وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري – قسنطينة

كليـــة الحقـوق

اتفاقـية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على قانون الأسرة الجزائري

أطروحـة لنيـل درجـة دكتـوراه " ل م د " في الحقـوق

تخصص قـانون الأسرة

إعداد الطالبة:

تازير آمنة

إشـــراف:

د. محروق كريمة

لجنــة المناقشــة

اللقب والاسـم	الـصـفة	الـرتبة العلـمية	الجـامعة الأصلية
أد. بن حملة سامي	رئيسا	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري – قسنطينة
د. محروق كريمة	مشرفا	أستاذة محاضرة– أ–	جامعة الإخوة منتوري– قسنطينة
أد. يونس بدر الدين	عضوا	أستاذ محاضر– أ–	جامعة الإخوة منتوري– قسنطينة
أد. سطحي سعاد	عضوا	أستاذة التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر– قسنطينة
د. مرمون موسى	عضوا	أستاذ محاضر–أ–	جامعة الإخوة منتوري– قسنطينة
د. خوجة سعاد	عضوا	أستاذة محاضرة–أ–	جامعة الإخوة منتوري– قسنطينة

السنــة الجامعيــة

2021 – 2022

إهـــداء

إلى أبي الغالي الذي لطالما رأيته مثل جبل كبير وافتخرت دائما لأني ابنته، فهو الذي جعل مني إنسانة لعزيمتها ألف روح، كلما خذلتها الحياة ازدادت دوافعها للنجاح

﴿ حسان تازير ﴾

إلى أمي الغالية التي لطالما اعتبرتها قطعة من الجنة سقطت سهوا على هذه الأرض

﴿ صليحة دهليس ﴾

هذا النجاح بكما و لكما يا جنتي وعزي وعزوتي وفخري

إلى اخوتي وسندي : ﴿ روبيلة – ياسين – نور ﴾

إلى روح جدي وجدتي رحمهما الله ﴿ رجيحة و سلطان ﴾

إلى من اعتبرتهن دائما أخوات قبل أن يكن صديقات

﴿ شهرة / أميرة / أمينة ﴾

إلى كل من وقف إلى جانبي في هذا العمل ولو بالنصيحة أو الكلمة الطيبة

شكر وتقدير

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿ من لا يشكر الناس لا يشكر الله ﴾.

الحمد لله رب العالمين حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، أحمده تعالى أن أنعم علي من فضله وأعانني على إنجاز هذا العمل، وأمدني بالصبر والقوة، وشملني برعايته وتوفيقه.

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة { كريمة محروق }، لما تفضلت به من إشراف ومتابعة على هذا العمل، وكذا لاهتمامها الكبير به، وتحملها عناء التصحيح والتدقيق والإرشاد بكل ضمير وإخلاص وتفان واحترافية، فجازاها الله خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، وذلك لتفضلهم بقراءة هذا العمل، ولما بذلوه من جهد في تقييمه ومناقشته.

<u>والمتكونة من السادة الأفاضل والسيدات الفضليات</u>:

- **الأستاذ الدكتور بن حملة سامي من جامعة الإخوة منتوري قسنطينة.**
- **الدكتورة محروق كريمة من جامعة الإخوة منتوري قسنطينة.**
- **الدكتور يونس بدر الدين من جامعة الإخوة منتوري قسنطينة.**
- **الأستاذة الدكتورة سطحي سعاد من جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة.**
- **الدكتور مرمون موسى من جامعة الإخوة منتوري قسنطينة.**
- **الدكتورة خوجة سعاد من جامعة الإخوة منتوري قسنطينة.**

كما أخص بالشكر الجزيل عميد كلية الحقوق بجامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، وكل أساتذة وموظفي وعمال الجامعة.

دون نسيان كل من مدّ لنا يد العون ولو بالكلمة الطيبة والمعلومة المفيدة.

المختصرات

م.....المادة

ف.....الفقرة

ط.....الطبعة

ج.....الجزء

م.....مجلد

د ج.....دينار جزائري

د ط.....دون طبعة

د ت.....دون سنة نشر

د ن.....دون دار نشر

د م.....دون مكان نشر

ع.....العدد

ق.....القانون

ج ر.....الجريدة الرسمية

د م ج.....ديوان المطبوعات الجامعية

د م ج.....دار المطبوعات الجامعية

م ق.....المجلة القضائية

م م ع.....مجلة محكمة عليا

ق م ع.....قرار محكمة عليا

م ع.....محكمة عليا

ن ق.....نشرة قضاة

غ أ ش.....غرفة أحوال شخصية

غ ج.....غرفة جزائية

غ خ.....غرفة خاصة

ق أ.....قانون الأسرة

ق أ ش.....قانون أحوال شخصية

ق ع.....قانون عقوبات

ق ح م.....قانون حالة مدنية

ق م.....قانون مدني

ق إ م إ.....قانون إجراءات مدنية وإدارية

LES ABREVIATIONS

P……Page

N……Numéro

ABBREVIATIONS

CEDAW……Convention On The Elimination Of all Forms Of Discrimination Against Women

مقدمة

مـــــقـــدمـــة

إن الأسرة في أصلها هي علاقة فطرية تكاملية بين رجل وامرأة يجمعهما ميثاق غليظ يوسم بـ "الزواج"، وهي بذلك وحدة البناء الأساسية في كل مجتمع، فهي الكفيلة بحماية المقومات الأساسية له، والمكرسة لهويته القومية والعرفية والدينية.

