بشكل واضح، ولذلك لم يكتفوا باستقلال الذمة المالية، وبالحق في التملك وإدارة الممتلكات المنصوص عليها في مواد أخرى من الاتفاقية.

إذا كان ثابتاً أن للمرأة أن ترهن ما تشاء من أموالها ولها أن توجر ما تشاء، ولها أن تحصل على

329-Art. 1426 c.c.f, (Version du Sept. 22, 1942): "Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté, si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce".

330-تهاني بنت مطلق عبد الله الشايعي، المرجع السابق، ص162.

331-كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص124.

القروض المصرفية لأن القوانين التي تحكم هذه التصرفات لا تفرق بين الرجل والمرأة، إلا أن وضع المرأة المتزوجة يختلف. فكثيراً ما تربط بعض الدول حق المرأة المتزوجة في الاستفادة من القروض المصرفية وغيرها من الإئتمانات المالية بعدم استفادة زوجها مما يظهر معه عدم جدية القول باستقلال الذمة المالية للزوجة.

تحرم المرأة المتزوجة في الجزائر من القروض الموجهة للحصول على السكن إذا ثبت استفادة زوجها من قرض أوصيعة من صيغ السكن المسطرة من قبل الدولة، ويتضح من هذا أن الزواج يصبح عائفاً أمام المرأة في سبيل الحصول على بعض حقوقها. غير أن هذا في حد ذاته لا يعتبر تمييزاً ضد المرأة، لأن نفس الحكم ينطبق على الرجل، فاستفادته أيضاً تبقى مرهونة بعدم استفادة زوجته.

ومن جانب القضاء المقارن، أصدرت المحكمة الدستورية العليا بمصر سنة 1997 قراراً قضت بموجبه بأن تجريد أحد الزوجين من حقه لسبق حصول الزوج الآخر عليه يعتبر تمييزاً جائراً. وذلك بقولها³³²: "من المقرر أن للعلاق الزوجية بنيانها وآثارها التي لا يندرج تحتها أن يكون الدخول فيها سبباً للحرمان من حقوق لا شأن لها بها، ولا يتصور أن تتولد عنها، ولا أن تكون من روافدها، كذلك التي يستمدّها أحد الزوجين من رابطة العمل ذاتها في الجهة التي كان يعمل بها. وأخصها ما تعلق منها بأراض زراعية تمتلكها هذه الجهة وتوزعها على العاملين فيها وفقاً لقواعد حددتها سلفاً يفترض أن تكون قد صانتهما إنصافاً فلا يكون تطبيقها في شأنهم مشوباً بتمييز ينال من أصل الحق فيها. إن الزوجين وإن تكاملا من خلال الأسرة التي تجمعهما وكان امتزاجهما في وحدة يرتضيانها بما يرضى حدودها ويصون مقوماتها، مؤداه أن يظل نبتها مترامياً على طريق نمائها، وعبر امتداد زمنها، وكانت علاقة الزوجية بأوصافها تلك عقدة لا تنفصم عراها أوتهن صلابتها، وتصل روابطها في خصوصيتها إلى حد تقديسها، إلا أن حقوق أطرافها لا تختلط ببعضها، ولا يجوز فصلها عن استقلال من دخل فيها بوجوده وعقوده، فلا يحل أحدهما في الحقوق التي يطلبها مكان غيره، بل يكون لكل من أطرافها دائرة من الحقوق لها ذاتيتها، يعتصم بها ولا يرد عنها، وكان ينبغي بالتالي أن يكون الحصول على الأرض الزراعية حقاً لكل زوج استوفى شروط طلبها، فإذا جرد المشرع أحدهما منها لسبق حصول الآخر عليها، كان ذلك إخلالاً بفرصتها التي يقوم الحق فيها بمجرد توافر شروط النفاذ إليها، وتمييزاً جائراً دستورياً بين شخصين يقفان من الجهة التي عملا بها في مركز قانوني واحد، ويستقلان كذلك في شخصيتهما القانونية والآثار التي يرتبها القانون

332- الفقرة السادسة من الطعن رقم 144، بتاريخ: 1997/09/01، أشار إليه، أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص 580.

على ثبوتها عن بعضهما البعض".

ويعتبر هذا القرار من أقوى الأدلة التعليلية القانونية في القول بأن ربط الزوجين في مصير واحد في الحقوق يعتبر ظلماً. ولا يعتبر تمييزاً ضد المرأة كما ذهب إلى ذلك المحكمة، لأن القيد ذاته يخضع له الرجل؛ إلا أن منع المرأة كما في قضية الحال من أرض زراعية لسبق حصول زوجها على أرض من نفس الجهة المانحة يعني عدم استقلال الذمة المالية للزوجين، لأنه في حال حصول طلاق بين الزوجين سينفرد الزوج بالقطعة الأرضية ولا تأخذ منها الزوجة شيئاً ثم تجد نفسها قد فاتتها فرصة الحصول على قطعة أرضية أخرى. وهذا ما عبرت عنه المحكمة بقولها: "كان ذلك إخلالاً بفرصتها التي يقوم الحق فيها بمجرد توافر شروط النفاذ إليها".

ولعل ربط مصير الزوجين معا في مثل هذه الحقوق يرجع إلى أن الجهة المانحة تكون عاجزة عن تلبية جميع الطلبات، فتضطر لجمع الزوجين في ذات الحق كونهما في النهاية طرفي أسرة واحدة. لكن وإن كان ذلك معقولاً كان الأحسن هو تسجيل مثل هذه الحقوق باسم الزوجين معا، حتى لا يضيع حق أي طرف عند انفصال رابطة الزوجية.

ولا تزال مسألة استقلال الذمة المالية للمرأة والتصرف في أموالها تثير الإشكال، خاصة عندما يتعلق الأمر بالتبرع بمالها، أين يدخل رأي فقهي يشترط وجوب استئذان الزوج في التبرع بما زاد عن الثلث. فهل هذا الرأي معمول بها قانونياً، وإلى أي مدى يعتبر هذا الرأي تمييزاً ضد المرأة؟

المطلب الرابع

حق المرأة المتزوجة في إبرام عقود التبرع

يثبت للمرأة المتزوجة الحق في أن تتصرف في أموالها كما تشاء، بما في ذلك بالتبرع، ونظراً لأن التبرع بالمال ضار بالتبرع -من الناحية النظرية- فإنه كثيراً ما ربطت إرادة المرأة في التبرع بإذن زوجها، وفي هذا تشبيه للمرأة بالأشخاص المحجور عليهم. غير أن هذا القيد على المرأة المتزوجة لا أثر له في قانون الأسرة الجزائري. في حين وجد هذا الطرح في بعض القوانين الغربية التي لا علاقة لها بالإسلام.

لقد كان القانون الفرنسي يقر المساواة بين الرجل والمرأة، ولكن كان يشترط على المرأة ألا تهب أو تنتقل ملكيتها ولا أن ترهن ولا أن تملك بعوض أو بغير عوض بدون إشراك زوجها في العقد أو موافقته عليه موافقة

كتابية³³³. ولم يكن هذا التضييق راجعا لكونها امرأة وإنما لكونها زوجة³³⁴.

كان يهدف المشرع الفرنسي إلى تثبيت سلطة الزوج على زوجته من خلال إعطائه الحق في إبطال تبرعاتها المالية. وكان ينظر إلى المرأة على أنها ناقصة عقل ينبغي أن تكون تحت ولاية الزوج. فضلا عن أنهم ألزموا المرأة بالمساهمة في إعالة الأسرة، ومن ثمّ فإنّ السماح لها بالتبرع كان ينظر إليه على أنه إضرار بالأسرة، وعلى الزوج التدخل لحماية هذه الأسرة.

أما المشرع الأسري الجزائري فقد أعطى للمرأة وإن كانت متزوجة الحق في هبة مالها ووضع لذلك أحكاما (الفرع الأول)، والشأن ذاته بالنسبة لوصية المرأة المتزوجة (الفرع الثاني). غير أن هناك رأي فقهي في التشريع الإسلامي يشترط إذن الزوج في تبرعات المرأة المتزوجة (الفرع الثالث)، رغم أن مذهب الجمهور هو حرية المرأة في التبرع بمالها (الفرع الرابع).

الفرع الأول

أحكام هبة المرأة المتزوجة لمالها في قانون الأسرة

يحق للمرأة أن تتلقى أموال عن طريق الهبة والوصية، وتصبح هذه الأموال ملكا لها تدخل في ذمتها المالية³³⁵. وللمرأة وإن كانت متزوجة أن تهب بعض مالها أو كله لمن تشاء، ولا فرق بينها وبين الرجل في هذا.

عرفت المادة 202 ق.أ، الهبة بأنها تملك بلا عوض، وحددت المادة 203 ق.أ، الشروط الواجب توافرها في الواهب، ولم تفرق في ذلك بين المرأة المتزوجة وغير المتزوجة، فقد ذكرت أنه ينبغي أن يكون الواهب سليم العقل، وبالغا تسعة عشر سنة، وغير محجور عليه، ولم يحدد المشرع قدراً معيناً تلتزم به المرأة المتزوجة في هبة أموالها بل إنه أكد على حرية تصرفها في كامل أموالها بالتبرع.

نصت المادة 205 ق.أ على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً أو منفعةً

333- Art.1428 c.c.f, (Version du Sept. 22, 1942): "Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme.

Il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme.

Il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement.

Il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires".

334- كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص130.

335- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة، المرجع السابق، ص152.

أوديناً لدى الغير"، فهذا النص ينفي أية وصاية للزوج على أموال زوجته.

وتتعد الهبة كسائر العقود بتبادل الإيجاب والقبول، وهذا ما نصت عليه المادة 206 ق.أ، على أنه: "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات". وخصّ المشرع الزوجة الواهبة والزوج الواهب ببعض الاستثناءات فيما يتعلق بالحيابة، وبالرجوع عن الهبة، والهبة في مرض الموت.

يكف وجود التراضي لقيام عقد الهبة صحيح إضافة إلى الحيابة. غير أن المرأة المتزوجة إذا وهبت إلى زوجها أو إلى من تتولى الولاية عليه، فإنه يسقط في حقها شرط الحيابة، وهذا طبقاً لنص المادة 208 ق.أ، والتي جاء فيها: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وزجه، أو كان الموهوب مشاعاً، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة".

وتصح الهبة بين الزوجين، وتحكمها نفس الأحكام التي تحكم الهبة ما بين غير الزوجين إلا فيما يتعلق بالحيابة، ولذلك يمكن للزوجة أن تهب لزوجها هبة متوقفة على شرط معين فتقع صحيحة، وإن لم يتم فيها الحيابة. فلقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/19 أنه: "من المقرر فقهاً أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز، وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها، ولو لم يتم الحوز حتى حصول المانع ومات الواهب، فالهبة صحيحة إذا أشهد عليها. ومن تم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير مؤسس، ويستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الواهب وهب لزوجته (المطعون ضدها)، وأشهد على هبته، فإن القرار المطعون فيه باعتماده على أقوال الشهود والوثيقة العرفية في تأكيد الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى الطاعن الرامية إلى تمكينه من نصيبه من إرث أخيه زوج المطعون ضدها، طبق صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"³³⁶.

ويتضح من هذا القرار أن المحكمة العليا أثبتت الهبة بين الزوجين بناء على شهادة الشهود ووثيقة عرفية، رغم أن الحيابة لم تتم، وهو ما عبرت عنه المحكمة بعدم الحوز. وأشارت المحكمة إلى وجود مانع من انتقال الحيابة إلى غاية وفاة الواهب، مع أن نص قانون الأسرة لم يشترط وجود المانع، ذلك أن علاقة الزوجية في حد ذاتها تعتبر مانع أدبي بين الزوجين، سواء بخصوص الحيابة أو التوثيق.

336- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1990/02/19، ملف رقم 58700، المجلة القضائية، 1991، العدد 04، ص133.

وتتعد الهبة بتبادل الإيجاب والقبول، ومع ذلك يمكن للمرأة المتزوجة الرجوع في الهبة بوصفها أحد الأبوين إذا كانت الهبة لأحد أبنائها، وهذا ما نصت عليه المادة 211 ق.أ بقولها: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه..."، وقيدّ المشرع حق الرجوع هذا بعدم توافر إحدى الحالات الثلاث التالية:

- أ- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- ب- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- ج- إذا تصرف الموهوب له في الشيء ببيع، أو تبرع، أو ضاع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

ويلاحظ أن المشرع قد أورد هذه الإستثناءات فلم يسمح بالرجوع في حال تصرف الموهوب له في الهبة، وذلك حتى لا يتحول الرجوع في الهبة إلى نزاع بين الوالد والإبن حول ضمان الهبة المتصرف فيها. وكذلك حرص المشرع على مراعاة حاجة الإبن للهبة لضمان قرض أو قضاء دين أو من أجل الزواج، خصوصا وأن التضامن الأسري والأعراف تقتضي أن الآباء يعينون أبناءهم في مثل هذه الحالات.

وتطبيقا لما جاء به المشرع قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/05/18 أنه: "لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب"³³⁷.

وقد اعتمدت المحكمة العليا في إثبات سقوط حق الرجوع على تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، ومن ذلك أن يغير طبيعة المال الموهوب جراء أعمال قام بها، وهنا للقاضي السلطة التقديرية في تحديد تغير طبيعة الشيء من عدم ذلك. غير أن السؤال يطرح بشأن إذا كان تغير طبيعة المال الموهوب بسبب لا يد للموهوب له فيه، فهل يؤدي هذا إلى سقوط حق الرجوع؟ إن النص كان واضحا بنسبة التغيير إلى الموهوب له بقوله "أدخل عليه ما غير طبيعته". ولعل المشرع راعى هنا أن الموهوب له قد يكون تحمل مصاريف إضافية في سبيل تغيير المال الموهوب، ومن هذا المنطلق لا يسقط حق الرجوع بسبب تغير طبيعة المال الموهوب بسبب أجنبي. وإلا إذا كان القول بسقوط حق الرجوع سببه التغيير في حد ذاته، فإنه من باب أولى سقوط هذا الحق لتغير طبيعة المال الموهوب بسبب أجنبي.

ومما جاء به المشرع في أحكام الهبة، أنه اعتبر الهبة في مرض الموت بمثابة وصية، فنص في المادة

337- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/05/18، ملف رقم 330258، مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد 02، ص 377.

204 ق.أ، على أنه: "الهبه في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية". ومعلوم أن الوصية تنفذ في حدود الثلث، ولا وصية لوارث³³⁸. ولقد جاء المشرع بهذا النص حماية للورثة من تصرفات مورثهم في مرض موته، حيث يمكنه أن يهب جميع أمواله أوبعضها لحرمان بعض الورثة، أو كلهم، أوتفضيل بعضهم على بعض. ويمكن أن يحدث هذا بين الزوجين باعتبار أن كل واحد منهما يرث الآخر بعد وفاته. فإذا وهبت المرأة المتزوجة مالها في مرض موتها، كان بإمكان زوجها إثبات ذلك لتتحول الهبة إلى وصية، وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/06/16 بأنه: "من المقرر قانوناً أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية، ومن تم فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعنين رغم الثبوت بشهادات طبية بأن الواهب كان في حالة مرض مخيف، وبأن الهبة كانت في مرض موت، فإنهم بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"³³⁹. ويعتبر هذا القرار تطبيق عملي لتحول الهبة إلى وصية بسبب انعقادها في مرض الموت، والذي تم إثباته بالشهادات الطبية.

فإذا كانت الهبة في مرض الموت تتحول إلى وصية، فهل للوصية أحكام خاصة تطبق على المرأة المتزوجة؟

الفرع الثاني

أحكام وصية المرأة المتزوجة في التشريع

عرف المشرع الوصية في المادة 184 ق.أ، على أنها: "تمليك مضاف إلى بعد الموت بطريق التبرع". فالوصية تعتبر من عقود التبرع؛ وعن طريقها يمكن للمرأة المتزوجة أن تتبرع بأموالها حيث لم يفرق المشرع بينها وبين الرجل، وهي بذلك تتمتع بالمساواة معه في هذا الحق. لكن الزوجة لا يمكنها التبرع بكامل مالها، ليس لأنها زوجة ولكن لأن المشرع حدد مقدار الوصية بالثلث، وهذا ما نصت عليه المادة 185 ق.أ. ولأن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي فإنها تبقى مرهونة بإجازة الورثة إذا زادت عن ثلث المال، ويعتبر الزوج أحد الورثة الذين ينبغي الحصول على إجازتهم، وفيما عدا هذا تعتبر الوصية صحيحة، وإن قامت

338- تنص المادة 185 ق.أ، على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة". وتنص المادة 189 ق.أ، على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

339- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/06/16، ملف رقم 197335، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 281.

بها المرأة المتزوجة دون استشارة زوجها متى كانت عاقلة راشدة، طبقاً للمادة 186 ق.أ، التي نصت على أنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسعة عشر سنة على الأقل".

ولا يستحق في الأصل ورثة المرأة المتزوجة الوصية، وإن كانت أقل من الثلث لأن لهم نصيب من التركة محدد³⁴⁰.

ويمكن للمرأة المتزوجة طبقاً لنص المادة 200 ق.أ، أن توصي لشخص يختلف معها في الديانة، لكن تبقى الوصية خاضعة لقانون الهالك، وإن كان الموصي له من جنسية غير جنسية الموصي. فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/10/17 أنه: "من المقرر قانوناً أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس باعتماده على القانون الفرنسي دون مراعاة قانون الهالك أو الموصي باعتباره جزائرياً مسلماً، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، وخرق أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"³⁴¹.

وقد اعتمدت المحكمة العليا على المادة 16 ق.م، كأساس قانوني يحدد القانون الواجب التطبيق حال تنازع القوانين في مسائل الوصية والميراث وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت، وهو في قضية الحال القانون الجزائري.

وحتى في الحالات التي ينعقد الإختصاص للقانون الأجنبي، فإنه يبقى تطبيق هذا القانون مقيد بعدم تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي وإلا سيتم استبعاده³⁴².

ويمكن للمرأة المتزوجة الموصية الرجوع في وصيتها صراحةً أو ضمناً طبقاً لنص المادة 192 ق.أ، واشترط المشرع قبل ذلك الإلتزام بالشكلية لإثبات الوصية، وهذا ما نصت عليه المادة 191 ق.أ، بقولها: "تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية".

340- وهذا مانصت عليه المادة 189 ق.أ، من أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة".

341- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1990/10/17، ملف رقم 63213، المجلة القضائية، 1991، العدد 02، ص 79.

342- أنظر، زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010/2011، ص 136.

وتطبيقاً لذلك، رفضت المحكمة العليا الأخذ بالوصية الشفوية، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 1997/12/23 بأنه: "من المقرر قانوناً أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش الملكية، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن"³⁴³.

ويلاحظ أن استبعاد الوصية الشفوية هو غلق لباب الإدعاء بوجود وصية من أجل حرمان الورثة من بعض حقوقهم. لذلك فلا تقوم الوصية صحيحة إلا إذا توافرت فيها الشروط التي يتطلبها التشريع، ومتى تم إفراغها في شكل رسمي، وليس هناك من قيد على إرادة الزوجة في أن توصي بأموالها إلا ما تقرر بحكم القانون لحماية حقوق الورثة. لذلك يمكن القول بأن أحكام الوصية في التشريع الجزائري لا تشكل تمييزاً ضد المرأة، ولعل هذا هو السبب الذي جعل لجان حقوق الإنسان، وحقوق المرأة لم تنتقد المشرع في هذه المسألة.

لقد استمد المشرع الجزائري أحكام التبرع بالمال من الشريعة الإسلامية، وهذا ما جعله يتطرق إلى الوقف إلى جانب الهبة والوصية. ورغم أن المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي، إلا أن المشرع لم يأخذ بأقوال فقهاء المالكية التي تقيد تبرعات المرأة المتزوجة بإذن زوجها، ولئن كان هذا الرأي يعارضه جمهور الفقهاء إلا أن له أدلة وحجج.

الفرع الثالث

اشتراط إذن الزوج في تبرعات المرأة المتزوجة في التشريع الإسلامي

روي عن الإمام مالك أنه لا يجوز للمرأة أن تتصرف في مالها تبرعا فيما زاد عن الثلث إلا بإذن زوجها³⁴⁴. وذكر القرافي عن ابن يونس قال: "إن بعض البغداديين قال: لا يزول حجر الصغيرة حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها زوجها، وتكون مُصلحة لمالها"³⁴⁵. وأما البكر البالغة فلا ينفك الحجر عنها إلا إذا رشدها أبوها، كما أنه لا ينفك الحجر عن المتزوجة الرشيدة إلا بعد الدخول بها، وليس لها أن تعقد إلا عقود

343- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1997/12/23، ملف رقم 1160350، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 295.

344- ابن رشد، شرح بداية المجتهد...، المرجع السابق، ج 2، ص 325.

345- القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج 8، ص 229.

المعاوضات كالبيع والشراء والإجارة، وأما عقود التبرعات كالهبة والوصية فللزواج أن يحجر على زوجته فيما زاد عن الثلث. وليس للزوجة أن تتبرع بما زاد عن ثلث مالها دون موافقة الزوج.

وأورد فقهاء المالكية مجموعة من الأدلة من الكتاب والسنة، حيث استدلوا من الكتاب بقوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"³⁴⁶. ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى جعل الرجل قيما على المرأة، فله تأديبها، وإمساكها في بيته، ومنعها من البروز، وعليها طاعته، وقبول أمره³⁴⁷، ولهذا لا تستطيع أن تتبرع بأكثر من الثلث إلا بإذنه.

ومن السنة، استدلوا بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قيل للنبي صلى الله عليه وسلم: أي النساء خير؟ قال: "التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ولا مالها بما يكره"³⁴⁸. ووجه الدلالة أن الرسول صلى الله عليه وسلم أخبر بأفضل النساء، وهي التي تطيع زوجها، ولا تخالفه في نفسها، ولا في مالها بما يكره، ولا شك أن تبرع الزوجة بأكثر من الثلث مما يكرهه الزوج. واستدلوا كذلك بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "تتكح المرأة لأربعك لمالها ولحسبها وجمالها، ولدينها، فاطفر بذات الدين تربت يداك"³⁴⁹. ووجه الدلالة أنه مادامت المرأة تتكح لمالها، فإن لزوجها حقا متعلقا بهذا المال، والدليل على هذا التعلق أن الزوج يزيد وينقص في مهرها لأجل أن ينتفع الزوج بمالها، وإذا احتاج أعانته، وإذا أعسر في ماله أيسرته بمالها، فإذا أرادت أن تقوت عليه هذه المنافع كان من حقه منعها من التصرفات المذهبة للمال، كالتبرع بما زاد عن الثلث.

واستدلوا أيضا بما روي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها"³⁵⁰.

ومن القياس، قاسوا المرأة على المريض، لأن للزوج حقا متعلقا بمالها كما يتعلق حق الورثة بمال المريض.

وردا على موقف المالكية، ناقش الإمام ابن حزم الظاهري، أدلة المالكية من عدة جوانب، ومن ثم

346- سورة النساء، الآية 34.

347- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج5، ص169.

348- رواه النسائي، برقم 5324، باب أي النساء خير، سنن النسائي، المرجع السابق، ج5، ص161.

349- رواه البخاري برقم 5090، باب الأكفاء في الدين، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج3، ص360.

350- رواه أبو داود برقم 3547، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج3، ص522.

فالاستدلال بأية القوامة، استدلال ضعيف لأن الله سبحانه وتعالى لم يخص بهذا زوجاً ولا أباً ولا أماً، وليس فيها دليل على أن الزوج أو غيره منعها من مالها. وعلى هذا يكون تفسير الآية هو وجوب النفقة على النساء وكسوتهن، فصارت الآية مخالفة لهم، وحجة عليهم.

أما الاستدلال بحديث وجوب طاعة المرأة لزوجها: استدلال هو الآخر غير صحيح، لأن الطاعة لا تكون بالمنع من الصدقة وفعل الخير، والحديث روي من طريق آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ولا تخالفه في نفسها وماله بما يكره"، وهو على هذه الرواية لا دلالة فيه للمالكية على مذهبهم.

كما أن الاستدلال بحديث أن المرأة تتكح لمالها، استدلال غير منطقي لأن الرسول صلى الله عليه وسلم إنما بيّن الأسباب التي ترغب في نكاح المرأة، ولم يقرر للرجال حقوقاً في أموال زوجاتهم، ولا يدل الحديث على استحسان تزوج المرأة لمالها، بل الدال فيه على استحسان زوجها لدينها.

فضلاً على أن الاستدلال بقياس المرأة على المريض، استدلال غير صحيح كون المرأة صحيحة، وقياس الصحيح على المريض باطل ولا شبهة بينهما أصلاً، ولا علة تجمعهما. وتبرع المريض موقوف، فإن برئ من مرضه صح تبرعه، وفي المرأة أبطلوه على كل حال، والفرع لا يزيد على أصله³⁵¹.

وأخيراً بشأن الاستدلال بحديث امرأة كعب بن مالك رضي الله عنهما، قال ابن قدامة: "هذا الحديث ضعفه أكثر العلماء، أما حديث عبد الله بن عمرو فإنه يحتمل أن يراد به المرأة السفية غير الرشيدة، ويؤكد هذا ما ذهب إليه البخاري في صحيحه، من جواز هبة المرأة المتزوجة لغير زوجها إذا لم تكن سفية³⁵².

ولقد وافق جمهور الفقهاء ما ذهب إليه الإمام ابن حزم في مخالفة المالكية، والقول بحرية المرأة في التبرع بمالها.

351- ابن حزم الظاهري، المحلى، المرجع السابق، ج2، ص316.
352- أنظر، البخاري، باب هبة المرأة لغير زوجها وعنتها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفية، فإذا كانت سفية لم يجز، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج2، ص234.

الفرع الرابع

مذهب الجمهور في حرية المرأة في التبرع بمالها

إذا بلغت المرأة عند جمهور الفقهاء مبلغ الرشد كان لها حق التصرف في مالها بالتبرع دون إذن من زوجها، قد ورد في المحلى لابن حزم³⁵³ أنه: "إذا بلغ الصغير، وأفاق المجنون نفذ تصرفهما في مالهما، وجاز أمرهما في مالهما كغيرهما، ولا فرق. سواء في ذلك الحر والعبد، والذكر والأنثى، والبكر ذات الأب وغير ذات الأب، وذات الزوج والتي لا زوج لها، كل فعل في أموالهم من عتق أو هبة أو بيع أو غير ذلك نافذ، ولا اعتراض لأب ولا لزوج ولا لحاكم في شيء من ذلك". واستدل جمهور الفقهاء بمجموعة أدلة من الكتاب والسنة.

فاستدلوا من الكتاب بقوله تعالى: " وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"³⁵⁴. وقالوا بأن الله سبحانه وتعالى أمر بدفع أموال اليتامى إليهم بشرط البلوغ والرشد، لا فرق في ذلك بين ذكورهم وإناثهم، فإذا بلغت الأنثى رشيدة وجب تسليم مالها إليها، وتصبح أهلاً للتصرف ولو بالتبرع، ولو كانت متزوجة، لأن الله تعالى لم يذكر استثناء للمتزوجة.

وقوله تعالى: "فإن آنستم منهم رشداً"، أي علمتم وأبصرتم منهم الرشد، وأكثر العلماء أن الرشد لا يكون إلا بعد البلوغ، فتسليم المال إليهم يكون بشرطين: إيناس الرشد والبلوغ، فإذا بلغ الصبي والجارية، واختبر كل منهما، وعلم منهما إيناس الرشد، دفع إليهما أموالهما دون اشتراط الدخول بالجارية، فالآية ظاهرة في فك الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف دون توقف على إذن أحد³⁵⁵.

أما من السنة فاستدلوا بأحاديث كثيرة، منها ما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن "رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الأضحى ويوم الفطر، فيبدأ بالصلاة، فإذا صلى صلاته وسلم، قام فأقبل على الناس، وهم جلوس في مصلاهم، فإن كان له حاجة يبعث ذكره للناس، أو كانت له حاجة بغير ذلك، أمرهم بها، وكان يقول: "تصدقوا تصدقوا تصدقوا، وكان أكثر من يتصدق النساء، ثم ينصرف..."³⁵⁶. ووجه الدلالة في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر النساء بالتصدق ولم يفرق بين ذات الزوج وذات الأب ولم يحدد مقدار معين.

353- ابن حزم الظاهري، المحلى، المرجع السابق، ج2، ص278.

354- سورة النساء، الآية 06.

355- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج5، ص37.

356- رواه مسلم برقم 889، كتاب صلاة العيدين، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص393.

وروي عن ميمونة بنت الحارث أم المؤمنين رضي الله عنها أنها أعتقت وليدة ولم تستأذن النبي صلى الله عليه وسلم، فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدتي؟، قال: "أوفعلت؟"، قالت: نعم، قال: "أما إنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك"³⁵⁷.

فدلّ الحديث على جواز تصرف ميمونة رضي الله عنها في مالها بالتبرع من غير توقف على إذن زوجها، ولو كان تصرفها لا ينفذ لأبطله النبي صلى الله عليه وسلم. وقد نوقش هذا الحديث بأنه يحتمل أن تكون أم المؤمنين رضي الله عنها ذات مال كثير، والوليدة لا تزيد عن ثلث مالها، وأجيب عن هذا بأنه احتمال لا دليل عليه.

ومن المعقول استدلوها بعدة أوجه منها خاصة أن من وجب دفع ماله إليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن، كالغلام³⁵⁸.

وفي هذا قال الإمام الجصاص: "وما قالوه (أي المالكية) محمول على التي لا تقوم بحفظ المال، لأنها لا خلاف أنها إذا كانت ضابطة لأمرها، حافظة لمالها دفع إليها. أما إذا كانت غير مؤنسة للرشد، ولا ضابطة لأمرها لم يدفع إليها مالها، فعلمنا أنهم إنما أرادوا ذلك فيمن لم يؤنس رشدها"³⁵⁹. وكما قال الإمام ابن حزم الظاهري: "أما قول مالك فلا نعلم له متعلقاً لا من القرآن ومن السنة، ولا من قول صحابي ولا تابعي، ولا أحد قبله نعلمه، إلا رواية عمر بن عبد العزيز قد صح عنه خلافها... . وإذا أريد بالسفهاء الصبيان فنعم، وأما النساء فلا، لأنه لم يأت قرآن ولا سنة بأنهن سفهاء، بل قد ذكروهم الله تعالى مع الرجل في أعمال البر، فقال: "والمصدقين والمتصدقات"، و في سائر أعمال البر"³⁶⁰.

وكما قال الإمام محمد أبو زهرة: "وعلى هذا يكون رأي الإمام مالك في أهلية المرأة المتزوجة فريد في الفقه الإسلامي، لأنه لا يعتمد على إسناد قوي من نص ولا مصلحة مرسله، ولا استحسان مستقيم، ولا قياس يقوم على مناط حكم منتج"³⁶¹.

وعليه إذا كان ثابتاً من رأي جمهور الفقهاء أن المرأة المتزوجة لها الحق في التبرع ولو بكامل مالها،

357- رواه البخاري برقم 2592، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفية، فإذا كانت سفية لم يجز، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج2، ص234.

358- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4، ص300.

359- أنظر، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1992، ص580.

360- ابن حزم الظاهري، المحلى، المرجع السابق، ج2، ص289.

361- أنظر، محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1977، ص300.

إنّ فلا تثريب على المشرع الجزائري إذا تبني هذا الرأي، وليس هناك مجال للقول بأن الفقه الإسلامي يحدّ من حرية المرأة في التبرع بالمال.

ويمكن للمرأة المتزوجة أن تتلقى أموال من أقربائها عن طريق الإرث، هذا الذي نص عليه المشرع الجزائري مستتبها قواعد من الشريعة الإسلامية، غير أن هذه القواعد بدت للبعض أنها لا تساوي بين الرجل والمرأة.

المطلب الخامس

حق المرأة المتزوجة في ميراث أقاربها

يعتبر الميراث من المصادر المالية المهمة بالنسبة للمرأة والرجل على السواء، فالموت قدر حتمي على كل إنسان، ولذلك فكل صاحب ثروة معرض- في أي لحظة- للوفاة، ومن تم يترك أمواله الطائلة من بعده للورثة. ومعلوم أن المرأة بزواجها لا تنقطع عن قرابتها بل إنها تضاف إليها قرابة جديدة مع أهل زوجها، وهي قرابة المصاهرة ومن منطلق القرابة يجب أن يثبت للمرأة المتزوجة الحق في الميراث.

وقد ثبت في التاريخ حرمان المرأة من حق الميراث في عديد العصور³⁶². وحتى بعد تقرير حق المرأة في الميراث اختلفت التشريعات في كيفية تقدير نصيب الأنثى فمنها ما ساوى بينها وبين الرجل، ومنها ما فاضل بينهما، ولكل أدلته ومسوغاته، وكان لمركز المرأة في الزواج تأثير كعديد العوامل على نصيبها في الميراث. لكن الإشكال المطروح هو: متى يكون هناك تمييز بين الرجل والمرأة في الميراث؟ وما مدى صحة القول بأن عين التمييز في قانون الأسرة هي قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين؟

هذا الإشكال المطروح يبين أهمية بحث مسألة ميراث المرأة المتزوجة في المواثيق الدولية (الفرع الأول). وكذلك مسألة ميراث المرأة المتزوجة في قانون الأسرة، باعتبارها أحد الأصول أو الفروع (الفرع الثاني)، ثم ميراثها باعتبارها من الحواشي (الفرع الثالث). لتظهر بذلك عدالة قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين (الفرع الرابع)، على أنه مما يجله الكثيرون هو أن هناك مساواة أو زيادة في حظ المرأة من الميراث مقارنة بالرجل (الفرع الخامس).

362- من ذلك أن الروح الحربية التي كانت سائدة في المجتمع العربي قبل الإسلام، كانت تحرم البنات من حقه في ميراث أبيها، وتحرم الزوجة من ميراث زوجها، وكذا الأم من ميراث ابنها، وكانوا يقصرون حق الإرث على الذكور لأنهم قادرين على ركوب الخيل وحمل السلاح، والدفاع عن العشيرة. أنظر: كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص5.

الفرع الأول

ميراث المرأة المتزوجة في المواثيق الدولية

لم تتطرق النصوص الدولية إلى ميراث المرأة مباشرة، لكنها أشارت إليه ضمناً من خلال ضرورة المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، وكذلك من خلال تأكيدها على استقلال الذمة المالية للمرأة، ووجوب تساويها مع الرجل في طرق اكتساب المال وإدارته واستثماره، والتمتع به.

وانتقدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة القوانين التي لا تسوي بين الرجل والمرأة في حق الميراث، ومن ذلك ما ورد في تقريرها بأن: "هناك العديد من البلدان التي تؤدي قوانينها وممارساتها المتعلقة بالإرث والممتلكات إلى تمييز خطير ضد المرأة، ونتيجة لهذه المعاملة غير المتكافئة يمكن أن تحصل الزوجة على حصة من ممتلكات الزوج أو الأب عند الوفاة أصغر مما يحصل عليه الرجال الأرمال والأبناء الذكور، وفي بعض الأحوال تمنح المرأة حقوق محدودة ومقيدة، فلا تحصل إلا على إيراد من أملاك المتوفي. وفي كثير من الأحيان لا تراعى في حقوق النساء الأرمال في الإرث مبادئ المساواة في حيازة الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج وهذه الأحكام تخالف الاتفاقية ولا بد من إلغائها"³⁶³.

فالواضح أن المواثيق الدولية لا تعترف بعدم المساواة بين الزوجين أو بين الرجل والمرأة مهما كان الدافع، والحجج. وهي تقرر بأن مبدأ المساواة يعتبر التزاماً يقع على عاتق الدول المصادقة على الاتفاقيات الدولية التي تنص عليه، وبالتالي فإن أي إخلال بالمبدأ يعتبر إخلالاً بالمواثيق الدولية نفسها.

وكانت الجزائر في تحفظاتها على بعض نصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تستند إلى مخالفتها للتشريع، إلا في مسألة الميراث فقد أكدت أن مبدأ المساواة يخالف الشريعة الإسلامية. إذ ذكرت الجزائر - في تقريرها سنة 2009 - في الرد على توصيتي لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة رقم 23 و 24 أنه: "تخضع الحياة الشخصية للشريعة، ولاسيما الإرث الذي تحكمه قواعد ربانية تنطبق على المسلمين، وهذه القواعد جبرية لا يمكن المساس بها"³⁶⁴.

ويأتي تعليق الجزائر المذكور استجابة لطلبات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التي ذكرت في

363- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، المرجع السابق.
364- التقارير الدولية المجمعثة الثالثة والرابعة، الجزائر، وثيقة الأمم المتحدة: CEDAW/C/DZA/3-4.

العديد من المناسبات أنه ينبغي على الدول إيراد تعليقات في تقاريرها، ومن ذلك ما تضمنته توصيتها سنة 1992، بقولها: "ينبغي لتقارير الدول الأطراف أن تتضمن تعليقات على الأحكام القانونية أو العرفية المتعلقة بقوانين الإرث من حيث تأثيرها على مركز المرأة كما هو منصوص على ذلك في الاتفاقية، وفي قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي الذي يوصي فيه المجلس الدول بضمان أن يكون للرجل والمرأة اللذين تجمعها نفس الدرجة من القرابة بشخص المتوفي، الحق في الحصول على حصص متساوية في التركة، والحق في مرتبة متساوية في ترتيب الورثة. وهذه الأحكام لم تنفذ عموماً"³⁶⁵.

تعتمد المواثيق الدولية في توزيع الميراث بين الورثة على ترتيب الورثة وفقاً لدرجة القرابة من الميت، وعلى هذا الأساس تكون المرأة في نفس المرتبة مع الرجل إذا تساوت معه في نفس درجة القرابة من الميت، فتكون للمرأة المتزوجة نفس المرتبة في ميراث ابنها مقارنة مع زوجها أب الولد، فتأخذ نصيباً مساوياً لنصيب زوجها، لأن المتوفي هو ابن لهما معا في نفس الوقت.

وتتساوى المرأة المتزوجة مع إخوتها الذكور في ميراث أبيهم، كما تتساوى معهم في ميراث أخيهم المتوفي، وتحتل نفس المرتبة باعتبار أنها تتساوى معهم في درجة القرابة بالنسبة للهلك، ولا يمكن أبداً أن تعطى المرأة المتزوجة أقل من غيرها على أساس أنها لم تعد من العائلة، وأنها أصبحت تنتمي إلى عائلة الزوج.

ويقضي مبدأ المساواة كذلك أن تتساوى المرأة المتزوجة في الميراث مع الجد الذي يكون معها في نفس المرتبة إن كانت جدة، وتتساوى بنفس المفهوم العممة مع العم، والخالة مع الخال، والأخت مع الأخ؛ وهذا دون أي اعتبار.

إنه ينبغي أن تؤخذ قضية الميراث في جملتها، وليس لمجرد النظرة السطحية، ومقارنة الفروق دون النظر إلى الحكمة منها. ولا يمكن فهم حق المرأة في الميراث إلا في ضوء الموازنة العادلة بين الحقوق والواجبات المالية³⁶⁶. ولعل هذا ما جعل المشرع الجزائري يستمد أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية، ويتمسك بهذه القواعد مفضلاً التحفظ على نصوص الإتفاقيات الدولية، بدلاً من تعديل قواعد الميراث.

365- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، المرجع السابق.

366- أمانة نصير، المرجع السابق، ص 15.

الفرع الثاني

ميراث المرأة المتزوجة في قانون الأسرة، باعتبارها أحد الأصول أو الفروع

ثبت أن قانون الأسرة يعطي المرأة المتزوجة الحق في ميراث زوجها كما له الحق في ميراثها، ولا يتصور ميراث أحد الزوجين من الآخر إلا بوفاة المورث. والمرأة بعد زواجها تبقى على صلة قرابة مع عائلتها، لذلك فهي في الوقت الذي تكون فيه زوجة، فإنها بنت وأخت، وأم وعمة، وخالة، وربما جدة؛ وهي بهذه الصفات يمكن أن تثر مالا يضاف إلى ذمتها المالية، ونظراً لأهمية هذا الميراث بالنسبة للذمة المالية للمرأة المتزوجة ارتأيت أن أبحث موقف المشرع الجزائري منه.

قسّم المشرع الجزائري تركة الهالك على الورثة استناداً إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية، ولذلك تجد المرأة تثر في عدة حالات، أفصلها كالاتي:

أولاً: ميراث المرأة باعتبارها أم

يقصد بالأم: الأم المباشرة والتي تربطها بالمورث رابطة ولادة، والأم لا تحجب من ميراث ابنها أبداً لعدم توسط أي وارث آخر بينها وبين المورث. ولكن مع هذا فإنها لا تثر بالتعصيب³⁶⁷.

وقنن المشرع ميراث الأم في المواد: 1/148 و 2/149 و 3/160 و 177 ق.أ، وهي تثر على ثلاث حالات، والأصل في ذلك قوله تعالى: "وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاِحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَوَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَوَلَدٌ وَوَرِثَةٌ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثَّلَاثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ءَابَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةٌ مِّنْ أَللّٰهِ إِنَّ أَللّٰهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا"³⁶⁸.

الحالة الأولى: تأخذ الأم السدس 1/6 عند وجود الفرع الوارث مطلقاً أو عند وجود اثنين فأكثر من الإخوة أو الأخوات من أي جهة كانوا وإن كانوا محجوبين³⁶⁹؛ وهذا حسب ما نصت عليه المادة 2/149 ق.أ.

الحالة الثانية: تثر الأم الثلث 1/3 بشرط عدم وجود الفرع الوارث، وانعدام اثنين فأكثر من الإخوة، وهذا ما نصت عليه المادة 1/148 ق.أ.

367- منصور كافي، المرجع السابق، ص68.

368- سورة النساء، الآية11.

369- الحجب هو منع وارث معين من كل الميراث أو بعضه، لوجود من هو أولى منه بالإرث؛ ويسمى الأول حجب الحرمان، والثاني حجب نقصان. انظر، بلحاج العربي أحكام الموارث، المرجع السابق، ص257. وانظر، المواد من 159 إلى 165 ق.أ.

الحالة الثالثة: وهي حالة خاصة ثرت فيها الأم ثلث الباقي من التركة، وتسمى مسألة الغراويين³⁷⁰، حيث إذا اجتمعت زوجة وأبوان، فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وللأب الباقي بعد ذلك. وإذا اجتمع زوج وأبوان، فللزوجة النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس، وما بقي بعد ذلك للأب. وقد قضت بهذا المادة 177 ق.أ.

ثانيا: ميراث المرأة المتزوجة باعتبارها جدة

والمراد بها الجدة الصحيحة، وهي التي لا يدخل في نسبتها إلى المتوفي جد (نكر) أصلا³⁷¹. وهي عكس الجدة الفاسدة التي يدخل في نسبتها إلى الميت ذكر بين أنثيين. والجدة الفاسدة لا ثرت إلا مع ذوي الأرحام بعد أصحاب الفروض والعصبات، ومثال الجدة الصحيحة: أم الأم، أم الأب، أم أم الأب، وأم أم الأم، أما الجدة الفاسدة فمثالها: أم أبي الأم وأم أبي أم الأب.

ونص المشرع الجزائري على ميراث الجدة في المادة 4/149 ق.أ والمادة 161 ق.أ، أما في الشريعة الإسلامية فلم يرد في كتاب الله عز وجل نصيب الجدة، وإنما تستحق السدس بالسنة والإجماع، وعلى ذلك فميراث الجدة يكون كالتالي:

ثرت الجدة السدس، سواء كانت جدة لأب أو لأم وكانت منفردة. أما إذا اجتمعت جدتان وكانتا في درجة واحدة قسّم السدس بينهما وكذلك إن كانت التي للأم أبعد، فإن كانت هي الأقرب اختصت بالسدس. وتحجب الأم كل جدة، وتحجب الجدة لأم القريبة الجدة لأب البعيدة، ويحجب الأب والجد أصلهما من الجدات.

ثالثا: ميراث المرأة المتزوجة باعتبارها بنت أو بنت ابن

1- ميراث البنت الصليبية: وهي بنت الهالك مباشرة، ولا تحجب من الميراث حجب حرمان أبداً، ودليل ميراثها قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك، وإن كانت واحدة فلها النصف"³⁷². وللبنات الصليبية ثلاث حالات، تفصيلها كما يلي:

الحالة الأولى: حسب المادة 2/144 ق.أ تراث النصف بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكر كان

أو أنثى.

370- تسمى بالغرأويين لشهرتهما، وتشببها لهما بغرة الفرس التي تأتي في مقدمة رأسه. انظر، منصور كافي، المرجع السابق، ص69.

371- سعيد بويصري، المرجع السابق، ص68.

372- سورة النساء، الآية 11.

الحالة الثانية: تترث الثلثين إذا كانتا بنتين فأكثر، ولم يكن معهن من يعصبه³⁷³، وهذا وفقا لنص المادة 1/147 ق.أ.

الحالة الثالثة: تترث بالتعصب مع أخيها (ابن فأكثر) للذكر مثل حظ الأنثيين.

2- ميراث بنت الإبن: بنت الإبن وإن نزلت تقوم مقام البنت الصليبية عند انعدامها، وهي تحجب حجب الحرمان بالإبن، والبنتين الصليبيتين؛ وهي على ذلك تترث على أربع حالات، كما يلي:

الحالة الأولى: تترث النصف بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى وولد الإبن في درجتها، وقد ذكر المشرع هذه الحالة في المادة 3/144 ق.أ.

الحالة الثانية: تترث الثلثين إذا كانتا اثنتين فأكثر بشرط عدم وجود ولد الصلب أو إبن الإبن في درجتها، طبقا للمادة 2/147 ق.أ.

الحالة الثالثة: تترث بالتعصيب إذا كان معها ابن إبن في درجتها، فيكون ذلك حسب المادة 2/155 ق.أ، مع أخيها أو ابن عمها المساوي لها في الدرجة، أو ابن عمها الأسفل درجة بشرط أن لا تترث بالفرض.

الحالة الرابعة: تترث حسب المادة 5/149 ق.أ، السدس تكملة للثلثين مع البنت الصليبية الواحدة.

وفي الحالات التي لا تترث فيها المرأة من أصلها (الجد أو الجدة)، فإنه يمكن أن تترث عن طريق التنزيل³⁷⁴ حسب ما نص عليه المشرع في المادة 169 ق.أ.

وإن لم تكن المرأة من الفروع أو الأصول بالنسبة للهالك، فإنها قد تكون من الحواشي، وهي تترث بهذه الصفة أيضا.

373- العصبية أو العاصب هو كل وارث ليس له سهم مقدر في كتاب الله تعالى أو في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وعلى هذا يأخذ نصيبه بعد أصحاب الفروض، وإذا تفرد أخذ التركة كلها. أنظر، فشار عطاء الله، المرجع السابق، ص126.

374- وللتنزيل أحكام، ذكرها المشرع في المواد من 169 إلى 172 ق.أ، حيث تنص المادة 169 على أنه: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية المادة 170: "أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".

المادة 171: "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة.

المادة 172: "أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين".

الفرع الثالث

ميراث المرأة المتزوجة باعتبارها من الحواشي

يفرق المشرع بين الأخت الشقيقة والأخت لأب والأخت لأم. ولكل واحدة حالات خاصة من الميراث، تفصيلها كالاتي:

أولاً: الأخت الشقيقة

وهي التي تشارك الميت في أصله من أبيه وأمه، أي لهما نفس الأب ونفس الأم، والأخت الشقيقة ثرت وهي التي تشارك الميت في أصله من أبيه وأمه، أي لهما نفس الأب ونفس الأم، والأخت الشقيقة ثرت حسب قانون الأسرة في ست حالات.

ودليل ميراث الأخت الشقيقة قوله تعالى: "يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ أَمْرًا هَلَاكًا لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا أُثْنَيْنِ فَلَهُمَا التُّنْثَانُ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"³⁷⁵.

وتحجب الأخت الشقيقة حجب حرمان بالأب دون الجد، كما تحجب بالفرع الوارث المذكر، كالابن وابن الابن وإن نزل.

الحالة الأولى: ثرت النصف بشرط انفرادها وعدم وجود الأخ الشقيق، وعدم وجود الأب، وانعدام ولد الصلب، وكذلك انعدام ولد الإبن ذكرا كان أو أنثى، وانعدام الجد الذي يعصبها؛ وهذا ما جاءت به المادة 4/144 ق.أ.

الحالة الثانية: ثرت في هذه الحالة الثلثين بشرط أن تكون أختين فأكثر، وعدم وجود شقيق ذكر أو الأب أو ولد الصلب، طبقا لنص المادة 3/147 ق.أ.

الحالة الثالثة: ثرت بالتعصب مع أخيها الشقيق للذكر مثل حظ الأنثيين طبقا لنص المادة 3/155 من قانون الأسرة.

375- سورة النساء، الآية 176.

الحالة الرابعة: تـرت عـصبة عند وجودها مع واحدة فأكثر من بنات الصلب أو بنات الإبن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدرجة أو الجد، وتـرت بنفس القاعدة وإن كانت عدة أخوات شقيقات. وهذا ما ذكره المشرع في المادة 156 ق.أ.

الحالة الخامسة: تـرت الأخت الشقيقة مع الجد مع مراعاة الأفضليات القانونية التي يتمتع بها الجد طبقاً لنص المادة 158 ق.أ، حيث إذا اجتمع الجد العاصب مع الإخوة الأشقاء أو مع الإخوة لأب ذكورا أو إناثا، أو مختلطين، فله الأفضل من: ثلث جميع المال، أو المقاسمة. وإذا اجتمع مع الإخوة وذوي الفروض فله الأفضل من: سدس جميع المال، أو ثلث ما بقي بعد ذوي الفروض، أو مقاسمة الإخوة كذكر منهم.

الحالة السادسة: (مسائل خاصة): تراعى بعض المسائل الخاصة في ميراث الأخت الشقيقة، ومن ذلك المسألة الأكدرية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 175 ق.أ، والتي نصت على أنه: "لا يفرض للأخت مع الجد في مسألة إلا في الأكدرية، وهي: زوج وأم وأخت شقيقة أو لأب وجد، فيضم الجد ما حسب له إلى ما حسب لها، ويقسمان للذكر مثل حظ الأنثيين، أصلها من ستة وتعول إلى تسعة، وتصح من سبع وعشرين. للزوج تسعة، وللأم ستة، وللأخت أربعة وللجد ثمانية".

وكذلك تدخل الأخت في حالة خاصة أخرى وهي المسألة المشتركة، التي نص عليها المشرع في المادة 176 ق.أ، التي جاء فيها أنه: "يأخذ الذكر من الإخوة كالأنتى في المشتركة، وهي زوج وأم وأجدة، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فيشتركان في الثلث: الإخوة للأم والإخوة الأشقاء، الذكور والإناث في ذلك سواء على عدد رؤوسهم، لأن جميعهم من أم واحدة".

ثانياً: الأخت لأب

هي كل أخت تشارك الهالك في أبيه مباشرة دون أمه، وهي تحجب بالفرع الوارث المذكر دون المؤنث، وتحجب بالأب دون الجد، كما تحجب بالأخ الشقيق، والأخت الشقيقة إذا كانت العصبة مع البنات، وتحجب بالأختين الشقيقتين فأكثر. وحالاتها في الميراث ست حالات، هي كالتالي:

الحالة الأولى: تـرت حسب المادة 5/144 ق.أ، النصف بشرط انفرادها، وعدم وجود من يعصبها.

الحالة الثانية: حسب المادة 4/147 ق.أ، تـرت الأختان لأب فأكثر الثلثين بشرط عدم وجود من يعصبهم.

الحالة الثالثة: ترث بالتعصب مع الأخ لأب للذكر مثل حظ الأنثيين حسب المادة 4/155 ق.أ.

الحالة الرابعة: ترث الأخت لأب ولو تعددت السدس، بشرط أن تكون مع الأخت الشقيقة الواحدة وعدم وجود من يعصبها، وهذا طبقا للمادة 6/149 ق.أ.

الحالة الخامسة: ترث عصبه مع البنات عند انعدام الأخت الشقيقة، وهذا طبقا لنص المادة 157 ق.أ.

الحالة السادسة: تدخل مع الجد بحسب الأفضليات المذكورة سابقا في الحالة الخامسة للأخت

الشقيقة.

ثالثا: الأخت لأم

وهي التي تشترك مع الهالك في الأم مباشرة دون الأب، ودليل ميراث الإخوة لأم قوله تعالى: " وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ" ³⁷⁶.

وتحجب الأخت لأم حجب حرمان بالأصل المذكر كالأب والجد وإن علا، وبالفروع الوارث مطلقا ذكرا أو أنثى، وهي بذلك على حالتين في الميراث.

الحالة الأولى: ترث السدس بشرط أن تكون منفردة، وهذا ما نصت عليه المادة 7/149 ق.أ.

الحالة الثانية: تقسم الأخت لأم الثلث مع إخوتها لأم عند تعددهم، ويقتسمونه بينهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى.

وتجدر الإشارة إلى أن الإخوة لأم يقتسمون الثلث بالتساوي أيضا مع الإخوة الأشقاء في المسألة المشتركة.

ويلاحظ مما سبق أن المرأة ترث في كثير من الحالات استنادا إلى قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، وهي القاعدة التي كانت مثار جدل باعتبارها في نظر البعض تميز بين الرجل والمرأة.

376- سورة النساء، الآية 12.

الفرع الرابع

عدالة قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين

يخلو لبعض المغرضين أن يهاجموا نظام الميراث في الإسلام، بدعوى أن هذا النظام قد ظلم المرأة، وجعل نصيبها على النصف من نصيب الرجل. ويطالبون بإلغاء هذا التشريع ووضع تشريع جديد يساوي بين المرأة والرجل³⁷⁷.

تعتبر قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين قاعدة قرآنية ثابتة، وقطعية الدلالة لا يمكن التشكيك فيها أو الدعوة إلى تعديلها، وهي من وضع الله سبحانه وتعالى لحكمة قد لا نعلمها، لكن مع ذلك هناك ما يدل على عدالة الخالق وصدق هذه القاعدة.

1- توزيع الميراث يكون مع مراعاة الأعباء الاقتصادية

إن هذا الدين كل متكامل، وهو عند توزيع التركات لا يجعلها بمعزل عن الواقع، وهي التي يمكن أن تحول الذمة المالية السلبية إلى ذمة مالية إيجابية، لذلك فهو يوزع التركة على أساس ما يتحمل كل وارث من أعباء مالية، وماله من حقوق مالية أيضاً، فكلما زادت الأعباء المالية للفرد زاد نصيبه من التركة.

يقول الأستاذ الدكتور رفعت السيد العوضي: "إذا كان الإسلام قد تنزّل بتشريع للميراث ترث فيه المرأة نصف ما يرثه الرجل فإنه قد عوض المرأة بمجموعة من الحقوق الاقتصادية التي لا تزال تحدياً إلى الآن، فلم تصل المجتمعات المعاصرة بكل نظمها إلى هذه الحقوق مجتمعة، وهذا إعجاز في القرآن الكريم"³⁷⁸.

إن الإسلام راعي التكاليف المالية المفروضة على الرجل دون المرأة، ومنها أن الرجل يقع على عاتقه واجب تقديم المهر إلى المرأة التي يريد الزواج بها، ولا تلتزم المرأة بذلك. ويلتزم الزوج بالإففاق على زوجته وأولاده، ولا تلتزم الزوجة بذلك³⁷⁹.

377- محمد ممدوح صبري الطباخ، المرجع السابق، ص210.

378- رفعت السيد العوضي، المرجع السابق، ص321.

379- محمد جمال عطية عيسى، المرجع السابق، ص65.

فلو افترضنا وفاة شخص، وورثه أخ وأخت، فإن التركة توزع بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين فيأخذ الأخ 2000 دينار مثلاً في مقابل 1000 دينار لأخته، غير أن هذا الأخ ملزم بالإففاق على نفسه وعلى أولاده وعلى زوجته، وعلى أخته إن كانت فقيرة، وهي في المقابل وإن كانت غنية فلا تلزمها نفقة أخيها، ولا تتفق إلا على نفسها إذا لم تكن متزوجة، أما إذا كانت متزوجة فإن نفقتها على زوجها وإن كانت غنية، ولا تلزمها نفقة أبنائها. وكذلك الرجل إذا لم يكن متزوج وأقبل على الزواج فإنه سيعطي للمرأة التي يتزوج بها صداقاً ويجهز بيت الزوجية، أما أخته فإنها إن أرادت الزواج فستقبض مهراً ممن يريد الزواج بها، ولا تلزم بشيء مقابل ذلك. وعلى هذا فإن مبلغ 2000 دينار الذي ورثه الرجل يكون إلى نقصان، ومبلغ 1000 دينار الذي ورثته المرأة يكون إلى زيادة، ولهذا وجب التفاوت بينهما في الميراث، وهذا عدل ما بعده عدل.

لقد ذكرت إحدى المطالبات بالمساواة بين الرجل والمرأة، بأنها لا توافق على تعديل نصيب المرأة من الميراث، لكون الشريعة على حد تعبيرها عوضتها مقابل ذلك بتكليف الزوج بالإففاق عليها وعلى أولادها، كما منحها حق التصرف بأموالها، وإن المرأة الأوربية ترث بمقدار ما يرث الرجل لكنها ملزمة بدفع المهر ومكلفة بالتخلي عن إدارة أموالها لزوجها³⁸⁰.

ولم تركز هذه المرأة إلى ما جاء في الشريعة إلا بعد أن علمت أن المرأة قد ترث الكثير وقد ترث القليل وقد لا ترث أصلاً، فإذا ألزمتها بالنفقة فإنها ستفق طول حياتها؛ وفي المقابل قد لا ترث، في حين إذا ألزمت زوجها أو أحد أقاربها بالنفقة عليها، فإنها وإن لم ترث فإنها ستظل طول حياتها معفاة من الإلتزام بالنفقة، إذن ففي الشريعة للمرأة حقوق مالية دون إلتزامات، وفي الغرب الإلتزامات مقابل حقوق غير مضمونة (قد يموت الهالك ولا يترك شيء، فلا ميراث).

وينبغي الإشارة إلى أن نصيب المرأة في الميراث ليس على النصف من نصيب الرجل في جميع الأحوال، بل إن ذلك يكون فقط في حالات أربع³⁸¹.

2- قصر ميراث المرأة على النصف من ميراث الرجل على أربع حالات

الحالة الأولى: ترث المرأة باعتبارها بنتاً نصف ما يرثه الرجل الذي هو أخوها، فترث البنت عصبية في وجود الإبن، وهذا لقوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين". ويدخل في هذا بنت الإبن

380- ياسين محمد حسين، المرجع السابق، ص30.

381- محمد ممدوح صبري الطباخ، المرجع السابق، ص212.

وبنت إبنالين.

الحالة الثانية: عند وجود الأب مع الأم ولا يوجد أولاد ولا زوج أو زوجة، فترث الأم الثلث ويرث الباقي الأب وهو الثلثان، لقوله تعالى: " فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتْهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ "382. وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر"383.

الحالة الثالثة: وجود الأخت الشقيقة أو الأخت لأب مع الأخ الشقيق أو الأخ لأب، وذلك لقوله تعالى: "وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ"384. فترث المرأة في هذه الحالة عصبه بالغير، ويكون نصيبها نصف نصيب معصبها الذي تتساوى معه في درجة وقوة القرابة.

الحالة الرابعة: إذا مات أحد الزوجين وبقي الآخر، فإن الزوج يرث النصف من زوجته عند عدم وجود أبناء، أما الزوجة فترث الربع بنفس الشروط، وإذا وجد الأبناء فإن الزوج يرث الربع من زوجته، في حين ترث هي الثمن منه بنفس الشروط، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: "ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد...".385. فيلاحظ أن الزوجة ترث من زوجها نصف ما يرثه الزوج منها.

وباستثناء الحالات الأربع المذكورة، فإن هناك العديد من الحالات التي ترث فيها المرأة بالمساواة مع الرجل، وحالات أخرى ترث فيها المرأة أكثر من الرجل، بل هناك حالات ترث فيها المرأة ولا يرث نظراًؤها من الرجال"386.

382- سورة النساء، الآية 11.

383- رواه مسلم برقم 1615، صحيح مسلم، باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر، ج2، المرجع السابق، ص757.

384- سورة النساء، الآية 176.

385- سورة النساء، الآية 12.

386- لقد عرض هذه الحالات الدكتور صلاح سلطان في بحث قيم، قال في مقدمته: "إذا كانت هناك مؤلفات كثيرة من الغيورين على الإسلام قد فندت دعاوى الحاقدين بالأدلة الدامغة والبراهين الساطعة، فإن حق المرأة في الميراث لم أقف فيه على دراسة عملية متأنية تعالجه معالجة موضوعية، فانتدبت نفسي تقرباً إلى الله وحمية على الدين المبين والتماساً للمعذرة بين يدي الله تعالى يوم الدين لأن هذا من فروض الأعيان علينا نحن المتخصصين في الشريعة الإسلامية". أنظر، صلاح سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، نهضة مصر، 1999، ص10.

الفرع الخامس

المساواة والزيادة في حظ المرأة من الميراث مقارنة بالرجل

هناك حالات يتساوى فيها نصيب المرأة من الميراث مع نصيب الرجل مما ينفي أي تمييز ضدها، بل وأكثر من ذلك نجد نصيبها في بعض الحالات يزيد على نصيب الرجل.

أولاً: الحالات التي فيها المرأة مساواة بالرجل

ترث المرأة المتزوجة من أقربائها في حالات كثيرة ما يساوي ما يرثه نظيرها من الرجال لو كان في نفس وضعها، وسأورد بعضاً من هذه الحالات.

الحالة الأولى: إذا وجد في المسألة أم وأب وولد ذكر، فيكون نصيب الأب السدس ونصيب الأم السدس، والباقي للإبن تعصياً، وكذلك إذا كان في المسألة أب وأم وبناتان، فإن للأب السدس والباقي تعصياً، وللأم السدس وللبنات الثلثين، ولأنه لا يبقى من التركة شيء، فإن نصيب الأب يكون السدس فقط، وهكذا نلاحظ تساوي الأب والأم في الميراث، فهما في نفس المركز بالنسبة للمالك، فإن قيل أنه تم تمييز الإبن الذي أخذ أكثر من الأم، فنقول قد أخذ أيضاً أكثر من الأب، فليس هذا تمييز ضد المرأة، ثم إنه في حالة وجود البنات أخذتا أيضاً أكثر من الأب، فهل نقول بأن هذا تمييز ضد الرجل؟

الحالة الثانية: عند وجود الإخوة لأم مع الأخوات لأم في مسألة واحدة فإنهم يستحقون جميعاً الثلث، ويقسم بينهم بالتساوي دون التفرقة بين الذكر والأنثى، أما إذا وجد الأخ للأم منفرد في مسألة فإنه يستحق السدس، وإذا ما وجدت الأخت لأم في مسألة أيضاً منفردة، فتأخذ نفس النصيب أي السدس.

الحالة الثالثة: وتكون في المسألة المشتركة، والتي يكون فيها زوج وأم وأختين لأم وأخ شقيق، فالأصل فيها أن للزوج النصف، وللأم السدس، وللأختين لأم الثلث، وللأخ الشقيق الباقي، غير أنه لا يبقى له شيء، فتم تعديل المسألة وأشرك الأخ الشقيق مع الأختين لأم في الثلث يقتسمونه بالتساوي دون التمييز بين الذكر والأنثى، فيكون بذلك الأخ الشقيق يرث كالأخت لأم رغم أنه أقرب منها لدرجة للمالك، فإن قيل أن هناك رأي فقهي يورث الأخ الشقيق عصبية وبالتالي لا يأخذ شيء، فإذا قلنا أن الأخت لأم أحسن منه حالاً، فهذا تمييز ضد الرجل بمفهوم الاتفاقية.

الحالة الرابعة: إذا وجد في المسألة الميراثية زوج وأم وأخت لأم وأخ شقيق، فلزوج النصف ولأم السدس ولأخت لأم السدس لإنفرادها ولأخ الشقيق الباقي.

الحالة الخامسة: حالة الدفع إلى ذوي الأرحام إذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبية، فيستحق ذوي الرحم الميراث بالتساوي بين الذكور والإناث إذا تساوا في درجة القرابة فيرث ابن البنت بالتساوي مع بنت البنت باعتبارهم جميعاً أولاد البنات.

ثانياً: الحالات التي ترث فيها المرأة أكبر من الرجل:

يقوم نظام الموارث على التوريث بالفرض أو بالتعصيب، حيث يأخذ أصحاب الفروض فروضهم ويأخذ الباقي أصحاب العصبية، فإن وجد صاحب عصبية لوحده أخذ كل التركة، وإن وجد صاحب فرض وحده أخذ نصيبه بالفرض و الباقي بالرد³⁸⁷، وأما صاحب العصبية إذا وجد مع أصحاب فروض ولم يبق شيء من التركة فإنه لا يرث شيء.

وقد ثبت بالاستقراء أن النساء يرثن أكثر بالفرض، وأن ميراثهن بالفرض أحظى لهن من ميراثهن بالتعصيب في حالات كثيرة³⁸⁸. فمثلاً أكبر الفروض: الثلثان، وهو مخصص للنساء فقط، ولا يحظى به أحد من الرجال.

الحالة الأولى: إذا وجدت في المسألة زوجة وأم وأختان لأم وأخوان شقيقان، فللزوجة الربع ولأم السدس ولأختان لأم الثلث ولالأخوين الشقيقان الباقي تعصبياً، وأصل المسألة من اثنا عشر، للزوجة ثلاثة ولأم اثنتين ولأختين أربعة ولالأخوين ثلاثة، فإذا افترضنا أن التركة 24 هكتاراً، فإن للزوجة ست هكتارات، ولأم أربع هكتارات، ولأختين لأم ثمانية هكتارات: أربع هكتارات لكل أخت لأم، ولالأخوين الشقيقين ست هكتارات، ثلاث هكتارات لكل واحد، وبهذا نلاحظ أن الأخت لأم أخذت أكثر من الأخ الشقيق، وهو أقرب منها درجة للهالك.

الحالة الثانية: إذا وجد في المسألة زوج وأم وأب، فإن للزوجة النصف، ولأم الثلث، ولأب الباقي تعصبياً، ويكون الباقي يعادل السدس، وبهذا يكون نصيب الأم أكبر من نصيب الأب، وهذا مذهب ابن عباس،

387- الرد هو صرف الزائد عن الفروض النسبية والعود به على أصحابها إذا لم يوجد عاصب في المسألة، أنظر، عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص169. ولقد جاء في المادة 167 من قانون الأسرة أنه: "إذا لم تستغرق فروض التركة ولم يوجد عصبية من النسب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام".

388- صلاح سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، المرجع السابق، ص32.

رغم أن سيدنا عمر وسيدنا زيد ذهبا إلى أن الأم تأخذ ثلث الباقي ليظل الأب محتفظا بالنصيب الأكبر، إلا أن ابن عباس كان يقول لسيدنا زيد أتجد ثلث الباقي في كتاب الله، أو تقوله برأيك؟ قال: "أقوله برأيي، لا أفضل أما على أب.."³⁸⁹. وإن كان المشرع الجزائري قد أخذ في المادة 177 ق.أ، بما ذهب إليه عمر وزيد رضي اله عنهما، إلا أنه كان بإمكانه أن يأخذ برأي ابن عباس.

الحالة الثالثة: وأعطي في هذه الحالة مثالا عن المرأة التي تراث ولا يراث نظيرها الرجل رغم وجوده في مثل حالتها، فإذا وجد في المسألة زوج وأخت شقيقة وأخت لأب، فإن للزوج النصف وللأخت الشقيقة النصف وللأخت لأب السدس، في حين إذا وجد في المسألة زوج وأخت شقيقة وأخ لأب، فإن للزوج النصف، وللأخت الشقيقة النصف وللأخ لأب الباقي تعصيبا، والباقي هنا صفر، فلا يراث شيئا. فنلاحظ أن الأخ لأب لم يراث شيئا، في حين وراثت الأخت لأب رغم وجودهما في مسألتين متشابهتين.

إن الميراث ما هو إلا من طرق زيادة الذمة المالية للمرأة والرجل على السواء، وقواعده وإن كانت عادلة عندما تكون منبثقة عن الشريعة الإسلامية، فإنها مع ذلك ليست كافية لحماية الذمة المالية للمرأة، لأجل ذلك هناك حاجة ماسة لحماية الذمة المالية للمرأة وخصوصا المتزوجة، والتي تكون عرضة للطلاق أو وفاة زوجها، وفي الحالتين يمكن أن ينجر عن ذلك نزاعات بشأن الأموال. ويمكن تفادي مثل هذه النزاعات والخصومات، بتحديد كيفية تسيير أموال الزوجة والأموال المشتركة؛ وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد من الزوجين قبل الطلاق أو بعده، أو بعد الوفاة.

الفصل الثاني

تنظيم إدارة أموال المرأة المتزوجة في ظل علاقة الزوجية

لايكف الاعتراف بالذمة المالية المستقلة للمرأة المتزوجة، ولا يكف كذلك الاعتراف لها بحق التصرف في أموالها، فكثيراً ما وجدت النصوص القانونية التي تنص على حقوق المرأة، لكن بقيت هذه الحقوق مهضومة، ولأن المرأة ينظر إليها على أنها الطرف الضعيف في العلاقة الزوجية، فإن الرجل يعتدي على حقوقها، لاسيما

389- وتسمى هذه المسألة بالعمرية، نسبة إلى سيدنا عمر رضي الله عنه، حيث أفتى فيها بأن للأم ثلث الباقي، ووافق جمع من الصحابة منهم: زيد بن ثابت وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود، وقال بهذا الرأي الحسن والثوري ومالك والشافعي وأحمد، وأصحاب الرأي وهو قول الجمهور، أنظر، الدسوقي، حاشية الدسوقي...، المرجع السابق، ج4، ص461. وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص180. وكذلك قال بهذا الظاهرية بأن للأم ثلث المال كله، أنظر، ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج10، ص326.

المالية منها، لذلك كان من الضروري توفير الحماية اللازمة لها.

لقد تدخلت مختلف التشريعات لحماية الذمة المالية للمرأة المتزوجة، غير أن هذا التدخل كان متبايناً، فمنها ما تركت كيفية إدارة أموال الزوجة إلى اتفاق الزوجين، منوهة إلى إمكانية إبرام مثل هذا الاتفاق، في حين أن بعض التشريعات الأخرى افترضت إمكانية عدم اتفاق الزوجين، وبالتالي اقترحت طريقة أوطرق عديدة لتسيير أموال الزوجين.

فالواضح إذن أن هناك تنظيم تشريعي لأموال الزوجين (المبحث الأول)، وهناك تنظيم آخر هو التنظيم الاتفاقي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التنظيم التشريعي لإدارة أموال المرأة المتزوجة داخل الأسرة

بلغ الإهتمام الدولي والوطني بالذمة المالية للمرأة المتزوجة، إلى أن توضع قواعد تشريعية تبين بدقة كيفية تنظيم وإدارة أموال الزوجة داخل الأسرة، وتحكم العلاقات المالية ما بين المرأة المتزوجة وزوجها وأبنائها كذلك، سواء من حيث الحقوق أو من حيث الالتزامات، كواجب الإنفاق على الأبناء. ولم يعد الأمر يقتصر على المساواة في الحقوق والواجبات المالية كمبدأ عام ينبغي ضمانه بالنص عليه في التشريع.

وتبعاً لما سبق، ظهر ما يعرف بالنظام المالي للزوجين، حيث في الغالب يحكم أموال الزوجين مبدأين، المبدأ الأول وهو استقلال الذمة المالية للزوجة عن أموال الزوج، والمبدأ الثاني هو إتحاد الذمم المالية للزوجين. فما المقصود بالنظام المالي للزوجين؟ (المطلب الأول)، وكيف نظم المشرع الأسري أموال الزوجين؟ (المطلب الثاني). وما الصور الشائعة للإشتراك المالي بين الزوجين؟ (المطلب الثالث). ثم كيف يتم حل مشكل تنازع القوانين بخصوص النظام المالي للزوجين؟ (المطلب الرابع).

المطلب الأول

مفهوم فكرة النظام المالي للزوجين

لقد ظهرت فكرة النظام المالي للزوجين في الفقه الغربي، في حين لم يتحدث الفقه العربي والإسلامي عن مثل هذا النظام، وذلك لأن الفقه والتشريع الغربيين أخذوا كأصل عام بنظام الإشتراك المالي، في حين أخذ

الفقه العربي والإسلامي باستقلال الذمة المالية لكل من الزوجين، وكان ينظر إلى هذا الاستقلال على أنه طبيعي ولا يعتبر نظاما ماليا. ولهذا يختلف مفهوم النظام المالي في الفقه القانوني العربي (الفرع الأول)، عنه في الفقه والتشريعات الغربية (الفرع الثاني). فضلا على أن ذات النظام له مفهوم آخر في الفقه الإسلامي (الفرع الثالث). وقد تبنت المواثيق الدولية النظام المالي للزوجين على أساس المساواة بينهما في الأعباء والحقوق، وكذلك تبنى المشرع الأسري فكرة النظام المالي في تعديل 2005 (الفرع الرابع).

الفرع الأول

مفهوم النظام المالي للزوجين في الفقه القانوني العربي

لم يبحث الفقهاء في مسائلهم ما يعرف بالنظام المالي للزوجين، واكتفوا باستقلالية الذمة المالية للزوجة، وإذا كان ذلك راجع إلى أن الشريعة الإسلامية قد حددت الحقوق والواجبات المالية، فجعلت النفقة حق للزوجة والأبناء، واجب على الزوج. وكذلك جعلت المهر حق للزوجة على الزوج، كما أوجبت عليه تجهيز البيت ومحل السكن، في حين قال بعض الفقه أن جهاز الزوجية واجب على الزوجة³⁹⁰. ومع ذلك فإن كل هذا لا ينفي وجود نظام مالي، لأن الزوجة يمكنها أن تكتسب أموال أثناء الحياة الزوجية أو قبلها، وهذه الأموال قد تتعلق بها ديوننا، فكان ينبغي توضيح كيفية تنظيم هذه الأموال.

ويوجد في الفقه العربي حق الميراث وهو حق متبادل بين الزوجين، حيث لكل منهما نصيب في مال الآخر، ولأن كل منهما مسؤول عن ديونه، فإن الحي منهما لا يرث الميت إلا بعد سداد ديونه، وهذا التسيير والتنظيم للأموال بين الزوجين يعتبر نظاما ماليا.

وبشأن مفهوم النظام المالي، يقول الأستاذ الدكتور بلحاج العربي: "المقصود بالنظام المالي للزوجين هو مجموعة الأحكام التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال مدة الزواج وبعده، فإن عقد الزواج يطرح عادة مشاكل تتعلق بتوزيع الثروة الزوجية، بما في ذلك نصيب كل واحد من الزوجين في الأموال المشتركة المكتسبة أثناء قيام الحياة الزوجية، وكذا بعد انحلال الزواج، وهذا دون إغفال مشكل تحمل الديون الناتجة عن الحياة الزوجية سواء بين الزوجين أنفسهما أو بين أحدهما والورثة الشرعيين"³⁹¹.

391- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص 409.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه طويل نسبياً كون أن الأستاذ بلحاج العربي أراد أن يوضح الحاجة إلى النظام المالي بسبب ما يطرحه عقد الزواج من مشاكل تتعلق بالثروة الزوجية، فذكر من هذه المشاكل: نصيب الزوجين من المال بعد انحلال الزواج، ومسألة الديون في ذمة أحد الزوجين. ولذلك يمكن القول أن الأستاذ عرّف النظام المالي بأنه مجموعة القواعد والأحكام التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال مدة الزواج وبعده.

ومن خلال هذا التعريف يطرح التساؤل التالي: إذا كان ممكناً إدخال النفقة والمهر والميراث في مسمى العلاقات المالية، فهل يمكن الحديث عن علاقات مالية بين الزوجين بشأن أموال الزوجة الشخصية وديونها؟ ولإجابة على هذا التساؤل، يمكن القول أنه للزوجة علاقات مالية، لكن ليست بالضرورة دائماً مع زوجها فقط.

أما الدكتور رعد مقداد محمود الحمداني، عرفه كما يلي: "إن المقصود بالنظام المالي هو علاقة كل من الزوجين بأمواله وبأموال الزوج الآخر، وبالأموال المشتركة بينهما، وكذلك علاقة كل من الزوجين بالديون المترتبة بذمته وبذمة الزوج الآخر، وبالديون المشتركة والمستحقة عليهما وتحديد المسؤولية عن الإنفاق الزوجي..."³⁹².

ويلاحظ على هذا الموقف أنه عرف النظام المالي بعلاقة الزوجين بالأموال والديون، وأضاف مسألة الإنفاق الزوجي. والنفقة تدخل في الديون أو بالأحرى الواجبات الملقاة على عاتق الزوج، كما أن النظام المالي ليس هو العلاقة في حد ذاتها، وإنما يتولى تنظيم هذه العلاقة.

وقد أورد الأستاذ خليفة علي الكعبي أيضاً تعريفاً جيداً حيث قال: "النظام المالي للزوجين هو القواعد التي تنظم المصالح المالية بين الزوجين وتحديد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج والأموال المكتسبة بعده، وطريقة التصفية والقسمة بينهما على التساوي"³⁹³.

وكان من المستحسن إضافة عبارة "طريقة التنظيم والإدارة" إلى هذا التعريف قبل عبارة "طريقة التصفية والقسمة" لأن الإشكال لا يطرح عند القسمة فقط، بل قبل ذلك عند إدارة الأموال، كما ينبغي التحفظ على عبارة

392- أنظر، رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2001، ص 01.

393- أنظر، خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس، الأردن، 2010، ص 78.

"على التساوي"، لأن القسمة لا تكون دائما على التساوي، وإنما تختلف حسب إرادة الزوجين وإرادة المشرع أو تبعا للأعراف والتقاليد.

ومما سبق يمكن تعريف النظام المالي للزوجين بأنه: "مجموعة القواعد التي تنظم الذمة المالية لكلا الزوجين سواء كانت منفردة أو متحدة، وذلك أثناء الحياة الزوجية وبعدها".

ويعتبر النظام المالي مجموعة القواعد، لأن أي نظام قانوني أو فقهي أو عرفي يتطلب وجود مجموعة قواعد، سواء قانونية، أو عرفية، أو فقهية، أو اتفاقية. والهدف من هذه القواعد هو تنظيم الذمة المالية للزوجين، وأما استعمال كلمة ذمة مالية بدلا من مصطلحي الديون والأموال، فذلك لأن الذمة المالية شاملة لكليهما، فالذمة المالية تتكون من مجموعة الأصول والخصوم.

وفي التعريف إشارة إلى أن الذمة المالية قد تكون منفردة أو متحدة، وهذا التوضيح لأن النظام المالي يمكن أن يحكم أموال الزوجين كل على حده، وينظم أيضا الأموال المشتركة بينهما.

ثم أن التعريف يشير في الأخير، إلى أن هذا التنظيم يكون أثناء الحياة الزوجية وبعدها، مع ملاحظة أنه قبل الحياة الزوجية لا توجد علاقة تربط المرأة بالرجل، وإن كانت بينهما علاقات مالية فتحكمها القواعد العامة لانعدام رابطة الزواج. أما بعد الزواج فتطرح مسألة اكتساب الأموال، وإدارتها، والتصرف فيها، وتوزيع أصول الأموال وأرباحها، وكذلك الأمر ذاته بعد انحلال الزواج بالطلاق أو الوفاة.

ويبقى بهذا النظام المالي في الفقه القانوني العربي جديد عهد بالبحث، على النقيض مما هو عليه الأمر في الفقه الغربي.

الفرع الثاني

مفهوم النظام المالي للزوجين في الفقه والتشريعات الغربية

تأخذ معظم التشريعات الأوروبية بفكرة النظام المالي للزوجين، ويطغى على الفقه الغربي نظام الاشتراك المالي، فالمعمول به تشريعيا هو تنظيم العلاقات المالية داخل الأسرة بقواعد قانونية مفصلة تعتمد على مبدأ الاشتراك المالي في صور متعددة، ثم تترك الحرية للزوجين في اختيار النظام المناسب³⁹⁴.

394- Dominique FENOUILLET, op.cit, p.137.

فالبالدان الغربية معروف عنها الأخذ بنظام إتحاد الذمة المالية بين الزوجين مع إقرار أيضا مبدأ إنفراد الذمة المالية في حالات معينة³⁹⁵. وفي إنجلترا تسود فكرة أن الزواج هو مشاركة بين الزوجين، وهو يقتضي منهما أن يدمجا أموالها، ولكن هذه المشاركة يجب أن تنقرر بمشارطة زواج، وكل زواج يخلو من هذه المشاركة لا أثر له على الذمة المالية للزوجين³⁹⁶.

إن الأصل في الفقه والتشريع الغربيين هو إتحاد في الذمة المالية بين الزوجين، أما استقلال الذمة المالية فهو استثناء، أي أن رباط الزوجية يجعل الأموال مشتركة بين الزوجين، وهذا عكس المعمول به في الفقه الإسلامي الذي يأخذ بمبدأ استقلال الذمة المالية.

والمقصود بالملكية المشتركة بين الزوجين هي جميع الأموال المكتسبة بعد الزواج، والتي يكتسبها الزوجان من عملهما، وكذا إيراداتهم الشخصية من الرواتب والكسب أثناء قيام الحياة الزوجية مشتركة بينهما³⁹⁷.

وذهب المشرع الفرنسي إلى أن النظام المالي للزوجين يقوم على أن أموالهما مشتركة إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما³⁹⁸. وفي هذا ظلم لأحد الزوجين الذي يكون قد ساهم في ثروة العائلة بنسبة كبيرة، ثم عجز عن إثبات أمواله الخاصة، فإن جميع الأموال تعتبر أموالا مشتركة وتقتسم بالتساوي بين الزوجين.

ويلاحظ أن الزوجين قبل الزواج كانت لكل منهما ذمة مالية مستقلة، ثم بعد الزواج تفرض عليهما ذمة مالية مشتركة دون اختيارهما، فالصحيح أنه عند عدم الاختيار لنظام مالي معين يبقى الأمر كما كان عليه قبل الزواج.

يعتبر النظام المالي المعمول به في فرنسا نظام معقد، يطرح عدة إشكالات في كيفية إدارة أموال

395- زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص49.

396- أنظر، رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دار شتات، مصر، 2010، ص17.

397- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص420.

398-Art 1400 c.c.f: "La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent".

Art 1401 c.c.f: "La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres".

الزوجين، وسلطات كل زوج في التصرف في هذه الأموال، وتحمل تبعات الديون³⁹⁹.

وكذلك الأمر ذاته في كندا حيث لا يجوز للمرأة المتزوجة إجراء أي تصرف من التصرفات القانونية إلا بإذن زوجها إذا كانا قد اختارا نظام الاشتراك في الأموال، أما إذا كان النظام المتبع هو نظام الفصل بين الأموال، فمن حق الزوجة إدارة أموالها الخاصة⁴⁰⁰.

الفرع الثالث

مفهوم النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي

لم تذكر كتب الفقه الإسلامي عبارة النظام المالي للزوجين، ولم تتناقش هذه الفكرة لدى الفقهاء، فالمعلوم في الشريعة الإسلامية أن الزواج لا يؤثر على الذمة المالية لطرفي العقد، بل إن كل منهما تبقى ذمته المالية مستقلة. وبهذا فإن المرأة المتزوجة ليست في حاجة إلى اختيار نظام معين لتسيير أموالها لأن هذه الأموال تبقى منفصلة عن أموال زوجها، ولها الحرية في إدارتها والتصرف فيها.

ويذهب غالبية الفقه إلى أن التشريعات العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية لا تعرف النظام المالي للزوجين بالمفهوم المعروف في الفقه الغربي، أي أن الشريعة الإسلامية لا تعرف مثل هذا النظام المالي، لكن هناك رأي فقهي آخر يقر بوجود النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية⁴⁰¹.

وحيث أن النظام المالي للزوجين إما أن يكون مبني على انفصال الأموال، أو يُبنى على اشتراك الأموال، وهو بهذا المفهوم موجود في الفقه الإسلامي، فقد بحث الفقهاء المسلمون نظام انفصال الأموال بين الزوجين، عند الحديث عن الأهلية في التصرفات المالية، فأثبتوا للمرأة هذه الأهلية، وحق التصرف في مالها، واستدلوا بأدلة كثيرة.

ومن تلك الأدلة ما روي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قالت: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تصدقن يا معشر النساء ولو من حليكن"، قالت: فرجعت إلى عبد الله، فقلت إنك رجل خفيف ذات اليد، وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أمرنا بالصدقة، فأتته فأسأله فإن كان ذلك يجزئ عني،

399- أنظر، هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1994، العدد 01، ص164.

400- كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص128.

401- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص21، 22.

وإلا صرفتها إلى غيركم، قالت: فقال لي عبد الله: بل انتيه أنت، قالت: فانطلقت، فإذا امرأة من الأنصار بباب رسول الله صلى الله عليه وسلم، حاجتي حاجتها، قالت: وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ألقيت عليه المهابة، قالت فخرج علينا بلال فقلنا له: انت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره أن امرأتين بالباب تسألانك أتجزئ الصدقة عنهما على أزواجهما، وعلى أيتام في حجورهن؟ ولاتخبره من نحن، قالت: فدخل بلال على رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من هما؟"، قال: امرأة من الأنصار وزينب، قال: صلى الله عليه وسلم: "أي الزيانب؟"، قال: امرأة عبد الله، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لهما أجران: أجر القرابة وأجر الصدقة"⁴⁰².

وتعليقا على ما جاء في الحديث قال الدكتور يوسف حسن يوسف: "ففي هذا الحديث دليل على أن هذه المرأة كان لديها مال خاص بها لا علاقة له بمال زوجها، وفيه أن الزوج ليس له حكم في مال زوجته إلا بإذنها، وفيه أن المرأة لها حق التبوع بمالها بغير إذن زوجها، وفيه أن ليس للزوج منعها من الصدقة بمالها"⁴⁰³.

وفي الحديث أيضا دليل على وجود النظام المالي للزوجين باعتماد استقلال الذمة المالية وأن المرأة المتزوجة لا تُلزم بنظام توحيد الذمة المالية ولو كان زوجها فقيرا، ولا تلزم بالنفقة عليه أيضا، بل لا تُلزم بالمشاركة في النفقة كما هو الحال في التشريع الغربي.

فالنظام المالي للزوجين في ظل الفقه الإسلامي له مميزات سأذكر أهمها فيما يلي:

1- استقلال الذمة المالية هو الأصل

تتبنى فكرة النظام المالي للزوجين في الإسلام على استقلال أموال الزوجين عن بعضهما، لذلك تحتفظ الزوجة بأموالها التي اكتسبتها قبل الزواج وتلك التي تكتسبها أثناء الحياة الزوجية، وليس لزوجها فيها حق، ولها أن تتصرف فيها متحملة تبعات التصرف، كأن ينشأ عن تصرفها ديون في ذمتها، فُتسأل عن تلك الديون، ولا يُسأل زوجها.

فلما كانت للمرأة أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فلها أهلية إجراء التصرفات المالية، فتكتسب بها الحقوق لنفسها، وتتحمل الحقوق لغيرها كالرجل تماما. والواقع أن الفقهاء المسلمين لم يروا حاجة للنص في كل

402- رواه مسلم برقم 1000، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد والوالدين ولو كانوا مشركين، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص446.

403- يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص320.

عقد أو تصرف مالي على أن المرأة كالرجل في أهلية إجراء العقد أو التصرف، واكتفى كل منهم بأنها تتمتع بأهلية الوجوب والأداء⁴⁰⁴.

2- للزوجة حقوق مالية في مال زوجها

تفردت الشريعة الإسلامية بأن جعلت للزوجة حقوق في مال زوجها، ولا يعرف هذا إلا في الفقه الإسلامي، فإن المرأة ودون أن تشرك مالها مع مال زوجها لها الحق في الصداق عند انعقاد عقد الزواج، ثم تجب لها النفقة في مال زوجها تأخذها من مال زوجها، ولو بغير إذنه ولو كانت غنية موسرة، ويجبر عليها الزوج إن امتنع عن أدائها، وتستمر النفقة ما استمرت الحياة الزوجية. ويثبت للزوجة أن تتصدق من مال زوجها، ولها أجر في ذلك كما لزوجها أجر، فقد أخرج الإمام مسلم عن عباد بن عبد الله بن الزبير أن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهم جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا نبي الله ليس لي شيء يا نبي الله ليس لي شيء إلا ما أدخل عليّ الزبير. فهل عليّ جناح أن أرضخ مما يدخل عليّ؟" فقال: "ارضخي ما استطعت. ولا توعي فيوعي الله عليك"⁴⁰⁵.