هذا القول ورغم صحته إلا أنه تأثر كثيرا اليوم بما يشهده العالم من تغيرات واسعة في مجال العلاقات بين أفراد الأسرة، مما أدى إلى فقدان هذه الأخيرة في الكثير من المجتمعات – ولو بدرجات متفاوتة – لموقعها في البناء المجتمعي، ووظيفتها في التنشئة والتربية، كل ذلك لصالح اتجاهات فردانية تُعلي من قيمة الفرد على حساب الجماعة وتجعله بؤرة الاهتمام، وتحد في مقابل ذلك من دور الأسرة في تشكيل بنيته النفسية والعقلية.

هذه الاتجاهات الفردانية عملت – حسبها – على حماية حقوق الفئات الضعيفة في الأسرة، كان من بين هذه الفئات "المرأة"، هذه الأخيرة أصبح الحديث عن حقوقها، والقضاء على التمييز الممارس ضدها، والمساواة بينها وبين الرجل، من بين أهم المواضيع التي تشغل الرأي العام سواء على المستوى الدولي أو حتى الوطني، ولعل هذا راجع إلى الاضطهاد والاستعباد اللذان مورسا عليها في حقب تاريخية سابقة حتى من داخل أكثر وسط كان من المفروض أن يتّسم بالأمن والسكينة وهو الأسرة، رغم اندثار ذلك بشكل واضح مع ظهور الإسلام في القرن السابع ميلادي، حيث رفع من شأن المرأة، وكفل لها حقوقها جميعا.

وقد تعالت الأصوات مناديه بحماية وتكريس حقوق المرأة، والقضاء على التمييز الممارس ضدها، وتحقيق مساواتها مع الرجل، وتفعيل ذلك على أرض الواقع وعدم ابقائه مجرد شعارات رنّانة، حتى أصبح هذا الأمر اليوم يشكل ضربا من ضروب العدالة، بل وأصبح من أهم المعايير لتصنيف الدول بين دول شرعية وأخرى ديكتاتورية، الأمر الذي عملت على تعزيزه الكتلة الدولية تحت رعاية الأمم المتحدة، وذلك بإبرام العديد من الاتفاقيات والصكوك الدولية العامة والخاصة التي تكرس حقوق المرأة في جميع الميادين، بما في ذلك حقوقها الأسرية، وقد بدأ ذلك بشكل واضح في منتصف القرن العشرين مع إنشاء الأمم المتحدة ووضع ميثاقها في سنة 1945، حيث جاء في ديباجته: "**نحن شعوب الأمم المتحدة، عزمنا على الإعلان من جديد عن إيماننا...بالمساواة في الحقوق بين الرجال والنساء**"، ليوضع بعد ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في سنة 1948 وينص في مادته الثانية (02) على: "**لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات**

الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، ودون أي تفرقة بين الرجال والنساء".

وهكذا بدأت الصكوك الدولية تؤسس لفكرة المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق، وما ينجر عنها من ضرورة القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، خاصة في إطار الزواج والعلاقات العائلية، حيث أشارت إلى ذلك لأول مرة المادة السادسة عشر (16) من ذات الإعلان بقولها: "**الرجل والمرأة متساويان في الحقوق لدى التزوج**".

ونظرا لحساسية مسألة الحقوق الأسرية للمرأة وإعمال المساواة بين الجنسين في نطاق الأسرة، فقد اهتدت المواثيق الدولية إلى استعمال سياسة النفس الطويل لتحقيق الأهداف المرغوبة، وذلك باللجوء إلى التدرج في إصدار الصكوك الدولية في هذا الموضوع، حيث بعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أصدرت الأمم المتحدة العهدين الدوليين (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) في سنة 1966، وقد تناولا العديد من الحقوق الأسرية للمرأة، وأكدا بدورهما على مسألة المساواة بين الجنسين في جميع المجالات، ليتم بعد ذلك إصدار إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 1967، هذا الأخير عُدّ بمثابة حجر الزاوية وخطة الطريق لوضع أهم اتفاقية في تاريخ حقوق المرأة وهي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) وذلك في سنة 1979، التي أسماها البعض بـ "**الشرعة الدولية لحقوق المرأة**"، وأسماها البعض الآخر بـ "**الإعلان العالمي لحقوق المرأة**"، لأنها كانت صك دولي جامع لكافة حقوق المرأة في جميع الميادين بما في ذلك حقوقها الأسرية، وقد أُعتبرت أجرأ اتفاقية دولية تناولت موضوع حقوق المرأة خاصة داخل الأسرة بصراحة زائدة عن المألوف، وهو ما جعلها من أكثر الصكوك الدولية إثارة للجدل، فهي لم تكتفي بالتأكيد على التساوي في الحقوق والواجبات بين الجنسين كما جرت عليه العادة في الإعلانات والصكوك الدولية التي سبقتها، بل أخذت تعطي تسميات دقيقة ومفصلة لهذه الحقوق، كما لم تكتفي بالطابع الإعلاني الذي تتبناه الأمم المتحدة عادة في مواثيقها، بل تجاوزته إلى الطابع الإلزامي، حيث نصت على إنشاء لجنة أممية تعرف باسم "**لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة**"، وهي مكلفة خصوصا بمتابعة مدى التزام الدول بتطبيق نصوص الاتفاقية، ومراقبة جميع قضايا المرأة باهتمام كبير في جميع أقطار العالم.