وللزوجة بعد الطلاق الحق في النفقة ما دامت في العدة، كما لها الحق في المتعة، وأجرة الرضاع. وإذا توفي زوجها والزوجية القائمة، كان لها نصيب ثابت في ميراثه يمكن أن يزيد أو ينقص تبعاً لوجود الأبناء. لكن لا تحرم منه أبداً.

وتبقى أموال الزوجة ملكاً خالصاً لها مادامت على قيد الحياة، فإذا ماتت نُقضى ديونها وتنفذ وصيتها، ثم لا يثبت لزوجها في ذلك المال إلا نصيب محدد يزيد وينقص تبعاً لوجود الأولاد، وليس له شيء آخر غيره، أما في حالة الطلاق فليس للزوج في مال زوجته أي حق.

3- جواز توحيد الذمة المالية

إذا كان الأصل في الفقه الإسلامي هو استقلال الذمة المالية للزوجة، فإنه لا مانع من أن تتفق الزوجة مع زوجها على توحيد الذمة المالية واشتراط أي شكل لتسيير الأموال المشتركة بينهما وكيفية قسمتها، وتبعات الديون الناجمة في ذمتها، فمثل هذا الاتفاق يدخل ضمن الاشتراط في عقد النكاح. وقد قال صلى الله

404- عبد الكريم زيدان، المفصل...، المرجع السابق، ج10، ص335-338.

405- رواه مسلم برقم 1029، باب الحث على الإنفاق وكراهة الإحصاء، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص456.

عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم"⁴⁰⁶؛ وقال أيضا صلى الله عليه وسلم: "إن أحق الشرط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج"⁴⁰⁷.

وحاصل المعنى أن أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح، لأن أمره أحوط وبابه أضيق⁴⁰⁸. وإلى جانب الفقه الإسلامي، لقد عرف التشريع الجزائري هو الآخر النظام المالي للزوجين مؤخرا بعد تعديل قانون الأسرة في سنة 2005، لكن السؤال المطروح: هو ما مدى تطابق ما جاء به المشرع الأسري مع مفهوم النظام ذاته في المواثيق الدولية؟

الفرع الرابع

مفهوم النظام المالي للزوجين في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري

لم تنص المواثيق الدولية على نظام مالي معين للزوجين، لكنها أكدت على ضرورة المساواة بين المرأة والرجل في أي نظام مالي، فوفقا للجنة المعنية بحقوق الإنسان فإن المادة 4/23 من العهد الدولي تقتضي من الدول الأطراف كفالة نظام زواج ينطوي على المساواة في الحقوق والالتزامات بالنسبة لكلا الزوجين فيما يخص الملكية وإدارة الممتلكات، سواء كانت مشتركة أو ممتلكات ينفرد بها أحد الزوجين⁴⁰⁹.

وأشارت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة إلى مبدأ استقلال الذمة المالية للمرأة، حيث جاء في توصيتها رقم 21: "إن حق المرأة في حيازة الممتلكات وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها هو المحور الذي يدور حوله حق المرأة في التمتع بالاستقلال المالي"⁴¹⁰. وهذه الحقوق التي ذكرت للجنة أنها أساس للاستقلال المالي نصت عليها اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 01/15، وكذلك في المادة 01/16/ح، ففي المادة 01/15، أثبتت الحقوق للمرأة عموما، وفي المادة 1/16/ح، أثبتت الحقوق للمرأة المتزوجة، ويفهم من هذا أن الاتفاقية تشير إلى إمكانية الأخذ بنظام استقلالية الذمة المالية، إن لم نقل إنها تدعو إلى وجوب اعتماد هذا النظام.

ويستشف كذلك من توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة إمكانية العمل بنظام الاشتراك المالي

406- رواه أبو داود برقم 3594، باب في الصلح، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج4، ص16.

407- رواه مسلم برقم 1418، باب الوفاء بالشروط في النكاح، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج1، ص640.

408- نواردة دري، المرجع السابق، ص52.

409- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص106.

410- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، المرجع السابق.

حيث جاء في التوصية ذاتها أنه: "في كثير من الدول بما فيها تلك الدول التي يوجد فيها نظام الملكية المشتركة، ليس ثمة حكم قانوني يشترط استشارة المرأة عند بيع الممتلكات أو عند التصرف في تلك الممتلكات بشكل آخر، وهذا يقيد قدرة المرأة على مراقبة التصرف في الممتلكات"⁴¹¹. فاللجنة لم تَعَب على الدول العمل بنظام الاشتراك المالي بين الزوجين، وإنما أعابت عليها أن هذا النظام لا يعطي المرأة الحق في أن تستشار في التصرفات المالية، كما أعابت على الدول أنها لا تحتسب الإسهامات غير المالية عند توزيع الممتلكات الزوجية.

فِيُفَهُم مما سبق أنه لا مانع في المواثيق الدولية يحول دون تطبيق نظام الاشتراك المالي متى كان قائماً على المساواة بين الزوجين في مختلف مراحلها. فهل تبنى المشرع الجزائري النظام المالي للزوجين بهذا المفهوم؟

لم يكن قانون الأسرة الصادر في 1984 ينص على النظام المالي للزوجين، ولكن وجدت به فقرة يتيمة في إحدى المواد تشير إلى اعتماد المشرع مبدأ استقلال الذمة المالية، فقد كانت المادة 2/38 تنص على أنه: "للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها"، ولم يوضح المشرع علاقة الزوج بأموال زوجته، كما أنه لم يوضح علاقة الزوجة بالأموال المشتركة التي قد تكتسبها مع زوجها أثناء الحياة الزوجية، ومما زاد في تعقيد المسألة، وجود المادة 39 والتي أُلغيت فيما بعد، والتي كانت تنص على أنه: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة"، فهل تشمل هذه الطاعة: التقيد بأوامر الزوج واشتراط إذنه في تصرف الزوجة في مالها؟

عند تعديل قانون الأسرة في 2005، أُلغى المشرع المادة 38 المذكورة سابقاً، وأدخل الحديث عن الذمة المالية في المادة 1/37، حيث نصت على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"، وهذه الفقرة أكثر وضوحاً حيث أن استقلال الذمة المالية يفيد حرية التصرف واستقلالية الحقوق والواجبات، بما في ذلك الديون الشخصية.

ومما يحسب للمشرع أنه راعى أيضاً إمكانية تراكم الأموال المشتركة بين الزوجين فعالج هذه المسألة بالمادة 2/37، التي نصت على إمكانية إبرام اتفاق بين الزوجين حول الأموال المشتركة التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية.

وتعتبر المادة 37 من قانون الأسرة الجديدة خطوة مهمة، وفريدة من نوعها لتنظيم علاقة كل من

411- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21.

الزوجين بأمواله وبأموال الزوج الآخر، وعلاقتها معا بالأموال المشتركة والمكتسبة مدة الزواج⁴¹². أوعلى الأقل هي أول خطوة نحو تنظيم أموال الزوجين في التشريع الجزائري.

المطلب الثاني

تنظيم أموال الزوجين بالتشريع الجزائري

بعد ازدياد خروج المرأة الجزائرية للعمل، وتبعاً لما تقضي به الاتفاقيات الدولية من ضرورة حماية المرأة العاملة، قام المشرع الجزائري بحماية عمل المرأة المتزوجة من خلال الإشارة والتنويه في قانون الأسرة إلى إمكانية اشتراطها في عقد الزواج أوفي عقد لاحق على الزوج المحافظة على عملها طوال مدة الحياة الزوجية.

وظهرت في المجتمع نساء متزوجات صاحبات ثروة اكتسبها بالعمل، أو عن طريق الميراث، ونتيجة لارتباط أفراد الأسرة ببعضهم، كثيراً ما تتداخل الصلاحيات فينجم عن ذلك أن يتدخل الزوج في تسيير أموال زوجته، أو يستولي عليها، أو يفرض على الزوجة الإلتزام بالنفقة مناصفة أو تأثيث البيت، وأمام هذا الوضع واستجابة لالتزامات الجزائر الدولية، تدخّل المشرع لتنظيم طريقة تسيير أموال الزوجة الخاصة والأموال المشتركة مع زوجها، فكانت المادة 37 من قانون الأسرة.

ورغم اقتصار المشرع على مادة وحيدة في النظام المالي للزوجين، إلا أنه كرس استقلال الذمة المالية للزوجة (الفرع الأول)، وفتح المجال للإشتراك المالي بين الزوجين (الفرع الثاني). وهو ما يطرح التساؤل حول الجزاء المترتب على مخالفة الاتفاق حول الأموال المشتركة (الفرع الثالث)، في ظل النقص التشريعي في تنظيم أموال الزوجين (الفرع الرابع).

الفرع الأول

استقلال الذمة المالية للزوجة

نصت المادة 01/37 ق.أ، على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر". ويلاحظ أن هذا النص جاء مسابراً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ وضع الزوجين (الرجل والمرأة) في مرتبة واحدة بشأن استقلال الذمة المالية، ولعل المشرع أراد أن يتفادى تخصيص المرأة بالقاعدة دون الرجل كما فعل

412- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص410.

ذلك في المادة 38 ق.أ الملغاة، حيث كان ينص فيها على أن: "للزوجة الحق في التصرف في مالها". وحق التصرف إن كان ينصب على ما تملكه الزوجة إلا أنه غير كافٍ للقول باستقلالية الذمة المالية للزوجة، فالتصرف يشمل الجانب الإيجابي من الذمة المالية، ويبقى جانب آخر، وهو الجانب السلبي المتمثل في ما تتحمله المرأة من أعباء مالية، كالديون والرهن والقروض وغيرها.

لذلك فاستعمال المشرع لعبارة "الذمة المالية" أحسن من عبارة "حق التصرف في المال" باعتبار الأولى تستغرق الثانية، والأخيرة ليست سوى جزء من الأولى.

وتمثل الحقوق الجانب الإيجابي من الذمة المالية، وهي مجموع الحقوق العينية والشخصية، والجانب المالي من الحقوق المعنوية، وكذلك الحق في التعويض الناشئ عن كل فعل ضار⁴¹³.

ويمكن للمرأة أن تكتسب ذمة مالية إيجابية بالاعتماد على العناصر المكونة لها، والتي منها:

1- الأموال المكتسبة بمناسبة الزواج

وقد عرفنا سابقاً أن المرأة تكتسب أموالاً عديدة، ما كانت لتكتسبها لولا دخولها في علاقة زوجية، وأول هذه الأموال هدايا الخطبة التي يهديها إليها زوجها المستقبلية، ثم الصداق وجهاز الزوجية، وأموال النفقة، وما تحصل عليه من تعويض بعد الطلاق أو متعة. وكذلك ما ترثه من زوجها، فضلاً عما يمكن أن تحصل عليه كهدية من الزوج.

2- الأموال المكتسبة بسبب عقود التبرع أو عقود المعاوضة

تحصل المرأة المتزوجة على أموال منقولة أو عقارات عن طريق التبرع لها بالوصية أو الهبة أو التنازل. كما يمكن أيضاً أن تحصل على بعض الأموال جراء التصرفات القانونية التي تقوم بها كالبيع والإيجار والرهن وغيرها.

ويلاحظ أنه إذا كانت بعض العقود تتطلب أهلية أداء كاملة، فإن المشرع في هذا الصدد منح المرأة المتزوجة الأهلية الكاملة للتصرف، حيث جعل أهلية الزواج تكتمل ببلوغ 19 سنة للمرأة كما للرجل، وهو نفسه سن الرشد المنصوص عليه في القانون المدني⁴¹⁴.

413- محمدي فريدة، المدخل...، المرجع السابق، ص96.
414- تنص المادة 40 ق.م على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

كما يلاحظ أن المرأة قد تتزوج وهي قاصر، بترخيص من القاضي، طبقاً للمادة 1/7 ق.أ، وفي هذه الحال يكون للمرأة المتزوجة القاصر أهلية التقاضي كاملة في الحقوق والالتزامات المترتبة عن عقد الزواج بما في ذلك الحقوق المالية، وهذا ما نصت عليه المادة 2/7 ق.أ.

3- الأموال المكتسبة بسبب الميراث

يعتبر الميراث سبباً من أسباب زيادة الأحوال المالية للمرأة المتزوجة، وهو لا يحتاج إلى اتفاقية أو عقد، بل كل اتفاق في تعديل أحكام الميراث يعتبر باطلاً، لأن قواعد الميراث من النظام العام، وإضافة إلى توريث المرأة المتزوجة من أقاربها، فإنها تصبح بسبب الزواج وارثة من زوجها، ومن الأبناء الذين يولدون في ظل الزوجية.

هذا عن الجانب الإيجابي، أما الجانب السلبي للذمة المالية فيتمثل في كل الالتزامات التي تثقل كاهل الشخص أياً كان مصدرها⁴¹⁵.

ونظراً لأن المرأة المتزوجة تتمتع باستقلالية الذمة المالية، فإنها مسؤولة عن التزاماتها المالية، فتسأل في أموالها الخاصة عن ديونها، ويسري في حقها المبدأ العام القاضي بأن جميع أموال المدين ضامنة لديونه. وكذلك تلتزم بالضمان الخاص الذي قد يحصل عليه أي دائن لها، لأنه يمكن أن ترهن أي منقول أو عقار من أملاكها، كما يمكن للغير أن يكتسب ضمان خاص كحق التخصيص أو حق الامتياز، إذا كان هذا الغير دائن للمرأة المتزوجة.

وتبعاً لما تقدم فإن إشهار إفلاس المرأة المتزوجة لا ينجز عنه إفلاس زوجها، كما أن إفلاس الزوجة لا يعني بالضرورة إفلاس الزوج، وتسأل هذه الزوجة عن التعويض للغير في مالها عما أحدثته لهذا الغير من ضرر.

ويبقى التساؤل قائماً حول مصير الأموال المشتركة بين الزوجين.

الفرع الثاني

مصير الأموال المشتركة بين الزوجين

يمكن القول أن الذمة المالية للزوجين تكون في واحدة من ثلاث صور: الأولى: أن ينفرد كل واحد من

415- محمدي فريدة، المدخل...، المرجع السابق، ص96.

الزوجين بأمواله الخاصة، وهو ما يعني استقلال الذمة المالية لكل منهما، وهذا ينطبق مع ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 37ق.أ. والصورة الثانية هي: وجود أموال مشتركة بين الزوجين مع وجود اتفاق حول كيفية إدارتها، وهنا نكون بصدد تطبيق الفقرة الثانية من المادة 37، أما الصورة الثالثة فهي: أن توجد أموال مشتركة بين الزوجين ولا يوجد اتفاق حول تسييرها وتوزيعها، وهذه الحالة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

ولقد تعرضت للصورة الأولى في الفرع الأول الذي سبق هذا الفرع، ولذلك سأتناول في هذا الفرع الصورتين المتبقيتين.

أولاً: حالة وجود أموال مشتركة مع اتفاق الطرفين

افترض المشرع وجود أموال مشتركة بين الزوجين، وهذا أمر طبيعي يكاد يكون أصلاً لا استثناء، حيث أن الزوجة قد تساهم في اقتناء بعض الأجهزة، أو قد تدفع بعض المال للزوج لتوفيره لأهداف معينة، كما قد تشترك مع زوجها في عمل أو ممارسة التجارة، وكلها طرق تؤدي إلى أموال مشتركة، قد يثور بشأنها نزاع في أية لحظة، وبالتالي هناك ضرورة لوجود قواعد لفض مثل هذه النزاعات.

وفي هذا السياق، نصت المادة 2/37ق.أ، على أنه "يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما". وبعد استقراء هذا النص يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

1- لم يلزم المشرع الزوجين بإتباع نظام معين لإدارة الأموال المشتركة من خلال هذه المادة، مما يفهم أن النص لا يعدو أن يكون مجرد تنبيه وتذكير للزوجين، خاصة إذا علمنا أن مثل هذا الاتفاق كان ممكناً في ظل قانون الأسرة قبل 2005، تاريخ وضع هذا النص، فإذا كان الغرض من النص هو تنبيه الزوجين فكان الأحسن إلزام الموظف الذي يتولى إبرام عقد الزواج بضرورة إعلام الزوجين بإمكانية إبرام اتفاق حول الأموال المشتركة.

ولقد سبق المشرع المغربي إلى مثل هذا الطرح، حيث دعت مدونة الأسرة المغربية إلى توثيق الاتفاق حول الأموال المشتركة، وطلبت كإجراء احتياطي من العدلين إشعار طرفي الزواج بأن لكل منهما ذمة مالية

مستقلة، وأن له الحق في استثمار أمواله مشاركة مع الطرف الآخر، وأن لهما الحرية في اختيار طريقة المشاركة مع إمكانية توثيق ذلك في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج⁴¹⁶.

2- أشار المشرع إلى إمكانية الاتفاق بين الزوجين حول الأموال المشتركة، ولكنه حصر ذلك في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وربما هذا خطأ غير مقصود، ذلك أن الزوجة قد تشارك زوجها بأموال اكتسبتها قبل دخول الحياة الزوجية، فهل نمنعها من ذلك؟ فالأفضل حذف عبارة "التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية" أو إضافة عبارة "أو قبلها".

3- اشترط المشرع أن يكون الاتفاق في عقد الزواج، أوفي عقد رسمي لاحق: وإذا كان العقد الرسمي يمنح الزوجين معا وسيلة إثبات لا تقبل النفي، فإن هذا لا يعني عدم جواز إفراغ محتوى الاتفاق في عقد عرفي، لأن القواعد العامة في الإثبات تسمح بالإثبات بين الزوجين في مثل هذه الحالة بكافة طرق الإثبات لوجود مانع أدبي من الكتابة⁴¹⁷، كما أنه إذا كان الإثبات جائز بين غير الزوجين بكل طرق الإثبات إذا كانت قيمة التصرف لا تزيد عن مئة ألف دينار فإنه من باب أولى يكون جائزا بين الزوجين⁴¹⁸.

وبخصوص إدراج بنود الاتفاق في عقد الزواج، تقول الدكتورة زبيدة إقروفه: "إذا اختار الطرفان المتناكحان ضابط الحالة المدنية لتسجيل عقد زواجهما، فإن الاتفاق المتعلق بالأموال المشتركة بينهما لا يمكن تدوينه في الاستمارات المعدة لعقود الزواج، وهنا لا خيار أمام الطرفين إلا إبرام وثيقة مستقلة أمام الموثق"⁴¹⁹. وهذا القول يدفع إلى التساؤل حول جدوى النص على إمكانية الاتفاق في عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية. لقد سبق وأن أشار المشرع في المادة 19ق.أ، إلى أنه بإمكان الزوجان إدراج أي شرط يريانه ضروري في عقد الزواج.

وزيادة على ذلك، يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: "إن إبرام عقد الزواج بين يدي ضابط الحالة المدنية

416- أنظر، الجليلي سبيع، استقلال الذمة المالية للزوجة من خلال الشروط الإدارية لعقد الزواج وأثارها في مدونة الأسرة، دراسة تأصيلية، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية، يناير 2013، العدد 03، ص 95.

417- المادة 335 من القانون المدني تنص على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

418- المادة 333 من القانون المدني تنص على أنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

419- زبيدة إقروفه، المرجع السابق، ص 56.

بالبلدية لا يضمن تسجيل الشروط التي يجوز أن يشترطها أحد الزوجين⁴²⁰.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن أغلب عقود الزواج تبرم أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية، مما يعني أن الحديث عن تسجيل الشروط في عقد لا جدوى منه.

ثانيا: حالة وجود أموال مشتركة دون اتفاق الزوجين حولها

وهذه الحالة هي الغالبة على الأسر الجزائرية، ونظرا لأن الأموال المشتركة بين الزوجين يمكن أن تكون في صور متعددة، فإذا كانت تشكل متاعا للبيت ففي هذه الحالة يرجع في حل النزاع القائم بشأنها إلى المادة 73ق.أ. أما إذا كانت هذه الأموال خارجة عن نطاق متاع البيت، فإنه لا يوجد في قانون الأسرة نص يحكمها، وبالتالي يرجع بشأنها إلى القواعد العامة للإثبات.

ويلاحظ أن القانون المدني الذي نظم إدارة الأموال المشتركة وأحكام المعاملات اشترط في حالات عديدة ضرورة إفراغ التصرفات في قالب رسمي، وهو ما لا يكون عادة بين الزوجين، فتضيع في الغالب حقوق الزوجة المالية ضمن المال المشترك، بسبب عجزها عن الإثبات، وباعتباره الطرف الضعيف بسبب تقاليد الزواج السائدة في المجتمع الجزائري.

وتدفع إجراءات تسجيل الاتفاق المالي بين الزوجين التي نص عليها المشرع، إلى التساؤل حول الجزاء الذي يمكن أن ينجر عن مخالفة هذا الاتفاق.

الفرع الثالث

جزاء مخالفة الاتفاق حول الأموال المشتركة

يعتبر الاتفاق بين الزوجين في وثيقة رسمية حول الأموال المشتركة بينهما، وسيلة لإثبات وجود الأموال، ويسهل اقتسام هذه الأموال بين الزوجين، خاصة إذا تضمن هذا الاتفاق المقدار الذي ساهم به كل زوج، والنصيب الذي يؤول إلى كل واحد من الزوجين.

وإن الصداق والجهاز الذي أتت به الزوجة، والرواتب والإيرادات المكتسبة من مباشرة مهنة أو حرفة معينة، وكذا الأمتعة التي بها فواتير لإثبات التملك، كل هذه الأموال يسهل تقديم البينة بشأنها، أما الأموال التي

420- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية...، المرجع السابق، ج2، ص65.

لا يعرف مصدرها، والتي ينعدم الدليل بشأنها، بما فيها الأموال المشتركة فهي التي تؤدي إلى منازعات بين الزوجين⁴²¹. لذلك فالاتفاق الرسمي خير ضمان و خير دليل. ولكن هذا الأخير قد لا يحترم أيضا.

فيمكن أن تكون مخالفة الاتفاق المالي من قبل الزوج أو الزوجة أو منهما معا، فإذا وجد تراضٍ منهما على تعديل بنود العقد أو إلغاء العمل به أو تحديد مدته، فإن هذا أمر جائز لأنه يدخل في إطار ما تنص عليه القاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين. أما إذا كانت المخالفة من جانب واحد، فإن المادة 37ق.أ، لم تأت بما يمكن أن يساعد في حل مثل هذا الخلاف، لكن بالرجوع إلى المادة 53 ق.أ، الخاصة بحالات التطلاق نجد حلا، ونفرق بين حالتين: حالة تدوين الاتفاق في عقد الزواج وحالة تدوين الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

أما في الحالة الأولى، إذا افترضنا أن الاتفاق الواقع بين الزوجين حول الأموال المشتركة تمّ تسجيله في عقد الزواج، فإن كل مخالفة تعطي للزوجة الحق في طلب التطلاق، فلقد نصت المادة 53 المذكورة أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق عند مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

ولم ينص المشرع على حق الزوج في الطلاق في مثل هذه الحالة، فيفهم منه ضمنا تجسيد مبدأ الاستجابة لطلب الزوج في كل الأحوال، حيث حكم القاضي كاشف عن إرادة الزوج وليس منشأ حسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي⁴²².

ويلاحظ أن القانون لا يعتمد مبدأ مساءلة الزوج عند عدم وفائه بالشروط الملحقة بعقد الزواج، بل رتب على ذلك حق المرأة في طلب التطلاق⁴²³. وهذا يشكل إجحافا في حق المرأة، إذ أن التطلاق يؤدي إلى أن تخسر المرأة المتزوجة أسرتها وتفقد زوجها، وتنتشر مع أبنائها، فضلا عن خسارة أموالها التي اشتركت بها مع زوجها.

يقول الدكتور بن شويخ الرشيد: "كان على المشرع أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ، والإجبار أولا على التنفيذ تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين، ثم يكون الحق في

421- زبيدة إقروفه، المرجع السابق، ص58.

422- زبيدة إقروفه، المرجع السابق، ص58.

423- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني...، المرجع السابق، ص62.

طلب التطلق في آخر المطاف⁴²⁴.

وأعطى المشرع للقاضي الحق في أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة الحكم بالتطبيق؛ ويدخل في هذا التطبيق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، إلا أن هذا غير كافٍ في ظل انعدام وسائل تنفيذ الاتفاق.

أما الحالة الثانية، إذا لم يتفق الزوجان على الأموال المشتركة في عقد الزواج، فبإمكانهم الاتفاق عليها في وثيقة مستقلة، ولو بعد الزواج، وفي هذه الحالة اشترط المشرع أن يكون الاتفاق في عقد رسمي، وهذا الأخير يكون عند موثق.

وبإمكان الموثق تحرير كل الشروط التي يتقدم بها الزوج والزوجة سواء كانت شروط عامة أدبية أو مالية، كاقتراس الأرباح، ومساهمة الزوجة بجزء من أموالها في تحمل الأعباء الزوجية، وغيرها إقراراً لحرية الاشتراط بين الزوجين⁴²⁵.

وإذا كان العقد الرسمي حجة على الغير، فإن مخالفة بنوده لا تعطي الحق للزوجة في طلب التطلق على اعتبار أن الشروط التي تمت مخالفتها غير مدرجة في عقد الزواج، وإنما في عقد آخر لم يخصه المشرع بالذكر في حالات التطلق. لذلك لا يمكن للزوجة التمسك بحق التطلق إلا من باب الضرر المعترف شرعاً المنصوص عليه في المادة 10/53 ق.أ. إذ أن مخالفة الشروط المتفق عليها حول تدبير الأموال يؤدي إلى الإضرار بالزوجة، وهنا يجب عليها إثبات الضرر.

ويمكن القول أنه طالما كان الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، فإن مثل هذا العقد الرسمي يخضع للقواعد العامة في القانون المدني إذا جاز القول باستقلال العقد المالي عن عقد الزواج، وبالتالي بإمكان المرأة المتزوجة في هذه الحالة أن تطلب التنفيذ العيني بما التزم به الزوج طبقاً لما جاء في المادة 164 ق.م والتي تنص على أنه: "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً". ويعتبر الزوج بغض النظر عن العلاقة الزوجية مديناً في مواجهة الزوجة، وهو بهذه الصفة طبقاً لما جاء في المادة 160 ق.أ "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به".

424- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص137، ص141.

425- زبيدة إقروفه، المرجع السابق، ص58.

ويمكن للزوجة المطالبة بالتعويض إذا كان تنفيذ الاتفاق حول الأموال المشتركة لم يعد ممكنا، وتستند في هذا إلى ما جاء في المادة 176 من القانون المدني والتي نصت على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

وبإمكان الزوجة الاحتياط مسبقا، بأن تدرج ضمن شروط العقد شرطا يقضي بضرورة دفع الزوج لمبلغ محدد يشكل تعويضا عن إخلاله بأي شرط من شروط العقد. فلقد نصت المادة 183 من القانون المدني على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

غير أن العقد المالي المبرم بين الزوجين لم يكن إلا بسبب الزواج وبمناسبته، فلا يمكن فصله عن عقد الزواج. لذلك فهو يخضع لما جاء في قانون الأسرة من أحكام، وفي حال انعدامها يسري عليه ما نصت عليه الشريعة الإسلامية.

ويتبين مما سبق أن التنظيم التشريعي للنظام المالي للزوجين لا يزال مشوبا بالعديد من النقائص التي ينبغي تداركها.

الفرع الرابع

النقص التشريعي في النظام المالي للزوجين

عمد المشرع الجزائري إلى تكملة أي نقص في قانون الأسرة بالشريعة الإسلامية، حيث نصت على ذلك المادة 222 ق.أ، وهذا ينطبق على تنظيم أموال الزوجين في هذا القانون، إلا أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في هذا الباب يتطلب جهدا كبيرا نظرا لنقص الاجتهادات في المسألة.

لقد كان تركيز العلماء في الشريعة الإسلامية على الروابط الإنسانية والروحية للزواج، وانصراف المرأة في العصور الإسلامية إلى شؤون البيت الزوجي كواجب مقدس هو مادفع الفقهاء المسلمين إلى مناقشة العلاقات المالية بين الزوجين في مجالات ضيقة⁴²⁶، وهذا خشية أن يتحول الزواج إلى مجرد شركة مالية بين

426- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص434.

شخصين.

لكن لم تعد المرأة المتزوجة اليوم كما كان عليه العهد في عصور سابقة، فتطور المدن قد أدى إلى بروز العديد من النساء صاحبات الثروة، وتعقيد الحياة أدى إلى تداخل أموال الزوجين، وبالتالي فإن اكتفاء المشرع بمادة وحيدة في النظام المالي للزوجين يعتبر في حد ذاته نقصا، فضلا على أن النص الوحيد تعثره العديد من النقائص، والتي نذكر منها:

1- عدم وجود نص يبين كيفية حل النزاع بشأن الأموال المشتركة بين الزوجين، واكتفاء المشرع الأسري بالمادة 73، التي تفصل في النزاع في متاع البيت، في حين أن كثيرا من الأموال المشتركة لا تمثل متاعا للبيت.

2- عدم وجود ما يلزم الزوجين على إبرام اتفاق حول الأموال المشتركة، وعليه فإن المادة 37 ق.أ، والتي تجيز مثل هذا الاتفاق تبقى حبر على ورق، لأن أغلبية الجزائريين ليس لديهم إطلاع على القوانين الخاصة إذا استثنينا أهل الاختصاص.

3- إنعدام الإشارة إلى وجوب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بشأن الأموال المشتركة بين الزوجين في حالة عدم وجود اتفاق.

4- حصر الإشتراك بين الزوجين في الأموال فقط، في حين أن الزوجة قد تشترك بالعمل، كعملها في مزرعة زوجها أو مساعدتها له في تجارته، وغيرها من الأعمال التي ينبغي التفرقة بينها وبين ما يجب على الزوجة من خدمة لزوجها في البيت. فمساعدة الزوجة لزوجها في أعماله الخاصة، وإن لم ينتج عنها ربح مادي، فهي تستحق عليه أجرا، لذلك وجب أخذه بعين الاعتبار.

5- انعدام صور للإشتراك المالي بين الزوجين في التشريع الجزائري، وهو ما يجعل الزوجين تائمين في تحديد الطريقة التي تتم بها إدارة الأموال واقتسامها، لذلك كان الأجدر تقنين بعض الصور للإشتراك المالي، تعرض في شكل استثمارات وجوبا على الزوجين عند عقد الزواج، وللزوجين الحرية في اختيار أي منها أو مخالفتها إلى غيرها.

6- لم يبين المشرع الحالات التي يمكن أن ينتهي فيها الاتفاق المبرم بين الزوجين وكذلك لم يوضح الآثار التي تنجر عن ذلك⁴²⁷، فكان ينبغي وضع قواعد قانونية لهذا، خاصة إذا علمنا أن العلاقة بين الزوجين من طبيعة خاصة، ولا يمكن القول دائما بتطبيق القواعد العامة على هذه العلاقة وتوابعها.

ولأن بعض التشريعات قد توسعت في أحكام النظام المالي للزوجين، بوضع قواعد مضبوطة في هذا الشأن فإنه يمكن الاستفادة من تجربتها. فهناك صور شائعة للإشتراك المالي بين الزوجين.

المطلب الثالث

صور الإشتراك المالي بين الزوجين

تعرف أغلب التشريعات الغربية النظام المالي للزوجين، وتنظمه في صور مختلفة، معتمدة في ذلك على مبدئين أساسيين، هما مبدأ انفصال الأموال ومبدأ الإشتراك، وإذا كان فصل الأموال لا يحتاج إلى تنظيم بقدر ما يحتاج إلى ما يوضح ويبين إمكانية العمل به، فإنه على العكس من ذلك يحتاج نظام الإشتراك تحديد العديد من المسائل بدقة ووضوح، كتحديد الأموال المشتركة وسلطات كل زوج، وواجباته، ونصيب الزوجين من مكتسبات الحياة الزوجية، وكيفية تحمل الديون وغيرها كثير.

إن القاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين، وإذا كان الإشتراك في الأموال يكون صحيح بين شخصين غير متزوجين، فهو بين الزوجين أولى وأصح. ولذلك لا يوجد ما يمنع الزوجين من إبرام اتفاق بشأن أموالهما المشتركة والمنفصلة، وكلما تعددت مثل هذه العقود اختلفت عن بعضها البعض لعدم وجود نماذج للعقود الملزمة.

وذهبت بعض التشريعات إلى تحديد وتنظيم صور للإشتراك المالي، عرضتها في شكل قواعد قانونية، وللزوجين الحرية في اختيار واحدة منها، وأبرز من نظم هذا المشرع الفرنسي⁴²⁸، الذي يعتبر أن نظام الإشتراك المالي هو الأصل، وأن الفصل هو الاستثناء.

427- فمثلا طبقا للنظام المعمول به في فرنسا فإنه إذا توفي أحد الزوجين أثناء إجراءات الطلاق، فإن الطرف الآخر يستفيد مما هو مقرر في النظام المالي، لأن انحلال الزواج عن طريق حكم القاضي ينتج آثاره ابتداء من الوقت الذي يحوز فيه قوة الشيء المقضي به. أنظر:

Philippe THÉRY, Les époux et la mort (A propos des conséquences du décès sur les procédures de divorce et de changement de régime matrimonial), dans: justice et droit fondamentaux, LITEC, éditions du juris-classeur, Belgique, 2003, p.466.

لقد تعرض المشرع إلى الفرنسي إلى سلطات الزوجين معا فيما يخص أموال كل واحد منهما في نظام فصل الأموال وإلى الحد من هذه السلطات في الحالات التي تكون فيها موافقة أحد الزوجين ضرورية بالنسبة للتصرفات التي يجريها الزوج الآخر وتكون عائقا لإتمام ذلك التصرف، فيجب اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على إذن أو ترخيص للقيام بتلك التصرفات أو تقييد سلطات الزوج الآخر⁴²⁹.

ولذلك فالمشرع الفرنسي يُبقي على حد أدنى من الاشتراك حتى في حال اختيار الزوجين نظام الانفصال المالي، وذلك بتقييد سلطات الزوجين على أموالهما (الفرع الأول). ويلزم المرأة المتزوجة بالمساهمة في النفقات العائلية (الفرع الثاني)، فضلا على أنه يوجد أموال مشتركة بين الزوجين بقوة القانون (الفرع الثالث). وتثبت للمرأة سلطات على المال المشترك (الفرع الرابع). أما الديون المشتركة بين الزوجين فلها أحكام خاصة (الفرع الخامس).

الفرع الأول

تقييد سلطات الزوجين على أموالهما

تطبق التشريعات الغربية ومنها التشريع الفرنسي مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة تطبيقا حرفيا ينتج عنه عدم الاعتراف بخصوصيات كل جنس، فيذهب المشرع الفرنسي إلى المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات⁴³⁰، لذلك يفترض وجود اشتراك مالي بينهما بقوة القانون، أما الانفصال المالي فلا يكون إلا إذا اختاره صراحة في عقد صريح⁴³¹.

ويرى المشرع الفرنسي أن نظام الاشتراك المالي هو أفضل حماية للأسرة على عكس ما ذهبت إليه التشريعات العربية المستمدة من الشريعة التي ترى أن أفضل حماية هي في افتراض نظام الانفصال المالي. والسبب في هذا التباين أن الشريعة الإسلامية لم تكلف الزوجة بأعباء مالية، وأعطتها الاستقلال المالي، فكانت

428- عرف التشريع الفرنسي عبر التاريخ أنظمة مالية عديدة منها:

- 1- نظام انفصال الأموال.
 - 2- نظام الاشتراك الاتفاقي.
 - 3- نظام المساهمة في المكتسبات العائلية.
 - 4- نظام الدوطة. ولا يزال العمل ساري ببعض هذه النظم إلى اليوم في التشريع الفرنسي.
- 429- أنظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2006/2005، ص133.

430- Emmanuel PIERRAT et autres, op. cit, p.50.

431- Karine HENRY, La protection patrimoniale de l'incapable majeur marie, Mémoire du master, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Lille 2, 2004-2005, p.20.

أكبر مستفيد في العلاقة الزوجية. في حين كلف المشرع الفرنسي الزوجة بالإنفاق والمساهمة في أعباء الأسرة، فكان عنده الاشتراك أحسن طريقة لعدم تضييع حقوق المرأة، ولتحديد مساهمتها حتى لا تضطر للمساهمة في أعباء أكبر مما يجب عليها.

ونظرا لما سبق يذهب المشرع الفرنسي إلى حماية الأسرة بإجراءات معينة في حال اختيار الزوجين نظام الانفصال المالي، وهذه الإجراءات ما هي في الحقيقة إلا اشتراك مالي للزوجين بقوة القانون، لكنه في نطاق ضيق، ومن هذه الإجراءات: تدخل القضاء لمنح إذن أو ترخيص بشأن إدارة أموال الزوج الآخر، وتقييد سلطات الزوج على أمواله بطلب من الزوج الآخر.

فإذا اختار الزوجان نظام الاستقلال المالي في التشريع الفرنسي، فإن كل منهما حر في إدارة أمواله كما يشاء مع عدم الإخلال بالالتزامات العائلية⁴³²، وفي إطار هذه الحرية يمكن لأي منهما أن يوكل الآخر في التصرف في أمواله وكالة صريحة أو ضمنية طبقا لما نصت عليه المادتين 1539 و1540 من القانون المدني الفرنسي⁴³³، ولا إشكال يُطرح عند وجود وكالة صريحة سواء عامة أو خاصة، أما الوكالة الضمنية فتكون عندما يتصرف أحد الزوجين في أموال الآخر بعلمه ودون معارضة منه، لكن الإشكال يُطرح عند اعتراض الزوج على تصرفات الزوج الآخر، فما القيمة القانونية لهذا الاعتراض؟

إن الأصل في نظام الانفصال المالي أن ينفرد كل زوج بذمة مالية، ولا يحق لأي منهما التدخل في إدارة وتسيير أموال الآخر، لكن بالرجوع إلى التشريع المدني الفرنسي يتضح عكس ذلك.

432- Dominique FENOUILLET, op.cit., p.138.

433- Art.1539 c.c.f: "Si, pendant le mariage, l'un des époux confie à l'autre l'administration de ses biens personnels, les règles du mandat sont applicables. L'époux mandataire est, toutefois, dispensé de rendre compte des fruits, lorsque la procuration ne l'y oblige pas expressément".

Art.1540 c.c.f: "Quand l'un des époux prend en main la gestion des biens de l'autre, au su de celui-ci, et néanmoins sans opposition de sa part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration et de gérance, mais non les actes de disposition. Cet époux répond de sa gestion envers l'autre comme un mandataire. Il n'est, cependant, comptable que des fruits existants ; pour ceux qu'il aurait négligé de percevoir ou consommés frauduleusement, il ne peut être recherché que dans la limite des cinq dernières années. Si c'est au mépris d'une opposition constatée que l'un des époux s'est immiscé dans la gestion des biens de l'autre, il est responsable de toutes les suites de son immixtion, et comptable sans limitation de tous les fruits qu'il a perçus, négligé de percevoir ou consommés frauduleusement".

فيستطيع أحد الزوجين الحصول على إذن قضائي ولو في حال نظام الانفصال المالي⁴³⁴، وذلك متى كان الزوج الآخر يستحيل عليه التعبير عن إرادته، بأن كان فاقدا للأهلية، وفي حالة وجوده في السجن، أو غيابه عن الأسرة. ويسمح هذا الإذن للزوج المتحصل عليه أن يحل محل الزوج الآخر في المعاملات المالية التي تتطلبها مقتضيات الحياة الأسرية. ويتم تحديد سلطات الزوج الحاصل على الإذن القضائي بتقدير من القاضي⁴³⁵.

ويحدث أن يكون كلا الزوجين في حالة جيدة للتعبير عن إرادتهما، فيعترض أحدهما على تصرف الآخر، وفي هذه الحالة، يقضي التشريع الفرنسي، بإمكانية لجوء الزوج الآخر إلى القضاء للحصول على ترخيص للقيام بالتصرف الذي كان ينبغي أن يشاركه فيه الزوج الآخر أو يوافق عليه⁴³⁶.

وينبغي على الزوج طالب الترخيص أن يثبت أن اعتراض الزوج الآخر يُعارض مصلحة الأسرة، ثم بعد ذلك إذا حصل على الترخيص فإن التصرف الذي يقوم به يكون ساري المفعول في مواجهة الزوج الآخر.

مع الإشارة إلى أن التشريع الفرنسي يلزم الزوجين معا بالمساهمة في الإنفاق⁴³⁷، واقتناء تجهيزات البيت واللوازم الضرورية للحياة الأسرية المشتركة، لهذا فإن كل رفض أو عدم مشاركة من أحد الزوجين يعتبر تعطيلاً لمصالح الأسرة يستلزم ترخيص القاضي ليتصرف الزوج الآخر بمفرده.

ونص المشرع الفرنسي على تقييد سلطة الزوج على ماله، وذلك في حال أحل بالتزاماته العائلية، أو عرض مصلحة الأسرة للخطر⁴³⁸. وعلى الزوج الذي يدعي هذا أن يقدم ما يثبت ادعاءه.

434- François TERRE et Philippe SIMLER, Droit civil, les régimes matrimoniaux, Dalloz, 1994, p.9.

435- Art.219 c.c.f: "Si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge. A défaut de pouvoir légal, de mandat ou d'habilitation par justice, les actes faits par un époux en représentation de l'autre ont effet, à l'égard de celui-ci, suivant les règles de la gestion d'affaires".

436- Art. 217c.c.f: "Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement a fait défaut, sans qu'il en résulte à sa charge aucune obligation personnelle".

437- Art .212 c.c.f: "Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance".

Art .213 c.c.f: " Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir".

ويقوم القاضي بمجموعة من الإجراءات المستعجلة لحماية الأسرة، فيمكنه في هذا الصدد أن يقيد سلطة الزوج على أمواله، بأن يُبطل كل عقد يجريه ما لم يحصل على موافقة الزوج الآخر، متى كان العقد منصبا على الأموال المخصصة للاستعمال المشترك، أو كان منصبا على أموال الزوج التي بها متعلقات من الأعباء الواجبة ضمن التكاليف العائلية.

وتكون الإجراءات القضائية بتقييد حرية الزوج في ماله، إجراءات مؤقتة بحيث ينبغي أن لا تتجاوز في كل الأحوال ثلاث سنوات، وفي هذه الفترة إذا قام الزوج المحجور عليه بالتصرف في الحال، دون موافقة الزوج الآخر، فيمكن لهذا الأخير طلب إبطال هذا التصرف.

و يعتبر تدخل أحد الزوجين في مال الآخر راجعا إلى كون المشرع الفرنسي يعتمد في الأساس على نظام الاشتراك في المصاريف العائلية.

الفرع الثاني

مساهمة المرأة المتزوجة في النفقات العائلية

يشترط المشرع الفرنسي على الزوجين الإبقاء على الحد الأدنى من الاشتراك المالي، حتى وإن اختارا نظام الانفصال المالي، ويتمثل هذا الاشتراك في إلزام الزوجة بالمساهمة في نفقات الأسرة، حسب إمكانياتها المادية، وهذا في إطار المساواة بين الرجل والمرأة، إذ أن الرجل المتزوج لا يكلف هو الآخر بالإنفاق إلا حسب استطاعته وقدرته المالية⁴³⁹.

وتساوي المادة 220 من القانون المدني الفرنسي بين الزوجة والزوج في حق إبرام العقود التي تخص تسيير الأسرة وتربية الأبناء، ويدخل في تسيير الأسرة نفقات تجهيز البيت. وكل مايقوم به أحد الزوجين في

438- Art. 220/1 c.c.f: "Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts.

Il peut notamment interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints.

La durée des mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser trois ans".

439- Art. 214 c.c.f: "Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives".

إطار تسيير شؤونه الشخصية يتحمل نفقاته بمفرده، كما يكون مسؤولاً عما يمكن أن ترتبه هذه الإدارة من ديون، لأن المشرع الفرنسي فصل النفقات الشخصية عن النفقات الأسرية المشتركة، ومن خلال المادة 1404 من القانون المدني الفرنسي يمكن حصر النفقات الشخصية فيما يلي⁴⁴⁰:

1- الملابس والمنسوجات ذات الاستعمال الشخصي: حيث أن كل زوج لديه مجموعة من الملابس التي يستعملها بصفة شخصية ودورية، وهذه الملابس وغيرها من الأغراض كالمناديل الخاصة ومنشفة الحمام، وغيرها، كلها تبقى نفقاتها على صاحبها، ولا يمكنه أن يلزم الزوج الآخر بتحملها، لأنه في النهاية لا يشاركه في استعمالها.

2- عائدات التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي: إذ من الممكن أن يصاب أحد الزوجين بضرر معين، فيطالب بالتعويض، فإذا استحق التعويض كان المبلغ المستحق ملكاً للزوج المضرور لا يشاركه فيه أحد. على العكس من ذلك، إذا كان الضرر قد أصاب الأسرة، كالتعدي على لقب العائلة، ففي مثل هذه الحالات يكون الضرر قد أصاب الجميع، ومن يستحق كل أفراد الأسرة التعويض.

3- الديون والمستحقات الأخرى: حيث يتحمل كل زوج في ماله الخاص الديون التي رتبها بمناسبة أعماله الخاصة، ولا يسأل الزوج الآخر في ماله إلا عن الديون الناتجة عن نفقات الأسرة وتربية الأولاد⁴⁴¹.

4- أدوات العمل الضرورية لمزاولة المهنة: فقد يحتاج أحد الزوجين إلى أدوات ومعدات تساعد على مزاولة مهنته، وأحياناً تكون هذه الأدوات مرتفعة الثمن، لكن مع ذلك يتحمل نفقاتها شخصياً، كحاجة الزوجة الطبية إلى الوسائل الطبية، وكحاجة الزوج المقاول إلى أدوات المقاول، أما إذا كانت هذه الأدوات تدخل في تجارة أو شركة مشتركة بين الزوجين، فإن النفقات تكون عندئذ مشتركة.

440- Art. 1404 c.c.f: "Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne. Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté".

441- Art. 1414 c.c.f: " Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220".

5- كل الممتلكات ذات الطابع الشخصي وكل الحقوق اللصيقة بالشخص: وهذا يشمل كل ما كان متعلقا بالشخص ولم يذكر في التشريع، وتبقى السلطة تقديرية للقاضي في تحديد ما هو شخصي، وما هو مشترك.

وتعتبر نفقات تجهيز مسكن الزوجية مما تتحمله الزوجة مع زوجها بحسب قدرتها المالية، ولذلك فإن أثاث البيت يكون ملكية مشتركة بين الزوجين⁴⁴²، وبالتالي لا يستطيع أحدهما التصرف فيه دون موافقة الآخر⁴⁴³. ولقد حددت المادة 534 من القانون المدني الفرنسي المقصود بجهاز الزوجية⁴⁴⁴. فذكرت أنه يشمل الأثاث المخصص للاستعمال داخل المنزل، أولتزيين المنزل، ومن ذلك الخزانات والكراسي والأسرة والطاولات وغيرها، وكذلك يشمل اللوحات الفنية، والتماثيل، وأواني وأدوات الديكور.

وهناك أموال يجعلها المشرع الفرنسي مشتركة بقوة القانون بين الزوجين.

الفرع الثالث

الأموال المشتركة بين الزوجين بقوة القانون

يفرض المشرع الفرنسي على الزوجين نظام الاشتراك المالي في حال عدم اختيارهما لأي نظام من الأنظمة المالية التي يعرضها، وكذلك الحال إذا صرحا بأنهما يُخضعان زواجهما لنظام الاشتراك دون تحديد

442- وهذا عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري فيما يتعلق بمتاع البيت، حيث جعل في المادة 73 ق.أ ما هو معتاد للنساء ملك للزوجة، وما هو معتاد للرجال ملك للزوج، والمشاركات بينهما أي التي تصلح للرجال والنساء يقسمانها مناصفة على أنها أموال مشتركة، هذا كله ما لم توجد بينة بأن هذه الأموال خاصة بأحد الزوجين أو ملك مشاع.

443- Art. 215 c.c.f: " Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord. Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous".

444- Art. 534 c.c.f: "Les mots "meubles meublants" ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature. Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières. Il en est de même des porcelaines: celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la dénomination de "meubles meublants".

لبنود الاتفاق⁴⁴⁵. فلقد أعد المشرع الفرنسي نظاماً هو نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بعد الزواج، يتولى تنظيم حياة الزوجين في مثل الحالات المذكورة. لكن، هل أن كل الأموال التي يكتسبها الزوجان بعد الزواج تعتبر أموالاً مشتركة؟

فصلت المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي في الأموال التي تعتبر أموالاً مشتركة بين الزوجين حيث تتألف هذه الأموال مما يلي⁴⁴⁶:

1- مداخيل ورواتب الزوجين

وتشمل الإكتسابات الشخصية الناتجة عن مباشرة مهنة أو حرفة والرواتب وبدل الرواتب⁴⁴⁷. ويتساوى في ذلك أن يكون الزوج موظف يتقاضى راتب شهري دوري، أو يكون يشتغل في أعمال موسمية أو يعمل لحسابه الخاص نظراً لاكتسابه حرفة، ولو كان هذا العمل داخل البيت، لأن المهم هو وجود عائدات مالية.

ويتأتى دخل الزوج نتيجة لقيامه بعمل، سواء بصفة منفردة أو بالاشتراك مع الزوج الآخر، كعمل الزوجة مع زوجها مقابل دخل محدد، أو نسبة من الأرباح، وكعمل الزوج مع زوجته في تجارتها كذلك.

وكذلك يدخل ضمن مداخيل الزوجين ما يحصل عليه عن طريق التبرع كالهبة والوصية، أو ما قد يناله أحدهما من ميراث أحد أقاربه، أو من تعويض وغيره.

2- ثمار رأس المال

وهي مجموع الفوائد والأرباح التي يحصل عليها أحد الزوجين أو كليهما من استثمار الأموال التي يكتسبها، سواء كان استثماراً مباشراً وغير مباشر، فإذا امتلك أحد الزوجين سيارة وكان يقوم بتأجيرها، فإن ثمار تأجير السيارة تدخل ضمن الأموال المشتركة بين الزوجين.

ونظراً لاختلاط أموال الزوجين وفقاً للصورة التي رسمها المشرع الفرنسي، فإن من الممكن جداً أن يوجد بينهما أموالاً منقولة أو عقارية مشتركة، لذلك فقد اعتبر المشرع الفرنسي أن جميع ما يكتسبه الزوجان بعد الزواج

445- Art. 1400 c.c.f: " La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent".

446- Art. 1401 c.c.f: " La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres".

447- بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص421.

وأثناء الحياة الزوجية يعتبر مالا مشتركا، سواء كان منقولاً أو عقاراً، وإذا ادعى أحد الزوجين غير ذلك، بأن قال إن المال المذكور هو ملكية خاصة، فيقع عليه عبأ إثبات هذا وإلا اعتبر مالاً مشتركاً⁴⁴⁸.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد حمل المرأة المتزوجة عبأ إضافي، وهو أنه ينبغي أن تحتاط وتسجل كل ممتلكاتها الخاصة بعقود موثقة تشير فيها إلى أنها ملكية خاصة وليس للزوج فيها أي حق، وهذا لتتمكن من المحافظة عليها، لأن عدم القيام بهذا يجعل المال مشترك، وعلى الزوجة إثبات العكس.

ولذلك فإن الزوجة تتمتع بحماية أفضل في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية كون أن الأصل فيها استقلالية ذمتها المالية، وبالتالي يقع عبأ إثبات المال المشترك على الزوج إذا ادعى ذلك، وإلا فلا دخل له في أموال الزوجة الخاصة.

ويثبت المشرع الفرنسي للزوجة سلطات أيضاً على المال المشترك.

الفرع الرابع

سلطات المرأة المتزوجة على المال المشترك

يمكن للزوجة أن تقوم بإدارة المال المشترك إدارة منفردة دون الحاجة إلى موافقة الزوج، أو مشاركته، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات⁴⁴⁹.

فيعطي المشرع الفرنسي طبقاً لنص المادة 01/1421 من القانون المدني الفرنسي للمرأة المتزوجة السلطة كاملة للتصرف في الأموال المشتركة دون حاجة إلى إذن الزوج، وقد أسماها المشرع سلطة الإدارة الفردية للأموال المشتركة وهذه السلطة يتساوى فيها الرجل والمرأة. فيمكن للزوجة تسديد مستحقات الإيجار

448- Art. 1402 c.c.f: "Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi. Si le bien est de ceux qui ne portent pas en eux-mêmes preuve ou marque de leur origine, la propriété personnelle de l'époux, si elle est contestée, devra être établie par écrit. A défaut d'inventaire ou autre preuve préconstituée, le juge pourra prendre en considération tous écrits, notamment titres de famille, registres et papiers domestiques, ainsi que documents de banque et factures. Il pourra même admettre la preuve par témoignage ou présomption, s'il constate qu'un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit".

449- Karine HENRY, op. cit, p.23.

والنفقة على الأبناء، واقتناء اللوازم الضرورية للحياة الأسرية، فضلا عن تحصيل المبالغ المستحقة للعائلة كعائدات إيجار، أو ديونه في ذمة الغير.

ويمكن للمرأة المتزوجة أن ترتكب أخطاء أثناء التصرف في الأموال، وفي هذه الحالة ورغم أن الأموال مشتركة، إلا أن الزوجة تتحمل وحدها مسؤولية أخطائها في إدارة الأموال، وبالتالي أي تعويض مستحق عن الأضرار التي تسببها هذه الأخطاء تتحمله الزوجة في مالها الخاص، ولا علاقة له بالمال المشترك. بل يمكن للزوج الرجوع على زوجته بسبب أخطائها، كما يمكنها هي أيضا الرجوع عليه بسبب أخطائه.

ويجب على الزوج المدير أن يبذل من العناية في إدارة الأموال المشتركة ما يبذله رب الأسرة في الحرص على مصالح أسرته⁴⁵⁰.

أما إذا كانت الزوجة تمارس مهنة مستقلة عن الزوج فإنه طبقا للمادة 2/1421 من القانون المدني الفرنسي⁴⁵¹، لها وحدها السلطة الكاملة في إتمام العقود والتصرفات القانونية اللازمة لهذه المهنة وهي تتمتع بالاستقلالية في هذا.

ويثبت لكل زوج حق الاعتراض، وعليه يمكن للزوجة أن تعترض على إدارة زوجها للمال المشترك مهما كانت الإدارة عادية، لأن الإدارة تتعلق بمصالح الأسرة، وتقدير هذه المصالح يختلف من شخص إلى آخر. إن ما تتمتع به الزوجة من سلطة إدارة منفردة للمال المشترك ينبغي أن تكون بمراعاة ما ورد في المواد من 1422 وإلى 1425 من القانون المدني الفرنسي، وبالرجوع إلى هذه المواد نجد أنها تضع بعض القيود على هذه السلطة، وهذه القيود هي كالتالي:

1- لا يمكن للزوجة ولا لزوجها التصرف انفراديا في الأموال المشتركة على وجه التبرع بالهبة، ومرد هذا إلى كون الهبة تعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، ولذلك حفاظاً على مصلحة الأسرة ينبغي استشارة الزوج الآخر قبل الهبة والحصول على موافقته⁴⁵².

450- مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص234.

451- Art 1421 c.c.f: " L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci. Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425".

2- لا يمكن للمرأة المتزوجة أن توصي بالمال المشترك إلا في حدود حصتها من هذا المال، وسبب تقييد الوصية بنصيب الزوجة ومنع الهبة إطلاقاً، أن الوصية تنفذ بعد الموت، حيث لم تعد هناك مسؤولية بالإفناق وغيره على صاحب الوصية، أما الهبة فتكون حال الحياة، وبالتالي يمكن أن تؤثر على مركز الشخص في تحمل الأعباء الأسرية، ومن ثم تؤثر على كامل الأسرة، فكان المنع أولى⁴⁵³.

3- يمنع على الزوجة وعلى زوجها التصرف انفرادياً بالإيجار لأي عقار ريفي أو عقار للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي إذا كان من الأملاك المشتركة، فأبي عقد إيجار في هذا الباب ينبغي أن يحظى بموافقة الزوجين⁴⁵⁴، أما باقي الأموال الأخرى فيمكن إيجارها من قبل أحد الزوجين دون حاجة لاستصدار موافقة الآخر⁴⁵⁵.

وفي كل الأحوال السابقة، إذا وافق الزوج الآخر على التصرف فإنه ينعقد صحيحاً؛ أما إذا اعترض فله الحق في طلب إلغاء التصرف في مدة لا تتجاوز سنتين من يوم العلم بالتصرف وفي كل الأحوال في حدود سنتين من تاريخ إلغاء العمل بنظام الاشتراك المالي⁴⁵⁶.

ويتبع سلطة التصرف، سواء كانت منفردة أو مشتركة مسؤولية عن الديون قد تكون هي الأخرى مسؤولية منفردة أو مشتركة.

452- Art 1422 c.c.f: " Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté. Ils ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers".

453- Art. 1423 c.c.f: "Le legs fait par un époux ne peut excéder sa part dans la communauté. Si un époux a légué un effet de la communauté, le légataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe dans le lot des héritiers du testateur ; si l'effet ne tombe point dans le lot de ces héritiers, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet légué, sur la part, dans la communauté, des héritiers de l'époux testateur et sur les biens personnels de ce dernier".

454- Dominique FENOUILLET, op.cit, p133.

455- Art. 1425 c.c.f: "Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal dépendant de la communauté. Les autres baux sur les biens communs peuvent être passés par un seul conjoint et sont soumis aux règles prévues pour les baux passés par l'usufruitier".

456- Art. 1427 c.c.f: "Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation. L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté".

الفرع الخامس

الديون المشتركة بين الزوجين

بحكم نظام الاشتراك الذي يفرضه التشريع الفرنسي تترتب مجموعة من الديون في ذمة الزوجين، ونظرا للمسؤولية المشتركة بينهما على الأسرة، فإن الديون كثيرا ما تكون مشتركة.

ولقد حددت المادة 1409 من القانون المدني الفرنسي الجانب السلبي للذمة المالية في نظام الاشتراك المالي، حيث أشارت إلى أن هذا الجانب يتكون من النفقات التي هي على عاتق الزوجين معا، والديون التي تترتب عما يقوم به من إصلاح لبيت الزوجية وتلك الأموال التي أنفقت في سبيل تربية الأطفال⁴⁵⁷. وكل الديون الأخرى كالديون المستحقة للخزينة العامة من ضرائب و رسوم إذا كانت واردة على الأموال المشتركة.

ولا يفرق الدائنين بين الزوجين إذا كانت الديون بسبب تصرفات منفردة من أحد الزوجين، لأن المسؤولية تضامنية بينهما، لذلك يمكن للدائن المطالبة بدينه في مواجهة الزوجين معا، وفي هذا الإطار يحق له الحجز والتنفيذ على أموالهما المشتركة⁴⁵⁸. بل إنه يمكن للدائن الحجز على الأموال الخاصة لأحد الزوجين بما فيها راتبه الشهري إذا كان سبب الدين هو الإنفاق على البيت وتربية الأولاد⁴⁵⁹.

ويمكن للمرأة المتزوجة أن تمنع التنفيذ على مالها الخاص وعلى الأموال المشتركة إذا استطاعت إثبات الدفع بأن الزوج القائم بالتصرف قد ارتكب غش أثناء تصرفه، أو تثبت أن الدائن كان يسيء النية⁴⁶⁰.

457- Art. 1409 c.c.f: "La communauté se compose passivement :-à titre définitif, des aliments dus par les époux et des dettes contractées par eux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, conformément à l'article 220 ; -à titre définitif ou sauf récompense, selon les cas, des autres dettes nées pendant la communauté".

458- Art. 1413 c.c.f: "Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu".

459- Art. 1414 c.c.f: "Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. Lorsque les gains et salaires sont versés à un compte courant ou de dépôt, ceux-ci ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret".

460- Art. 1413 c.c.f: "Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu".

وتكون الزوجة مسؤولة على كل ديون الأسرة بما فيها تلك التي تكون في ذمة الزوج، ولكن يبقى الزوج مدينا للأموال المشتركة بما أدته عليه، أي إذا قام الزوج المدين بأداء ديونه الشخصية المستقلة⁴⁶¹ من الأموال المشتركة، فإنه يبقى مدينا للكتلة المالية المشتركة بين الزوجين⁴⁶².

وإذا كان هذا هو الحال في التشريع الفرنسي، وعلى منواله العديد من التشريعات الغربية، فإن التشريعات العربية قد نأت بنفسها عن الاشتراك المالي للزوجين، وجعلت المبدأ العام هو استقلال أموال الزوجين. لذا يطرح الإشكال عند وجود زواج مختلط، فأى قانون يتم تطبيقه على هذا الزواج؟ إنها مسألة تنازع القوانين.

المطلب الرابع

تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين

تختص التشريعات الداخلية للدول بتنظيم المسائل الخاصة بمواطنيها، وهي في سبيل ذلك تبين النظام المالي الذي يحكم أموال الزوجين داخل المجتمع باعتبارهما جزء لا يتجزأ من المجتمع، إلا أن الزواج كرابطة قانونية يؤدي إلى وجود علاقات زوجية بين شخصين من دولتين مختلفتين، فتتكون أسرة عمادها الزواج المختلط. ونظرا لأن الدول تتمايز فيما بينها في تشريع النظام المالي للزوجين، فإنه تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق على أموال الزوجة الخاصة أو المشتركة مع أموال زوجها، هل هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج، أم قانون الدولة التي تنتمي إليها الزوجة، أم دولة القاضي، أم هناك قانون دولي يحكم مثل هذه الحالات؟

تقوم كل دولة في إطار القانون الدولي الخاص⁴⁶³، بتحديد القانون الواجب التطبيق على أموال الزوجين في حال الزواج المختلط، ولا يمكن الوقوف على موقف تشريعات كل الدول بهذا الشأن، غير أنه من الممكن معرفة القانون الواجب التطبيق بالرجوع إلى ما يعرف بضوابط الإسناد⁴⁶⁴ (الفرع الأول). ويمكن من

461- يمكن أن يكون الدين في أصله مشتركا، لكنه يتحول إلى دين مستقل يتحملة الزوج فقط، وذلك في حال إذا ثبت أن الزوج قام بالغش أثناء التصرف المرتب للدين.

462- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص432.

463- يقول الدكتور علي علي سليمان: "القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والموطن، وتبين كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية"، أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص05.

464- ضابط الإسناد: هو عبارة عن أداة ربط بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه، والفئة المسندة هي مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة، يضع لها المشرع ضابط معين، فمثلا فئة الحقوق العينية ضابط الإسناد فيها هو قانون مكان تواجد المال، أنظر، سعادي محمد، القانون الدولي الخاص، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص36، ص37.

خلال الرجوع إلى النصوص القانونية معرفة موقف المشرع الجزائري من تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين (الفرع الثاني). ومع ذلك هناك تنظيم لأموال الزوجين في الزواج المختلط جاءت به المواثيق الدولية (الفرع الثالث)، وهو يختلف عن قواعد تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين في بعض التشريعات الداخلية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

ضوابط الإسناد المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق

يعتبر ضابط الإسناد الطريق الأساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق، ونظرا لتعدد المسائل القانونية، فإن المشرع يعمد إلى جمع المسائل المتقاربة في شكل مجموعة يضع لها ضابط إسناد معين، لأنه ليس بالسهل حصر جميع المسائل القانونية، ويصعب على القاضي الفصل في المسائل القانونية المعروضة عليه إذا كانت ضوابط الإسناد متعددة بتعدد المسائل. لذلك فإن تنظيم أموال الزوجين في الزواج المختلط يكون بالقانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد، ولأن النظام المالي للزوجين يدخل في فئة الآثار المالية للزواج، فإن ضوابط الإسناد لن تحيد عن واحد من أربعة: موقع المال، الموطن المشترك، جنسية الزوج، أو جنسية الزوجين المشتركة.

أما ضابط موقع المال فيعتبر محددًا للقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، وذلك بالنظر إلى مكان تواجد الأموال، حتى وإن وجد في دولة غير التي يقيم فيها الزوجان.

ويرجع أساس هذا الاتجاه إلى تكييف طبيعة التنظيم التشريعي للنظام المالي للزوجين باعتباره من مسائل الأحوال العينية، وذلك لاتصاله بأموال الزوجين، وقد كان هذا الاتجاه هو السائد في فرنسا ودول القارة الأوروبية قديماً⁴⁶⁵.

ويحتاج موقع المال كضابط إسناد إلى تحديد زمان الأخذ بهذا الضابط، ذلك أنه إذا كان العقار ثابت في مكانه لا يتغير، فإن المنقول قابل للتحويل من مكان لآخر، كما أن بعض الحقوق المالية تكون في شكل حقوق معنوية، وقد توجد في أكثر من دولة في نفس الوقت، فما هو الموقع الذي يُعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق؟

يؤدي ضابط موقع المال إلى تعدد القوانين التي تحكم أموال الزوجين خاصة عندما تكون أموالهم

465- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص75.

موجودة في أكثر من دولة، فضلا عن أن الزوجين قد يفرض عليهما نظام الاشتراك في الأموال نتيجة لوجود أموالهم في دولة تأخذ بهذا النظام عند انعدام اتفاق، في حين أن الزوجان يقيمان في دولة تأخذ بنظام الفصل بين أموال الزوجين.

ولا يزال جانب من الفقه يتمسك بضابط موقع المال انطلاقا من مبدأ سيادة الدولة على إقليمها، ومن تمّ وجب إخضاع الأموال الموجودة فيها إلى قوانينها، فلا يعقل أن يحكمها قانون أجنبي.

ومن جهة ثانية هناك ضابط الموطن المشترك، وهو ضابط مكاني شأنه في ذلك كضابط موقع المال، إذ يعتمد على موطن إقامة الزوجين لتحديد القانون الذي يحكم أموالهم، بغض النظر عن مكان تواجد هذه الأموال، وينطلق هذا الضابط من كون الزواج يؤدي إلى إقامة أسرة، حيث يجتمع الزوج والزوجة في مسكن واحد، فيثبت لهما ما يسمى بالموطن المشترك، غير أن هذا الضابط أصبح يلقي معارضة واقعية لعدم إمكانية تطبيقه في كثير من الأحيان لأسباب متعددة.

قد يكون للزوجين أكثر من مكان واحد للإقامة، فيجد القاضي صعوبة في تحديد مكان الإقامة الفعلي، ثمّ إنه قد لا يوجد لهما موطن، أو يكون موطن الزوج غير موطن الزوجة، بحكم أن المرأة تملك في المواثيق الدولية حق التنقل وحرية اختيار مكان الإقامة.

ويحقق ضابط الموطن المشترك في حال تطبيقه مصلحة الزوجين وللغير المتعامل معهما في أن الجميع يكون على دراية بالقانون الذي يحكم النظام المالي للزوجين، على عكس ضابط الجنسية حيث أن الغير قد يجهل جنسية من يتعامل معه.

ومع ذلك جاء العمل بضابط جنسية الزوج من أجل توحيد القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج، حتى لا تتعد القوانين داخل الأسرة الواحدة، ذلك أنه كثيرا ما يكون الموطن متعدد، فلا يصلح. وقد وقع الاختيار على جنسية الزوج باعتباره رئيس العائلة، ولأنه كثيرا ما يكون الزواج بين شخصين من نفس الجنسية، وهذا هو الغالب، فضلا عن أن الزوجة في أحيان أخرى تكتسب جنسية زوجها عندما تكون من دولة غير دولته.

لكن يحدث أن يغير الزوج جنسيته أو يكون متعدد الجنسيات، فنحتاج إلى ضابط آخر يحدد الجنسية التي يعتمد عليها. ثم إن هذا الضابط المتمثل في جنسية الزوج، عيب عليه أنه لا يساوي بين الرجل والمرأة رغم

اتحادهما في المركز الأسري، لذلك كانت الحاجة ماسة إلى الأخذ بجنسية الزوجة أيضا فظهر ضابط جنسية الزوجين معا.

إن ضابط الجنسية المشتركة للزوجين يحقق مبدأ المساواة بين الزوجين ويدعم الارتباط داخل الأسرة الواحدة، كما يوحد القوانين داخل نفس الأسرة، غير أن الجنسية لا تكون دائما مشتركة بين الزوجين، فإذا اختلفت كان لزاما الرجوع إلى جنسية الزوج لمعرفة القانون الذي يحكم النظام المالي للزوجين.

كما أن الجنسية المشتركة للزوجين قد تتغير، فتطرح مسألة الجنسية الفعلية. ومن الصعوبات التي تعترض تطبيق قانون الجنسية أن يجد القاضي نفسه أمام شخص بلا جنسية، أو يكون الشخص ينتمي إلى دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً أو تعدداً إقليمياً الأمر الذي يطرح مشكلة تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق⁴⁶⁶.

وأمام تعدد ضوابط الإسناد، يجدر بنا معرفة موقف المشرع الجزائري.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين

تعتبر مسائل الأحوال الشخصية مجموعة من فئات الإسناد المعتمدة في القانون الدولي الخاص وضابط إسنادها في العادة يكون ضابط الجنسية، أو ضابط الموطن، إلا أن التشريعات تختلف فيما بينها في تحديد المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية.

وتدخل في نطاق الأحوال الشخصية حسب القانون الجزائري حالة الأشخاص وأهليتهم، وكذلك بعض المسائل التي تعتبر في التشريعات الغربية كالتشريع الفرنسي من مسائل الأحوال العينية كالهبة والوصية والميراث والأنظمة المالية، في حين يعتبرها المشرع الجزائري من مسائل الأحوال الشخصية.

أخضع المشرع الجزائري مسائل الحالة المدنية للأشخاص إلى قانون الدولة التي ينتمون إليها، آخذاً في ذلك بضابط الجنسية حسب ما وضعه في المادة 10 من القانون المدني، ونظراً لأهمية رابطة الزوجية وما ينتج عنها. فقد خص المشرع الزواج بقواعد تنظم التنازع القانوني في مختلف مسائله، وحيث أن النظام المالي

466- أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، دار هومة، 2008، الجزائر، ص205.

للزوجين يكون لاحقا لعقد الزواج تابعا له، فإنه يعتبر أثراً من آثاره، لذلك يدخل في نطاق المادة 12 ق.م، والتي نصت على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج".

ويمكن فيما يلي تسجيل بعض الملاحظات على موقف المشرع الجزائري:

1- أخضع المشرع الآثار الشخصية والآثار المالية لنفس القانون⁴⁶⁷، واعتمد على ضابط جنسية الزوج، ولأن الزوج بإمكانه أن يغير جنسيته، فإن المشرع وضع حلا لهذه المشكلة، فأشار إلى أن العبرة بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وهذا علاج لما يسمى بالتنازع المتحرك.

ولقد عمدت التشريعات العربية التي اعتمدت الجنسية ضابطا في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية إلى تحديد وقت العمل بقانون الجنسية في مسائل منها الزواج وآثار الزواج⁴⁶⁸.

2- أخذ المشرع بجنسية الزوج كضابط إسناد وتجاهل جنسية الزوجة، فإذا كان الزوجان مشتركين في الجنسية، فلا إشكال يطرح. أما إذا اختلفت جنسية الزوجة عن جنسية زوجها فهذا يعتبر تمييزا ضد المرأة، يفرض قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج على المرأة المتزوجة التي تنتمي إلى دولة أخرى.

يقول الدكتور أعراب بلقاسم: "ويرجع اختيار المشرع الجزائري لقانون جنسية الزوج إلى الدور المعترف به في المجتمع الإسلامي للرجل داخل الأسرة، فهو رئيسها، وهذا ما يفسر أيضا اختيار الدول العربية لقانون جنسية الزوج دون الزوجة، ويوم أن كانت فرنسا تعتبر الزوج هو رب الأسرة، فقد أخضعت هي أيضا آثار الزواج لقانون جنسية الزوج"⁴⁶⁹.

إن الزوج قد يكتسب جنسية زوجته، فتصبح الجنسية مشتركة، وبالتالي لم يعد هناك مبرر لتطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، فهذا يؤدي إلى تطبيق قانون لا ينتمي إليه الزوجان، وليست لديهم علاقة به. وتوجد حالات استثنائية لا يطبق فيه قانون جنسية الزوج. وذلك عندما يكون أحد الزوجين جزائريا، وعند الدفع بمخالفة النظام العام أو الغش نحو القانون.

467- يلاحظ أن المادة السابقة لم تكن تشير إلى الآثار الشخصية، واقتصرت على الآثار المالية، رغم أن قانون الأسرة باعتباره القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية في الجزائر اهتم بالآثار الشخصية للزواج أكثر من اهتمامه بالآثار المالية، متبعا في ذلك نهج فقهاء الشريعة الإسلامية.

468- أنظر، عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص75.

469- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص249.

فإذا كان أحد الزوجين جزائرياً فإن الأخذ بضابط جنسية الزوج قد يؤدي إلى تطبيق قانون يختلف عن قانون دولة القاضي، فمثلاً إذا كان الزوج فرنسي مسلم وزوجته جزائرية، فإن النظام المالي للزوجين يطبق عليه القانون الفرنسي وهو القانون الذي يتبنى الاشتراك المالي عند عدم وجود اتفاق بين الزوجين، فيفرض هذا النظام على الزوجة المسلمة بدلاً من تطبيق القانون الجزائري، وهو قانون جنسيتها الذي يتبنى نظام الاستقلال المالي عند عدم وجود اتفاق بين الزوجين. ولتفادي مثل هذا الإشكال نص المشرع الجزائري في المادة 13 ق.م، على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج"، ومما نصت عليه المادة 12، الآثار المالية للزواج. مما يعني أنه إذا كانت الزوجة جزائرية، فلا عبء بجنسية الزوج، وإنما ينعقد الاختصاص للقانون الجزائري، وإن كان الزوج من جنسية دولة غير الجزائر. وهذا يعني أن الفرنسي -وقت انعقاد الزواج- المتزوج من جزائرية يخضع وإياها إلى القانون الجزائري في النظام المالي لزوجهما.

ولقد استبعد المشرع الجزائري تطبيق القانون الأجنبي أيضاً في حالتين هما: عند مخالفة النظام العام والآداب العامة، وكذلك إذا وجد غش نحو القانون. فلقد نصت المادة 24 ق.م، على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، ويطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

وتظهر فرص الدفع بالنظام العام على درجة كبيرة بين الدول المتباعدة حضارياً، ويعبر عن ذلك الفقيه سافيني بغياب الاشتراك القانوني بين هذه الدول، أما الغش نحو القانون⁴⁷⁰، فيسمح بتطبيق القانون الأجنبي المختص أصلاً و يمنع تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص⁴⁷¹.

ويعتبر الميراث في قواعده من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه، فإذا توفي أحد الزوجين، فإن الآخر يرثه، وحسب المادة 16 ق.م، "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت،

470- ويكون الغش نحو القانون عندما يعتمد أطراف النزاع تغيير ضابط الإسناد كتغيير الجنسية التي يتغير بها القانون الواجب التطبيق، ويشترط للدفع بالغش نحو القانون أن يكون التغيير لضابط الإسناد تغيير إرادي بتغيير الدين مثلاً أو الجنسية أو الوطن، ويشترط أيضاً وجود نية الغش نحو القانون، أنظر، سعادي محمد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص169.
471- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص138، ص145.

قانون جنسية الهالك أوالموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". فإذا افترضنا أن الزوج الهالك فرنسي الجنسية فإن القانون الذي يحكم الأموال التي تركها هو القانون الفرنسي إذا كان آخر موطن له بفرنسا⁴⁷².

يقضي القانون الفرنسي بأنه إذا وجدت مشاركة زواج بين الزوجين، فيعمل بها، وفي حالة عدم وجود نظام مالي اتفاقي، فيعمل بنظام الاشتراك العام، وهو النظام الذي يعطي للزوج الباقي على قيد الحياة نصف الأموال باعتباره نصيبه حسب النظام الاشتراك العام، ويأخذ نصف الباقي الذي يمثل نصيبه في الميراث إذا لم يوجد أصل أو فرع وارث⁴⁷³.

ويلاحظ أن تطبيق القانون الفرنسي على الميراث بهذا الشكل يخالف النظام العام في الجزائر وبالتالي يستبعد، وينعقد الاختصاص للقانون الجزائري.

وذكر المشرع الجزائري الحلول القانونية لتنازع القوانين في القانون المدني ابتداء من المادة 09، ثم ذكر في المادة 21 بأنه "لا تسري المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر". ويفهم من هذه المادة أنه يُطبق ماجاء في الاتفاقيات الدولية، بغض النظر عما ينص عليه التشريع الجزائري متى كانت الاتفاقية الدولية نافذة في الجزائر. ولقد اهتمت المواثيق الدولية بمسألة النظام المالي للزوجين، وخصوصا في الزواج المختلط.

الفرع الثالث

تنظيم أموال الزوجين في الزواج المختلط في المواثيق الدولية

أبرمت اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية عام 1978⁴⁷⁴. وتعطي الاتفاقية الزوجين الحرية في اختيار⁴⁷⁵ القانون الواجب التطبيق. وفي حال عدم الاختيار نكون أمام إحدى أربع حالات كالآتي:

472- لأنه في حالة عدم وجود آخر موطن بفرنسا، فإن القانون المختص هو القانون الجزائري، باعتبار أن القانون الفرنسي يحيل إليه إذ يجعل القانون المختص هو قانون دولة آخر موطن.

473- أنظر، زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2010، ص56.

474- أبرمت اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية، بتاريخ 14 آذار 1978، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 01 أيار 1992.

475- ويكون هذا الاختيار ضمن الاتفاق المتعلق بالتنظيم المالي للزوجين، وسأعرض له لاحقا في المبحث الثاني.

أولاً: حالة اعتماد ضابط الإقامة الأولى

إذا لم يتفق الزوجان على تحديد القانون الواجب التطبيق على نظامها المالي، فإن الاتفاقية في هذه الحالة تعتمد مكان الإقامة كضابط إسناد، حيث نصت المادة 01/04 من الاتفاقية على أنه: "إذا لم يحدد الزوجان القانون الواجب التطبيق قبل الزواج، فإن نظام الملكية الزوجية يجب أن يخضع للقانون الداخلي لدولة الإقامة الأولى للزوجين". وهذا الحل الذي جاءت به الاتفاقية يجنب المشاكل التي تتجم عن تغيير الزوجين لمكان إقامتهما، إلا أنه ترد على هذا استثناءات.

ثانياً: حالات تطبيق ضابط الجنسية المشتركة

نصت المادة 02 /04 من اتفاقية لاهاي 1978، على أنه يتم تطبيق القانون الداخلي لدولة الجنسية المشتركة للزوجين، وذلك في ثلاث حالات:

- 1- إذا أصدرت الدولة التي ينتمي إليها الزوجان بالجنسية المشتركة إعلاناً⁴⁷⁶ يقضي بتطبيق قانونها الداخلي، ولا يطبق هذا الإعلان على الزوجين الذين يحافظان على إقامتهما العادية في الدولة التي حصلوا فيها على تلك الإقامة وقت الزواج لفترة لا تقل عن خمس سنوات.
- 2- إذا لم تكن الدولة طرفاً في الاتفاقية، فلا يؤخذ بقانون دولة الإقامة الأولى للزوجين بل يتم تطبيق قانون الجنسية المشتركة طبقاً لقواعد الدولة الخاصة بالقانون الدولي الخاص.
- 3- إذا لم يكتسب الزوجان الإقامة الأولى بعد الزواج في نفس الدولة، بأن كان أحدهما يقيم في دولة والآخر يقيم في دولة أخرى، مما يتعذر معه تطبيق قانون دولة الإقامة الأولى، فيتم تطبيق قانون دولة الجنسية المشتركة.

إن ضابط الجنسية المشتركة الذي اعتمد عليه في الاتفاقية لا يصلح دائماً للتطبيق ذلك أن الزوجين قد يكونا من جنسيتين مختلفتين، ولذلك أضافت الاتفاقية حالات أخرى يعتمد فيها على ضابط الإقامة العادية للزوجين، وأساس هذا الضابط أن الإقامة المستمرة بدولة معينة يجعلهم أكثر ارتباطاً بها ولو لم يكونوا يحملون جنسيتها.

476- تنص المادة 05 من الاتفاقية على أنه: "أية دولة - ليس بعد التصديق والموافقة- قد تصدر إعلاناً يقضي بتطبيق قانونها الداخلي طبقاً للفقرة الفرعية من الفقرة الثانية من المادة الرابعة.
إن هذا الإعلان لن يطبق على الزوجين اللذين يحافظان على إقامتهما العادية في الدولة التي حصلوا فيها على تلك الإقامة وقت الزواج لفترة لا تقل عن خمس سنوات".

ثالثا: اعتماد ضابط الإقامة العادية

يعتمد تطبيق قانون دولة الإقامة العادية بالرجوع إلى المادة 02/07 من اتفاقية لاهاي 1978 في

الحالات التالية:

- 1- إذا نشأت إقامة الزوجين في تلك الدولة، وكانا كلاهما يحمل جنسية تلك الدولة، أو من الوقت الذي يصبح فيه كلاهما وطنيا في تلك الدولة. لكن قد يحدث أن يقيم الزوجان في دولة ولمدة طويلة دون أن يملكان جنسيتها، فلا يمكن تطبيق قانون هذه الدولة عليهما لعدم تحقق الشرط المذكور في هذه الحالة.
- 2- إذا استمرت إقامة الزوجين بعد الزواج في تلك الدولة ولمدة لا تقل عن عشر سنوات، وإن لم يكونا يحملان جنسية هذه الدولة، ويعتبر هذا حلا للنزاع في حالة إقامة دون الحصول على الجنسية.
- 3- إذا لم يكتسب الزوجان بعد الزواج الإقامة الأولى المشتركة في دولة واحدة، فيتم تطبيق قانون دولة الإقامة العادية دون شروط، بدلا من قانون دولة جنسيتها المشتركة، والذي كان يفترض أن يتم تطبيقه في هذه الحالة.

رابعا: حالة اعتماد ضابط موقع العقار⁴⁷⁷

أشارت اتفاقية لاهاي 1978 إلى أنه استثناء من القواعد السابقة يطبق على أموال الزوجين العقارية قانون موقع العقار، وهذا بغض النظر عن وجود اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق من عدم وجوده، وأوجب الاتفاقية على الزوجين الاحتياط بشأن أملاكهما العقارية المستقبلية، لأنه سيحكمها قانون موقع العقار. ولعل اعتماد الاتفاقية موقع العقار في هذه الحالة راجع لأهمية العقار في كل دولة، ومراعاة لسيادة كل دولة على إقليمها، وبالتالي وجب احترام قانون كل دولة في تنظيم عقاراتها.

إن وجود اتفاقية دولية لتنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، لم يكف لتوحيد القانون الواجب التطبيق في جميع الدول، بل بقيت التشريعات تختلف فيما بينها في هذا الأمر.

477- نصت عليه المادة 4/03 والمادة 4/6، حيث جاء فيها".ومع ذلك سواء حدد الزوجان أولم يحددا القانون الواجب التطبيق بموجب الفقرات السابقة يعين قانون موقع العقار فيما يتعلق بكل أو بعض عقاراتهما، ويجب أن يحتاطا إلى أن العقارات التي قد يمتلكانها مستقبلا ستحكم بقانون موقع العقار".

الفرع الرابع

قواعد تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين في بعض التشريعات

تأخذ معظم الدول العربية بالاتجاه اللاتيني، فتطبق على آثار الزواج قانون جنسية الزوج، ومن ذلك ما جاءت به المادة 02/19 من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك أثره بالنسبة للمال"⁴⁷⁸.

وسار المشرع الأردني على نفس النهج، حيث أخذ بضابط جنسية الزوج في المادة 01/14 من القانون المدني الأردني، وهو أيضا نفس الموقف الذي تبناه القانون المدني المصري من خلال المادة 01/13 من القانون المدني المصري.

وتشترك الدول العربية في الدافع إلى الأخذ بضابط جنسية الزوج، وهو أن الزوج يعتبر رئيس العائلة والمشرف عليها، إلا أن هذا الدافع هو ذاته قد يجعل ضابط جنسية الزوج يطبق قانون غير قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج، فإذا افترضنا أن فرنسي تزوج بأردنية مسلمة واكتسب الجنسية العراقية بعد زواجه، فإذا أقام هو وزوجته في مصر، وثار خلاف بشأن نظامهما المالي وعرض الأمر على القاضي المصري فإنه يطبق القانون الفرنسي لفظ النزاع باعتبار أن الزوج كان يحمل الجنسية الفرنسية وقت انعقاد الزواج، والقانون المصري ينص على تطبيق قانون دولة جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

ويؤدي تطبيق القانون الفرنسي إلى اشتراك أموال الزوجين بقوة القانون إذا انعدم اتفاق بينهما، وهذا يخالف ما تذهب إليه كل التشريعات العربية من أنه عند عدم وجود اتفاق بين الزوجين بشأن النظام المالي يتم اعتماد نظام الاستقلال المالي لذلك نادى بعض الفقه بضرورة التوافق بين الدول العربية في التشريعات الخاصة بتنازع القوانين.

وفي هذا الصدد، يقول الدكتور رعد مقداد محمود الحمداني⁴⁷⁹: "نقترح إيراد نص في القانون المدني يقضي بمعاملة رعايا الدول العربية كمعاملة الوطني فيما يتعلق بالاستثناء المقرر لصالح تطبيق القانون العراقي

478- أشار إليه: عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص88. ويلاحظ أن المشرع العراقي يستثني الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين عراقي، فيجعل الاختصاص للقانون العراقي حسب المادة 5/9 من القانون المدني العراقي، وهو نفس الاتجاه الذي أخذت به معظم الدول العربية.

479- انظر، رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص128.

على الآثار المالية للزواج، ومنها النظام المالي للزوجين، والأمر نفسه ينسحب على رعايا الدول الإسلامية، مع الأخذ بالاعتبار مبدأ المعاملة بالمثل".

أما في الدول الغربية فتأخذ بعض التشريعات بالمواطن كضابط إسناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، باعتباره أثراً من آثار الزواج، في حين تأخذ دول أخرى بالجنسية كضابط إسناد، وتختلف الدول الغربية عن الدول العربية في أن الأولى تنص صراحة على النظام المالي للزوجين في حين أن الدول العربية لا تذكره صراحة وإنما يدخل ضمن الآثار المالية للزواج، وإن كان قد ظهرت بعض المحاولات المحتشمة لتنظيم النظام المالي للزوجين في التشريعات العربية⁴⁸⁰.

ولقد ذهب القضاء الفرنسي في عدة قرارات له إلى تطبيق قانون المواطن المشترك للزوجين منطلقاً في ذلك من اعتبارات تتعلق بوضع فرنسا بعد الحرب العالمية الثانية، إذ أصبحت دولة مستوردة للسكان، فكان لا بد من تطبيق القانون الفرنسي على الزوجين في حالة إقامتهما في الأراضي الفرنسية وإن كانا من غير جنسيتها⁴⁸¹.

ويعتبر الفقيه الفرنسي ديمولان (Dumoulin) صاحب الفضل في فكرة الأخذ بضابط المواطن المشترك للزوجين⁴⁸². فمن أهم إسهاماته في مجال تنازع القوانين هو ابتداعه لفكرة التكيف، إذ اعتبر سنة 1525 النظام المالي للزوجين عقد ضمنى يدخل في فئة العقود، ومن ثم يخضع للقانون الذي اختاره الزوجان، وهو قانون موطنهما وقت الزواج⁴⁸³.

ويتم تحديد القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين في التشريع الفرنسي بالاستناد إلى اتفاقية لاهاي 1978، وهذا ما نصت عليه المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي، مع اشتراط المشرع الفرنسي ضرورة إشهار السند المتضمن اتفاق الزوجين على نظام مالي معين والقانون الذي ينبغي تطبيقه عليه⁴⁸⁴.

480- من ذلك ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 37 من قانون الأسرة، وكذلك ما ذهب إليه المشرع المغربي في تنظيمه لحق الكد والسعاية، والذي يكاد يكون أحسن نظام مالي عرفته التشريعات العربية.

481- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القواعد في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص90.

482- سعادي محمد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص46.

483- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص51.

484- Art. 1397-2 c.c.f: "Lorsque les époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial en vertu de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, faite à La Haye le 14 mars 1978, il est fait application des dispositions des articles 1397-3 et 1397-4.

وتأخذ بعض الدول بالنظام الأنجلوسكسوني، ومنها بريطانيا وأمريكا وإيرلندا والدانمارك، وبعض دول أمريكا اللاتينية، حيث تقرر الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن، في حين أن دول أخرى كفرنسا وألمانيا وإيطاليا تأخذ بالنظام اللاتيني الذي يطبق قانون الجنسية⁴⁸⁵.

تمتاز القواعد القانونية التي تنظم النظام المالي للزوجين بأنها قواعد مكملة، فهي تعطي للزوجين فرصة مخالفتها. ولذلك كثيرا ما تنص القوانين على أن التنظيم التشريعي يطبق عند عدم وجود اتفاق بين الزوجين، أو تشير إلى أنه يمكن للزوجين تعديل التنظيم التشريعي، وهذا أدى إلى ظهور تنظيم آخر لأموال الزوجين هو التنظيم الاتفاقي.