وكانت من بين أهم حقوق المرأة التي ركزت عليها هذه الاتفاقية هي الحقوق الأسرية، وهو ما كرسته ضمن مادتها السادسة عشر (16) التي ألزمت الدول الأطراف بضرورة تحقيق المساواة المطلقة بين الزوجين عند الزواج واثناءه وحتى بعد انتهاءه.

وقد كانت لجنة الاتفاقية تركز في كل مرة من خلال توصياتها العامة أو ردودها على تقارير الدول المرفوعة إليها على ضرورة التفعيل الكلي لبنود هذه المادة، وتلزمهم بذلك ولو بتهديدات مبطنة في شكل توصيات وآراء، هذا ما جعل البعض يعتبر أن هذه الاتفاقية لم توضع من البداية إلا لأجل تكريس هذه الحقوق دون غيرها، وما كان ذكرها لبقية حقوق المرأة في مجال العمل والتعليم والصحة...إلخ إلا من باب التمويه والإغفال لهدفها الرئيسي لا أكثر.

وبالرجوع إلى الجزائر نجد أن أول قانون للأسرة قد وُضع بعد أكثر من عشرون (20) سنة على الاستقلال، وذلك بموجب القانون 11/84 المؤرخ في 09 يناير 1984، هذا الأخير أُستلهم كليا من أحكام الشريعة الإسلامية، وقد كان هذا القانون من أكثر القوانين ذات الجدل واسع بالنظر إلى مركز المرأة فيه، فانقسم حوله المجتمع إلى فريقين يمثلون مرجعيتين فكريتين مختلفتين، ولهما صورتين مغايرتين لمشروع المجتمع، الأول فريق ديني إسلامي يرى أنه يجب الاحتفاظ بهذا القانون كما هو باعتبار أن أحكامه مستمدة من شريعة إسلامية لا تخطئ ولا تحيد، وهي التي أحسنت صياغة وبلورة حقوق المرأة في نطاق الأسرة بشكل عادل، أما الفريق الثاني فكان علماني تغريبي مدعوم بتيار عالمي شمولي رأى ضرورة إلغاء واستبدال هذا القانون بالكامل لأنه أصبح لا يتماشى والتطورات الاجتماعية والسياسية والثقافية والاقتصادية التي عرفها المجتمع، بالإضافة إلى المكانة التي وصلت إليها المرأة الجزائرية في مجال التعليم والعمل يجعل من حقوقها الأسرية المزعومة في هذا القانون تشكل تمييزا واضحا ضدها خاصة في إطار الزواج والطلاق، مما يُبقي هذا القانون غير متكيف مع القيم العالمية للمساواة وحماية حقوق المرأة الأسرية التي جاءت بها الصكوك الدولية، ونشير إلى أن هذا التيار الأخير أصبح أكثر قوة منذ مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1996، كون قانون الأسرة أصبح بذلك مناقض بشكل كبير لأحكام هذه الاتفاقية التي أصبحت الجزائر ملزمة بتفعيل بنودها بضغط من لجنتها، هذا رغم تحفظ الجزائر على بعض موادها التي كان من بينها المادة السادسة عشر (16) المثيرة للجدل والمتعلقة بالحقوق الأسرية للمرأة، إلا أن تفعيلها بدا واضحا في أخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري في سنة 2005.

وبالفعل فإن مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة كان له عدة آثار وانعكاسات على المنظومة التشريعية الجزائرية ككل، فقد تأثر بها قانون الجنسية، والقانون الجزائي، وقانون الانتخابات، وقانون الوظيف العمومي، وقانون الصحة...وحتى قانون الأسرة، فبانضمام الجزائر لهذه الاتفاقية تكون قد اختارت أن تفتح على نفسها جبهة ثانية تضاف إلى الجبهة الداخلية المطالبة بتعديل قانون الأسرة الجزائري، 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 في الجزائر لا يزال يتضمن العديد من الأحكام التمييزية التي تحرم المرأة من حقوق أساسية من قبيل الموافقة الحرة على الزواج، وحقها على قدم المساواة مع الرجل في الطلاق، وتقاسم المسؤوليات العائلية، والوصاية المشتركة على الأطفال، والحق في الكرامة والاحترام الذاتي، وفوق هذا وذاك إلغاء تعدد الزوجات، والولي في الزواج، والتمييز في الميراث والنسب**".

وقد عبر بعد ذلك المسؤولون الجزائريون في تقريرهم الذي قدموه إلى الأمم المتحدة في ذات السنة على أملهم بإصلاح قريب لقانون الأسرة، وبالفعل فقد شُكلت من أجله بعد ذلك لجنة وطنية استشارية لدراسة التعديلات التي سيتم إلحاقها به، وقد تم ذلك في سنة 2003، لينتهي عملها وعمل الدولة بوضع تعديل جديد لقانون الأسرة 11/84 وذلك بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، هذا التعديل أسقط الشريعة الإسلامية في العديد من جزئياته، وتبنى بدلا منها المادة السادسة عشر (16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة كمرجعية مادية له.