المبحث الثاني

التنظيم الاتفاقي لأموال المرأة المتزوجة داخل الأسرة

تضع المواثيق الدولية على عاتق الدول التزاما بالمساواة بين الزوجين في إدارة ممتلكاتها، سواء كانت منفردة أو مشتركة، وتختلف الدول عند تنفيذ هذا الالتزام، فذهبت بعض الدول إلى وضع تشريعات تنظم كيفية إدارة أموال الزوجين. في حين اتجهت بعض الدول الأخرى إلى ترك الحرية إلى الزوجين في كيفية إدارة أموالهما، ونظرا لإمكانية انعدام اتفاق بين الزوجين فإن الدول اختلفت أيضا في كيفية تنظيم الأموال في هذه

Art. 1397-3 c.c.f: " Lorsque la désignation de la loi applicable est faite avant le mariage, les futurs époux présentent à l'officier de l'état civil soit l'acte par lequel ils ont opéré cette désignation, soit un certificat délivré par la personne compétente pour établir cet acte. Le certificat énonce les noms et prénoms des futurs époux, le lieu où ils demeurent, la date de l'acte de désignation, ainsi que le nom, qualité et résidence de la personne qui l'a établi.

Lorsque la désignation de la loi applicable est faite au cours du mariage, les époux font procéder aux mesures de publicité relatives à la désignation de la loi applicable dans les conditions et formes prévues au code de procédure civile. S'ils ont passé un contrat de mariage, mention de la loi applicable ainsi désignée est portée sur la minute de celui-ci.

A l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux".

Art.1397-4 c.c.f: " Lorsque la désignation de la loi applicable est faite au cours du mariage, cette désignation prend effet entre les parties à compter de l'établissement de l'acte de désignation et, à l'égard des tiers, trois mois après que les formalités de publicité prévues à l'article 1397-3 auront été accomplies.

Toutefois, en l'absence d'accomplissement de ces formalités, la désignation de la loi applicable est opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré la loi applicable à leur régime matrimonial.

485- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص70.

الحالة. فقررت بعض الدول أن نظام انفصال أموال الزوجين هو الأصل عند عدم وجود اتفاق، وذهبت دول أخرى إلى أن نظام الاشتراك هو الأصل عند عدم وجود اتفاق.

وإذا كان نظام الاشتراك أو الانفصال عندما ينظم بالتشريع تكون قواعده واضحة، وبالتالي لا يثير العديد من الإشكاليات، فإن السؤال يطرح بالنسبة لكيفية تنظيم أموال الزوجة إلى جانب أموال زوجها من خلال اتفاقهما.

ونظرا لأن اتفاق الزوجين حول تنظيم وتسيير أموالهما هو عقد من العقود قبل كل شيء، فيطرح التساؤل حول طبيعة هذا العقد (المطلب الأول)، وكيف تتناول المشرع الأسري التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين؟ (المطلب الثاني)، وهل يتوافق ما جاء به في هذا المجال مع ما اتجهت إليه بعض التشريعات الأخرى؟ (المطلب الثالث). ثم كيف تعالج مسألة تنازع القوانين بشأن التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين؟ (المطلب الرابع).

المطلب الأول

طبيعة العقد المالي بين الزوجين

إن الاتفاق المبرم بين الزوجين حول أموالهما ما كان إلا بمناسبة الزواج، فيكون بذلك الاتفاق المالي شرط من شروط عقد الزواج (الفرع الأول). ومع ذلك بإمكان الزوجين تضمين هذا الاتفاق في عقد مستقل عن عقد الزواج فهل يعتبر عندئذ عقد مالي؟ (الفرع الثاني)، وهل تشترط الشكلية في الاتفاق المالي للزوجين؟ (الفرع الثالث). وتطرح كذلك في هذا الصدد اشكالية العقد المالي للزوجين ومسألة النظام والآداب العامة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

الاتفاق المالي للزوجين شرط من شروط عقد الزواج

قد يتفق الزوجين على كيفية تسيير أموالهما في ظل الحياة الزوجية، ويكون هذا الاتفاق بمناسبة الزواج، فيعتبر شرطا من شروط الزواج، ولقد أشار المشرع الجزائري من خلال المادة 19 ق.أ، إلى أنه للزوجين أن يشترطوا كل الشروط التي يريانها ضرورية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

وأخص المشرع الجزائري الاتفاق المالي بفقرة خاصة، حيث ذكر في المادة 37 ق.أ، أنه: "يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما"، وهذه الفقرة تتوافق مع

ما جاء في الميثاق الدولية، ومن ذلك ما أشارت إليه اتفاقية لاهاي 1978 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية، والتي أشارت إلى أن الأولوية في تحديد النظام المالي للزوجين تكون للزوجين حسب اختيارهما⁴⁸⁶.

ويفهم مما سبق أن عقد الزواج يمكن أن يتضمن شرط أو عدة شروط، بما في ذلك الشروط الخاصة بتسيير الأموال.

وعقد الزواج يدخل في دائرة العلاقات التعاقدية ويتم كسائر العقود بما يتطلب ذلك من دور للإرادة والرضا، وما يترتب عليه من حقوق و التزامات⁴⁸⁷.

وإدراج الشروط ضمن عقد الزواج يتوقف على طبيعة هذا العقد، حيث لا تزال الطبيعة القانونية لعقد الزواج تثير العديد من الإشكاليات. فإذا اعتبرنا أن عقد الزواج هو عقد مدني، فهذا يعني انه يخضع للقانون المدني كسائر العقود، وتكون الشروط فيه خاضعة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

يعتبر عقد الزواج ذو طبيعة خاصة، من حيث أن الإرادة أساس إنشائه وانعقاده وتعديل بعض آثاره، ولكنه في الوقت نفسه لا يبقى دور لهذه الإرادة بالنسبة لبقية آثار هذا العقد، لأن المتعاقدين بمجرد إبرامهما العقد يدخلان في نظام الزواج، وهذا ما يؤدي إلى القول أن الزواج عقد ونظام في آن واحد⁴⁸⁸.

ويمكن إخضاع التصرفات المالية بين الزوجين إلى القواعد العامة، إلا أن تطبيقها قد يكون مجحفا في حق أحد الزوجين، لأن هذه القواعد لا تراعي الطبيعة الخاصة لعقد الزواج وما تقتضيه من مرونة في التطبيق⁴⁸⁹.

وتبقى حرية الزوجين في الاشتراط مقيدة وإن تعلق بتسيير الأموال، فهي قبل ذلك مرتبطة بعقد الزواج، وهذا الأخير يخضع لقواعد النظام العام والآداب العامة السائدة في الدولة. ولذلك فإن شروط الاتفاق المالي تخضع لطبيعة عقد الزواج، ومن هذا مثلا، أن القوانين الغربية تلزم بأحكامها أن تساهم الزوجة في نفقات البيت، ومن ثم يكون صحيح كل شرط يقضي بتحمل الزوجة قدرا من النفقات. في حين أن الغالب في قوانين

486- انظر المادة 03 من الاتفاقية.

487- أنظر، الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص28.

488- أنظر، زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دراسة مقارنة في تكوين بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص337.

489- أنظر، عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص119.

الدول العربية والإسلامية أن نفقات الأسرة تعتبر التزاما في ذمة الزوج، وبالتالي يبطل كل شرط يفرض على الزوجة تحمل هذه النفقات وحدها.

فإن يشترط الزوج على زوجته ألا ينفق عليها وأن تتولى هي الإنفاق على نفسها، ففي هذا منفعة للزوج، ولكنها تنافي مقتضى العقد أو تتعارض مع أحكام القانون، وبالتالي هذه الشروط حكمها كلها البطلان، وكذلك الحال إذا اشترط ألا يدفع إليها صداقها⁴⁹⁰.

وإذا رتبت الاشتراطات المالية بين الزوجين ديناً في ذمة الزوجة لصالح زوجها، وكانت دائنة له بالنفقة، فإنه مراعاةً لطبيعة عقد الزواج لا تجوز المقاصة بين الديون إلا بطلب من الزوجة.

وتفادياً لأي ضرر قد يلحق بالزوجة في المقاصة، فإنه إذا كانت معسرة، فلا يُجاب الزوج إلى طلب المقاصة، لأن ما تأخذه تنفقه على نفسها وأولادها، وإحياء النفس مقدم على قضاء الدين، ولا يجوز الصلح بين الزوجين على حق النفقة الشرعية، وإنما يجوز على طريقة أدائه⁴⁹¹.

وتعتبر الشروط المدرجة في عقد الزواج اتفاقاً بين الزوجين، لأن إقدام أحد الزوجين على إبرام الزواج مع شريكه الذي وضع شروطاً مفاده أن الزوج الآخر قد قبل هذه الشروط.

إن اعتبار التنظيم الاتفاقي للنظام المالي للزوجة شرطاً مقترباً بعقد الزواج يؤدي إلى إبقاء مشاركة الزوج داخل نطاق تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على الآثار المالية للزواج، ويحول دون تهرب الزوجين باختيار قانون آخر⁴⁹².

ومما سبق أخلص إلى أن الاشتراطات المالية في عقد الزواج تبقى محدودة النطاق ومقيدة بما يلحق عقد الزواج من أحكام. ولعل هذا ما جعل التشريعات تسمح بإبرام اتفاق مستقل عن عقد الزواج، ينظر إليه البعض على أنه عقد مالي.

490- نواردة دري، المرجع السابق، ص148، 149.

491- بلحاج العربي، أحكام الزواج...، المرجع السابق، ص457، 459.

492- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص 158.

الفرع الثاني

اتفاق الزوجين، عقد مالي

تسمح معظم التشريعات للزوجين بالاتفاقات المالية بينهما، وقد تكون هذه الاتفاقات في عقد الزواج ذاته، أو في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، غير أن ما يدفع التساؤل هو أن عقد الزواج إذا كان يتضمن اشتراطات مالية، فهو يتضمن عقد مالي، فهل يمكن عندئذٍ اعتباره عقد مركب؟ وكذلك إذا كانت الاشتراطات المالية عقد مستقل، فهل هذا يعني أن هذا العقد هو عقد مالي؟

لقد جرى القضاء الفرنسي على اعتبار التنظيم الاتفاقي للنظام المالي للزوجين متمثلاً بمشارطة الزواج داخلاً ضمن فكرة العقود المالية، وهو ما يستوجب خضوعه للقانون الذي تخضع له العقود عموماً وهو قانون إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية أو المفترضة⁴⁹³.

وإذا كان القضاء الفرنسي لا يفرق بين الزوجين وبين غير الزوجين في العقد المالي، فهذا يرجع إلى كون عقد الزواج في القانون المدني الفرنسي يعتبر كسائر العقود المدنية الأخرى، يقوم على إرادة الزوجين، وبالتالي هو من العقود الرضائية.

إن القول بأن الاشتراطات المالية هي عقد مالي يعني أنها ليست أثراً من آثار الزواج، وبالتالي لا علاقة للنظام المالي الاتفاقي بعقد الزواج، وهذا القول غير مستساغ، لأن الارتباط بين الزوجين يفضي إلى آثار عديدة، ومن هذه الآثار، الآثار المالية. وحتى التشريع الفرنسي عندما يفرض على الزوجين نظام مالي معين يعتبره أثر مالي للزواج، فكيف يُفصل النظام المالي الاتفاقي عن الزواج؟

وحيث أن الاشتراطات المالية بين الزوجين ما كانت لتكون لولا الزواج، فإنها بذلك أثراً من آثاره، تنتهي بانتهائه. وعلى العكس من ذلك إذا اعتبرنا اتفاق الزوجين عقد مالي مستقل، فهذا يعني أن هذا العقد يمكن أن يبقى قائماً بعد نهاية علاقة الزوجية ولا يتأثر بانحلالها.

ولا يعتبر الاتفاق بين الزوجين عقد مالي في التشريع الجزائري، لأنه مرتبط بقيام رابطة الزوجية، ويستشف هذا مما جاء في نص المادة 37 ق.أ، من أن الاتفاق المالي يخص الأموال المشتركة بين الزوجين،

493- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص 147.

والتي يكتسبها خلال الحياة الزوجية. أي بمعنى نفي الأموال المكتسبة خارج الزوجية، سواء قبلها أو بعدها.

ورغم أن اتفاق الزوجين على تسيير أموالهما في عقد لاحق لعقد الزواج يشبه إلى حد كبير عقد الشركة المدنية، إلا أنه مع ذلك لا يأخذ أحكامهما إلا إذا تبين أن إرادة الزوجين كانت تتجه إلى إقامة شركة مدنية، عندئذ يمكن تطبيق أحكامها.

ونصت المادة 416 ق.م، على أن: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تتجر عن ذلك".

لقد ورد بالنص مصطلح " شخصان طبيعيين " بصورة مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه فقد يقصد منها الزوجان أو أشخاص آخرين، وإن المشرع الجزائري لم يميز بين الملكية المشتركة بين الزوجين والملكية المشتركة بصفة عامة⁴⁹⁴. لكن إذا كانت الشركة المدنية بين غير الزوجين تقوم متى وجدت مقوماتها، فإنها بين الزوجين لا تقوم إلا إذا صرح الزوجان بذلك، لأن النظام المالي للزوجين مرتبط بالزواج، والشركة ليست كذلك.

وقد يتجه الزوجان إلى الاتفاق حول نظام لتسيير الأموال المشتركة واستثمارها واقتسام الأرباح، فيقترب بهذا النظام المالي من مفهوم الشركة التجارية، إلا أنه ليس كذلك، فلقد ذهبت مختلف التشريعات إلى أن الزوجة إذا كانت تمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجها لا تعتبر تاجرة⁴⁹⁵، فمن باب أولى لا تكون تاجرة إذا تعلق الأمر بدخولها في نظام مالي مرتبط بعلاقة الزوجية.

وإذا كان الثابت أن الاتفاق المالي بين الزوجين هو عقد مالي من نوع خاص يخضع للقانون كسائر العقود، فإن التساؤل يطرح حول شكلية هذا العقد.

الفرع الثالث

الشكلية في الاتفاق المالي للزوجين

يقوم الاتفاق المالي على ضرورة توافر رضا الطرفين، ومن تم يعتبر عقد رضائي، غير أن المشرع اشترط فيه الكتابة ومن تم من الممكن أن يكون عقد شكلي.

494- مسعودي رشيد، المرجع السابق، 275.

495- انظر في هذا المعنى المادة 7 من القانون التجاري الجزائري.

إن الأصل في العقود الرضائية إلا ما استثنى بنص، وهكذا يقوم عقد الزواج على الرضا المتبادل بين طرفيه، إضافة إلى بعض الشروط والأركان بحسب كل تشريع، ولأن الاشتراك المالي بين الزوجين يتبع عقد الزواج، فإن الأصل فيه الرضائية.

ويلاحظ أنه كثيرا ما يكون الاشتراك المالي بين الزوجين أمرا واقعا يظهر بتلقائية دون الحاجة إلى اتفاق رسمي، فالمرأة المتزوجة العاملة تساهم في نفقات البيت واقتناء السيارة، واقتناء السكن وغيرها من متطلبات الحياة الزوجية بدافع التعاون والحرص على العيش المشترك في أفضل الأحوال، لذلك لا يكون هناك مجال للاتفاق.

ويفهم من مبادرة الزوجة بإشراك مالها إلى جانب مال زوجها وسكوته عن ذلك، أن هناك اتفاقا ضمنيا بينهما حول النظام المالي المشترك، كما يفهم من عدم مساهمة الزوجة، وسكوت الزوج عن ذلك، يفهم منه أن للزوجين اتفاق ضمني حول اختيار نظام الفصل المالي. غير أن أسوأ ما في النظام المالي الضمني للزوجين أنه غير محدد القواعد، وبالتالي فإن أي نزاع بين الزوجين يؤدي إلى صعوبة فك الإشكال حول الأموال المشتركة. وأصعب ما يعترض المرأة المتزوجة هو كيفية إثبات حقوقها المالية عند وجود اتفاق غير مكتوب بينها وبين زوجها، سواء كان اتفاق صريح أو ضمني، لأن أغلب هذه الاتفاقات تكون بين الزوجين في بيت الزوجية بعيدا عن الأهل والأجانب أيضا، ومن ثم لا شاهدا فيها⁴⁹⁶.

ونظرا للإجحاف الذي يلاحق المرأة المتزوجة عند توزيع الثروة وإلى الإنكار الذي يواجهها حالة الانفصال عن زوجها وصعوبة الإثبات نتيجةً لحسن النية، فتجد نفسها عرضة للتشرد والفاقة بعد سنين من الكد والجهد والكسب، أصبح من الضروري وضع قالب قانوني يضبط مسألة الممتلكات الخاصة لكل طرف والمكتسبات المشتركة⁴⁹⁷.

لقد تغيرت الأوضاع داخل الأسرة نتيجة للتطورات التي تشهدها المجتمعات، فبعد أن كان متاع البيت لا يتعدى الأنية والفرش البسيط، تحول إلى أثاث فاخر يقدر بملايين الدينارات، وبعد أن كانت المرأة المتزوجة لا تكاد تكسب شيئا أصبحت الآن أغنى من عديد الرجال، وأحيانا تكون أغنى من زوجها، ونظرا للاختلاط الدائم بين أفراد الأسرة، فلقد اختلطت الأموال أيضا، وهذا الاختلاط يصعب مهمة تحديد الملكية الفردية.

لذلك كان لزاما أن تتجه التشريعات إلى وضع قواعد تحكم استقلال واختلاط أموال الزوجين، فيكون

496- وربما كان هذا من بين الأسباب التي جعلت المشرع الجزائري يعتمد على اليمين لحسم النزاع بين الزوجين حول متاع البيت عند عدم وجود البينة، انظر المادة 73 من قانون الأسرة.

497- زبيدة إقروفه، المرجع السابق، ص52، ص53.

من السهل إثبات الملكية وسائر الحقوق المتعلقة بالمال سواء كان مالا شائعا أو مفرزا، وليس هناك ضامن في هذا الإثبات أكثر من الكتابة.

لقد طرحت مسألة تدوين الاتفاقات المالية بين الزوجين في الفقه القانوني، وأخذت بها التشريعات لكن في نطاق ضيق، إذ عمدت العديد منها إلى الإشارة بأنه بإمكان الزوجين إفراغ اتفاقهما المالي في شكل رسمي، أو على الأقل في وثيقة مكتوبة وإن لم تكن رسمية، لكن مثل هذه النصوص لم تراعى وضع المرأة التي لا تزال في عديد الدول تعيش في جهل مدقع، فكيف يكون لها إطلاع على القوانين لتعرف إمكانية إبرام عقد مالي؟ ثم إن عدم وجود نماذج تُبصر المقبلين على الزواج يجعل من الزوجين تائهين بين ما يجب تسجيله وتوثيقه، وما لا يستدعي ذلك، ولعل هذا ما دعا المشرع الفرنسي مثلا، إلى وضع أنظمة مالية مسبقة، وللزوجين اختيار واحد منها مع إمكانية تعديل بعض جوانبه.

إن تأكيد الموثيق الدولية على ضرورة تسجيل عقود الزواج واهتمامها بها إلى درجة أن خصصت لها اتفاقية خاصة، هذا ما يستتبع بالضرورة وجوب تسجيل الاتفاقات المالية بين الزوجين لأنها لا تقل أهمية عن عقد الزواج، بل إن تسجيلها من شأنه أن يضمن الاستقرار لعقد الزواج.

الفرع الرابع

العقد المالي للزوجين ومسألة النظام العام والآداب العامة

نصت المادة 59 ق.م، على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". وهذا النص يمنح الزوجين الحرية في إبرام أي اتفاق مالي بشرط توفر الرضا، لكن يتضح من خلال نهاية المادة أن الحرية ليست مطلقة، بل إنها مقيدة بعدم الإخلال بالنصوص القانونية.

وطالما أن لكل عقد محل وسبب فإن المشرع الجزائري نص في المادة 93 ق.م، على أنه " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". وكذلك جاء في المادة 97 من ذات القانون أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا".

يظهر أن كل عقد بين طرفين يقع باطلا متى كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة، ولذلك فإن اتفاق الزوجين حول الأموال المشتركة بينهما يمكن أن يكون باطلا بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة، ولأن النظام العام والآداب العامة تختلف بحسب الأزمنة والأمكنة، فإن المسألة في الموائيق الدولية تختلف عنه في التشريعات الداخلية.

وفي هذا السياق، اهتمت الموائيق الدولية بمبدأين هامين كان لهما بالغ الأثر على الزواج وآثاره، هذان المبدأان هما: مبدأ الحرية، ومبدأ المساواة. فلقد نصت معظم الموائيق، ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن لكل إنسان الحق في الحياة والحرية.

ولم تغفل الموائيق والعهد الدولية ضرورة مساواة المرأة بالرجل، وقد دعت اتفاقية سيداو إلى المساواة الحقيقية بين الرجل والمرأة في كافة الميادين، وقد وسّعت الاتفاقية مفهوم الحقوق الإنسانية للمرأة، وبالتالي توسيع أطر المعالجة⁴⁹⁸.

وإن المادة 1/16 ج من ذات الاتفاقية تعطي للمرأة بالمساواة مع الرجل نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، ويفهم من هذا أن ضابط الآداب العامة والنظام العام في الاتفاقية هو مبدأ المساواة، فينبغي أن لا يخل أي اتفاق بين الزوج والزوجة بمبدأ المساواة، مع ضرورة الارتكاز على رضا الطرفين وحريةهما الكاملة في الاتفاق.

ولهذا ينظر إلى الصداق في الزواج على أنه تمييز ضد المرأة، أي أنه مخالف للنظام العام والآداب العامة على المستوى الدولي.

أشارت المادة 01 ج من الاتفاقية الإضافية المتعلقة بإلغاء الرق وتجارة الرقيق والأنظمة والممارسات المماثلة للرق 1956، إلى أن من الزيجات غير المقبولة أن تزوج المرأة رغما عنها مقابل مبلغ مالي لأبيها أووليها أو عائلتها أو أي شخص آخر، أو جماعة⁴⁹⁹.

وانتقدت الموائيق الدولية ما ذهبت إليه بعض الدول من فرض المهر على الزوجة تدفعه للرجل نظير الزواج بها، فالزواج في الموائيق الدولية لا يدفع فيه الزوج شيئا للزوجة، ولا تدفع فيه الزوجة شيئا لزوجها،

498- أنظر، منال محمود المشني، حقوق المرأة بين الموائيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 89-90.
499- امر يحيوي، المساواة في الحقوق...، المرجع السابق، ص 21.

والمسؤوليات بعد الزواج مشتركة ومقسمة مناصفة بينهما، فلا نفقة للزوجة على زوجها، ويتحمل الزوج جزء من النفقات، ولهذا فالأنظمة المالية التي تخالف هذه القواعد تظهر وكأنها مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

ولأجل ما سبق لم تنتقد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التشريعات التي تساوي المرأة المتزوجة مع الرجل وتفرض عليهما تكاليف مالية متساوية، كما تعطيها حقوق مالية متساوية، بل إنها تعتبر ذلك نموذجا جيدا للمساواة ينبغي الاقتداء به.

فيعتبر صحيحا كل اتفاق مالي بين الزوجين قام على أساس مبدأ المساواة بينهما كأن يساهم الزوجين بنفس القدر، ويقتسمان الأرباح والفوائد من مالهما المشترك بنفس القدر، أو أن يكون تحمل الواجبات بقدر الحقوق المالية لكل شخص، ولا يكون الاتفاق صحيحا إلا إذا قبل به الطرفين دون إكراه أو خضوع أو قيود.

اتجهت بعض التشريعات في دول غربية إلى اعتبار عقد الزواج عقد مدني، وبالتالي فإن مخالفته للنظام العام والآداب العامة تكون في ميزان القانون المدني كسائر العقود المدنية الأخرى. ولهذا للزوجين في مثل هذه الدول حرية كبيرة في الاشتراطات المالية، فهي لا تخضع في الغالب إلا لقاعدة العقد شرعية المتعاقدين. أما بالنسبة لمعظم الدول العربية والإسلامية، فإن عقد الزواج لا يزال تحكمه الصيغة الدينية، لذلك فإنه يخضع لتعاليم الدين، وكل شرط متعلق بالزواج يخالف ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية يعتبر مخالفا للنظام العام والآداب العامة، لأن معظم قوانين الأحوال الشخصية مستمدة من هذه الشريعة.

إذن فعقد الزواج في الشريعة الإسلامية يمكن وصفه بأنه عقد مدني محاط بإطار ديني، فهذا الوصف يجرده من الطقوس الدينية، ويحتفظ في الوقت ذاته بقدسية الزواج في نفس الزوجين⁵⁰⁰.

ويكون الاتفاق المالي للزوجين مخالفا للنظام العام والآداب العامة إذا اتفقا على إسقاط المهر تماما من عقد الزواج.

فإذا اتفق الطرفان على نفي المهر في العقد، بأن قال الرجل للمرأة: تزوجتك بشرط ألا مهر لك، فقالت قبلت. ففي هذه الحالة يفسد الشرط ويصح العقد طالما توافرت فيه أركانه وشروطه، ويجب للمرأة مهر المثل⁵⁰¹. ويسقط المهر عن الزوج إذا تملكته الزوجة ثم أبرأت الزوج منه أو وهبته إياه.

500- زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص 273.

ويكون الاتفاق المالي للزوجين مخالفا أيضا للنظام العام والآداب العامة إذا تضمن تعديل لقواعد الميراث، فاتفق الزوجة مع زوجها على أن ترث أكثر من الربع بعد وفاته، أو أن ترث أكثر من الثمن بعد وفاته في حال وجود الأولاد، يعتبر باطلا. كما يبطل كل اتفاق يمنعها من الميراث في مال زوجها، فضلا على أنها تستحق الميراث في حال وفاة زوجها وهي في عدة طلاق رجعي ويقع باطلا كل اتفاق بخلاف ذلك.

ومن ناحية أخرى لا يجوز أن ترث الكتابية زوجها المسلم، لأنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم ولو كان أباه⁵⁰².

إن الإرث في الإسلام إجباري بالنسبة للمورث والوارث، مقرر بحكم الشارع، لا يجوز الاتفاق على مخالفته، والفروض المقدرة هي من الحدود الشرعية، بخلاف النظم الغربية التي تجعل الميراث نظاما اختياريا لا يثبت إلا بعد حكم قضائي⁵⁰³.

وهكذا إذا تم احترام النظام العام والآداب العامة، فإن قانون الأسرة بدوره يعطي للزوجين حرية الاتفاق حول النظام المالي لزوجهما.

المطلب الثاني

التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

صدر قانون الأسرة الجزائري سنة 1984، وقبل تعديله كان يظهر للباحثين في نصوصه أن القانون لا يتضمن قواعد تنظم النظام المالي للزوجين، في حين بدأ لآخرين أن التشريع الجزائري يعتمد نظام استقلالية الذمة المالية، ولعل أهم المواد المرتكز عليها في هذا الشأن هي المادة 2/38 الملغاة والتي كانت تنص على أنه: "للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها"، حيث يفهم من المادة أنه للزوجة ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج، ولها الأهلية الكاملة في أن تتصرف في مالها كما تشاء دون تدخل من الزوج، وقد كانت المادة 14 والتي لم تلغ ولم تعدل تنص على أن: "الصدّاق ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء"، وهذه المادة تدعم القول بأن الذمة المالية للزوجة مستقلة.

501- أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي وصابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص359.

502- تهاني بنت مطلق عبد الله الشايعي، المرجع السابق، ص133.

503- بلحاج العربي، أحكام الموارث، المرجع السابق، ص39.

لكن السؤال المطروح: هو هل كان ممكنا وجود اتفاق مالي بين الزوجين في ظل قانون الأسرة قبل تعديله؟ (الفرع الأول)، ثم ما هي بنود الاتفاق المالي في ظل القانون بعد التعديل؟ (الفرع الثاني)، وكيف تمت معالجة مسألة الاتفاق المالي في القوانين الأخرى؟ (الفرع الثالث)، وما الجزاء المترتب على مخالفة شروط النظام المالي الاتفاقي؟ (الفرع الرابع)، وما المقترحات التي يمكن طرحها لضبط الاتفاقات المالية بين الزوجين؟ (الفرع الخامس).

الفرع الأول

إمكانية الاشتراك المالي الاتفاقي بين الزوجين في ظل قانون الأسرة، قبل تعديله

كانت نصوص قانون الأسرة قبل تعديله سنة 2005 تشير ضمنا وصراحة إلى استقلال الذمة المالية للزوجة، لكن لم يكن في القانون ما يمنع اشتراك الزوجين في الأموال المكتسبة بعد الزواج أوحى قبله، ولعلّ هذا يعتبر دليلا كافيا على جواز الاشتراك المالي الاتفاقي بين الزوجين، لأن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما استثنى بنص، ولكن مع ذلك يبقى كل اتفاق بين الزوجين خاضعا للطبيعة الخاصة لعقد الزواج، وهذا ما يجعل بعض الاتفاقات المالية متناقضة مع أحكام محددة تتعلق بنظام الزواج في التشريع الجزائري، لذلك سأعرض للنصوص التي كانت تدعم فكرة الاشتراك المالي الاتفاقي، ثم أتطرق للنصوص التي كانت تعتبر قييدا على الاشتراك المالي الاتفاقي.

أولاً: الاشتراك المالي الاتفاقي من مقتضيات حرية الاشتراط

نصّت المادة 19 ق.أ، قبل تعديلها على أنه "للزوجين أنه يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها، ما لم تتناف مع هذا القانون" وهذه القاعدة تطبيق لمذهب الإمام أحمد بن حنبل في التوسيع في الشروط. فمذهب الإمام أحمد رحمه الله، هو أوسع رحابا وأخصب جنانا، فهو في باب العقود والشروط كالأفق الفسيح، واسع غير محدود. فالأصل عند أكثر الحنابلة في الشروط وجوب الوفاء بها إلا ما قام الدليل من الشارع على عدم صحته⁵⁰⁴.

ولقد قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1971/03/03 بأنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم

504- نواردة دري، المرجع السابق، ص 104.

حلالاً، وبشرط ألا تناقض روح العقد⁵⁰⁵.

إن يمكن للزوجة طبقاً لنص المادة 19 ق.أ، وطبقاً للاجتهاد القضائي أن تتفق مع زوجها على اشتراك أموالهما، وتحديد كيفية إدارتها والنسب التي تؤول لكل واحد منهما، على أن يدرج هذا الاتفاق في وثيقة تسمح بإثباته عند الحاجة ولا يعتبر هذا منافياً للقانون لأن الزوجة تمتلك أموالها ملكية خاصة وتستطيع أن تهبطها لغير الزوج، فهبتها لزوجها أصح من باب أولى، وإذا صحت الهبة، وهي التي تنقص الذمة المالية للزوجة فمن باب أولى تصح الشراكة المالية لأنها من المحتمل أن تزيد في الذمة المالية للزوجة المشاركة.

ولا يعتبر اتفاق الزوجة مع زوجها على المساهمة في الإنفاق مخالفاً للقانون ولمقتضيات عقد الزواج، لأن هذا الشرط، لا يعفي الزوج من واجبه بالإنفاق.

إن النفقة تعتبر من النظام العام⁵⁰⁶، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على إسقاطها، كما لا يمكن الاتفاق على إسقاط الصداق، والميراث، لكن في المقابل يمكن الاتفاق بين الزوجين على أن تتولى الزوجة مثلاً تسديد ديون زوجها.

أما إذا كانت الشروط المالية تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج وتخالف أحكام القانون، فإن هذه الشروط تكون باطلة استناداً إلى نص المادة 35 التي تنص على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً"⁵⁰⁷.

ثانياً: الاشتراك المالي الاتفاقي من مقتضيات التعاون على مصلحة الأسرة

كانت المادة 2/36 ق.أ، قبل تعديلها تنص على أنه: "يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم".

ولقد جاءت هذه المادة وغيرها حاتة على المحافظة على كيان الأسرة، وعش الزوجية وجعلت علاقة الزوجية مبنية على التعاون⁵⁰⁸. ولقد اهتم المشرع بمسألة التعاون إلى درجة أن جعله واجبا على الزوجين، غير

505- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، بتاريخ 1971/03/03، المجلة القضائية، 1972، العدد 02، ص 39.

506- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 228.

507- على عكس المادة 32 التي كانت تنص على أنه: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج" ثم عدلها المشرع فأصبحت: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

أنه لا يمكن القول بأن المشرع أوجب التعاون المالي بين الزوجين لأن هذا الإيجاب ينافي مقتضيات العقد.

لكن، إذا كانت مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد تتطلب تعاون الزوجين تعاوناً غير مالي، فإن التعاون المالي أيضاً يخدم مصلحة الأسرة، ويساهم في رعاية الأولاد، لذلك إذا أرادت الزوجة برضا أن تساهم مع زوجها في نفقات الأسرة، أو أن تشترك بمالها مع مال زوجها قصد الاستثمار وزيادة مداخيل الأسرة، فإنه لا يوجد في القانون القديم ما يعارض هذا⁵⁰⁹، بل إن الوفرة المالية لدى الزوجين متى كانت مشتركة فإنها تحقق مصلحة كبيرة للأسرة، وتوفر أحسن رعاية للأولاد في ظل المتطلبات المادية العصرية الكبيرة.

ثالثاً: النصوص التي كانت تقيّد الاشتراك المالي الاتفاقي بين الزوجين

يعتبر نص المادة 32 ق.أ، قبل التعديل من بين النصوص التي كانت تقيد حرية الزوجة في أن تشترك بمالها مع زوجها، كون أن المادة تفسخ كل نكاح اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج، ولم تحدد في القانون الشروط التي تنافي مقتضيات العقد، وبالتالي بقي المصطلح غامضاً وواسعاً، يجعل كل اتفاق مالي عرضة لأن يكون منافياً لمقتضى العقد، خاصة إذا علمنا أن الاشتراك المالي ليس من مقتضيات العقد، وبالتالي يمكن أن يُنافيه.

ونصت المادة 39 ق.أ، الملغاة على أنه: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة"، وقد كان ينظر إلى هذه المادة على أنها تصنف المرأة في خانة ناقصي الأهلية، وبالتالي فتصرفها في مالها يخضع لموافقة زوجها، لأنها مطالبة بطاعته. وهذا الافتراض كانت تنفيه المادة 2/38 التي أعطت للزوجة حرية التصرف في مالها. ومع ذلك فالمادة 01/39 ق.أ، كانت تشير إلى مسألة القوامة من خلال ذكر مسألة الطاعة. وهذا يدفع إلى التساؤل حول تأثير مساهمة الزوجة المالية على قوامة الرجل؟

يعتقد الكثير من الفقهاء والباحثين أن مساهمة الزوجة في الإنفاق يتعارض مع قوامة الرجل على المرأة⁵¹⁰، انطلاقاً من قوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"⁵¹¹. فقوامة الرجال على النساء هي السبب في وجوب النفقة لهن عليهم.

508- نصر سلمان و سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 252.

509- بل إن مشروع قانون الأسرة كان يذهب إلى الاعتراف بالتعاون المالي حيث جاء فيه: "التعاون على مصلحة الأسرة بالمساهمة المادية والمالية ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم".

510- مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 297.

511- سورة النساء، الآية 34.

إذا اشترط الزوج على زوجته أن لا ينفق عليها، وأن تتولى هي الإنفاق على نفسها، فهذا من الشروط التي فيها منفعة للزوج، ولكنها تنافي مقتضى العقد وتتعارض مع أحكام القانون فهي شروط باطلة⁵¹².

ونفرق بين إسقاط حق النفقة، والمساهمة في النفقة. فالنفقة تجب بالعقد، وبالتالي لا يمكن إسقاطها شرعا وقانونا، أما مساهمة الزوجة بمالها في الإنفاق، فهو من باب تبرع الزوجة بمالها، فلو قلنا أن زوجة تعطي لزوجا نصف راتبها الشهري منذ زواجها معه، لكان الحكم المتفق عليه هو صحة هذه الهبة، حتى وإن كان الزوج ينفق هذا المال على الأسرة بما في ذلك الزوجة، ولهذا لا تعارض بين القوامة ومساهمة الزوجة في الإنفاق، مع الإشارة إلى أن المشرع قد استغنى عن المادة الخاصة بالقوامة، ووضع نصا صريحا بموجب تعديل سنة 2005 يسمح بالاشتراك المالي الاتفاقي، غير أنه لم يحدد تفاصيل الاتفاق.

الفرع الثاني

بنود الاشتراك المالي الاتفاقي في قانون الأسرة بعد التعديل

إذا وجد اتفاق مالي بين الزوجين فينبغي أن يتضمن اشتراك أموال الزوجين وإلا كان دون معنى، لأن انفصال أموال الزوجين لا يحتاج إلى اتفاق، فهو مؤصل بقوة القانون، من خلال تأكيد المادة 1/37 ق.أ، أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

إن الاشتراك المالي بين الزوجين لا يكون إلا بعقد (اتفاق الطرفين)، حسب ما ذكر في المادة 37/2 ق.أ، ولم يحدد المشرع بنود العقد، بل اكتفى بالإرشاد إلى أن مضمون الاتفاق يخص الأموال المشتركة بين الزوجين والمكتسبة خلال الحياة الزوجية، وكذلك تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد من الزوجين، وكأن همّ المشرع الوحيد هو إيجاد حل لمشكلة تقاسم الأموال المشتركة، وليس وضع نظام مالي واضح للأموال المشتركة.

ولذلك فتح المشرع مجالا واسعا أمام الزوجين لتوجيه إرادتهما نحو أي أسلوب أو نظام قانوني يقترحانه لتسوية الوضع المالي المشترك الذي ينشأ بينهما نتيجة المكتسبات المحققة سويا في ظل الرابطة الزوجية، ولم يقيد بها بوقت معين، بل جعل ذلك ساريا متى دعت الحاجة إليه في أي مرحلة من مراحل الحياة الزوجية⁵¹³.

وللزوجين أن يستثمرا أموالهما كيفما شاءا مناصفة أو ينسب متفاوتة أو أحدهما بالمال والآخر بالجهد

512- نواردة دري، المرجع السابق، ص 148.

513- زوبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 57.

والعمل، وكذلك لهما الحرية في اختيار طريقة تقسيم وتوزيع تلك الأموال المكتسبة⁵¹⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاق حسب نص المادة 2/37 ق.أ، يخص الأموال المكتسبة في ظل الحياة الزوجية، وبالتالي يستثني الموال التي تحصل عليها الزوجة قبل زواجها، وكذلك أموال الزوج التي تملكها قبل زواجه، وفي هذا تضيق على الزوجين في حرية الإتفاق، لأنه ليس هناك داع للتفرقة بين الأموال المكتسبة قبل الزواج وتلك المكتسبة بعده.

ويفهم من المادة 2/37 ق.أ، أن المشرع لا يزال متأثر بفكرة متاع البيت التي عالجها في المادة 73، حيث أن المتاع هو الذي ينشأ في العادة مصاحبا للحياة الزوجية.

وسواء كان الاتفاق المالي بين الزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، فإن حرية الاشتراط والاتفاق تبقى مرهونة بعدم المساس بالحقوق المالية للزوجة، والمتمثلة في حقها في الصداق كاملا، وحقها في النفقة بمختلف مشتملاتها، وحقها في ميراث زوجها، وكذلك ما يمكن أن تستحقه من متعة أو تعويض في حال الطلاق، وما عدا ذلك فإن للزوجين الحرية التامة في إدراج أي بند يريانه مناسباً.

ويذهب بعض الفقه إلى أن الزوجة وإن أصبحت تساهم في النفقة على الأسرة دون وجود اتفاق لاشتراك الأموال، فإنه بالإمكان حسبهم إجبارها على المساهمة في النفقة، وإذا ثبت هذا الرأي صحيحاً، فيمكن أن تصبح مساهمة الزوجة في الإنفاق بنداً ثابتاً من بنون العقد المالي⁵¹⁵.

وفي هذا الصدد، يقول الدكتور عثمان التكروري⁵¹⁶: "وواقع الأمر أن تكاليف الحياة هذه الأيام تدفع الرجل إلى البحث عن زوجة عاملة يمكن أن تساعد براتبها، وما دامت القاعدة أن الزوجة تستحق النفقة نظير احتباسها، وأنها لا تستحق النفقة إذا فات حق الزوج في الاحتباس دون رضاه، فإن للزوج الذي يأذن لزوجته بالعمل أن يشترط عليها مقابل رضاه بالاحتباس الناقص أن تنفق على نفسها من أجرها، أو تسهم في نفقات البيت، ويصح مثل هذا الشرط".

514- الجليلي سبيع، المرجع السابق، ص 94.

515- نص المشرع التونسي في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، على أن الزوجة تساهم في الإنفاق إن كان لها مال. وكذلك نص المشرع الصومالي في المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية، على أن يساهم كل من الزوج والزوجة في تكاليف الحياة الزوجية بنسبة دخل كل منهما، وفي حالة عدم قدرة أحدهما على المساهمة يلتزم الآخر بتحمل أعباء وتكاليف الحياة الزوجية، (قانون رقم 23 سنة 1975). وكذلك جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد في المادة 52، أنه "للزوجة أن تشارك بالإنفاق على الأسرة إن كان لها المال، وتلتزم الزوجة الموسرة بالإنفاق على الأسرة مدة إعمار الزوج".

516- عثمان التكروري، المرجع السابق، ص131.

وذكر الأستاذ رعد مقداد محمود الحمداني، أن: "إجماع الفقهاء على أن النفقة على عاتق الزوج كان في وقت لم تكن تمارس فيه المرأة عملاً مأجوراً، أما في الوقت الحاضر، لا ينبغي إغفال التغييرات الواقعة في المجتمع، فالزوجة أصبحت تقضي معظم وقتها في العمل خارج البيت كالزوج تماماً، ولذلك لا بد من الأخذ بعين الاعتبار مساهمة الزوجة في الإنفاق في الحالات التي تمارس فيها عملاً مأجوراً"⁵¹⁷.

وفي ذات السياق ذهب الدكتور عبد الهادي أحمد النجار إلى أن: "عمل الزوجة خارج البيت بمواصفاته المعاصرة لا بد أن يلقي على الزوج بعض المشاق البدنية والنفسية التي ما كانت لتقع لو أن الزوجة تفرغت لبيتها تفرغاً تاماً، وهذا التفرغ من حق الرجل مقابل واجبه في تحمله وحده مسؤولية الإنفاق. لذلك ينبغي تعويضه عن المشاق بجزء من دخل الزوجة، ويختلف هذا القدر حسب حال كل من الزوجين المادية، كل حسب سعته وقدرته، على أن يكون الأصل التسامح بين الزوجين"⁵¹⁸.

لكن تعقياً على الرأي الفقهي السابق، يمكن القول أنه مهما كانت الآثار التي تترتب على خروج المرأة للعمل، فإنه لا يستتاع القول بإجبارها على المساهمة في النفقة، لأن تقويت حق الاحتباس يقابله سقوط النفقة وحق الزوج في منعها من العمل، وله أن يشترط ذلك عليها عند الزواج، مع ملاحظة أن الزوجة يمكنها اشتراط الاحتفاظ بعملها، طبقاً لما جاء في المادة 19 من قانون الأسرة، وهذا الشرط ملزم للزوج، ولا يحق له المطالبة بجزء من راتب الزوجة إن هو رضي بخروجها للعمل.

ولذلك فمساهمة الزوجة في الإنفاق هي مسألة اختيارية يمكن إدراجها كبنء في الاتفاق المالي للزوجين من دون فرض، لأن النفقة واجب شرعي على الزوج دون الزوجة، ولا تسقط باكتساب الزوجة ولا بغناها وكفايتها لنفسها.

ويمكن للزوجين تضمين بنود العقد مسألة الديون المشتركة وكيفية تسديدها، ومسؤولية كل طرف فيها في مواجهة الطرف الآخر، وفي مواجهة الغير، وإن كانت هذه المسائل وغيرها مما لا يطلع عليه عوام الناس، فكان الأولى تحديد بنود معينة على سبيل المثال تدرج في الاتفاق المالي للزوجين.

ولقد وجدت نصوص قانونية أخرى، غير ما جاء في قانون الأسرة تؤكد وتدعم نظام الاشتراك المالي بين الزوجين مراعاة لاعتبارات معينة.

517- رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين...، المرجع السابق، ص99.

518- إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، المرجع السابق، ص250.

الفرع الثالث

النصوص القانونية الأخرى التي تؤكد نظام الاشتراك المالي بين الزوجين

تبنى قانون الأسرة النظام المالي للزوجين القائم على مبدأ استقلال الذمة المالية وسمح للزوجين باختيار مبدأ اشتراك الأموال على أن يكون ذلك صراحة من خلال اتفاقهما، في حين ذهبت بعض القوانين الأخرى إلى العكس من ذلك حيث جعلت نظام الاشتراك المالي هو الأصل المفترض، والاستثناء هو نظام الانفصال في الأموال؛ ويظهر هذا في تحصيل أموال الضرائب، فيقع إشراك أموال الزوجين اتفاقاً أو بقوة القانون.

أولاً: الضريبة المشتركة اتفاقاً بين الزوجين

سمح القانون للزوجين بالاشتراك المالي في الديون الخاصة بالضريبة، حيث طبقاً لنص المادة 3/6 من قانون الضريبة على الدخل الإجمالي يمكن للزوجين التقدم بطلب مصحوب بالتصريح السنوي لأجل دمج دخل الزوجين وفرض ضريبة على الدخل الموحد.

فإذا تم الاتفاق بين الزوجين على الضريبة المشتركة وتم العمل بها، فإن مسؤوليتهما تصبح تضامنية إزاء تحصيل الضرائب، وهذا يعني طبقاً للمادة 377 من قانون الضريبة على الدخل أنه يمكن ممارسة المتابعة القضائية لتحصيل الضريبة باسم أحد الزوجين، وعلى أمواله المكتسبة خلال الفترة الزوجية. مع الإشارة إلى أن المسؤولية التضامنية بين الزوجين لا تقوم طبقاً للمادة 376 من قانون الدخل على الضريبة إلا إذا تعاشر الزوجين في بيت واحد، ولسنا ندري قصد المشرع من وضع هذا الشرط، خصوصاً إذا علمنا أن المعاشرة الزوجية بالنسبة للتشريع الجزائري هي من مقتضيات العقد، ولازمة له.

ومن أجل تشجيع الزوجين على العمل بالضريبة المشتركة الاتفاقية، منح المشرع تخفيضاً لكل زوجين في حال التصريح المشترك بينهما يقدر بنسبة 10% من الدخل الخاضع للضريبة، وهذا يحقق مصلحة للزوجين، وفي الوقت ذاته يحقق التصريح المشترك للدولة مصلحة في تحصيل الديون الخاصة بالضرائب من أحد الزوجين دون التقيد بالمدين الحقيقي أكان الزوج أم الزوجة.

وإذا لم يوجد اتفاق بين الزوجين حول التصريح المشترك، أمكن اللجوء إلى افتراض اشتراك أموالهما بقوة القانون.

ثانيا: التضامن الضريبي بقوة القانون

جاء في المادة 377 من قانون المالية⁵¹⁹، رقم 90/36 أنه: "من أجل تحصيل الضرائب والحقوق والرسوم المؤسسة باسم أحد الزوجين يجوز ممارسة المتابعات بما فيها أعمال الحجز والبيع على الأموال المكتسبة عن طريق الشراء من قبل الزوج الآخر منذ حصول الزواج، ذلك لأنه يفترض أن هذه الأموال تمّ تملكها بأموال الزوج أو أموال الزوجة المدينة بالضريبة إلا إذا بادر الزوج المقدم بما يثبت العكس".

إن هذا النص القانوني يفترض أن الذمة المالية للزوجين مشتركة، وهذا يناقض ما ذهب إليه قانون الأسرة من أن الذمة المالية للزوجين منفصلة، وهذا أمر خطير لأنه يصل إلى حد مطالبة أحد الزوجين بديون الضرائب والرسوم الملقاة على عاتق الزوج الآخر، بل أكثر من ذلك يمكن حجز وبيع ممتلكات أحد الزوجين لتحصيل الضرائب والرسوم التي في ذمة الزوج الآخر، شريطة أن تكون هذه الممتلكات قد تم شراؤها بعد الزواج، وهذا أمر في حد ذاته صعب الإثبات.

ويلاحظ أن نص المادة 377 يحمل الزوجة على غرار الزوج عبئا جديدا هو إثبات أن الأموال المكتسبة لم يتم شراؤها بأموال الزوج الآخر، أو إثبات أن لديها مداخيل شخصية مصرح بها وخاضعة للضريبة، وأن تكون هذه المداخيل متناسبة مع الأملاك الموجودة.

ويمكن للزوج المقدم في أداء الضرائب أن يتقدم بطلب⁵²⁰ إلى المفتش رئيس قسم الضرائب بالولاية حيث تم الحجز ليطالبه باسترجاع الأشياء المحجوزة في حالة حجز المنقولات وغيرها من الأثاث لدفع الضرائب والغرامات والرسوم، ويقدم الطلب في غضون شهر من تاريخ العلم بالحجز، ويجب أن يرفق الطلب تحت طائلة البطلان بجميع وسائل الإثبات المفيدة، ويجوز لصاحب الطلب بعد شهر أن يرفع دعوى⁵²¹ ضد المحاسب القائم بالحجز أمام المجلس القضائي⁵²²، غير أنه لا يمكنه تقديم وسائل إثبات جديدة غير التي تم تقديمها سابقا.

ويصعب على الزوجة إثبات ممتلكاتها الخاصة إذا لم يكن لها دخل أو راتب شهري، فكثير من الممتلكات تملكها الزوجة عن طريق الهبة غير الموثقة، وتعجز عن إثباتها مما يجعلها عرضة للحجز والبيع

519- قانون رقم 90-36 المؤرخ في 1990/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1991، الجريدة الرسمية رقم 57، المؤرخة في 1990/12/31.

520- أنظر المادة 397 من قانون المالية لسنة 1991.

521- انظر المادة 397 والمادة 398 من قانون المالية لسنة 1991.

522- كان يفترض أن ترفع الدعوى أمام الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي، أما حاليا فترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية.

بسبب ضرائب على مال زوجها ربما لم تستفد منه قط.

الفرع الرابع

جزاء مخالفة اتفاق الاشتراك المالي

وضع المشرع صيغتين للاتفاق المالي بين الزوجين، الصيغة الأولى أن يكون الاتفاق في شكل شروط في عقد الزواج، والصيغة الثانية أن يكون الاتفاق في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج، ولذلك فإن الجزاء المترتب على مخالفة شروط الاتفاق يختلف بحسب شكل الاتفاق إن كان متضمنا في عقد الزواج أم في عقد آخر.

سمح المشرع للزوجين أن يدرجا في عقد الزواج ما شاءوا من شروط، بما في ذلك اتفاقهما حول الأموال المشتركة بينهما ورتب على مخالفة هذه الشروط جزاء ذكره في باب انحلال الزواج.

جاء في المادة 9/53 أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، ولم يذكر حق الزوج في الطلاق إذا وجد نفس السبب.

ويحكم للزوج بالطلاق المبرر والمؤسس عند مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وإن لم يصرح بذلك في قانون الأسرة، لكن مادام الطلاق غير المبرر يستجاب له سيرا على اجتهادات وقرارات المحكمة العليا، فمن باب أولى إذا كان الطلاق مبررا سببه إخلال الزوجة بالشروط المتفق عليها⁵²³.

وكان على المشرع قبل أن يعطي الزوجة حق طلب التطلاق مخالفة شروط الاتفاق المالي أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ، والإجبار عليه تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين⁵²⁴.

ولما للزواج من أهمية كبيرة حيث تقوم عليه الأسرة، فكانت رعاية الشروط التي ترتب منفعة لأحد الزوجين أوجب في الوفاء من العقود الأخرى⁵²⁵.

فالمشرع يخير الزوجة بين أمرين أحلاهما مر، إما البقاء مع زوجها مع عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أو طلب التطلاق، أي هدم الرابطة الزوجية، ولا أعتقد أن للزوجة مصلحة في أي منهما.

523- زبيدة إقروفه، المرجع السابق، ص 58.

524- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 137.

525- عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 84.

وأضاف المشرع أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة عن الضرر اللاحق بها، فإذا لم يف الزوج بشروط الاتفاق المالي وطلبت الزوجة التطليق لذات السبب فإنه بإمكانها طلب التعويض عما أصابها من ضرر، ويحكم القاضي به متى أثبت وجود الضرر.

أما إذا كان اتفاق الزوجين المالي قد صُبَّ في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج، ولم تحترم شروط هذا الاتفاق، فعندئذ لا يوجد في قانون الأسرة جزاء يطبق على هذه المخالفة، لأنّ نص المادة 9/53 ق.أ، كان صريحاً في ترتيب الجزاء على مخالفة شروط عقد الزواج، وهذا العقد ليس عقد زواج وإنما لاحق به.

لكن، ولأن العقد الرسمي اللاحق لعقد الزواج يُفترض أن يلحق به في الحكم لأن العلة واحدة، فالشروط سببها وجود علاقة الزوجية، وقد يُقدم الزوجان على إبرام عقد رسمي لأنه أحوط وأقوى في الإثبات، وليس هناك من فائدة لاختلاف الجزاء المترتب عن مخالفة نفس الشرط سوى لأن مكان ذكر الشرط تغيّر من عقد الزواج إلى عقد آخر.

أما إذا تقيّدنا بالمعنى اللفظي للمادة 9/53 ق.أ، فإنه ليس هناك جزاء، وبالتالي وجب الرجوع إلى القواعد العامة، وهنا تطرح مسألة التعويض الاتفاقي، فهل يمكن للزوجة أن تضمن العقد شرطاً يقضي بأن يدفع لها الزوج تعويضاً معيناً في حال إخلاله بشروط الاتفاق المالي؟

جاء في المادة 183 ق.م، أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليهما في العقد، أو في اتفاق لاحق"⁵²⁶، أما إذا قيل بأن الاتفاق المالي للزوجين وإن كان في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج إلا أنه ليس من عقود القانون المدني، فعندئذ وجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية انطلاقاً من المادة 222 ق.أ.

وتعرف الشريعة الإسلامية شروط استحقاق التعويض الاتفاقي في قواعدها العامة كشرط لاستحقاق التعويض بوجه عام، وهي تفر هذا الاستحقاق، ومن باب أولى هذه الشروط طالما كانت لا تقضي إلى أكل أموال الناس بالباطل⁵²⁷.

526- وقد ورد في المادة 184 ق.أ، أن التعويض المتفق عليه لا يكون مستحق إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض، وطبقاً للمادة 185 ق.أ، إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

527- محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص 206.

ويرى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أنه: "يمكن للزوجة في عقد الزواج أن تشتت على زوجها ألا يتزوج عليها وإلا طلقت منه واستحققت تعويضا، وليس للمحكمة أن تمتنع عن التصديق على التعويض المقدر إلا إذا ثبت أنه جائر وغير مقبول وغير متناسب بالمرّة مع الضرر الذي سببه الطلاق"⁵²⁸.

الفرع الخامس

قواعد ضبط نظام الاشتراك المالي الاتفاقي بين الزوجين

اكتفى المشرع الجزائري بمادة يتيمة في موضوع الثروة المكتسبة بين الزوجين هي المادة 37 ق.أ، أو الإشارة في مادة هي المادة 19 إلى حرية الاشتراط في عقد الزواج عموما دون تفصيل وهذا قليل بالنظر إلى أهمية الموضوع وآثاره على الزوجين والأسرة⁵²⁹.

إن واقع الأسر الجزائرية وظروف المجتمع الاقتصادية خصوصا، جعلت العديد من الأزواج ينتهجون نظام الاشتراك المالي واقعا لا رسميا، غير أن هذا الاشتراك الفعلي مرهون استقراره باستقرار الحياة الزوجية، فهو يهتز كلما حدثت مشاكل بين الزوجين، ونظرا لعدم وجود اتفاق رسمي يثبت بنود الاتفاق ويحميه، فإن الطرف الضعيف - وهو في الغالب الزوجة- يجد نفسه دائما عرضة لخسارة أمواله والتكسر لما بدله في سبيل الأسرة، لذلك وجب إعادة النظر في نظام الاشتراك المالي الاتفاقي بوضع قواعد تضبطه، وقد حاولت أن أصيغ بعضا منها كالآتي:

أولا: وثيقة النظام المالي للزوجين

في ظل الاهتمام المتزايد بالماديات على حساب الأخلاق، وجب على المشرع إضافة وثيقة جديدة إلى الوثائق المطلوبة في إبرام عقد الزواج، تسمى هذه الوثيقة بوثيقة النظام المالي للزوجين حيث يتم توفير استمارات من الوثيقة المذكورة، ويقوم الزوجين بملء الخانات الفارغة الموجودة بها والتوقيع أسفلها مع المصادقة على الإمضاء، بحيث يمكن من خلالها معرفة نوع النظام المالي الذي يختاره الزوجان.

تخصص خانة في أعلى الوثيقة يحدد فيها الزوجان نوع النظام المالي إما منفصل أو مشترك، فإذا اختارا نظام انفصال الأموال فقد حسم الأمر ولا حاجة للتفاصيل، أما إذا اختارا نظام الاشتراك المالي فوجب ملاً

528- أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، دار النهضة العربية، مصر، 1968، ص 863.

529- زبيدة إقروفه، المرجع السابق، ص 59.

الوثيقة لتوضيح تفاصيل الاتفاق.

ومن بين المعلومات المهمة التي ينبغي أن تتضمنها الوثيقة ما يلي:

- 1- أن يذكر إن كانت الزوجة عاملة أم لا، وموافقة الزوج على عملها.
- 2- أن يذكر المقدار الذي تساهم به الزوجة في الإنفاق، سواء في شكل نقود تمنح للزوج، أو في شكل مساهمة عينية، كأن تلتزم بشراء مستلزمات الأطفال أو مستلزمات المطبخ أو غير ذلك.
- 3- أن يذكر نصيب الزوجة من الأشياء المكتسبة خلال الحياة الزوجية كالسيارة والأثاث والمواشي وغيرها، سواء بالاعتماد على مساهمتها الشخصية أو باحتساب عملها المنزلي، أو مساعدتها لزوجها في عمله.
- 4- أن تحدد مسؤولية الزوجين عن الديون إن كانت مسؤولية تضامنية، أم مسؤولية شخصية، كل يسأل في ماله، والمال المشترك يُسأل فيه كل زوج بقدر مساهمته.
- 5- يحدد في الوثيقة مبلغ كتعويض جزاء الإخلال بأي بند من بنود الاتفاق، مع إمكانية مراجعة مبلغ التعويض، وتعديل الالتزام عندما يصبح مرهقا⁵³⁰.
- 6- ترك مساحة للزوجين من أجل تعديل بعض بنود الوثيقة أو إضافة بنود أخرى حسب اتفاقها.
- 7- تحدد مسؤولية الزوجين في إدارة الأملاك المشتركة والتصرف فيها، مع إمكانية طلب وقف التصرف بحكم استعجالي.

ثانيا: الديون المترتبة على الزوجين

يمكن لأي شخص دائن لأحد الزوجين أو لهما معا أن يستوفي دينه بالاعتماد على وثيقة النظام المالي للزوجين التي يمكنه الإطلاع عليها بأمر استعجالي من رئيس المحكمة الذي يثبت أمامه وجود الدين. حيث يمكن للدائن الرجوع على واحد من الزوجين - وإن لم يكن هو المدين - متى ثبت في الوثيقة أن مسؤوليتهما عن الديون تضامنية، ولا يمكن الرجوع إلا على الزوج المدين متى أثبتنا في الوثيقة أن المسؤولية عن الديون

530- هذا البند تم ذكره في تقرير لمنظمة GLOBAL Rights عند اقتراحها لعقد زواج نموذجي، غير أنها أضافت إدراج تمكين الزوجة من إيقاع الطلاق دون قيد أو شرط، وهو الشرط ذاته الذي أخذ به المشرع الجزائري عندما منح الزوجة حق طلب التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها، ولم أذكره أنا في الوثيقة المقترضة حفاظا على مصلحة الأسرة بعدم توسيع مجالات الطلاق. تشكل منظمة GLOBAL Rights منظمة حقوقية دولية غير حقوقية، مقرها الرئيسي بالولايات المتحدة الأمريكية، وتمتلك مكتب جهوي بالمملكة المغربية، وقامت بإعداد التقرير المذكور سن 2008 بمشاركة 15 منظمة غير حكومية ومحامين شركاء من المغرب، الجزائر وتونس، وبمساهمة 1474 امرأة. ويمكن الإطلاع على التقرير ومعلومات أخرى من خلال موقع المنظمة على الأنترنت: www.globalrights.org

شخصية. والأمر نفسه ينطبق على الدولة باعتبارها دائنة عند تحصيل الضرائب والرسوم والغرامات ومختلف الحقوق الأخرى.

ثالثاً: السكن العائلي

إن منح السكن العائلي إلى أحد الزوجين بمفرده كما هو معمول به في النظام الجزائري طبقاً لاستقلال الذمة المالية للزوجين، سيؤدي حتماً إلى حرمان الزوج الآخر من ذلك، فإذا قامت الدولة بتملك السكن الاجتماعي للزوجين معاً فيشتركان في دفع الديون المترتبة عن تنازل الدولة عن ذلك السكن⁵³¹.

وأرى أن رهن استفادة الزوج من برامج السكن بعدم استفادة الزوج الآخر يُنافي مبدأ استقلال الذمة، لذلك وجب تملك السكنات المدعمة من قبل الدولة للزوجين معاً مناصفة، وإلا الاعتماد على وثيقة النظام المالي للزوجين من أجل منح سكن واحد للزوجين إذا كان النظام فيه اشتراك للأموال ومنح سكن لكل زوج إذا كان النظام فيه انفصال للأموال، غير أن هذا النظام الأخير يزيد أعباء أخرى على عاتق الدولة.

ويمكن للمشرع عموماً أن يستفيد من تجارب بعض الدول التي قننت الاشتراك المالي الاتفاقي بين الزوجين، وأخذ ما يتلاءم منها مع خصوصية المجتمع، فلقد قطعت بعض الدول أشواطاً معتبرة في خلق أنظمة اشتراك مالي تتيح للمتزوجين فرصة الاختيار من بينها وفرصة التغيير فيها.

المطلب الثالث

التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين في بعض التشريعات الغربية والعربية

شاع في التشريعات الغربية أن الزواج عقد مدني، وإلى جانبه ظهر مصطلح المعاشرة بحكم الواقع أو ما يُعرف بالارتباط الحر، ولقد سعت الدول الغربية إلى وضع أنظمة مالية للزوجين، وحرصت على أن تعطي للزوجين الحرية في كيفية تنظيم أمورهم المالية، لذلك يبدو جلياً في الغرب التنظيم الاتفاقي للذمة المالية للأسرة، ومن ذلك ما هو معمول به في كندا⁵³² وفي فرنسا وبريطانيا.

531- مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 313.

532- يترتب على الزواج والارتباط المدني في كيبك نفس الآثار، ويكون الزوجان أو القرينان ملزمان في كل الأحوال بمراعاة ما يلي:

- تبادل الاحترام والإخلاص والعون والمساعدة.
- القيام معاً بإدارة شؤون الأسرة المعنوية والمادية.

الفرع الأول

شكل ومضمون العقد المالي للزوجين في فرنسا

يتيح القانون الفرنسي للزوجين إمكانية اختيار نظام مالي معين لإدارة أموالهما، حيث يعرض عليهما أنظمة مختلفة منهما: نظام الانفصال المالي ونظام الملكية المشتركة للأموال المكتسبة بعد الزواج، ونظام عدم المشاركة ونظام الدوطة⁵³³. كما يمكن للزوجين إدخال تعديلات على النظام المالي المختار سواء عند إبرام العقد، أو بعد مدة من المعاشرة الزوجية، ويشترط أن يصب اتفاق الزوجين في قالب قانوني محدد.

نصت المادة 1394 من القانون المدني الفرنسي على أن كل الاتفاقات المالية ينبغي أن تسجل في عقد رسمي أمام الموثق، بحضور ورضا الزوجين وكل الأطراف المعنية، أو من ينوب عنهم⁵³⁴.

- ممارسة السلطة الأبوية معاً، وتولي المهام المترتبة عليها، لاسيما توفير الغذاء والرعاية والتعليم لأطفالهما.
 - القيام معا باختيار مقر إقامة الأسرة.
 - المشاركة في الأعباء الأسرية، كل حسب قدرته.
 - المشاركة في تحمل الديون المترتبة على الاحتياجات اليومية للأسرة، إلا إذا أعرب أحدهما عن رغبته في عكس ذلك.
 - المشاركة في تكوين الذمة المالية للأسرة.
 فيترتب على الزواج في كندا تكوين الذمة المالية للأسرة، وهي تشمل على وجه الخصوص السكن الرئيسي للأسرة، والسكن أو المساكن الثانوية إن وجدت، والأثاث الموجود بهذا السكن أو المساكن، والسيارة أو السيارات التي تستخدمها الأسرة، والفوائد على الأموال المتراكمة في وعاء ادخار التقاعد خلال فترة الزواج أو الارتباط.
 ويكون لكل واحد من الزوجين (القرينين) عند الانفصال الحق في نصف قيمة الذمة المالية للأسرة، وذلك بعد خصم بعض الديون التي قد تكون على عاتق القرينين وقيمة الممتلكات التي كان كل منهما يمتلكها قبل ارتباطهما. وتنطبق قواعد الذمة المالية للأسرة على جميع الأزواج حتى لو كان الزواج أو الارتباط قد تم بالخارج، والهدف من ذلك هو تشجيع قيم المساواة والأمن الاقتصادي لكلا الزوجين في حالة الانفصال.
 ويوفر القانون المدني في كيبك ثلاثة أنظمة لإدارة ممتلكات الزوجين، وهي شراكة الملكية، الملكية المنفصلة، الملكية المشتركة، وفي حالة عدم توقيع عقد، ينطبق نظام شراكة الملكية تلقائياً.
 أنظر، المساواة بين الرجل والمرأة في كيبك، دليل صادر عن دائرة العلاقات العامة بوزارة الثقافة والاتصالات وشؤون المرأة، كيبك، 2009، ص22، موجود في موقع أمانة شؤون المرأة بوزارة الثقافة: www.scf.gouv.qc.ca
 533- تم إلغاء نظام الدوطة ونظام عدم المشاركة من القانون المدني الفرنسي.

534 - Art 1394 c.c.f: "Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires. Au moment de la signature du contrat, le notaire délivre aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses noms et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indique qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage. Si l'acte de mariage mentionne qu'il n'a pas été fait de contrat, les époux seront, à l'égard des tiers, réputés mariés sous le régime de droit commun, à moins que, dans les actes passés avec ces tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage".

ويقصد بالأطراف في صلب النص: (الزوجان، الوالدان بالنسبة للزوجين القصر، الأقارب، أو الغير أحيانا، ومقدمو الهبات المالية للزوجين)⁵³⁵.

ويلتزم الموثق بعد توقيع الطرفين على العقد المالي بأن يسلم لهما شهادة تحمل أسماءهم وألقابهم، ومكان الإقامة، وتاريخ إبرام العقد، ويقوم الطرفين بتسليم نسخة العقد إلى ضابط الحالة المدنية قبل حفل الزواج طبقا لنص المادة 1394 ق.م.ف.

ويمكن لكل متعامل مع أحد الزوجين أو كلاهما أن يطلب الحصول على نسخة عقدهما المالي لمعرفة النظام المالي المتبع من قبل الزوجين، وبالتالي يستطيع تحديد المسؤوليات ويعرف مقدار، وجهة الضمان. أما إذا كان عقد الزواج قد تمّ قبل إبرام العقد المالي فيعتبر الزوجان مسؤولان اتجاه الغير على أساس أن زواجهما مشهر وفق نظام الاشتراك المالي على الأقل بالنسبة للعقود التي سبق إبرامها مع الغير.

ولما كان اتفاق الزوجين يفرغ في شكل رسمي فإنه إضافة إلى تراضي الطرفين في مجلس العقد، يشترط القانون الأهلية الكاملة في طرفي العقد المالي يوم إبرامه، حيث ينبغي أن يكون الرجل والمرأة قد بلغا من العمر 18 سنة كاملة⁵³⁶، وأن يكون القاصر قد حصل على ترخيص من وكيل الجمهورية الذي يمكنه منح الترخيص للإعفاء من السن المطلوبة لأسباب خطيرة⁵³⁷.

ولا يستطيع البالغ المحجور عليه أن يبرم عقد مالي إلا بترخيص من الولي أوالمقدم، وإلا كان العقد قابلا للإبطال، خلال سنة من الزواج.

535- مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 220.

536- Art 144 c.c.f: "Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus".

537- إذا كان القاصر أهلا لإبرام عقد الزواج بسبب الترخيص له بذلك، فإنه يصبح أهلا لإبرام الاتفاقات المالية، وتكون كل العقود والهبات التي يجريها بعد ذلك صحيحة، متى كان ذلك برضى الأوصياء المطلوب رضاهم في عقد الزواج، أنظر المادة 1398 من القانون المدني الفرنسي:

Art 1395 c.c.f: "Le mineur capable de contracter mariage est capable de consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

Si des conventions matrimoniales ont été passées sans cette assistance, l'annulation en pourra être demandée par le mineur ou par les personnes dont le consentement était requis, mais seulement jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra la majorité accomplie".

ويلزم المشرع الفرنسي الزوجين بضرورة إبرام العقد المالي قبل حفل الزواج، لكنه لا ينتج أثره إلا من تاريخ حفل الزواج⁵³⁸، ولذلك يمكن للزوجين إدخال تعديلات على الاتفاق المالي بحرية تامة بشرط أن يكون ذلك قبل حفل الزواج، وأن تكون التعديلات بعقد رسمي وفق الأشكال المذكورة سابقاً⁵³⁹.

وطالما أن الاتفاق المالي بين الزوجين يفرغ في شكل رسمي، وطالما أنه عقد رضائي فهو يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولذلك يمكن للزوجين إدراج ما يروونه مناسباً، لكن ينبغي مع ذلك أن يبين فيه نوع النظام المالي الذي اختاره الزوجان، والتعديلات المدخلة عليه.

فيُضمن في العقد المالي تحديد أموال الزوجين ومصادرها، وتحدد نسبة الاشتراك، كما يتم تحديد المسؤوليات على الأموال المشتركة، وتبيان حدود التضامن بالنسبة للديون أيضاً، فضلاً عن هذا تحدد قواعد تسيير الأموال وإدارتها

ويُضمن في العقد أيضاً كيفية توزيع ثمار الأموال المشتركة، وكيفية تصفية هذه الأموال وقسمتها عند انتهاء النظام المالي المنفق عليه في العقد. ويمكن لكل متدخل مع الزوجين في العقد إدراج شروط معينة شريطة التراضي بين جميع الأطراف بشأنها.

ومهما يكن مضمون العقد المالي فإنه يمكن تعديله في المستقبل إذا توفرت جملة من الشروط التي يتطلبها التشريع.

538- Art 1395 c.c.f: "Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration".

539- Art 1396 c.c.f: " Les changements qui seraient apportés aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage doivent être constatés par un acte passé dans les mêmes formes. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultanés de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage, ou de leurs mandataires. Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage ; et le notaire ne pourra délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement à la demande de l'un des époux dans le cas de la séparation de biens ou des autres mesures judiciaires de protection ou par l'effet d'un acte notarié, le cas échéant homologué, dans le cas de l'article suivant".

الفرع الثاني

شروط تعديل الاتفاق المالي للزوجين في التشريع الفرنسي

يسمح المشرع الفرنسي بتعديل النظام المالي الاتفاقي للزوجين، وذلك متى توفرت الشروط التالية:

1- مرور مدة زمنية معينة

يشترط طبقاً لنص المادة 1397 ق.م.ف.⁵⁴⁰ مرور سنتين على تطبيق النظام المالي للزوجين من أجل إمكانية تعديله، وبمفهوم المخالفة يكون باطلاً كل تعديل خلال فترة سنتين، وتحسب هذه المدة ابتداءً من تاريخ حفل الزواج، لأنه التاريخ الذي يدخل فيه العقد المالي حيز التنفيذ.

ولا يفهم تقييد المشرع الفرنسي لحرية الزوجين في التعاقد بضرورة مرور سنتين، لأن مدة سنة أو أقل تكون كافية لمعرفة مدى نجاح اختيارهما للنظام المالي، ومن تم الإبقاء عليه، أو فشل النظام المختار ومن تم تعديله، فإذا ارتأى الزوجان عدم نجاعة النظام المالي المتفق عليه بعد شهرين من تطبيقه، فإن انتظارهما مدة سنتين قد يساهم في خسائر للأسرة، ويعتبر الشرط متعارضاً مع مصلحة الأسرة.

إنه ليس هناك من تفسير معقول لمدة السنتين التي اشترطها المشرع إلا أن يكون أراد حماية لغير المتعامل مع الزوجين حسن النية، والذي قد يصعب عليه أن يعلم بتغيير النظام المالي لمن يتعامل معهم في وقت وجيز، إضافة إلى أن التغيير المستمر في أوقات قصيرة يضر بالغير، فضلاً على أن المعاملات المالية مبنية على الاستقرار، فوجب مراعاة مدة العقد المالي.

2- ضرورة الكتابة الرسمية

اشترط المشرع في المادة 1397 ق.م.ف، أنه يتم تعديل العقد المالي للزوجين بعقد رسمي لدى الموثق سواء كان التعديل جزئياً أم كاملاً، وهذا إجراء بديهي لأن العقد الأصلي كان عقد رسمي، ويقع باطلاً كل تعديل لم يفرغ في شكل رسمي، ويجب أن يتضمن العقد الذي يحمل التعديل تصفية النظام المالي المعدل إن كانت ضرورية، وتكون ضرورية إذا كان الزوجان قد انتقلا مثلاً من نظام الاشتراك إلى نظام الاستقلالية (انفصال الذمم المالية). ويتوجب إعلام جميع أطراف العقد المزمع تعديله والأبناء البالغين لكل زوج بالتعديلات المدرجة،

540- Art 1397 c.c.f: "Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié".

حيث يمكنهم الاعتراض في أجل ثلاث أشهر على هذه التعديلات، كما يتم إعلام الدائنين عن طريق نشر إعلان بجريدة مختصة بالإعلانات القانونية في موطن إقامة الزوجين. ويمكن لكل دائن الاعتراض على التعديلات في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ النشر.

وفي حالة معارضة التعديلات من قبل الأشخاص الذين لهم الحق في ذلك، يخضع العقد المالي التعديلي للمصادقة القضائية من قبل محكمة موطن الزوجين، ويجب أن يخضع للمصادقة أمام نفس الهيئة إذا كان لأحد الزوجين أبناء قصر.

3- تاريخ دخول التعديل حيز النفاذ

ينتج التعديل المدرج على النظام المالي آثاره بالنسبة لجميع أطراف العقد ابتداء من تاريخ العقد، وأمن تاريخ الحكم في حال وجوبه. ولا ينتج آثاره بالنسبة للغير إلا بعد ثلاثة أشهر من تاريخ التأشير به على هامش عقد الزواج.

ومع ذلك لا يمكن الاعتراض على الغير إن لم يتم التأشير على هامش عقد الزواج، وإن أعلن الزوجان في العقود المبرمة مع الغير أنهما قاما بتغيير نظامها المالي⁵⁴¹.

4- إشهار تعديل العقد المالي

نص المشرع الفرنسي على وجوب إشهار التعديل الوارد على النظام المالي للزوجين وفقا لما ينص عليه قانون الإجراءات المدنية⁵⁴².

وإذا كان التعديل في نظام الاشتراك المالي الاتفاقي يخضع وجوبا للشروط المذكورة أعلاه إلا أن مضمون التعديل كما سبق القول لا يخضع إلا لاتفاق الطرفين، ومع ذلك تدخل المشرع الفرنسي لمساعدة طرفي عقد الزواج في إدراج بعض البنود، وذلك بوضعه لنماذج مقترحة للاشتراك المالي.

541-Art 1397 c.c.f: "... Le changement a effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage. Toutefois, en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial...".

542- Art 1397-3 c.c.f: "...Lorsque la désignation de la loi applicable est faite au cours du mariage, les époux font procéder aux mesures de publicité relatives à la désignation de la loi applicable dans les conditions et formes prévues au code de procédure civile. S'ils ont passé un contrat de mariage, mention de la loi applicable ainsi désignée est portée sur la minute de celui-ci...".

Art 1397-5 c.c.f: "Lorsqu'un changement au régime matrimonial intervient par application d'une loi étrangère régissant les effets de l'union, les époux font procéder aux formalités de publicité prévues au code de procédure civile".

ومن جهته اجتهد المشرع التونسي أن يضع هو الآخر قواعد تسمح بالاتفاق المالي للزوجين.

الفرع الثالث

التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين في تونس

كان المشرع التونسي يأخذ بنظام انفصال الذمة المالية بين الزوجين، حيث كانت مدونة الأحوال الشخصية التونسية تنص على أنه لا ولاية للزوج على أموال زوجته.

ولم يكن في المدونة ما يشير صراحة إلى إمكانية اتفاق الزوجين حول نظامهما المالي، إلى غاية سنة 1998، حيث أصدر المشرع التونسي القانون رقم 94 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر سنة 1998، والمتعلق بنظام الاشتراك بين الزوجين، ومن خلال هذا القانون يمكننا استنتاج القواعد التي تحكم اتفاق الزوجين على الاشتراك المالي وفق النقاط الآتية:

أولاً: رضائية عقد الاشتراك المالي

جعل المشرع التونسي عقد الاشتراك المالي بين الزوجين رضائياً، فهو نظام اختياري يمكن للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو في تاريخ لاحق ويمكن للزوجين إدخال تعديلات على هذا النظام وتوسيعه، كما يحق لهما إنهاؤه في أية لحظة شاءوا⁵⁴³.

ولا يبدأ نفاذ نظام الاشتراك في الملكية إلا بعد إتمام الدخول بالزوجة، لأن قواعد نظام الاشتراك تشترط أن يكون العقار المشترك فيه مخصصاً لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، والعائلة لا تتكون إلا بعد إتمام البناء، وهو ما تبناه القضاء التونسي في العديد من القرارات والأحكام، حيث اعتبرت المحكمة التونسية أنه في حال تبين أن طرفي القضية قد انفصلا بالطلاق قبل الدخول فإنه لا مجال للقول بأن ما اكتسبه أحدهما من عقارات أثناء الرابطة الزوجية ملكاً مشتركاً بينهما⁵⁴⁴.

543- انظر الفصول 6/4/3/2/1 من القانون رقم 94 لسنة 1998.

544- أنظر، خولة الزتايقي، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، التونسية، جريدة إلكترونية، العدد الصادر بتاريخ: 2014/04/21، الموقع: www.attounissia.com

ثانيا: اقتصار نظام الاشتراك على العقارات

نص المشرع التونسي على أن نظام الاشتراك الاتفاقي بين الزوجين يقتصر مبدئيا على العقارات فقط، حيث أشار في الفصل 01 من القانون 94 لسنة 1998، أن نظام الاشتراك يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة، فتعتبر أملاكاً مشتركة كل العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك متى كانت مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، ويشترط أن لا تكون قد آلت ملكيتها إلى أحد الزوجين عن طريق الميراث أو الهبة أو الوصية، وأشار المشرع إلى أن نظام الاشتراك لا يشمل مهر الزوجة الذي يظل ملكا خاصا بها، كما أن نظام الاشتراك لا يمس بالأحكام القانونية المنظمة للميراث. وتكون أملاكاً مشتركة بالتبعية توابع العقار وثمارها مهما كانت طبيعتها، ويستثنى من الاشتراك العقارات المخصصة لاستعمال مهني بحث.

ويسمح القانون للزوجين الاتفاق على توسيع الاشتراك، ليشمل جميع العقارات بما في ذلك المكتسبة قبل الزواج أو المكتسبة عن طريق إرث أو هبة أو وصية، على أن يكون هذا الاتفاق صراحة في العقد.

ويطرح التساؤل عن سبب قصر المشرع التونسي نظام الاشتراك على العقارات فقط، في حين أن هناك منقولات قد يشترك فيها الزوجان وربما فاقت قيمتها قيمة العقار، كالسيارات الفاخرة مثلا، وطالما أن عقد الاشتراك رضائي، فلماذا تقيد حرية التعاقد بقصر الاشتراك على العقارات.

ثالثا: إشهار نظام الاشتراك

أوجب المشرع التونسي من خلال الفصل 10 من قانون 94 لسنة 1998 وجوب إشهار نظام الاشتراك، إذ الواجب على ضابط الحالة المدنية أن ينص على ذلك وعلى كل الشروط المتفق عليها بدفاته، وبجميع المضامين والنسخ المستخرجة منها. ويجب طبقا للفصل 14 من ذات القانون على كل من اكتسب حقا عينيا على عقار أن يدلي مع طلب ترسيم حقه العيني أو تسجيله بمضمون من دفاتر الحالة المدنية يخصه.

ويتعين على حافظ الملكية العقارية أن ينص في دفاتره، وبالشهائد التي يسلمها على كون المعني بالأمر قد اختار نظام الاشتراك في الأملاك أو لم يختره، وهذا طبقا لما جاء في الفصل 15، ويعتبر الإشهار بمثابة الضمان لحقوق الغير. غير أن يبقى السؤال يطرح حول مصير هذا الاتفاق المالي بين الزوجين.

الفرع الرابع

مصير الاتفاق المالي بين الزوجين في التشريع التونسي

بمقتضى الفصل 16، يجوز لكل واحد من الزوجين القيام بجميع الأعمال النافعة التحسينية مادية كانت أو قانونية، والقيام بجميع الأعمال التي ترمي إلى حفظ الأملاك المشتركة وإدارتها والانتفاع بها. ومن أجل الحفاظ على مصلحة الأسرة وعدم تبديد الأموال المشتركة يمكن لأي من الزوجين أن يستصدر حكماً إستعجالياً يقض برفع يد القرين مؤقتاً عن إدارة الأملاك المشتركة متى أثبت سوء تصرفه أو تبديده للممتلكات. وسلطة أحد الزوجين في التصرف في الأموال المشتركة ليست مطلقة، حيث لا يمكن إنشاء الحقوق العينية على العقار المشترك ولا يمكن تأجيله للغير لمدة تفوق ثلاث سنوات، ولا يمكن تجديد كراؤه بما يجعل مجمل المدة تتجاوز ثلاث سنوات إلا برضا الزوجين معاً، وهذا ما جاء في الفصل 17 من القانون التونسي رقم 94 لسنة 1998، والذي أضاف بأنه لا يصح التبرع بالمال المشترك أو بشيء منه إلا برضا الزوجين معاً.

وتبعا لإدارة المال المشترك، تعتبر طبقاً للفصل 13 من القانون المذكور، ديونا مشتركة كل الديون والأعباء المترتبة عن اكتساب ملكية المشترك أو استغلاله أو إدارته أو الانتفاع به أو التقويت فيه، والديون المرتبطة بملكية العقار طبقاً للتشريع المعمول به، في حين لا تعد الديون الموثقة برهن على المال المشترك مشتركة بين الزوجين إلا إذا توفرت فيها الشروط المقررة لإدارة المال المشترك والتصرف فيه.

ويمكن للزوجين أن يتفقا على تغيير نظام الاشتراك المالي بعد عامين على الأقل من تاريخ إقامة نظام الاشتراك ويكون ذلك التغيير بحجة رسمية. ولهذا ينتهي نظام الاشتراك المالي بأسباب اختيارية وأخرى تلقائية، إذ يمكن إنهاؤه بطلب من أحد الزوجين أو باتفاقهما معاً، أو نتيجة لموت أحد الزوجين أو حصول الطلاق.

استناداً إلى ما جاء في الفصول من 18 إلى 23 من القانون رقم 94 لسنة 1998، سمح المشرع التونسي لكل من الزوجين أن يطلب إنهاء نظام الاشتراك المالي من المحكمة المختصة متى قام الزوج الآخر بإدارة الأملاك المشتركة أو التصرف فيها بشكل يعرض مصالح العائلة إلى التلف.

ويمكن للزوجين إبرام اتفاقيات على تصفية الأملاك المشتركة أثناء الدعوى وتخضع الاتفاق إلى مصادقة المحكمة ويمكن للدائن طلب تعديل الاتفاق بما يحفظ حقوقه، أما في حال انعدام اتفاق بين الزوجين فيمكن لأي منهما أن يطلب تعيين مصفٍ يتولى تصفية الأملاك المشتركة حيث يتم قسمتها مناصفة بين

الزوجين، أوحسب نسبة الاشتراك وذلك بعد تسديد الديون، إذ يمكن للدائنين التدخل في الدعوى القائمة بين الزوجين لطلب حفظ حقوقهم، كما يمكنهم الاعتراض على الحكم الصادر بشأن تصفية أملاك الزوجين المشتركة.

إن اختلاف التشريعات في كيفية تنظيم الذمة المالية للزوجين عند وجود أملاك مشتركة لا يطرح إشكالات في القانون الواجب التطبيق متى كان الزوجين من دولة واحدة، أما عند اختلاف جنسية أو موطنهم، فقد نكون أمام مسألة تنازع القوانين، فهل يكف اتفاق الزوجين لحل الإشكال؟ وما الحل عند عدم اتفاقهما على تحديد القانون المختص؟

المطلب الرابع

تنازع القوانين في التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين المشتركة

يختلف تحديد القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للاتفاقي للزوجين على حسب نظرة المشرع إلى هذا الاتفاق باعتباره عقد ضمن الأحوال العينية، وبالتالي تخضع لقانون الإرادة، أو باعتباره أثرا من آثار الزواج، يدخل ضمن الأحوال الشخصية، وبالتالي وجب النظر إلى ضابط الإسناد الذي يختلف بدوره من دولة لأخرى.

وتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق الزوجين في الاشتراك المالي مهم جدا، لأنه يحدد مدى الحماية والضمانات التي تتمتع بها الزوجة في حفظ حقوقها المالية وممتلكاتها التي اشتركت فيها مع زوجها، ونظرا لوجود اتفاقية دولية في هذا الشأن فهي تحدد الموقف الدولي من المسألة (الفرع الأول)، ويجدر البحث عن موقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني)، ومدى ارتباطه بموقف التشريعات العربية الأخرى (فرع ثالث). ومواقف بعض التشريعات الغربية (فرع رابع).

الفرع الأول

تنازع القوانين في التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين المشتركة

عند تحديد القانون الواجب التطبيق تفرق اتفاقية لاهاي 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية بين المسائل الموضوعية والأخرى الشكلية.

وانطلاقاً من مبدأ حرية الزوجين في اختيار نظامهما المالي، فإن اتفاقية لاهاي 1978 من خلال المادة 01/03 سمحت للزوجين باختيار القانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي، حيث ينبغي تحديد هذا القانون قبل أو عند إبرام عقد الزواج، ويكون التحديد بوضعه كشرط في عقد الزواج، أو بتضمينه في عقد مستقل عن عقد الزواج⁵⁴⁵.

ويبقى اختيار الزوجين للقانون الذي يحكم نظامهما المالي الاتفاقي دائراً بين ثلاث خيارات اشترطتهم الاتفاقية. ولعل ذلك من أجل أن تكون هناك صلة بين الزوجين من جهة والقانون المختار من قبلهما من جهة ثانية⁵⁴⁶.

إذ جاء في المادة 02/03 من اتفاقية لاهاي 1978، أنه يمكن للزوجين الاختيار من بين القوانين التالية⁵⁴⁷:

1- قانون أي دولة يحمل احد الزوجين جنسيتها أثناء فترة التحديد، وفي هذه الحالة لا يهم اختلاف جنسية الزوجين، لأن الاتفاق يفترض تنازل أحدهما عن قانون دولة جنسيته لفائدة قانون دولة جنسية الزوج الآخر، وهذا مراعاة لمصلحة الأسرة، أو نظراً لتوافق القانون المختار مع ما يهدف إليه الزوجان من خلال النظام المالي المتفق عليه. وتبرز هنا أهمية المعرفة الجيدة بالقوانين المنظمة للعلاقات المالية، مما يستتبعه أهمية الاستشارة القانونية المقدمة من قبل المختصين لأن أغلب الأزواج ليست لهم دراية كاملة بقوانين دولهم فكيف بقانون دولة أخرى لا يرتبطون بها ارتباطاً فعلياً.

2- قانون الدولة التي يقيم فيها أحد الزوجين أثناء فترة التحديد: إن إقامة أحد الزوجين بدولة معينة تجعله مرتبطاً بتلك الدولة وقد يكون على إطلاع على قوانينها المنظمة للاشتراك المالي بين الزوجين، مما يفسر إمكانية اختيار قانون هذه الدولة لتطبيقه على النظام المالي للزوجين، غير أن هذا الطرح لا يستساغ دائماً، لأن هذه الإقامة يمكن أن تكون مؤقتة، وبالتالي العبارة بمكان الإقامة الفعلية الدائمة أحسن من الاعتماد على إقامة شرطها الوحيد أن تكون ثابتة وقت التحديد.