هذا وتكمن أهمية موضوع الدراسة في خطورة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام قانون الأسرة في الجزائر المستمدة مرجعتيها من الفقه الاسلامي، كما تكمن الأهمية في الطابع القانوني الإلزامي لهذه الاتفاقية، وما قد يترتب عليه من تبعات قانونية على الجزائر، خاصة وأن هذه الاتفاقية تفرض المساواة من خلال العملية التشريعية، وهو ما يعتبر من نقاط القوة فيها، هذا فضلا عن حداثة الموضوع وقيمته، ومساسه بقضية من أبرز القضايا التي تعد حديث الساعة وهي قضية المساواة بين الجنسين داخل الأسرة.

وانطلاقا من الأهمية التي يكتسيها هذا الموضوع ارتأينا توليه بالبحث والدراسة، انطلاقا من الإشكاليات الآتية:

إذا كانت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة قد انتهجت سياسة تصبوا إلى تقرير المساواة المطلقة بين الزوجين، والنهوض بمركز المرأة والقضاء على كل أشكال التمييز ضدها خاصة داخل الأسرة، وإذا كان المشرع الجزائري وتحت ضغط من الاتفاقية ملزم باحترامها وتكريس مبادئها وأحكامها في قانون الأسرة المستمد أصلا من الشريعة الإسلامية، وبالاعتبار أن الاتفاقية هي التزام دولي، فإلى أي حد استطاع المشرع التوفيق بينهما؟ وهل انعكس ذلك إيجابًا على كيان الأسرة وكفل حمايتها، أم زاد من حدة المشاكل الزوجية وبالتالي ساهم في تفكك الأسرة؟

هذه الاشكاليات الرئيسية تتفرع عنها مجموعة من التساؤلات الفرعية، وهي:

ما المقصود باتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري؟

ما مدى انعكاس اتفاقية سيداو على أحكام الزواج وآثاره، لاسيما في مسائل الخطبة وركن الزواج وشروطه والاشتراط في عقد الزواج والصحة الانجابية والحقوق المالية وغير المالية للزوجين؟

ما مدى انعكاس اتفاقية سيداو على أحكام الطلاق وآثاره، لاسيما في طرق فك الرابطة الزوجية والحضانة والولاية والتعويض عن الطلاق؟

إن دراسة هذا الموضوع وفقا لما يتماشى مع طبيعة المشكلات المطروحة يتطلب استعمال المنهج المقارن القائم على دراسة تحليلية بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، مع إدخال موقف الفقه الاسلامي في بعض المواضع التي تستدعي ذلك باعتبار أن قانون الأسرة مستنبط من مبادئه بالأساس، وذلك بغية توضيح الانعكاس بينهم الذي يعد أساسا لهذه الدراسة، ولتبيان كذلك مضمون وعمق ما ذهبوا إليه، هذا فضلا عن الاستعانة ببعض أدوات المنهج الوصفي عند عرض الجانب التأصيلي الفقهي بما يحتويه من خلافات فقهية في بعض المسائل التي تتناولها هذه الدراسة، وأيضا للإحاطة بالإطار المفاهيمي العام لبعض المصطلحات المهمة في دراسة الموضوع.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الدراسة تهدف بالأساس إلى تسليط الضوء على صك دولي ذو أهمية بالغة في مجال حماية حقوق المرأة وهو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة CEDAW 1979، مع تبيان مدى تأثر التشريع الأسري الجزائري بأحكام هذه الاتفاقية خصوصا تلك التي تتعارض مع

أحكام الشريعة الإسلامية والفطرة الإنسانية، ومعرفة كيف وازن المشرع في تطبيقه للمساواة بين الجنسين بين التزاماته الدولية الناشئة بموجب هذه الاتفاقية، وبين المرجعية الدينية لقانون الأسرة الجزائري.

وعن أسباب اختيار موضوع الدراسة، يمكن القول أن منها أسباب شخصية، ومنها ما هي ذات طبيعة موضوعية، فبالنسبة للأسباب الشخصية أهمها هي أن موضوع الدراسة شيق وغير ممل، بدليل أن الباحث فيه كلما اطلع على جزء منه كلما ازداد فضوله للاطلاع على أجزاء أخرى، لهذا اخترنا الموضوع بحكم ما يستحقه من مفاضلة عن غيره من المواضيع.

أما عن الأسباب الموضوعية، فلا ينكر أحد أن تعديل قانون الأسرة في سنة 2005 كان مثار جدل فقهي وقانوني كبير –خاصة بالنظر إلى مرجعيته الدولية التي تتزعمها أحكام اتفاقية سيداو–، فقد أحدث اختلافات فكرية بين رجال الدين والقانون من جهة، وبين المدافعين عنه والمعارضين له من جهة أخرى، وهو ما جعله يتأرجح ما بين مدافع عنه باعتباره يواكب تطور المجتمع، وما بين مهاجم يريد إبقاء القدسية والعصمة الدينية لأحكام هذا القانون فيما يتعلق بحقوق المرأة، لهذا فكرنا في دراسة هذا الموضوع وفق منهجية علمية بعيدة عن الأفكار السياسية والانتماءات المجتمعية الضيقة، هذا فضلا عن رغبتنا بالدرجة الأولى في تبيان خطورة ما تدعوا إليه اتفاقية سيداو خصوصا على الأسرة المسلمة، فهي اتفاقية يظنها الجميع سلاحا لحماية المرأة وحقوقها خاصة الأسرية منها، وما هي في الحقيقة إلا قنبلة موقوتة تنذر بانفجار وشيك داخل الأسرة الجزائرية المسلمة.