3- قانون أول دولة يكتسب فيها أحد الزوجين إقامة جديدة بعد الزواج: وهذا الاختيار قد يستند إلى

545- انظر المادتين 1/3 من اتفاقية لاهاي 1978.

546- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص199.

547- المادة 02/3 من الاتفاقية.

نفس أسباب الاختيار الثاني، إلا أن قصره على الإقامة الجديدة الأولى غير مجد لأن الزوجان قد تكون لهما أكثر من إقامة طيلة حياتهما الزوجية، وقد تكون الإقامة الأولى الجديدة بعد الزواج إقامة مؤقتة لمدة قصيرة، في حين أن الإقامة التي تليها مباشرة أو بعد عدة إقامات، تكون إقامة طويلة ودائمة ونهائية، ومع ذلك يحرم الزوجين من اختيار قانون دولة الإقامة هذه ليكون قانون نظامهما المالي.

ثم إنه يمكن أن تكون الإقامة الأولى للزوجين غير مشتركة بأن تقيم الزوجة في دولة والزوج في دولة أخرى قبل أن يجتمعا في إحدى الدولتين، وربما هذه الفرضية وغيرها هي التي أوجدت المادة 04 بما تتضمنه من حلول في اتفاقية لاهاي، حيث طبقا للمادة 1/4 إذا لم يختار الزوجان القانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي فيخضع هذا النظام إلى قانون دولة الإقامة الأولى.

أما إذا أصدرت دولة الجنسية المشتركة للزوجين إعلانا يقضي بتطبيق قانونها الداخلي فإنه يطبق في هذه الحالة ما لم يكن الزوجان قد حافظا على إقامتهما العادية في الدولة التي حصلوا فيها على تلك الإقامة وقت الزواج لفترة لا تقل عن خمس سنوات⁵⁴⁸.

ويخضع النظام المالي للزوجين لقانون دولة الجنسية المشتركة عندما لا تكون تلك الدولة طرفا في هذه الاتفاقية، وكذلك الحال عندما لا يكتسب الزوجان الإقامة الأولى بعد الزواج في ذات الدولة⁵⁴⁹.

وتقديرا لحرية الزوجين في اختيار القانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي، فإن اتفاقية لاهاي لسنة 1978 تسمح للزوجين بتغيير القانون المختار مسبقا من قبلهما بشرط أن يكون القانون الجديد المختار والذي يحل محل القانون القديم هو إما قانون أية دولة يعد فيها أحد الزوجين وطنيا وقت التحديد، أو قانون أية دولة يمتلك فيها أحد الزوجين الإقامة العادية وقت التحديد⁵⁵⁰.

أما في المسائل الشكلية، فمن أجل معرفة القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين تفرق اتفاقية لاهاي 1978 ما بين حالتين، حالة إذا تم الاتفاق بين الزوجين على اختيار قانون لنظامهما المالي وضمناه في عقد الزواج، وحالة إذا ما تم الاختيار وضمن الاتفاق في عقد خاص.

1- اختيار القانون الواجب التطبيق باعتباره شرطا في عقد الزواج: في هذه الحالة فإن شكل مشاركة الزواج يكون صحيحا إذا كان يستجيب لما يتطلبه القانون الداخلي الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية، أو مع القانون الداخلي لمحل إبرام المشاركة.

548- انظر البند الأول من الفقرة الثانية من المادة الرابعة من اتفاقية لاهاي 1978، وكذلك المادة 05 من ذات الاتفاقية.

549- انظر البند 02 و 02 من المادة 04/ف 2 من اتفاقية لاهاي 1978.

550- انظر المادة 06 فقرة 01 من اتفاقية لاهاي 1978.

وفي كل حال من الأحوال ينبغي أن يكون العقد (المشاركة) مكتوب (محرر)، مؤرخ وموقع من قبل الزوجين⁵⁵¹.

2- اختيار القانون الواجب التطبيق عن طريق عقد خاص: في هذه الحالة، ينبغي أن يكون شكل العقد متوافق مع الشكلية التي تتطلبها مشاركة الزواج إما في القانون الداخلي المحدد من قبل الزوجين، أو القانون الداخلي لمحل إبرام المشاركة، وفي كل الأحوال ينبغي أن يكون التحديد محرر، مؤرخ وموقع من قبل الزوجين⁵⁵².

ويلاحظ أن الاتفاقية استتنت العقارات فأشارت إلى أنها تخضع لقانون موقع العقار⁵⁵³.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من تنازع القوانين في نظام الاشتراك المالي للزوجين

أخضع المشرع الجزائري من خلال المادة 12 ق.م، الآثار المالية التي يربتها عقد الزواج إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج، ولم يحدد المشرع المقصود بالآثار المالية، خاصة إذا علمنا بأنه قد أخرج النفقة بموجب نص المادة 14 ق.م، حيث نصت على أنه "يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"، والنفقة تعتبر بالنسبة للزوجة والأبناء من آثار عقد الزواج المالية.

ثم بعد ذلك استثنى المشرع آثار مالية أخرى قد تنشأ عن عقد الزواج، ومنها الميراث، حيث تراث الزوجة من زوجها ويرث منها في حال وفاة أحدهما حسب ما تقتضيه الحالة، فطبقا لنص المادة 16 ق.م: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما".

إن الإشكال المطروح بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين هو هل يعتبر هذا النظام المالي أثرا من الآثار المالية للزواج وبالتالي يخضع لقانون دولة جنسية الزوج، أم يعتبر النظام المالي عقدا يرتب التزامات تعاقدية وبالتالي يخضع لقانون الإرادة؟

لا يزال الفقه مختلف بشأن الفصل في طبيعة الاتفاق المالي بين الزوجين حول ملكيتهما المشتركة،

551- انظر المادة 12 من اتفاقية لاهاي 1978.

552- انظر المادة 13 من اتفاقية لاهاي 1978.

553- انظر المادة 4/03 والمادة 4/06 من الاتفاقية.

وقد ظهر في الصدد اتجاهان كالتالي، حيث يرى الاتجاه الأول أن مشاركة الزواج وإن كانت عقدا بين الزوجين وذا صبغة مالية، إلا أنها لا تخرج عن نطاق الآثار المترتبة على عقد الزواج⁵⁵⁴.

ذلك أن مشاركة الزواج ما هي إلا نتيجة مباشرة للعلاقة الزوجية، فلولا هذه العلاقة الأخيرة بين الزوجين لما أبرمت المشاركة، فضلا عن أن هذا التنظيم الاتفاقي للنظام المالي للزوجين يحل محل التنظيم التشريعي الذي أورده المشرع له، ومن ثم فليس هناك ما يدعو إلى إخضاع مشاركة الزواج لقاعدة إسناد أخرى غير القاعدة التي تحكم آثار الزواج الشخصية منها والمالية، فيكون قانون جنسية الزوج هو القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في مشاركة الزواج وفقا لهذا الاتجاه.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن مشاركة الزواج تعتبر عقد كسائر العقود المالية، وهي بهذا المفهوم تدخل ضمن القانون الذي تخضع له جميع العقود.

فإذا اعتبرنا النظام المالي ضمن الأحوال العينية، وأخرجناه من دائرة الأحوال الشخصية فيسري عليه قانون الإرادة⁵⁵⁵. ومعنى ذلك أن القانون المختار من قبل الزوجين بصورة صريحة أو ضمنية في المشاركة، أو القانون المفترض من قبل المشرع في النصوص القانونية كتعبير عن إرادة الزوجين هو القانون الواجب التطبيق⁵⁵⁶.

ولقد نصت المادة 18 ق.م، على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

فإذا افترضنا انه عقد الاتفاق المالي بين الزوجين يدخل ضمن الالتزامات التعاقدية فإن للزوجين الحرية في تحديد القانون الذي يطبق على هذا الاتفاق، غير أن المشرع قيد هذه الحرية بضرورة وجود صلة بين المتعاقدين أو العقد من جهة والقانون المختار من جهة ثانية، وهو نفس الشرط الذي أخذت به اتفاقية "لاهاي" لعام 1978.

غير أن احتمال عدم اتفاق الزوجين على اختيار قانون معين يبقى وارد، وبالتالي وضع المشرع حلولا

554- أنظر، هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص 519.

555- أنظر، دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جانفي 2011، العدد الرابع، ص 242.

556- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص 212.

أخرى، فنصت المادة 2/18 ق.م، على أنه: "في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة"، ثم أضاف في الفقرة 3 من نفس المادة، أنه: "في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد". ثم استثنى المشرع في الفقرة الرابعة العقار حيث أخضع التصرفات الواردة عليه إلى قانون موقعه.

أما بخصوص المسائل الشكلية في الاتفاق المالي بين الزوجين باعتباره داخلا ضمن الالتزامات التعاقدية، فإنه طبقا للمادة 19 ق.م: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو للقانون الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على المسائل الموضوعية".

وليس هناك صعوبة في تحديد مكان إبرام العقد إذا كان التعاقد بين حاضرين لكن ينبغي تحديد مكان إبرام العقد إذا كان التعاقد بين غائبين، حيث يخضع لقانون القاضي حسب الرأي الغالب في الفقه⁵⁵⁷.

ونص المشرع الجزائري على أن التعاقد بين غائبين يعتبر قد تم في المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول في المكان الذي وصل إليه فيه القبول⁵⁵⁸.

لقد تعرض الاتجاه القائل بأن مشارطات الزواج تعتبر عقدا يسري عليه قانون الإرادة إلى انتقادات كثيرة، وهذا يجعلنا نقول أن موقف المشرع يفسر على أن النظام المالي وسائر الشروط بين الزوجين تعتبر من آثار الزواج، لأنها لم تكن لتكون لولا الزواج، ثم أن المشرع خصصها ببعض القواعد لا تنطق على سائر العقود، كترتيب الطلاق كجزء في حال مخالفة شرط أو عدد من الشروط المتفق بشأنها بين الزوجين، وهذا الجزء لا يمكن أن يوجد إلا في عقد الزواج والعقود الأخرى المرتبطة به.

الفرع الثالث

موقف بعض الدول العربية من تنازع القوانين في النظام المالي الاتفاقي للزوجين

لم تتعرض القوانين العربية بالتفصيل لمسألة التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين ولذلك فهي لم تحدد القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الاتفاقي للزوجين، وهذا ما أدى ببعض الفقه إلى القول بأن مثل هذا الاتفاق يخضع لقانون الإرادة كسائر العقود إلا أن هذا الرأي منتقد.

557- سعادي محمد، المرجع السابق، ص144.
558- أنظر المادة 67 من القانون المدني الجزائري.

يقول الدكتور رعد مقداد محمود الحمداني⁵⁵⁹: "إن تطبيق قانون الإرادة يجب أن ينحصر في مجال التصرفات والعقود التجارية التي تبرم لغرض الربح والخسارة، وليس المقبول استنساخ ما يسري على العقود التجارية وتطبيقها على مشاركة الزواج، فهذه الأخيرة وإن كانت عقدا ذا صبغة مالية إلا أنها لم تبرم لغرض الربح والخسارة، بل لغرض تنظيم العلاقة المالية بين الزوجين، وما كانت هذه المشاركة لتبرم بين الزوجين لو لم يكونا بهذه الصفة، فهي وثيقة الارتباط بالعلاقة الزوجية".

لقد حسم المشرع التونسي الخلاف حول المسألة من خلال المادة 48 من القانون الدولي الخاص التونسي، حيث نصت على أنه يخضع النظام المالي للزوجين لقانون الجنسية المشتركة للزوجين إذا كانا من نفس الجنسية وقت إبرام عقد الزواج، أما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين، فيخضع نظامهما المالي إلى أول موطن مشترك لهما بعد الزواج مباشرة إن وجد، وإذا لم يوجد لهما موطن مشترك، فيتم تطبيق قانون مكان إبرام عقد الزواج.

ويلاحظ أن المشرع التونسي، ورغم أنه وضع عدة حلول للقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، إلا أنه مع ذلك لم يضمنها إمكانية اختيار القانون من قبل الزوجين، وهذا يعني أن المشرع التونسي يعتبر النظام المالي للزوجين وإن كان اتفاقيا، ما هو في الحقيقة إلا أثرا من آثار عقد الزواج، لذلك لم يخضعه لقانون الإرادة.

ولم يورد المشرع المصري قاعدة اسناد خاصة بالقانون الواجب التطبيق على شكل عقد الزواج، بل جاء بقاعدة عامة، من خلال المادة 20 من القانون المدني المصري، والتي نصت على أن: "العقود ما بين الإحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطني المشترك".

ويشير المشرع المصري من خلال المادة 20 المذكورة إلى القانون الواجب التطبيق على العقود من الناحية الشكلية بما في ذلك عقد النظام المالي للزوجين، فهو يخضع لقانون البلد الذي تم فيه، ويمكن أن يخضع لنفس القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية، كما يمكن أن يخضع لقانون موطن الزوجين أو قانونهما الوطني المشترك.

559- رعد مقداد الحمداني، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص 215.

ومع ذلك يطرح التساؤل حول هذه الخيارات التي جاء بها المشرع المصري، هل هي واردة على سبيل الترتيب، أم أن الاختيار يبقى بيد الزوجين؟ إن الظاهر من عبارات النص أنه يمكن للزوجين اختيار أحد القوانين المذكورة في المادة، كما يمكن للقاضي أيضا اختيار أحدها للفصل في النزاع المطروح أمامه بشأن المسائل الشكلية لعقد النظام المالي للزوجين.

وذهب المشرع العراقي إلى أنه يخضع عقد الزواج في شكله إلى قانون البلد الذي تم فيه، متى كان بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي، أو يخضع لقانون كل من الزوجين⁵⁶⁰، والتنظيم الاتفاقي للنظام المالي للزوجين يدخل ضمن فكرة الشروط المقترنة بعقد الزواج، وهذا يفترض خضوع شكل المشاركة الزواج لذات القانون الذي يحكم شكل عقد الزواج⁵⁶¹.

واستثنى المشرع العراقي الاتفاقات التنظيمية لأموال الزوجين التي تتم بين زوجين أحدهما عراقيا، حيث أخضعها للقانون العراقي⁵⁶². وهذا هو نفس النهج الذي اتبعه المشرع الجزائري.

أما المسائل الموضوعية في عقد التنظيم المالي للزوجين فإنها تخضع في التشريع العراقي إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج، ولقد سايره في هذا، التشريع المصري، والتشريع الأردني⁵⁶³.

ويستثنى من قانون جنسية الزوج، الأموال العقارية للزوجين، حيث تخضع العقارات لقانون موقع العقار، كما تستثنى أيضا أهلية الزوجين، والتي تخضع لقانون جنسية كل واحد من الزوجين.

ويلاحظ أن التشريعات العربية اختارت قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ليحكم المسائل الموضوعية في الاتفاق المالي للزوجين، وتجاهلت هذه التشريعات قانون جنسية الزوجة عندما تكون من جنسية مختلفة، ويعتبر هذا اختيار غير ملائم مادام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد، وما دما أمام زوجين

560- جاء في المادة 1/19 من القانون المدني العراقي: "أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين".

561- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، المرجع السابق، ص225.

562- جاء في المادة 05/19 من القانون المدني العراقي " في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده".

563- جاء في المادة 2/19 من القانون المدني العراقي: أنه "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال" تقابلها المادة 1/14 مدني أردني، والمادة 1/13 مدني مصري.

مختلفين في الجنسية، من الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر⁵⁶⁴.

الفرع الرابع

موقف بعض الدول الغربية من تنازع القوانين في النظام المالي الاتفاقي للزوجين

ذهب المشرع الفرنسي من خلال المادة 2/1397 ق.م.ف، إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين يرجع فيه إلى اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة المالية الزوجية لعام 1978. وتفرق هذه الاتفاقية بين المسائل الموضوعية والمسائل الشكلية، فتخضع المسائل الموضوعية إلى القانون المختار من قبل الزوجين من بين ثلاث خيارات افترضتها الاتفاقية، أما المسائل الشكلية فتخضع في الغالب لمحل إبرام المشاركة، مع ضرورة تحرير العقد وتاريخه والتوقيع عليه من قبل الزوجين.

وذهبت بعض دول القارة الأوروبية إلى اعتبار النظام المالي للزوجين داخلا ضمن روابط الأسرة، وبالتالي يخضع لقانون الجنسية، وهذا ما أخذ به القانون الألماني⁵⁶⁵.

وذهب المشرع السويسري في المادة 56 من القانون الدولي الخاص إلى أن مشاركة الزواج تعتبر صحيحة من حيث الشكل إذا روعيت في إبرامها الشكلية التي يستلزمها إما القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في مشاركة الزواج، أو قانون محل إبرام المشاركة⁵⁶⁶. أما المسائل الموضوعية فطبقا للمادة 52 من القانون الدولي الخاص السويسري فتخضع لإرادة الزوجين اللذين بإمكانهما الاختيار من بين ثلاث: إما قانون الدولة التي يقيمان فيها، أو قانون الدولة التي سيفيمان فيها بعد الزواج، أو قانون جنسية أحد الزوجين، بشرط أن يكون الاختيار صريح وبموجب عقد محرر. ويمكن تعديل القانون المختار واستبداله بقانون آخر في أي وقت يرى الزوجان ذلك مناسباً. وإذا اختار الزوجان التشريع السويسري ليحكم نظامهما المالي، فإن للزوجين حرية اختيار واحد من ثلاث أنظمة مالية وضعها المشرع السويسري مع إمكانية إدخال تعديلات يقرها القانون. ويمنع عليهما إنشاء نظام مالي لا يعرفه التشريع السويسري⁵⁶⁷.

564- أنظر، دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص37.

565- دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 32.

566- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص197.

567- عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص256.

خاتمة

إن أهمية موضوع حقوق المرأة المتزوجة، تدفع الباحث إلى الغوص في العديد من المسائل، إلى درجة أن يكاد يزلّ قلمه، فيخرج عن نطاق البحث. وهو ما يدلّ أيضا على تشعب الموضوع وارتباطه بالعديد من المجالات، سواء الاجتماعية منها أو الدينية أو الثقافية والإقتصادية، بل وحتى السياسية.

وإن أهم ما يمكن استخلاصه من هذه الرسالة هو أن حقوق المرأة بصفة عامة والمتزوجة بصفة خاصة وإن بلغت من الأهمية بمكان كونها قد تكون سببا في الحفاظ على الأسرة ومن ثمّ تكون سببا في نهوض الأمة، إلا أن ذلك لا يعني أن كل ما سمي حق للمرأة فهو كذلك. ثم أن الفطرة البشرية والتجارب الواقعية ونتائج الأبحاث العلمية كلها تؤكد على الفروق بين الرجل والمرأة، وعليه لا مجال للقول بالمساواة المطلقة بين الجنسين.

ونظرا لإختلاف الشعوب والأمم في المعتقدات والعادات والتقاليد، وظروف الحياة، والتوجهات السياسية والإقتصادية وغيرها، فإن المطالبة بحقوق عالمية للمرأة يعتبر ضربا من الخيال، لأن ذلك يعني في حقيقة الأمر إزالة كل الإختلافات الموجودة بين الأمم والشعوب، وهذا أمر مستحيل. لذلك فإن تنصيب لجان أممية لتراقب مدى احترام حقوق المرأة، استنادا إلى معايير دولية تتنافى الأطر الداخلية للدول يعتبر في الواقع فرضا لهذه الحقوق على هذه الدول لتحقيق أغراض معينة.

ثم إن انصياع المشرع الجزائري، وخاصة المشرع الأسري إلى الإرادة الدولية من حيث ضرورة تعديل قانون الأسرة بما يتوافق والمواثيق الدولية، لا يمكن تفسيره إلا باستسلام المشرع لمحاولات هدم الأسرة الجزائرية التي كانت تحتكم في نزاعاتها وخلافاتها لأحكام الشريعة الإسلامية راضية مطمئنة. وهذا القول لا يدحض ما لقانون الأسرة من ايجابيات في حقوق المرأة المتزوجة. لكن وحيث أن العملية التشريعية في النهاية تعتبر عمل بشري يشوبه النقصان، فإن القول بالإبقاء على التشريع الأسري دون تعديل كلام لا يستقيم، لذلك يمكن إعادة النظر في بعض مواد القانون وإضافة بعض المواد الأخرى بما يضمن للمرأة المتزوجة حقوقها في إطار القاعدة الدستورية بأن الإسلام دين الدولة لكن عملا لا مجرد شعار. ولأجل كل ما سبق يمكن الإدلاء بالملاحظات التالية:

منح المشرع الأسري المرأة الحق في الزواج وتكوين أسرة، كما الرجل، وأحسن صنعا عندما صرح أن الزواج عقد بين رجل وامرأة مما ينفي قبول زواج المثليين. كما حرص المشرع على ألا تكون ممارسة حق الزواج جبرا على المرأة، فلا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبرها على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها.

لكن أساء المشرع عندما جعل دور الولي هامشيا في عقد الزواج إن لم يكن منعدما، فكان الأخرى منحه حق الاعتراض حال تزوج موليته من غير كفاء.

أما توحيد سن الزواج بين المرأة والرجل، فهو من حيث المبدأ من الأخطاء التي وقع فيها المشرع، غير أن فتح الباب أمام القاضي للترخيص بالزواج للقاصر يكون قد غطى ما سبق. لكن الحقيقة إن هناك فروق جوهرية بين الذكر والأنثى لا يمكن تجاهلها في هذا المجال. وعليه، فإن تحديد وتوحيد أهلية الزواج في قانون الأسرة والمواثيق أمر يخالف ما عليه الطبيعة البشرية، و يستوجب إعادة النظر في النصوص هذه التي تنظم ذلك. أما تحديد سن أدنى للزواج فهذا من الأمور التي يستحسن تركها للسلطة التقديرية للقاضي وفق ضوابط معينة، كالضرورة والمصلحة والقدرة.

أما الصداق فإنه بمفهوم اتفاقية السيداو يعتبر تمييزا ضد الرجل، والاتفاقية لا تحظر هذا التمييز، ولا ترى حرجا في التفرقة بين الرجل والمرأة لصالح المرأة، إذ التمييز الذي حظرته هو التمييز ضد المرأة لا التمييز بصفة عامة، وأوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة باستعمال التدابير الإيجابية المؤقتة، فيكون بذلك الصداق تمييزا ايجابيا لصالح المرأة، وهو كشرط دائم في عقد الزواج تكريم للمرأة، عكس ما قالت به لجنة السيداو من أن الزواج القائم على أساس دفع المهر إلى الزوجة يصور المرأة على أنها سلعة تباع، مما يؤثر على حقها في إنشاء عقد الزواج بحرية كاملة.

وبشأن مسألة العنف الجنسي، ففي ظل غياب نص معين يبين الحكم القانوني لإجابة الزوج للفراش فإن المادة 222 تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، وفي هذه الأخيرة لا يجوز للزوجة أن تمتنع من جماع زوجها إذا طلبها، لحديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء، لعنتها الملائكة حتى تصبح". ونتمنى ألا يقدم المشرع على تجريم المعاشرة الجنسية بين الزوجين بدعوى محاربة العنف ضد المرأة.

وإنّ المواثيق الدولية لم تصل إلى الحديث عن حق الاستمتاع بين الزوجين، ولم ينص المشرع الجزائري على هذا الحق، ولا يوجد في نصوصه ما يشير إليه إلا ما ذكر من أن الإحصان يعتبر من أهداف الزواج. في حين ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية أن حل الاستمتاع هو من الحقوق المشتركة بين الزوجين، فيباح لكل منهما الاستمتاع بالآخر على الوجه الشرعي. ووطء المرأة واجب على الزوج في أظهر قولي العلماء.

لقد أوجب المشرع على الزوجين التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات. وإذا كان التشاور داخل الأسرة أمر محبذ، فإنه طبعاً يدخل في إطار المعاشرة بالمعروف. ثم يلاحظ أن المشرع أشار إلى التشاور في تباعد الولادات، مما يفيد أن المشرع يعترف بحق تنظيم النسل، ويستبعد ضمناً ما يعرف بتحديد النسل وحسناً فعل. وقد استتبع هذا بتجريم الإجهاض في قانون العقوبات، فهو لا يمكن أن يكون حق للمرأة المتزوجة كما تتنادي بذلك الإتفاقيات الدولية. فلا نجد ترخيصاً للإجهاض عند المشرع الجزائري إلا في حالة واحدة، وذلك إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغ السلطة الإدارية.

ثم إن المشرع منح للمرأة المتزوجة باعتبارها أما حق الولاية في حياة الأب وقيدها بشروط، منها أن يغيب الأب أو يحصل له مانع، وأن يتعلق الأمر بالولاية بأمر مستعجلة متعلقة بالأولاد، ولم يبين المشرع معيار الأمور المستعجلة، كما لم يبين هل المرأة في حاجة إلى إذن قضائي أم أنها تمارس هذه المهمة تلقائياً في غيبة الأب مادياً ويمنح القاضي الولاية للأم عندما تسند لها حضانة الأولاد، ولم يراع المشرع كون الأم قد تكون على غير دين الأب.

وثبتت الكفالة كحق للمرأة في قانون الأسرة، لأن المشرع استعمل لفظ الكافل مما يدل على أن الكافل اسم يصح أن يطلق على الرجل كما يطلق على المرأة، أما منع التبني فهو من صميم أحكام الشريعة الإسلامية. وبشأن تعدد الزوجات ضيق المشرع على الزوج في هذا الباب، غير أن مسألة الحصول على الموافقة المسبقة من الزوجتين على الزواج هي أمر يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، مما يعني دفع الزوج إلى الطلاق، وبالتالي نجبر الزوج على تحمل تكاليف الطلاق وتوابعه من أجل أن يعيد الزواج بأخرى، أو نجبره على الزواج العرفي. لأجل ذلك يستحسن ضبط تعدد الزوجات بما يخدم الأسرة لا بما يهدمها.

ومن جهة أخرى، يلزم قانون الأسرة الزوج بتجهيز بيت الزوجية بكل ما يلزم من مستلزمات، كما يلزم الزوج بدفع الصداق وبالنفقة على الزوجة. وقد تدخل المشرع الأسري أخيراً لحماية حق الزوجة في النفقة بإنشاء صندوق خاص يتكفل بنفقة الزوجة والأطفال المحضونين، غير أنه قصر المستفيدين من مستحقته المالية على المرأة المطلقة والأطفال المحضونين بعد الطلاق، وقبل الطلاق إذا تعلق الأمر بنفقة وقتية للطفل أو الأطفال في حال وجود دعوى طلاق، وبذلك لا تستفيد المرأة المتزوجة من هذا الصندوق وإن حصلت على حكم بالنفقة.

فكان الأحرى أن تكون الاستفادة من صندوق النفقة لكل امرأة حصلت على حكم قضائي بوجوب الإنفاق، وإن كانت لا تزال في عصمة الزوجية.

وكان المشرع واضحا بشأن إعطاء المرأة المتزوجة الحق في تملك متاع بيت الزوجية. ويثبت لها أيضا حق إبرام عقود المعاوضات المالية، فضلا عن إبرام عقود التبرع. وللمرأة المتزوجة الحق في ميراث أقاربها. كما لها حق التعويض عن ضرر الطلاق التعسفي، وعن ضرر التظليق.

ولم تمنح الموائيق الدولية المرأة المتزوجة لا حق الصداق، ولا النفقة، ولا أي شيء من هذا القبيل. بل إنها فرضت عليها واجب الإنفاق من باب المساواة، ولذلك تتمتع المرأة حسب هذه الموائيق سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة بحقوق مساوية لحقوق الرجل في الميراث، عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري عندما استنبط أحكام الميراث من الشريعة الإسلامية، وهو عين الصواب، حيث أن المرأة في كل الأحوال أكبر مستفيد في الجانب المالي إذا أخذنا بعين الاعتبار ما يدفعه كل طرف وما يحصل عليه من مال.

لم يلزم المشرع الزوجين بإتباع نظام معين لإدارة الأموال المشتركة، وفتح لهما باب الإنفاق ولكنه حصر ذلك في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، في حين قد تشارك المرأة زوجها بأموال اكتسبتها قبل دخول الحياة الزوجية. وفي ظل انعدام صور للاشتراك المالي بين الزوجين في التشريع الجزائري، وهو ما يجعل الزوجين تائمين في تحديد الطريقة التي تتم بها إدارة الأموال واقتسامها، كان الأجدر تقنين بعض الصور للاشتراك المالي، تعرض في شكل استثمارات وجوبا على الزوجين عند عقد الزواج، وللزوجين الحرية في اختيار أي منها أو مخالفتها إلى غيرها.

والمشرع الجزائري لم يعترف بحق الكد والسعاية، فهو يجعل المرأة المتزوجة عاملة بدون أجر. وإن عدم إعطاء الزوجة نصيبها من حق الكد والسعاية مقاسمة مع الرجل يخالف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، ويخالف ما ذهبت إليه الموائيق الدولية. فإنه من الإجحاف بحق المرأة المتزوجة ألا تأخذ نصيبها من الكد والسعاية. وقد أكدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن العمل دون أجر يعتبر نوعا من استغلال النساء، وأوصت بأن تتخذ الدول الأطراف الإجراءات اللازمة قصد تقييم وإدراج النشاطات النسوية المنزلية غير المأجورة في إجمالي الناتج الوطني. وعلى العموم ليس هناك ما يمنع القاضي الجزائري من أن يحكم للزوجة بحق الكد والسعاية متى أثبتت ما تدعيه، ورغم ذلك لم أعثر على اجتهادات قضائية بشأن هذه المسألة، لذلك الأفضل أن يتدخل المشرع بتخصيص مواد قانونية تعالج المسألة، ولعل أقل ما يمكن فعله هو استبدال عبارة

"متاع البيت" في المادة 73 ق.أ بعبارة "ممتلكات الزوجية" فتصبح المادة صالحة للفصل بين الزوجين في متاع البيت وغيره من الممتلكات التي يمكن أن تترتب في ظل الحياة، على أن يخضع الإثبات للكتابة، وعند انعدامها نعود للقواعد العامة في الإثبات.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة

أ- باللغة العربية

- 1- إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1990
- 2- ابن الهمام الحنفي (كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري)، شرح فتح القدير، ج4، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003
- 3- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003
- 4- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج 10، الطباعة المنيرية، مصر، دون تاريخ النشر
- 5- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، 2003
- 6- ابن عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج7، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002
- 7- ابن قدامة، المغني، ج11، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997
- 8- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج2، الطبعة الأولى، دار الإمام مالك، الجزائر، 2007
- 9- ابن منظور، لسان العرب، ج4، دار المعارف، مصر، 1981
- 10- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج1، دار الكتب العلمية، لبنان، دون تاريخ النشر
- 11- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ج 10، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994
- 12- أبو العلا علي أبو العلا النمر، دراسة تحليلية لدعوى صحة إجراءات العرض والإيداع، الحلول العملية للنزاع حول قائمة منقولات الزوجة وكيفية حماية الزوج من جنحة تبديد منقولات القائمة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1998
- 13- أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج5، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999
- 14- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن احمد ابن رشد القرطبي الأندلسي (ابن رشد الحفيد)، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، الطبعة الأولى، دار السلام، مصر، 1995
- 15- أبو حيان الأندلسي، النهر الماد من البحر المحيط، ج1، الطبعة الأولى، دار الجيل، لبنان، 1995
- 16- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج2، دار ابن حزم، لبنان، 1997

- 17- أبو زكرياء يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ج 5، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003
- 18- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، سنة 2006
- 19- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المكتبة السلفية، مصر، 1980
- 20- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج3، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2003
- 21- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002
- 22- أحمد الجداوي، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983
- 23- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004
- 24- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج9، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، 2001
- 25- أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، ج2، دار الكتب المصرية، دون تاريخ النشر
- 26- أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 1998
- 27- أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 1998
- 28- أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010
- 29- إدريس حسن محمد الجبوري، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2008
- 30- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، دار هومة، 2008، الجزائر
- 31- امر يحيايوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2003
- 32- الترمذي، سنن الترمذي، ج3، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر، 1978
- 33- السرخسي، المبسوط، ج6، دار المعرفة، لبنان، دون تاريخ النشر
- 34- السيد سابق، فقه السنة، ج2، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، 2000
- 35- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005

- 36- النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، الطبعة الأولى، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1929، ج9
- 37- أمير فرج يوسف، الأحكام الدولية المعاصرة في العنف والتمييز ضد المرأة، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، 2009
- 38- أمين حسين يونس ، أثر الزنى في مسائل الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010
- 39- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012
- 40- باسم شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة، الجزائر، 2011
- 41- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، (بحث تحليلي ودراسة و مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة دار التأليف، مصر، 1961
- 42- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 43- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الجزائري وقانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008
- 44- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005
- 45- بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، الجزائر، 2007
- 46- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008
- 47- بن شيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائي الخاص، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2006
- 48- تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر الدميري، الشرح الصغير، ج2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2014
- 49- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001
- 50- جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب، الجزائر، 1987
- 51- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، 2009
- 52- حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون تاريخ النشر
- 53- حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010

- 54- خالد عبد العظيم أبو غابة، الخيانة في واجب الطاعة والمال ، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008
- 55- خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية، وعدم التمييز في إطار الاتفاقيات الدولية والقانون الوضعي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012
- 56- رامز محمد عمار و نعمت عبد الله مكي، حقوق الإنسان والحريات العامة، الطبعة الأولى، دون دار النشر، لبنان، 2010
- 57- رشدي شحاتة أبو زيد، العنف ضد المرأة وكيفية مواجهته، الطبعة الأولى، دار الوفاء لعنفا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2008
- 58- رفعت السيد العوضي، الإعجاز القرآني في الميراث ، دار أبو المجد للطباعة، مصر، 2002
- 59- رمضان علي السيد الشرنباصي وصابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009
- 60- زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دراسة مقارنة في تكوين بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2012،
- 61- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2010
- 62- زينب وحيد دحام، العنف العائلي في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2012
- 63- سالم عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، 2002،
- 64- سعادي محمد، القانون الدولي الخاص، دار الخلدونية، الجزائر، 2009،
- 65- سعدي محمد الخطيب، حرية المعتقد وأحكامها التشريعية وأحوالها التطبيقية وأهميتها في حوار الأديان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011
- 66- سعيد بويصري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دارالأمل، الجزائر، 2007.
- 67- سماح شحاتة شهاب الدين، الطرق الشرعية لحل المشكلات العصرية للمرأة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2010
- 68- شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، مصر

- 69- شمس الدين بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003
- 70- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، 1994، لبنان
- 71- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج 4، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994
- 72- صالح بن مهدي المقبل، المنار في المختار من جواهر البحر الزخار، ج1، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1988
- 73- صلاح أحمد السيد جودة، حرية الاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية في الأماكن المقدسة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، مصر، 2001
- 74- طاهري حسين، الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009
- 75- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكن، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2013
- 76- عادل عبد العال خراشي، جريمة التعدي على حرمة الأديان وازدراءها في التشريعات في التشريعات الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2008
- 77- عائض القرني، التفسير الميسر، الطبعة الثانية، العبيكان للنشر، المملكة العربية السعودية، 2007
- 78- عبد التواب هيكل، تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة التعدد في أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، مكتبة الحرمين، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1977
- 79- عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، ج8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001
- 80- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952
- 81- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012
- 82- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002
- 83- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007
- 84- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ج2، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011

- 85- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعم بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، مصر، 2012
- 86- عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالثة، الجزائر، 2010
- 87- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007
- 88- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010
- 89- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985
- 90- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج8، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993
- 91- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، دون تاريخ النشر
- 92- عدلي أمير خالد، الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، مصر، 2002
- 93- عرفان بن سليم العشاء، تحفة العروس، الطبعة الأولى، دار المعرفة، المغرب، 2009
- 94- عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009
- 95- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي السعدي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج8، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997
- 96- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005
- 97- علي عمارة، المساواة وعدم التمييز بين الرجل والمرأة في مجال العمل، دار الإتحاد، مصر، 2011
- 98- عمار تركي سعدون الحسيني، الجرائم الماسة بالشعور الديني - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013
- 99- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، تعاونية أونسيكلو بيدا للطبع، الجزائر، 2003

- 100- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، 2011
- 101- فتحي عثمان الفقي، شهادة المرأة، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة، مصر، سنة 2000
- 102- فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، ج3، الطبعة الأولى، دار الفكر، لبنان، 1981
- 103- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008
- 104- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986
- 105- فهد بن عبد الرحمن اليحيى، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، ج8، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2009
- 106- كوثر كامل علي، أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006، مصر
- 107- لعسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر، 2006
- 108- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هوم، الجزائر، 2010
- 109- لينا الطبال، الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010
- 110- مالك بن أنس، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون، ج2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994
- 111- مالك بن أنس، الموطأ برواية يحيى بن كثير، المكتبة العصرية، لبنان، 2003
- 112- محمد إبراهيم الجمل، تعدد الزوجات في الإسلام، دار الاعتصام، مصر، دون سنة الطبع
- 113- محمد ابن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج 12، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ
- 114- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، دون تاريخ
- 115- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي . العقوبة . دار الفكر العربي، القاهرة، مصر
- 116- محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1977
- 117- محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999

- 118- محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، دار النهضة العربية، مصر، 2005
- 119- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006
- 120- محمد الغزالي، الحق المر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006
- 121- محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، الطبعة الأولى، دار الهناء، الجزائر، 2009
- 122- محمد برهام المشاعلي، فقه الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الغربية الحديثة، دار الفكر والقانون، مصر، 2010
- 123- محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، دار الكتب المصرية، مصر، 1937
- 124- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير ج1، دار الأرقم، لبنان، دون تاريخ
- 125- محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002
- 126- محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، الطبعة الأولى، دار السلام، مصر، 1997
- 127- محمد راشد على أبو زيد، المباحث الجلية في طرق وضوابط إنهاء الزوجية للزوجين، دار آمون للطباعة، مصر، 2003
- 128- محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام، نداء للجنس اللطيف، دار الشهاب، الجزائر، دون تاريخ النشر
- 129- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر
- 130- محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، سوريا، 2000
- 131- محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001
- 132- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005
- 133- محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006

- 134- محمد عبد الحميد مكي، جريمة الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2011
- 135- محمد عبد الله الفلاح، الحقوق الدستورية للإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دون دار النشر، ليبيا، 2012
- 136- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، منشأة المعارف، مصر، 1998
- 137- محمد متولي الشعراوي، القضاء والقدر، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، بدون تاريخ، ص 145.
- 138- محمد متولي الصباغ، الإيضاح في أحكام النكاح، مكتبة مدبولي، مصر، 1990
- 139- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، لبنان، 1983
- 140- محمد ممدوح صبري الطباخ، أوجه الاختلاف بين المرأة والرجل في أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2009
- 141- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، جزء 1، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، المملكة العربية السعودية، 1998
- 142- محمد يوسف حفني، الشبهات المثارة حول الطلاق والرد عليها ومنهج الإسلام في معالجة الطلاق، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2007
- 143- محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998
- 144- مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية مع مقارنة خفيفة للشرائع الأخرى، الطبعة الأولى، شركة الأمل للطباعة، مصر، 1994
- 145- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج10، دار طيبة، المملكة العربية السعودية، 2006
- 146- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة السابعة، دار الوراق، المملكة العربية السعودية، 1999
- 147- مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، ج2، الطبعة الأولى، دار السنة، المملكة العربية السعودية، 1994
- 148- معتز محمد أو زيد، حرية العقيدة بين التقييد والتقدير، دون دار النشر، القاهرة، مصر، 2010
- 149- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، الطبعة السابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997

- 150- منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية لحقوق المرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006
- 151- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003
- 152- منصور كافي، الموارد في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2008، ص 52.
- 153- منير قزمان، التعويض في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002
- 154- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1997
- 155- ناصر أحمد بخيت السيد، الحماية الدولية لحرية اعتناق الديان وممارسة شعائرها، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2012
- 156- نبيل قرقور، حقوق الإنسان بين المفهوم الغربي والإسلامي، دراسة في حرية العقيدة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010،
- 157- نبيل لوقا بباوي، حقوق الإنسان بين الإسلام والغرب ، النظرية والتطبيق، دار السعادة، مصر، 2010،
- 158- نسرين عبد الحميد نبيه، حقوق المرأة في الإسلام، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011
- 159- نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، الجزائر، 2005
- 160- نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2006
- 161- نورة دري، الشروط الجعلية في عقود الزواج، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2009
- 162- نوال بنت عبد العزيز العيد، حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، الطبعة الأولى، 2006، الواحات، المملكة العربية السعودية
- 163- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، مصر، 1974
- 164- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009
- 165- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، 1985
- 166- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2001

ب- باللغة الفرنسية

1. Dominique FENOUILLET, Droit de la famille, 3^e édition, Dalloz, France
2. Emmanuel PIERRAT, Julien FOURNIER et Sophie VIARIS DE LESEGNO, La Famille d'aujourd'hui, First éditions, France, 2013
3. Jean CARBONNIER, Droit Civil, Tome 1, introduction, les personnes, PUF, paris, 1985
4. Jean MORANGE, Droits de l'homme et libertés publiques, Presses universitaires de France, Paris, 2000
5. Jeremy BENTHAN, Défense de la liberté sexuelle, éditions Mille et une nuits, France, 2004,
6. Mohammed CHARFI, Islam et liberté, édition Casbah, Alger, 2000
7. Nair SAMI, Contre les lois Pasqua, éditions du Seuil, Paris, France, 1997
8. Patrice ROLLAND, La protection des libertés en France, Dalloz, Paris, 1995.
9. Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, Droit de la famille, 6^e édition, Dalloz, France, 2013
10. Roze-Marie LOZANO, La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine, la documentation Française, Paris, France, 2001
11. SAMI Nair, Contre les lois Pasqua, éditions du Seuil, Paris, France, 1997.

ج- باللغة الإنجليزية

1. Abdul Ghaffar HASAN, The rights and duties of women in Islam, Darussalam, Kingdom of Saudi Arabia, 1996
2. Abu la'la MAWDUDI, Human rights in Islam, the Islamic foundation, United Kingdom, 1980
3. Abu la'la MAWDUDI, Islamic way of life, International Islamic publishing House, Kingdom of Saudi Arabia, 1997
4. AKHTARUDDINE Ahmed, why Islam, Islamic inc, Egypt, 1998.
5. Mohamed ABDEL-AZIM ALI, The vastness of Islam and its tolerance with all religion, Dar AL-Manarah, Egypt, 2004
6. Muhammad ABDEL-RAUF, The Islamic view of women and the family, the supreme council for Islamic affairs, Egypt, 1993
7. Muhammad YOUSSEF MOUSSA, Islam and humanity's need of it, AL-AHRAM commercial presses, Egypt, 1993
8. Nabil ABDEL-SALAM HAROUN, Why Islam? proofs of modern science, Dar An-nashr for universities, Egypt, 2003

ثانيا: المراجع الخاصة والرسائل والمذكرات

أ- المؤلفات

• باللغة العربية

- 1- أحمد محمد مصطفى نصير، حقوق المرأة وواجباتها، دار النهضة العربية، مصر، 2011
- 2- امر يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010
- 3- الشحات إبراهيم منصور، المرأة بين حقوقها السياسية واتفاقية عدم التمييز في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مؤسسة الإخلاص للطباعة والنشر، مصر، 2008
- 4- المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، تحديد السن في الزواج، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة القانونية، مصر، 2011
- 5- حسني نصار، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي والمقارن، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، مصر، دون تاريخ النشر
- 6- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية و الشريعة الإسلامية والتشريع الإسلامي، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007
- 7- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس، الأردن، 2010
- 8- رباب عنتر السيد، جريمة تبديد منقولات الزوجية بين الشريعة والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، 2006
- 9- رشدي شحاتة أبو زيد، اتفافية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الوفاء لنديا الطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2007
- 10- رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دار شتات، مصر، 2010
- 11- سالم محمد خليل مره، أحكام نفقة الزوجات والأصول والفروع في الفقه الإسلامي على مذهب الإمام الشافعي، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، 1997
- 12- سامح عبد السلام محمد، الخلع كما شرعه الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، 2011
- 13- سحر عبد الستار إمام يوسف، ضمانات حقوق المرأة الإجرائية في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2011، العدد الثاني
- 14- سيد إبراهيم الدسوقي، الحماية الدولية لحقوق المرأة على ضوء اتفافية منع التمييز الجنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2007

- 15- صلاح أحمد السيد جودة، المركز القانوني للمرأة في ممارسة العمل العام في النظم الوضعية والشرائع السماوية الثلاث، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009
- 16- صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة وقضية المساواة، الطبعة الأولى، نهضة مصر، مصر، 1999
- 17- صلاح سلطان، ميراث المرأة وقضية المساواة، نهضة مصر، مصر، 1999
- 18- عبد الحميد محمود عليوة، دور الأم المصرية والعربية والأجنبية في نقل الجنسية إلى أبنائها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2005
- 19- عبد اللطيف السيد، حقوق المرأة وحقوق زوجها كما جاء بها الرسول الله صلى الله عليه وسلم، دار نشر الثقافة، مصر، 2006.
- 20- عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010
- 21- فايز السيد اللساوي وأشرف فايز اللساوي، دعوى النفقة الزوجية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2004
- 22- قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، الطبعة الأولى، دار الحامد، الأردن، 2008
- 23- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004
- 24- مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، دون تاريخ النشر
- 25- محمد جمال عطية عيسى، حق المرأة في الميراث في النظم القانونية الوضعية والشرائع السماوية، مكتب دار النهضة العربية، مصر، 2009
- 26- محمد علي سكيكر، حقوق المرأة وواجباتها في الشرائع والتشريع ودورها في رعاية الطفولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2006
- 27- منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، دار الثقافة، الأردن، 2011
- 28- هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011
- 29- وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009
- 30- يوسف حسن يوسف، حقوق المرأة في القانون الدولي والشريعة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013

• باللغة الفرنسية

- François TERRE et Philippe SIMLER, Droit civil, les régimes matrimoniaux, Dalloz, 1994

ب- رسائل الدكتوراه

- 1- أسامة عرفات أمين عثمان عرفات، حقوق المرأة في المواثيق الدولية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2003
- 2- إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009-2010
- 3- تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر، 2006/2005
- 4- جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005
- 5- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005/2004
- 6- رحاب مصطفى كامل، تعدد الزوجات ومدى مشروعيتها تدخل الزوجة لمنع التعدد، (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2009
- 7- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر، 2006/2005
- 8- فؤاد بن عبد الكريم بن عيد العزيز العبد الكريم، قضايا المرأة في المؤتمرات الدولية، دراسة نقدية في ضوء الإسلام، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2003/2002
- 9- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2006/2005

ج- مذكرات الماجستير والماستر

• باللغة العربية

- 1- أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2009-2008

- 2- الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012
- 3- العرابي خيرة، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2002
- 4- بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012/2011
- 5- تهاني بنت مطلق عبد الله الشايعي، الذمة المالية للمرأة، دراسة فقهية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2009
- 6- درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007
- 7- رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2001.
- 8- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011/2010
- 9- سويسي صالح يونس بدر الزوي، حق التأديب في فقه الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر 2008
- 10- عاطف مصطفى البراوي التتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية بلقاسم سويقات، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011/2010
- 11- عيساوي عبد النور، التعويض عن الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي، بشار، 2008/2007
- 12- فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2013/2012.

• باللغة الفرنسية

-Karine HENRY, LA PROTECTION PATRIMONIALE DE L'INCAPABLE MAJEUR MARIE, Mémoire du master, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Lille 2, 2004-2005

ثالثا: المقالات

• باللغة العربية

- 1- أحمد حسن البرعي، تنظيم عمل المرأة موقفا لمستويات العمل الدولية والعربية، مجلة اتحاد الجامعات العربية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1996
- 2- الجيلالي سبيع، استقلال الذمة المالية للزوجة من خلال الشروط الإدارية لعقد الزواج وأثارها في مدونة الأسرة، دراسة تأصيلية، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية، يناير 2013، العدد 03
- 3- الغوتي بن ملح، حول تعديل بعض نصوص قانون الأسرة لسنة 1984، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2005، العدد 08
- 4- آمنة نصر، دراسة تحليلية بين الشريعة وبنود الوثيقة (السيداو): رؤية لمدى ملاءمة الإتفاقية مع الثوابت الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2011/2010، عدد خاص
- 5- بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، العدد 12
- 6- تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، العدد 01
- 7- تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، العدد 12
- 8- تشوار جيلالي، تغيير اللقب في ضوء الصلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2004، العدد 2
- 9- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999، العدد 04
- 10- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005، العدد 03
- 11- تشوار حميدو زكية، الحق في الإسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، العدد 06.

- 12- تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، العدد 02
- 13- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، العدد 12
- 14- تشوار حميدو زكية، مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية في ضوء الاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية والشرعية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، عدد 02.
- 15- جعفر محمود علي المغربي، حق الكد والسعاية: دراسة لحق المرأة في أقسام الممتلكات المكتسبة خلال فترة الزواج في القانون المغربي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، يونيو 2006، العدد 02
- 16- حسن صلاح الصغير عبد الله، التزام المرأة بطاعة زوجها في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع تفهنا الأشراف، مصر، 2002، العدد 02، الجزء 01
- 17- 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
- 18- خولة الزتايقي، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، التونسية، جريدة إلكترونية، العدد الصادر بتاريخ: 2014/04/21، الموقع: www.attounissia.com.
- 19- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جانفي 2011، العدد الرابع
- 20- رشاد حسن خليل، دفع شبه التفاضل بين الرجل والمرأة، مجلة الشريعة، جامعة الأزهر، مصر، 2000، العدد 22، ج2
- 21- زبيدة اقروفه، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2012، المجلد 05، العدد 01
- 22- شادية أحمد النل، مكانة المرأة ودورها في التشريع الإسلامي، بحث منشور في "وضع المرأة في العالم الإسلامي"، الطبعة الأولى، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، بيروت، لبنان، 2003
- 23- طارق محمد الطواري، العزل عن المرأة: دراسة شرعية وطبية، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر العربية، 2001، العدد 23
- 24- عادل يوسف الشكري، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن إجهاض الحامل، دراسة مقارنة، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والادارية، كلية الإدارة والإقتصاد، جامعة الكوفة، العراق، 2009، العدد 13

- 25- عبد الرحمن محمد عبد القادر، تنظيم النسل بين المعارضين له والمؤيدين، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، جمهورية مصر العربية، 1981، العدد الثالث
- 26- عبد الغني محمود، حقوق المرأة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1999، العدد 19
- 27- عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 11/84 (تشريع الأسرة الجزائري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، العدد 02
- 28- عبد الله بن عبد الرحمن بن عثمان الدهش، العضل في الخلع، أسبابه وآثاره، مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، محرم 1420هـ، العدد الأول
- 29- عبد الله مبروك النجار، التحديد الفقهي لسن حضانة الأم لطفلها، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 2004، العدد 28
- 30- علام ساجي، ظاهرة العنف في تعدد الزوجات - قراءة قانونية - مجلة دراسات قانونية، العدد 6، فيفري 2010، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر
- 31- ليلي عبد الوهاب، تغير أدوار المرأة وتطور المجتمع، المجلة الاجتماعية القومية، تصدر عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، جمهورية مصر العربية، سبتمبر 1978، العدد 2-3
- 32- مبروك عبد العظيم أحمد مصري، حسم المنازعات المتعلقة بصدّق الزوجات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، يناير 2002
- 33- محمد عبد السلام أبو النيل، المرأة في العالم الإسلامي، بحث مقدم للندوة التي عقدها الإيسيسكو في القاهرة بتاريخ 19-21/8/1991، منشور في: وضع المرأة في العالم الإسلامي، الطبعة الأولى، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، بيروت، لبنان، 2003
- 34- محمدي زاوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي رقم 24/92 مع أحكام الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، 2000، العدد 2
- 35- محمود أحمد طه، الحقوق الإنجابية للمرأة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2010، عدد خاص
- 36- محمود سلامة، الحماية الدولية والعربية للمرأة العاملة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، يونيو 1999، العدد الثاني
- 37- منجية النفري، حقوق المرأة المسلمة في المجتمع الإسلامي، منشور في: وضع المرأة في العالم الإسلامي، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، لبنان، 2003

- 38- منذر الفضل، نظام الأسرة في القانون السويدي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مارس 2001، العدد 01
- 39- موسى مسعود أرحومة، جريمة الامتناع عن دفع النفقة في القانون الجنائي الليبي المقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2000، العدد 02
- 40- نوفان العقيل العجارمة، المساواة بين الجنسين في تولي الوظائف العامة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، ديسمبر 2010، عدد خاص
- 41- هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1994، العدد 01
- 42- هرنان عبد الرحمن، السكن الزوجي والحضانة والطلاق وأزمة السكن، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ديسمبر 2005، العدد 8
- 43- ياسين محمد حسين، الرد على إشكالية حقوق المرأة بين التشريع الإسلامي والغربي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، السنة 04، العدد 15، العراق
- 44- يوسف القسطاسي، الإشهاد على جهاز العروس وإثباته بين العمل السوسي والاجتهاد القضائي، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية، غشت 2013، العدد 10، ص 84، الموقع: www.majalah.new.ma

• باللغة الفرنسية

- 1- Ahlam TABET DERRAZ et Farida HAMADI KADDOUS, abandon d'enfant et droit au nom, les cahiers de LADREN, laboratoire des droits de l'enfant, université d'Oran, 2008, n°1
- 2- BOULNOUAR AZZMOU Malika, Recueil légal (Kafala) et adoption dans le code de la famille algérien, les cahiers de LADREN, no 1, laboratoire des droits de l'enfant, Université d'Oran, 2008
- 3- Djilali TCHOUAR, Le mariage polygamique entre le Fiqh et le droit positif algérien, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, faculté de droit et des sciences administratives, Ben Aknoun, Université d'Alger, 1997, no 2.
- 4- Jean HAUSER, la protection personnelle et patrimoniale de l'enfant de parents divorcés ou séparés en droit français, dans: «la protection juridique et sociale de l'enfant», Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, Etablissement Bruylant, Bruxelles, 1993
- 5- Mahmoud ERFANI, Pension alimentaire et garde de l'enfant de parents divorcés en droit iranien, dans: «la protection juridique et sociale de l'enfant», Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, Établissement Bruylant, Bruxelles, 1993

- 6- Malika BOULNOUAR AZZMOU, Recueil légal (Kafala) et adoption dans le code de la famille algérien, les cahiers de LADREN, no 1, laboratoire des droits de l'enfant, Université d'Oran, 2008
- 7- Mostefa KOUIDRI, l'évolution de la jurisprudence en matière de hadana, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit et des sciences administratives, Ben Aknoun, Université d'Alger, 2003, n°1
- 8- Nadia YOUNSI HADDAD, La kafala en droit algérien, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit et des sciences administratives, Ben Aknoun, Université d'Alger, 1999, n° 4
- 9- Nahas M. MAHIEDDIN, la HADHANA dans les législations des pays du MAGHREB, les cahiers de LADREN, no 1, laboratoire des droits de l'enfant, Université d'Oran, 2008
- 10- Philippe THÉRY, Les époux et la mort (A propos des conséquences du décès sur les procédures de divorce et de changement de régime matrimonial), dans: justice et droit fondamentaux, LITEC, éditions du juris-classeur, Belgique, 2003
- 11- TABET DERRAZ Ahlem et HAMADI KADDOUS Farida, abandon d'enfant et droit au nom, les cahiers de LADREN, laboratoire des droits de l'enfant, Université d'Oran, 2008, n°1.
- 12- THÉRY Philippe, les époux et la mort (A propos des conséquences du décès sur les procédures de divorce et de changement de régime matrimonial), dans: justice et droit fondamentaux, "LITEC", éditions du juris-classeur, Belgique, 2003
- 13- Yakout AKROUNE, la protection de l'enfant en droit algérien, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit et des sciences administratives, Ben Aknoun, Université d'Alger, 2003, n° 2
- 14- YOUNSI HADDAD Nadia, La kafala en droit algérien, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, faculté de droit et des sciences administratives, Ben Aknoun, Université d'Alger, 1999, n° 4

رابعاً: التقارير والتعليق والتوصيات

● باللغة العربية

- 1- التعليق العام رقم 28 للجنة المعنية بحقوق الإنسان، (المساواة في الحقوق بين الرجال والنساء)، اعتمدهت اللجنة في جلستها رقم 1834 (الدورة الثامنة والستون) المعقودة في 29 مارس 2000، وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/55/40.
- 2- التوصيات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الجزائر، A/54/38 بتاريخ: 1999/01/27

- 3- التوصية العامة 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة: المساواة في الزواج والعلاقات العائلية، 4 فبراير 1994
- 4- التوصية العامة رقم 17، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة العاشرة، سنة 1991، وثيقة 146/38، الموقع www.un.org:
- 5- التوصية العامة رقم 19، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية عشر، 1992، العنف ضد المرأة.
- 6- التوصية العامة رقم 25 (الأبعاد المتصلة بنوع الجنس للتمييز العنصري)، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.
- 7- التوصية المتعلقة بالمساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، صدرت أثناء انعقاد الدورة الثالثة عشر 1992
- 8- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، الدورة الرابعة بعد المائة، من 12 إلى 30 مارس 2012، أنظر وثيقة الأمم المتحدة المؤرخة في 19 أبريل 2012، رقم CCPR/C/GTM/CO/3
- 9- المساواة بين الرجل والمرأة في كيبك، دليل صادر عن دائرة العلاقات العامة بوزارة الثقافة والاتصالات وشؤون المرأة، كيبك، 2009، ص22، منشور في موقع أمانة شؤون المرأة بوزارة الثقافة: www.scf.gouv.qc.ca
- 10- الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المغرب، بتاريخ: 1997/08/12، وثيقة الأمم المتحدة A/52/38
- 11- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بخصوص التقرير الرابع لدولة مالطا، 09 نوفمبر 2010، وثيقة الأمم المتحدة رقم: CEDAW/C/MLT/CO/4
- 12- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع والتقرير الدوري الخامس لباراغواي، يناير 2005، أنظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: 671 CEDAW/C/SR و 672 .
- الموقع الإلكتروني: <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/DZA-CEDAW2005.html>
- 13- تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة رقم 38، A58/38 سنة 2003، سويسرا.
- 14- تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة السادسة والخمسون للجمعية العامة، ملحق رقم 37، 2001، وثيقة الأمم المتحدة رقم: A56/38
- 15- تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة السادسة والخمسون للجمعية العامة، ملحق رقم 37، 2001، وثيقة الأمم المتحدة رقم: A56/38

- 16- تقرير المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة، أسبابه وعواقبه، السيدة ياكين ايرتورك، عقب الزيارة الرسمية التي قامت بها إلى الجزائر في الفترة من 21 إلى 31 يناير 2007. وثيقة الأمم المتحدة، 18 فيفري 2008، رقم: A/HRC/7/6/Add.2
- 17- تقرير منظمة العفو الدولية لعام 2012، حالة حقوق الإنسان في العالم وثيقة رقم: AI Index: POL 10/001/2012، www.amnesty.org/.
- 18- تقرير الجزائر الثالث والرابع، ماي 2009، أنظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: (CEDAW/C/DZA/3-4).
- 19- توصية حول التربية، صادرة عن المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم، بتاريخ: 1974/11/19.
- 20- توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، وثيقة الأمم المتحدة: A/49/38
- 21- عرض ممثل الجزائر أمام لجنة السيداو، في الملاحظات الختامية للجنة على التقرير الدوري الثاني للجزائر، جلسة رقم 667 وجلسة رقم 668 بتاريخ: 11 يناير 2005 وثيقة الأمم المتحدة: (cedaw/c/sr 667-668).
- 22- قرار رقم 104/48 الجمعية العامة في ديسمبر 1993، بناء على تقرير اللجنة الثالثة، وثيقة الأمم المتحدة رقم (A/48/629).
- 23- قرار رقم: 39/1068 د، بتاريخ: 1965/07/01، بناءً على توصية من "لجنة مركز المرأة" التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي.
- 24- قرار لجنة حقوق الإنسان، رقم 45 بتاريخ: 04 مارس 1994. تعيين مقررة خاصة للنظر في الانتهاكات التي تطال حقوق الإنسان للمرأة ولمواجهة أفعال العنف.

• باللغة الفرنسية

- 1- droits des femmes, 45 mesures qui changent la donne, Rapport de ministère des droits des femmes, République Française, 2014
- 2- Le libre salaire de la femme, 1907-2007, Assemblée nationale, Paris, France, 2007, Publié dans: www.carinna.fr.
- 3- Michel TETRAULT, La garde partagée: de la légende urbaine a la réalité, dans Congrès annuel du Barreau du Québec (2004), Montréal, Barreau du Québec.
- 4- Rapport, au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale, sur le projet de loi tendant à assurer l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et dans la gestion des biens de leurs enfants, Sénat, 06/12/1978, France.

خامسا: إعلانات واتفاقيات دولية

- 1- اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج

- 2- إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979
- 3- إتفاقية بشأن جنسية المرأة المتزوجة بتاريخ: 29 جانفي 1957، دخلت حيز التنفيذ في 11 أوت 1958.
- 4- إتفاقية حقوق الطفل
- 5- إتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية، بتاريخ 14 آذار 1978
- 6- إتفاقية لاهاي لتنازع القوانين في مسائل الجنسية الموقعة في: 12/04/1930.
- 7- إتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 171 المتعلقة بالعمل الليلي سنة 1990.
- 8- إتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 183 المتعلقة بحماية الأمومة 2000 للمرأة
- 9- إعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أوالمعتقد 1981.
- 10- إعلان حقوق الطفل 1959.
- 11- الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969
- 12- الإتفاقية رقم 03 بشأن حماية الأمومة الصادرة سنة 1919، والإتفاقية رقم 04 بشأن تشغيل النساء ليلا الصادرة سنة 1919، والإتفاقية رقم 41 المتعلقة بتشغيل النساء ليلا (معدلة) الصادرة سنة 1934، والإتفاقية رقم 103 بشأن حماية الأمومة (معدلة) الصادرة سنة 1952، والإتفاقية رقم 45 حول تشغيل النساء تحت الأرض الصادرة سنة 1935.
- 13- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948
- 14- العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية 1966
- 15- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966

سادسا: نصوص تشريعية وتنظيمية

- 1- قانون الجنسية رقم 96/63 الصادر بتاريخ: 27/03/1963 والملغى بالقانون رقم 86/70، المؤرخ في: 15/12/1970.
- 2- أمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 3- القانون رقم 11/83 المؤرخ في: 02 يونيو 1983، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 17/96 المؤرخ في: 06 يونيو 1996.
- 4- قانون الأسرة رقم 11/84 الصادر بتاريخ: 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم.
- 5- قانون العمل رقم 11/90 الصادر بتاريخ: 21/04/1990 المعدل والمتمم.
- 6- قانون رقم 36-90 المؤرخ في 31/12/1990 المتضمن قانون المالية لسنة 1991.

- 7- الأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27/02/2005 المعدل والمتمم لقانون الجنسية.
- 8- أمر رقم 03/06 المؤرخ في 28 فبراير 2006، يحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين.
- 9- قانون رقم: 09/08 مؤرخ في: 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 10- قانون رقم 01/15 مؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 هـ الموافق لـ 04 يناير 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة.
- 11- المرسوم التنفيذي رقم 08/05 المؤرخ في: 08 يناير 2005 المتعلق بالقواعد الخاصة المطبقة على العناصر أو المواد أو المستحضرات الخطرة في وسط العمل.
- 12- منشور وزاري صادر عن وزارة العدل مؤرخ في: 84/09/23 متضمن كيفية تطبيق المادة 8 من قانون الأسرة.
- 13- منشور وزاري صادر عن وزارة العدل مؤرخ في: 85/05/22 متضمن كيفية تطبيق المادة 8 من قانون الأسرة.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
/	شكر وتقدير
/	إهداء
/	قائمة المختصرات
05	مقدمة
16	الباب الأول الحقوق غير المالية للمرأة المتزوجة
16	الفصل الأول حقوق المرأة المرتبطة بعقد الزواج
17	المبحث الأول حق المرأة في تكوين أسرة
18	المطلب الأول الحق في الزواج
18	الفرع الأول مفهوم الزواج
19	أولاً: مفهوم الزواج في المواثيق الدولية
20	ثانياً: مفهوم الزواج في قانون الأسرة
21	الفرع الثاني مسألة تغيير الجنس وزواج المثليين
23	الفرع الثالث الزواج في الشريعة الإسلامية بين الحق والواجب
26	المطلب الثاني أهلية المرأة في اختيار الزوج و الرضا بالزواج
27	الفرع الأول حق المرأة في اختيار زوجها
29	الفرع الثاني حدود حرية المرأة في اختيار الزوج
32	الفرع الثالث أسس اختيار الزوج
34	الفرع الرابع تحديد سن الزواج
34	أولاً: تحديد سن الزواج في المواثيق الدولية
37	ثانياً: تحديد سن الزواج في قانون الأسرة
38	ثالثاً: تحديد سن الزواج في التشريع الإسلامي
41	المطلب الثالث مباشرة إبرام عقد الزواج ومسألة الولي
42	الفرع الأول حق المرأة في مباشرة عقد زواجها
42	أولاً: حق المرأة في مباشرة عقد زواجها في المواثيق الدولية

43	ثانيا: نقد فكرة الولي في عقد الزواج
45	الفرع الثاني الولي في الفقه الإسلامي ومسألة عضل المرأة
49	المطلب الرابع الاشتراط في عقد الزواج
49	الفرع الأول حرية الزوجين في الاشتراط
49	أولاً: حرية الزوجين في الاشتراط في الموائيق الدولية
51	ثانيا: حرية الزوجين في الاشتراط في قانون الأسرة
53	ثالثاً: اشتراط العمل وعدم تعدد الزوجات
55	الفرع الثاني أقسام الشروط في عقد الزواج
56	المبحث الثاني بالحقوق الثابتة للمرأة داخل بيت الزوجية
57	المطلب الأول الحق في حل الاستمتاع وحسن المعاشرة
57	الفرع الأول المعاشرة بالمعروف
61	الفرع الثاني حق الزوجة في الاستمتاع
63	الفرع الثالث إجابة دعوة الزوج إلى الفراش بين الحق والواجب
66	الفرع الرابع ضوابط حق الاستمتاع ومسألة العنف الجنسي
69	المطلب الثاني حق المرأة في الإنجاب واختيار اسم الأسرة
70	الفرع الأول حق المرأة في الإنجاب
70	أولاً: حق المرأة في الحمل
74	ثانيا: حق المرأة في تحديد وتنظيم النسل
77	ثالثاً: حق المرأة في الإجهاض
83	الفرع الثاني الحق في الإسم
83	أولاً: الحق في اختيار اسم الأسرة
86	ثانيا: حق المرأة المتزوجة في الاحتفاظ باسمها
88	المطلب الثالث حق المشاركة في تربية ورعاية الأبناء، ومسألة الخدمة داخل البيت
88	الفرع الأول حق تربية الأبناء ورعايتهم

92	الفرع الثاني مستلزمات حق التربية والرعاية
92	أولاً: حق الرضاع
93	ثانياً: حق التأديب
94	الفرع الثالث حق الولاية والوصاية على الأبناء
97	الفرع الرابع حق كفالة الأبناء
100	الفرع الخامس حق التبني الوطني والدولي للأطفال
100	أولاً: التزامات الدول اتجاه نظام التبني
101	ثانياً: منع التبني قانوناً وشرعاً
103	المطلب الرابع حق المرأة في أن تُخدم ومسألة القوامة
103	الفرع الأول حق المرأة في الخادم
103	أولاً: إثبات حق المرأة في أن تُخدم
104	ثانياً: إيجاب خدمة البيت على الزوجة
106	الفرع الثاني مشروعية القوامة
108	الفرع الثالث أسباب قوامة الرجل على المرأة
110	الفرع الرابع طاعة الزوج
113	الفرع الخامس مسألة ضرب الزوجات
116	المطلب الخامس حق الزوجة في العدل عند التعدد
116	الفرع الأول تعدد الزوجات حق للزوج أم تمييز ضد المرأة
118	الفرع الثاني دواعي التعدد والحكمة منه
120	الفرع الثالث ضبط التعدد لصالح المرأة
122	الفرع الرابع سلطة الزوجة في منع التعدد
124	الفرع الخامس إلغاء التعدد وتجريمه
126	الفصل الثاني تأثير الزواج والطلاق على حقوق المرأة
127	المبحث الأول الحقوق الثابتة للمرأة المتزوجة في علاقتها مع الغير
128	المطلب الأول شهادة المرأة المتزوجة

128	الفرع الأول شهادة المرأة حق أم واجب؟
130	الفرع الثاني شهادة امرأتين بشهادة رجل واحد هل يعتبر تمييزاً؟
132	الفرع الثالث حالات قبول شهادة المرأة منفردة
134	الفرع الرابع حالات تعديل شهادة المرأة أو رفضها
137	الفرع الخامس مساواة المرأة والرجل في الشهادة
138	المطلب الثاني جنسية المرأة المتزوجة وجنسية أطفالها
139	الفرع الأول حق المرأة في اكتساب الجنسية
143	الفرع الثاني احتفاظ المرأة المتزوجة بجنسيتها
145	الفرع الثالث المرأة المتزوجة متعددة الجنسيات
147	الفرع الرابع المساواة في منح الجنسية للأبناء
149	الفرع الخامس عدم امتداد التجريد من الجنسية إلى الزوجة وأولادها
151	المطلب الثالث حق المرأة في التنقل واختيار مكان السكن
151	الفرع الأول حق المرأة في حرية التنقل
154	الفرع الثاني حق المرأة في السفر دون محرم
156	الفرع الثالث قرار الزوجة في بيت الزوجية
158	الفرع الرابع اشتراط إذن الزوج لخروج المرأة
160	الفرع الخامس حق المرأة المتزوجة في اختيار مكان إقامتها
163	المطلب الرابع حق المرأة المتزوجة في العمل والتعلم
163	الفرع الأول حق المرأة في العمل والوظيفة مساواة بالرجل
168	الفرع الثاني عمل المرأة الريفية المتزوجة
170	الفرع الثالث الحماية القانونية للمرأة العاملة
175	الفرع الرابع حق التمتع بفرص التعلم
178	المطلب الخامس العقيدة الدينية للمرأة المتزوجة
179	الفرع الأول حرية العقيدة الدينية

182	الفرع الثاني أثر زواج المرأة على عقيدتها الدينية
184	الفرع الثالث حق المرأة المتزوجة في تعليم دينها لأبنائها
187	الفرع الرابع الحق في ممارسة الشعائر الدينية
190	الفرع الخامس الحماية القانونية لحرية المعتقد وأولدين
192	المبحث الثاني حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية
193	المطلب الأول مركز المرأة في الزواج الباطل والزواج الفاسد
193	الفرع الأول مركز المرأة في الزواج الباطل
196	الفرع الثاني مركز المرأة في الزواج الفاسد
198	المطلب الثاني مساواة الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق
199	الفرع الأول الطلاق بين الجواز والمنع والتقيد
201	الفرع الثاني الشبهات المثارة حول طلاق الرجل
207	المطلب الثالث حق المرأة في فك الرابطة الزوجية بطلب التطلق
207	الفرع الأول ماهية التطلق
209	الفرع الثاني التكييف القانوني والفقهى للتطلق
212	الفرع الثالث حق التطلق في ضوء المواثيق الدولية
215	الفرع الرابع أسباب التطلق في قانون الأسرة قبل تعديله
216	أولاً: عدم الإنفاق
219	ثانياً: طلب التطلق للعيوب
222	ثالثاً: حق طلب التطلق للهجر في المضجع
224	رابعاً: حق طلب التطلق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة شائنة
225	خامساً: حق طلب التطلق للغياب
226	سادساً: ارتكاب فاحشة مبينة
226	سابعاً: كل ضرر معتبر شرعاً
227	الفرع الخامس أسباب التطلق المضافة في قانون الأسرة بعد تعديله

228	أولاً: مخالفة أحكام التعدد
230	ثالثاً: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
231	المطلب الرابع حق الزوجة في حل الزواج عن طريق الخلع
231	الفرع الأول تعريف الخلع
233	الفرع الثاني مشروعية الخلع وشروطه
236	الفرع الثالث موافقة الزوج على الخلع
240	الفرع الرابع بدل الخلع
242	الفرع الخامس العزل وأثره على الخلع وبدله
246	المطلب الخامس حق حضانة الأبناء بعد الطلاق
247	الفرع الأول ماهية حق الحضانة
254	الفرع الثاني ترتيب الحواضن وشروطهم
254	أولاً: ترتيب الحواضن
258	ثانياً: شروط الحواضن
260	الفرع الثالث سكن ممارسة الحضانة
265	الفرع الرابع سقوط حق الحضانة وعودته
266	أولاً: سقوط حق الحضانة
267	أ. اختلال شروط الحضانة
268	أ. تزوج الحاضنة بغير قريب محرم
268	أ. تنازل الحاضنة عن حق الحضانة
272	ثانياً: عودة حق الحضانة بعد سقوطه
276	المطلب السادس حق الزوجة في إعادة الزواج ومسألة العدة
278	الفرع الأول تشريع العدة لحكمة
281	الفرع الثاني أنواع العدة
281	أولاً: أنواع العدة من حيث نوع الفرقة

283	ثانيا: أنواع العدة من حيث مدتها
284	الفرع الثالث احتساب العدة
286	الفرع الرابع تحولات العدة
288	الفرع الخامس أحكام العدة
292	الباب الثاني الحقوق المالية للمرأة المتزوجة
292	الفصل الأول مصادر الحقوق المالية للمرأة المتزوجة
293	المبحث الأول عناصر الحقوق المالية للزوجة في ذمة زوجها
293	المطلب الأول حق المرأة في الصداق
294	الفرع الأول مفهوم الصداق ومقداره
294	أولاً: مفهوم الصداق وحكمه
294	أ- مفهوم الصداق
298	ب- حكم الصداق
304	ثانيا: مقدار الصداق
306	الفرع الثاني منازعات الصداق
308	المطلب الثاني حق الزوجة في النفقة
309	الفرع الأول حق الزوجة في النفقة وقضية المساواة
309	أولاً: الالتزام بالإنفاق في الموائيق الدولية
310	ثانيا: الالتزام بالإنفاق في قانون الأسرة
313	الفرع الثاني مقدار النفقة الواجبة للزوجة
314	أولاً: تقدير النفقة تبعاً لحال الزوج
315	ثانيا: تقدير النفقة تبعاً لحال الزوجة
317	ثالثاً: تقدير النفقة تبعاً لظروف المعاش
318	الفرع الثالث مشتكلات النفقة الزوجية
322	الفرع الرابع دعوى النفقة الزوجية
323	أولاً: حق الزوجة في رفع الدعوى

323	ثانيا: المحكمة المختصة بدعوى النفقة الزوجية
324	ثالثا: تنفيذ حكم النفقة ومراجعة تقديرها
327	الفرع الخامس تجريم الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها
327	أولا: شروط العقاب على عدم دفع النفقة
328	ثانيا: المتابعة القضائية
330	ثالثا: عقوبة الامتناع عن دفع النفقة
332	المطلب الثالث حق الزوجة في جهاز الزوجية
332	الفرع الأول تعريف جهاز الزوجية
333	الفرع الثاني الرأي القائل بأن جهاز الزوجية حق للزوجة، واجب على الزوج
335	الفرع الثالث الرأي القائل بأن جهاز الزوجية واجب على الزوجة
337	الفرع الرابع ملكية جهاز الزوجية والانتفاع به
340	المطلب الرابع حق الزوجة في المتعة والتعويض بعد الطلاق
340	الفرع الأول إيجاب المتعة للزوجة المطلقة
343	الفرع الثاني كيفية تقدير المتعة
346	الفرع الثالث حق الزوجة المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي
346	أولا: اعتبار الزوج متعسفا لإساءته استعمال حق الطلاق
348	ثانيا: إثبات الضرر والتعسف في الطلاق التعسفي
349	الفرع الرابع حق الزوجة المطلقة في التعويض عن ضرر التطلق
351	الفرع الخامس حق الزوجة المطلقة في التعويض للنشوز
354	المطلب الخامس حق الزوجة في ميراث زوجها بعد وفاته
354	الفرع الأول ميراث الزوجة على ضوء المواثيق الدولية
356	الفرع الثاني شروط استحقاق الزوجة للميراث من زوجها في قانون الأسرة
359	الفرع الثالث نصيب الزوجة من تركة زوجها في قانون الأسرة
359	1- ميراث الزوجة من زوجها عند انعدام الفرع الوارث

361	2- ميراث الزوجة من زوجها عند وجود الفرع الوارث
362	الفرع الرابع لماذا ترث الزوجة من زوجها نصف ما يرثه منها؟
362	أولاً: اختلاف ميراث الزوجين من بعضهما ومسألة القوامة
363	ثانياً: اختلاف ميراث الزوجين من بعضهما ومسألة الأعباء المالية
365	المبحث الثاني أموال الزوجة من طرق أخرى خارجة عن واجبات الزوج
365	المطلب الأول حق المرأة المتزوجة في متاع بيت الزوجية
366	الفرع الأول مفهوم متاع بيت الزوجية
368	الفرع الثاني ملكية متاع البيت في المواثيق الدولية
369	الفرع الثالث ملكية متاع البيت والانتفاع به في قانون الأسرة
372	الفرع الرابع النزاع حول متاع البيت وجوداً وعدمه
374	الفرع الخامس النزاع حول ملكية متاع البيت
376	المطلب الثاني الحق في الكد والسعاية
377	الفرع الأول مفهوم حق الكد والسعاية
379	الفرع الثاني تحديد أموال الكد و السعاية
381	الفرع الثالث طرق إثبات السعاية
383	الفرع الرابع محل الإثبات في حق الكد والسعاية
385	الفرع الخامس كيفية اقتسام أموال الكد والسعاية
386	المطلب الثالث حق المرأة المتزوجة في إبرام عقود المعاوضات المالية
387	الفرع الأول أهلية المرأة المتزوجة لإبرام العقود المالية في المواثيق الدولية
389	الفرع الثاني أهلية تصرف المرأة المتزوجة في أموالها في القانون الجزائري والتشريع الإسلامي
392	الفرع الثالث حق المرأة المتزوجة في ممارسة التجارة
394	الفرع الرابع حق المرأة المتزوجة في إبرام عقود الرهن والإجارة والقروض
396	المطلب الرابع حق المرأة المتزوجة في إبرام عقود التبرع
397	الفرع الأول أحكام هبة المرأة المتزوجة لمالها في قانون الأسرة
400	الفرع الثاني أحكام وصية المرأة المتزوجة في التشريع

402	الفرع الثالث اشتراط إذن الزوج في تبرعات المرأة المتزوجة في التشريع الإسلامي
405	الفرع الرابع مذهب الجمهور في حرية المرأة في التبرع بمالها
407	المطلب الخامس حق المرأة المتزوجة في ميراث أقاربها
408	الفرع الأول ميراث المرأة المتزوجة في الموائيق الدولية
410	الفرع الثاني ميراث المرأة المتزوجة في قانون الأسرة، باعتبارها أحد الأصول أو الفروع
410	أولاً: ميراث المرأة باعتبارها أم
411	ثانياً: ميراث المرأة المتزوجة باعتبارها جدة
411	ثالثاً: ميراث المرأة المتزوجة باعتبارها بنت أو بنت ابن
413	الفرع الثالث ميراث المرأة المتزوجة باعتبارها من الحواشي
413	أولاً: الأخت الشقيقة
414	ثانياً: الأخت لأب
415	ثالثاً: الأخت لأم
416	الفرع الرابع عدالة قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين
416	1- توزيع الميراث يكون مع مراعاة الأعباء الاقتصادية
417	2- قصر ميراث المرأة على النصف من ميراث الرجل على أربع حالات
419	الفرع الخامس المساواة والزيادة في حظ المرأة من الميراث مقارنة بالرجل
420	ثانياً: الحالات التي ترث فيها المرأة أكبر من الرجل
421	الفصل الثاني تنظيم إدارة أموال المرأة المتزوجة في ظل علاقة الزوجية
422	المبحث الأول التنظيم التشريعي لإدارة أموال المرأة المتزوجة داخل الأسرة
422	المطلب الأول مفهوم فكرة النظام المالي للزوجين
423	الفرع الأول مفهوم النظام المالي للزوجين في الفقه القانوني العربي
425	الفرع الثاني مفهوم النظام المالي للزوجين في الفقه والتشريعات الغربية
427	الفرع الثالث مفهوم النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي
428	1- استقلال الذمة المالية هو الأصل

429	2- للزوجة حقوق مالية في مال زوجها
429	3- جواز توحيد الذمة المالية
430	الفرع الرابع مفهوم النظام المالي للزوجين في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري
432	المطلب الثاني تنظيم أموال الزوجين بالتشريع الجزائري
432	الفرع الأول استقلال الذمة المالية للزوجة
433	1- الأموال المكتسبة بمناسبة الزواج
433	2- الأموال المكتسبة بسبب عقود التبرع أو عقود المعاوضة
434	3- الأموال المكتسبة بسبب الميراث
434	الفرع الثاني مصير الأموال المشتركة بين الزوجين
435	أولاً: حالة وجود أموال مشتركة مع اتفاق الطرفين
437	ثانياً: حالة وجود أموال مشتركة دون اتفاق الزوجين حولها
437	الفرع الثالث جزاء مخالفة الاتفاق حول الأموال المشتركة
440	الفرع الرابع النقص التشريعي في النظام المالي للزوجين
442	المطلب الثالث صور الاشتراك المالي بين الزوجين
443	الفرع الأول تقييد سلطات الزوجين على أموالهما
446	الفرع الثاني مساهمة المرأة المتزوجة في النفقات العائلية
448	الفرع الثالث الأموال المشتركة بين الزوجين بقوة القانون
449	1- مداخيل ورواتب الزوجين
449	2- ثمار رأس المال
450	الفرع الرابع سلطات المرأة المتزوجة على المال المشترك
453	الفرع الخامس الديون المشتركة بين الزوجين
454	المطلب الرابع تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين
455	الفرع الأول ضوابط الإسناد المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق
457	الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري من تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين
460	الفرع الثالث تنظيم أموال الزوجين في الزواج المختلط في المواثيق الدولية

461	أولاً: حالة اعتماد ضابط الإقامة الأولى
461	ثانياً: حالات تطبيق ضابط الجنسية المشتركة
462	ثالثاً: اعتماد ضابط الإقامة العادية
462	رابعاً: حالة اعتماد ضابط موقع العقار
463	الفرع الرابع قواعد تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين في بعض التشريعات
465	المبحث الثاني التنظيم الاتفاقي لأموال المرأة المتزوجة داخل الأسرة
466	المطلب الأول طبيعة العقد المالي بين الزوجين
466	الفرع الأول الاتفاق المالي للزوجين شرط من شروط عقد الزواج
469	الفرع الثاني اتفاق الزوجين، عقد مالي
470	الفرع الثالث الشكلية في الاتفاق المالي للزوجين
472	الفرع الرابع العقد المالي للزوجين ومسألة النظام العام والآداب العامة
475	المطلب الثاني التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين في قانون الأسرة الجزائري
476	الفرع الأول إمكانية الاشتراك المالي الاتفاقي بين الزوجين في ظل قانون الأسرة، قبل تعديله
476	أولاً: الاشتراك المالي الاتفاقي من مقتضيات حرية الاشتراط
477	ثانياً: الاشتراك المالي الاتفاقي من مقتضيات التعاون على مصلحة الأسرة
478	ثالثاً: النصوص التي كانت تقيّد الاشتراك المالي الاتفاقي بين الزوجين
479	الفرع الثاني بنود الاشتراك المالي الاتفاقي في قانون الأسرة بعد التعديل
482	الفرع الثالث النصوص القانونية الأخرى التي تؤكد نظام الاشتراك المالي بين الزوجين
482	أولاً: الضريبة المشتركة اتفاقاً بين الزوجين
483	ثانياً: التضامن الضريبي بقوة القانون
484	الفرع الرابع جزاء مخالفة اتفاق الاشتراك المالي
486	الفرع الخامس قواعد ضبط نظام الاشتراك المالي الاتفاقي بين الزوجين
486	أولاً: وثيقة النظام المالي للزوجين
487	ثانياً: الديون المترتبة على الزوجين

488	ثالثا: السكن العائلي
488	المطلب الثالث التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين في بعض التشريعات الغربية
489	الفرع الأول شكل ومضمون العقد المالي للزوجين في فرنسا
492	الفرع الثاني شروط تعديل الاتفاق المالي للزوجين في التشريع الفرنسي
492	1- مرور مدة زمنية معينة
492	2- ضرورة الكتابة الرسمية
493	3- تاريخ دخول التعديل حيز النفاذ
493	4- إشهار تعديل العقد المالي
494	الفرع الثالث التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين في تونس
494	أولا: رضائية عقد الاشتراك المالي
495	ثانيا: اقتصار نظام الاشتراك على العقارات
495	ثالثا: إشهار نظام الاشتراك
496	الفرع الرابع مصير الاتفاق المالي بين الزوجين في التشريع التونسي
497	المطلب الرابع تنازع القوانين في التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين المشتركة
497	الفرع الأول تنازع القوانين في التنظيم الاتفاقي لأموال الزوجين المشتركة
500	الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري من تنازع القوانين في نظام الاشتراك المالي للزوجين
502	الفرع الثالث موقف بعض الدول العربية من تنازع القوانين في النظام المالي الاتفاقي للزوجين
505	الفرع الرابع موقف بعض الدول الغربية من تنازع القوانين في النظام المالي الاتفاقي للزوجين
507	خاتمة
513	قائمة المراجع
538	الفهرس

المخلص: إنّ المرأة المتزوجة ظلت لعقود مهضومة الحقوق، إلى أن ظهر الإسلام في القرن السابع الميلادي، فرفع من شأن المرأة، وكفل لها حقوقها. أما على مستوى التشريع الدولي، فبدأت المواثيق الدولية تنظم الحقوق الأسرية تدريجياً من منتصف القرن العشرين ميلادي، إلى أن صدرت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، والتي كرّست مبدأ المساواة المطلقة بين الزوجة والزوج في الحقوق وألزمت به الدول الأطراف، مما جعل العديد من الدول تتحفّظ على بعض نصوصها. ومن جهته ضمن المشرع الأسري للمرأة المتزوجة العديد من الحقوق، من ذلك حقها في إبرام عقد زواجها بنفسها، وحقها في المعاشرة بالمعروف، وحقها في الصداق والنفقة، فضلاً عن استقلال ذمتها المالية، وغيرها من الحقوق المستمدة في معظمها من الشريعة الإسلامية. لكن مع ذلك لا يزال قانون الأسرة متّهماً بهضم حقوق المرأة المتزوجة.

الكلمات المفتاحية: المرأة المتزوجة - الحقوق المالية وغير المالية - المواثيق الدولية - قانون الأسرة.

Résumé: La femme mariée est restée pendant des décennies privée de ses droits. Cependant, dès l'apparition de l'Islam, vers le VII^e siècle, l'honneur de la femme a été rendu et tous ses droits garantis. Vers le milieu du XX^e siècle, les conventions internationales ont commencés à régir progressivement les droits de la famille jusqu'à l'apparition, en 1979, de l'accord qui élimina toutes formes de ségrégation vis-à-vis de la femme. Cet accord a établi le principe d'égalité absolue entre les époux et tous les états parties ont été appelé à l'appliquer, ce qui a suscité des réserves chez certains d'entre eux. Le législateur, de son côté à préserver ainsi de nombreux droits à la femme mariée, entre autres son droit a conclure son contrat de mariage, sa cohabitation, son droit à la dot et à la pension sa liberté financière ainsi que bien d'autres droits issus pour la majorité de la « Charia Musulmane ». Toutefois, le code de la famille est toujours accuse d'avoir prive la femme mariée de ses droits.

Mots clefs : femme mariée - les droits financiers et non financiers - les conventions internationales - le code de la famille

Abstract: The married woman remained for decades deprived of her private rights. However, soon after the appearance of Islam, around the seventh century, the honor of the woman was established and all her rights guaranteed. By the middle of the twentieth century, international agreements have gradually begun to govern the rights of the family until the appearance, in 1979, of the agreement that eliminated all forms of segregation towards women. This agreement established the principle of total equality between spouses and all States parties were called upon to apply it, this has raised concerns among some of them. The legislature, for its part has preserved so many rights to married women, including the right to conclude a marriage contract, cohabitation, the right to the dowry and pension, the right to financial freedom as well as many other rights taken, for the majority of them, from "the Muslim Sharia." However, the family code remains accused of depriving married women of their rights.

Key words: married woman – financial and non-financial freedom –international conventions – family code.