هذا وإن موضوع "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على قانون الأسرة الجزائري" هو موضوع تناولته بعض الأبحاث والدراسات السابقة ولكن بصورة أحيانا جزئية، وأحيانا عامة غير مفصلة، فنجد بعض الدراسات التي تناولت الحقوق الواردة في الاتفاقية بشكل عام دون تبيان لانعكاساتها على القوانين الوطنية، منها مؤلف تحت عنوان "حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" لـ: هالة سعيد التبسي، ومؤلف آخر بعنوان "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" لـ: رشدي شحاته أبو زيد، كما نجد من جهة أخرى بعض المراجع التي تناولت حقوق المرأة من منظور جميع الصكوك الدولية الصادرة تحت رعاية الأمم المتحدة دون تخصيص لاتفاقية سيداو حصرا، منها مؤلف بعنوان "المرأة في منظومة الأمم المتحدة"، لـ: نهى القاطرجي، وأطروحة دكتوراه بعنوان "حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري"، لـ: عبد النور عيساوي.

وعليه فما يلاحظ على هذه الدراسات وغيرها هو غياب دراسة مفصلة وجامعة للحقوق الأسرية للمرأة بين اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وقانون الأسرة الجزائري، بل جُلها دراسات جزئية ومتفرقة، بينما دراستنا ستكون جامعة لانعكاسات هذه الاتفاقية على الحقوق الأسرية للمرأة خاصة في التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري الصادر بالأمر 02/05، كما أنها ستسلط الضوء على هذه الاتفاقية وتكشف تفاصيلها بطريقة لم تتناولها أي أطروحة أكاديمية سابقا، كما أننا في هذه الدراسة سنعمد إلى تبيان موقف الشريعة الإسلامية أيضا في بعض الجزئيات المهمة في إطار المقارنة بين الفقه الاسلامي واتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، وندعم هذه المقارنة بإدخال موقف القضاء الجزائري في جزئيات أخرى ذات الجدل الواسع، كما أن الشيء الجديد في دراستنا هو الطريقة المختلفة في تناول أجزائه بدءًا من المقدمة إلى غاية الخاتمة، الأمر الذي فرض إبداء رأي شخصي في كل أجزائه التي تتطلب ذلك، لا سيما في النقاط محل الخلاف التي لا يشهد بتوحيدها في كل بحث من البحوث، ومن هذا المنطلق ارتأينا طرح هذه الدراسة من منظور دولي تمثل في اتفاقية سيداو، ومنظور داخلي تمثل في قانون الأسرة الجزائري، بالاعتماد على معيار التأثر والتأثير.

ورغم وجود بعض الدراسات السابقة للموضوع كما ذكرنا سابقا، والتي تعتبر حجر الزاوية للانطلاق في البحث، إلا أن هذا البحث ككل عمل علمي لم تفارقه الصعوبات، والتي كان من أهمها ندرة المراجع الجامعة والمتخصصة في الموضوع، بالإضافة إلى النصوص المبعثرة وغير المنسجمة التي تأسست عليها الدراسة، من قوانين، وأوامر، ومراسيم، واتفاقيات دولية، وتقارير دورية وردود عليها، وتوصيات عامة...إلخ، الأمر الذي جعل من مهمة التنسيق بين مضامينها وتسلسلها الزمني أمر صعب للغاية.

وانطلاقا مما سبق، تتم معالجة الموضوع بتقسيم فحواه إلى بابين مع فصل تمهيدي، كالآتي:

الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وقانون الأسرة الجزائري.

الباب الأول: انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الزواج وآثاره.

الباب الثاني: انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الطلاق وآثاره.

لنختم الموضوع في الأخير بخاتمة تتضمن حوصلة لأهم النتائج التي تم التوصل إليها، مرفقة بعرض النقائص والثغرات، مع إبداء مجموعة من الاقتراحات التي ارتأيناها ناجعة لتكريس الحقوق الأسرية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري بشكل يمكن معه التوفيق بين الالتزامات الدولية للجزائر المنبثقة عن اتفاقية سيداو من جهة، والمرجعية الدينية للتشريع الأسري من جهة أخرى.

الفصل التمهيدي

الإطار المفاهيمي لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وقانون الأسرة الجزائري

الفصل التمهيدي

الإطار المفاهيمي لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وقانون الأسرة الجزائري.

تعتبر المرأة وقضاياها محل اهتمام وبحث كبير في جميع النظم والأوساط الاجتماعية، ومن بين القضايا المتعلقة بها والتي برزت وبشكل كبير سواء على الساحة الدولية أو حتى الوطنية هي قضية حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل، الأمر الذي كرسته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة – **CEDAW**– سنة 1979، وهو ما انعكس بشكل كبير على قانون الأسرة الجزائري باعتبار أن الجزائر قد صادقت على هذه الاتفاقية في سنة 1996، وقبل التفصيل في هذا الانعكاس من خلال أبواب هذا البحث ارتأينا التفصيل أولا في أهم المفاهيم التي تُبنى عليها الدراسة، وعليه: ما هي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؟ وما المقصود كذلك بالأسرة وقانونها؟.

على ضوء ما سبق يتم تقسيم مضمون هذا الفصل التمهيدي إلى مبحثين، يخصص المبحث الأول لتحديد "ماهية اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، في حين يخصص المبحث الثاني لدراسة "الإطار المفاهيمي لقانون الأسرة الجزائري".

المبحث الأول

ماهية اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

ترى الأمم المتحدة أن انتهاك حقوق المرأة هو من بين أهم الأسباب الرئيسة التي أدت إلى ما يعانيه العالم اليوم من تقهقر شامل في جميع نواحي الحياة، ومن هنا عملت هذه الهيئة الدولية على وضع إعلان عالمي لحقوق المرأة، وهو ما تجسد فعلا في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة – **CEDAW**– 1979، وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بعد سبعة عشر **(17)** سنة من وضعها وذلك في سنة 1996 –بتحفظ–، وما يميز هذه الاتفاقية عن سابقاتها أنها لم تكن مجرد حقوق مدونة في أوراق، بل وضعت لنفسها آليات تنفيذية صارمة تعزز تنفيذها على أرض الواقع لدى جميع الدول المصادقة عليها تجسدت خصوصًا في لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.

وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يخصص المطلب الأول لدراسة "مفهوم اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، في حين يخصص المطلب الثاني لدراسة "الآليات التنفيذية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة".

المطلب الأول

مفهوم اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

تعتبر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 شرعة عالمية لحقوق المرأة، هذه الاتفاقية وإن كانت تحمل في طياتها العديد من المزايا إلا أنها تحمل أيضًا من العيوب ما يجعلها خطرا حقيقيا يهدد خصوصًا الدول التي تعتمد على الإسلام كمرجعية تشريعية لها، خصوصا وأنها تسعى إلى تفعيل المبادئ التي تقوم عليها – مبدأ المساواة ومبدأ عدم التمييز – في الدول المنظمة إليها دون النظر لأي اعتبارات أخرى كالدين والأعراف والعادات والسلوكيات المجتمعية وحتى القوانين الداخلية لهاته الدول.

وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الفرع الأول لـ "تعريف الاتفاقية وتقييمها"، في حين يخصص الفرع الثاني لتبيان "المبادئ الأساسية للاتفاقية".

الفرع الأول

تعريف الاتفاقية وتقييمها

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة –**CEDAW**– هي اتفاقية تُعنى بإقرار وحماية وتكريس حقوق المرأة في جميع الميادين كهدف أساسي لها، هذا ما جعلها تتميز بمجموعة من الخصائص، وكذا تنفرد بمجموعة من الميزات والعيوب، وفي سبيل توضيح المراد من دراسة هذا الفرع، تم تقسيمه إلى فقرتين، تخصص الفقرة الأولى لـ "تعريف هذه الاتفاقية"، في حين تخصص الفقرة الثانية لـ "تقييم الاتفاقية".

الفقرة الأولى

تعريف اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أو ما تسمى بـ:

CEDAW (CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN)

هي اتفاقية دولية[1] تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979[2]، وفتح باب التوقيع عليها في سنة 1980، لتصبح نافذة في 03 أيلول/سبتمبر 1981 بعدما صادقت عليها **20** دولة، ومع حلول آب/أغسطس 2008 كانت قد صادقت عليها 185 دولة من بينها الجزائر[3]، لتعتبر هذه الاتفاقية اليوم من أكثر اتفاقيات حقوق الإنسان المتخصصة ذات الإجماع الدولي، وتعد السيداو إعلان عالمي وشرعة دولية لحقوق المرأة في جميع الميادين: الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية، المدنية، الأسرية...إلخ، تتناولها بطريقة متخصصة ومفصلة تحت رعاية الأمم المتحدة[4]، وقد تضمنت هذه الاتفاقية ديباجة وثلاثون **(30)** مادة.[5]

---

[1] الاتفاقية الدولية عرفتها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 بأنها: "**الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة، والذي ينظمه القانون الدولي، سواءً تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر، ومهما كانت تسميته الخاصة**"، **أنظر:** اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، أُعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات، الذي عُقد بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة، الأول رقم 2166 المؤرخ في 05 كانون الأول/ديسمبر 1966، والثاني رقم 2287 المؤرخ في 06 كانون الأول/ديسمبر 1967، وقد عُقد المؤتمر خلال الفترة ما بين 26 آذار/مارس إلى 24 أيار/مايو 1969، وخلال الفترة من 09 نيسان/أبريل إلى 22 أيار/مايو 1969، وقد أُعتمدت هذه الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969، **ومنه فالاتفاقية الدولية هي:** نصوص قانونية ثنائية أو جماعية، تعقدها دول أو منظمات دولية، وتخضع في ذلك لأحكام القانون الدولي، تتناول موضوع أو عدة مواضيع معينة، سواءً تمت في وثيقة واحدة او أكثر، ومهما كانت تسميتها (معاهدة–اتفاقية–اتفاق–ميثاق–تصريح–...إلخ)، **أنظر:** غازي حسن (صباريني)، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ط 01، ص 42–43.

[2] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، المتضمن اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة –**CEDAW**– وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام.

[3] الأمر الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996، المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، ج ر عدد 06 المؤرخة في 24 يناير 1996.

[4] هالة (سعيد التبسي)، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2011، ط 01، ص 58.

[5] هذا وقد جاءت الاتفاقية مقسمة إلى ستة **(06)** أجزاء، تنظم في مجملها حياة المرأة وتحمي حقوقها في شتى المجالات، تمت صياغتها في قالب قانوني ملزم للدول الأطراف فيها، وهي كالآتي:

هذا وتعد هذه الاتفاقية ثاني صك دولي متخصص في مجال حقوق الإنسان معترف به على نطاق واسع بعد اتفاقية حقوق الطفل 1989، لهذا اعتبرت هذه الاتفاقية نقطة تحول في النضال من أجل حقوق المرأة أشبه بذلك التحول الذي أحدثه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في سنة 1948، لأن اتفاقية سيداو هي **أولا:** صك دولي متكامل لحقوق المرأة، **وثانيا:** هي أداة توجيه وورقة عمل للأنظمة والحكومات والمؤسسات المحلية والعالمية للعمل ضمن مفهومها وأهدافها، أما **ثالثا:** فهي وثيقة تستنير بها المنظمات النسائية والحقوقية الدولية والوطنية للاسترشاد والعمل والتطبيق، هذا ما أراد لها واضعوها أن تكون وهذا ما هي عليه اليوم.[1]

وتجدر الملاحظة إلى أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة قد لحقها بروتوكول اختياري[2]، حيث أنه وفي سنة 1993 تبنى المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان توصية تؤكد على ضرورة

- الجزء الأول (المواد من **01** إلى **06**) تضمن تعريف للتمييز، وحدد أشكاله، بالإضافة إلى تعداد التدابير التي يتوجب على الدول اتخاذها قصد القضاء عليه.
- الجزء الثاني (المواد من **07** إلى **09**) هو عبارة عن تحديد للحقوق السياسية للمرأة، وحق الجنسية بما في ذلك تغييرها ومنحها من الأم لأبنائها على قدم المساواة مع الأب.
- الجزء الثالث (المواد من **10** إلى **14**) يتمثل في إقرار بحقوق المرأة الاقتصادية والاجتماعية وكذا الثقافية.
- الجزء الرابع (المادتان **15** و **16**) يتحدث عن التدابير القانونية، كالأهلية القانونية للمرأة على قدم المساواة مع الرجل، وكذا حقوق المرأة داخل الأسرة مثل الحق في ابرام عقد زواجها بنفسها وحرية اختيار شريكها وعدة حقوق أخرى تمنح لها سواء قبل أو أثناء أو بعد الزواج بما في ذلك الحقوق المتعلقة بأطفالها.
- الجزء الخامس (المواد من **17** إلى **22**) يتعلق هذا الجزء بأعمال اللجنة المكلفة بمراقبة العملية التدريجية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في كافة الدول التي قامت بالتوقيع أو المصادقة على الاتفاقية أو الانضمام إليها.
- الجزء السادس (المواد من **23** إلى **30**) يختص بأحكام الاتفاقية كأشكال النفاذ والتوقيع والتحفظ واللغات التي تنشر بها الاتفاقية وغيرها، **أنظر:** عباسية (لعسيري)، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، د ط، ص 25-26-27، **ولتفاصل أكثر أنظر:** سهيل حسين (الفتلاوي)، حقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ط 01، ص 259-260.

[1] فاطنة (ديب)، الحقوق السياسية للمرأة في الجزائر بين القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الداخلي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2014-2015، ص 34.

[2] **البروتوكول الاختياري هو:** وثيقة دولية تلحق بمعاهدة أو ميثاق، تتضمن إضافات لها أو تشتمل على الجانب التنفيذي للاتفاقية الأصلية، أنظر:

www.moqatel.com. 21/03/2019. H 15.30

إصدار "**بروتوكول اختياري ملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة**"، وفي السنة التي تليها كلفت "**لجنة وضع المرأة**" في منظمة الأمم المتحدة فريقا من الخبراء من أجل صياغة هذا البروتوكول، وقد تم الانتهاء منه بتاريخ 12 مارس 1999.[1]

ويهدف هذا البروتوكول الاختياري الذي ألحق بالاتفاقية إلى وضع اجراءات تتعلق بجانب هام من الاتفاقية، وتعد مثل هذه البروتوكولات اتفاقيات منفردة خاضعة للتوقيع والمصادقة والانضمام من قبل الدول الأطراف في الاتفاقية الأصلية[2]، ويتألف هذا البروتوكول من واحد وعشرون **(21)** مادة، تركز في مجملها على سبل العمل بين لجنة سيداو وبين الدول الأطراف في الاتفاقية والبروتوكول أيضا[3]، وقد جاء بآليتين جديدتين لم تشهدهما من قبل اتفاقيته الأصلية، تصب هذه الآليات دائما في إطار تعزيز دور لجنة الاتفاقية في مراقبة مدى تنفيذ الدول لهذه الأخيرة، وهما: آلية الشكاوى الفردية، وآلية التحقيق.[4]

هذا وتمتاز اتفاقية سيداو بمجموعة من الخصائص، وهي:

- تقوم اتفاقية سيداو على مبدأين هما مبدأ المساواة ومبدأ عدم التمييز بين المرأة والرجل في الحقوق، وتوجه في سبيل تحقيق ذلك الدول والحكومات نحو إلغاء كل ما يشكل تمييزا ضد المرأة، ليس فقط من خلال الإجراءات وسياسات الدول والمؤسسات، بل أيضا إلغاء التمييز الواقع على المرأة من طرف الأفراد والمنظمات المجتمعية والمؤسسات الثقافية والدينية وغيرها، بما في ذلك حتى التمييز الواقع عليها من طرف أفراد الأسرة[5]، وتجدر الملاحظة إلى أن اتفاقية سيداو ليست هي أول صك دولي ينادي بالقضاء على التمييز ضد المرأة وتحقيق المساواة بينها وبين الرجل، فقد سبقها **إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة** الصادر في 07 نوفمبر 1967، لكنه كان مجرد حبر على ورق.[6]

---

[1] حيث صدر بعد ذلك بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثالثة والأربعون **(43)**، المؤرخ في 06 أكتوبر 1999، المتضمن اعتماد البروتوكول الاختياري الملحق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.

[2] نهى (القاطرجي)، المرأة في منظومة الأمم المتحدة (رؤية إسلامية)، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2006، ط 01، ص 235.

[3] شمامة (بوترعة)، الحقوق السياسية للمرأة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة، الجزائر، 2010-2011، ص 55.

[4] فاطنة (ديب)، المرجع السابق، ص 38-39.

[5] نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 203.

[6] رشدي شحاته (أبو زيد)، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2009، ط 01، ص 34-35.

- في الاتفاقيات عادة ما يتم التركيز على الأفراد، غير أن اتفاقية سيداو تركز على الأفراد وأيضا على الأنظمة، والإيديولوجيات (المرجعيات)، وحتى المؤسسات التي تُنكر على المرأة حقوقها.
- أيضا المعاهدة عادة تركز على الأفراد التي تنتهك الحقوق المشمولة بالحماية في إطار تلك المعاهدة، في حين أن هذه الاتفاقية تتخطى ذلك لتُحمّل الدولة كل المسؤولية في حرمان المرأة من حقوقها بغض النظر عن الجهة التي مارست التمييز.
- تلزم هذه الاتفاقية الدول الأعضاء فيها أن يعملوا على تكريس ما جاءت به بنودها ضمن قوانينهم الداخلية، ومن ثم فهذه الاتفاقية تفرض حقوق المرأة الواردة فيها من خلال العملية التشريعية، مما يعني وجود وسيلة أو سبيل للمساءلة بشأن ضمان هذه الحقوق.
- اتفاقية سيداو تميز بين الحقوق بحكم القانون والحقوق بحكم الواقع، فهي في هذا الصدد لا تقر فقط بالتمييز الراهن بين المرأة والرجل، وإنما تلاحظ أيضا التمييز الذي كان قائما في الماضي، وتدخل مفهوم التدابير التصحيحية الرامية إلى مكافحة آثار هذا التمييز الماضي الذي يترك المرأة عاجزة أمام الرجل[1]، وطبقا للمادة الرابعة **(04)** من الاتفاقية نجدها تحدد تدابير خاصة يُشرع من خلالها في اتخاذ اجراءات ايجابية وسياسات انمائية تتمحور حول المرأة من أجل ضمان المساواة لها بحكم الواقع.[2]
- هذه الاتفاقية واعتمادا على المادة الرابعة **(04)** منها الذكورة آنفا، تلزم الدول والحكومات بتطبيق ليس فقط المساواة المطلقة بين المرأة والرجل، بل تتعداها إلى إلزامها بممارسة تمييز عكسي يكون إيجابي لصالح المرأة، وذلك لتمكينها من التمتع بكافة حقوقها التي يمنحها لها القانون وتكفلها لها هذه الاتفاقية.
- تعترف الاتفاقية أيضا بالتأثير السلبي الناجم عن الممارسات الاجتماعية والعرفية والثقافية التي ترتكز على دونية أو تفوق جنس على آخر، أو على الأدوار النمطية المحددة لكل من المرأة والرجل.
- تحمل هذه الاتفاقية في طياتها مبدأ التزام الدول بموجب هذه المعاهدة بتغيير ديناميكية العلاقة بين الدولة والمرأة، فلا يكون مصير المرأة مرهونًا بجهوزية الدولة أو استعداداتها أو رغباتها، وإنما تنشأ علاقة

---

[1] هالة (سعيد التبسي)، المرجع السابق، ص 59-60.

[2] تنص المادة **04** من اتفاقية سيداو على : "**1- لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير مؤقتة خاصة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزا بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية، ولكنه يجب أن لا يستتبع على أي نحو الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة.**

2- لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة تستهدف حماية الأمومة، بما في ذلك التدابير الواردة في هذه الاتفاقية، اجراءً تمييزيًا".

جديدة تكون الدولة فيها مسؤولة اتجاه المرأة وعاجزة عن التهرب من مسؤولياتها، خصوصا مع وجود آلية في هذه الاتفاقية مخصصة للرصد والمراقبة، وهي لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.[1]

- تعتبر هذه الاتفاقية سلطة عليا، وبذلك تطرح نفسها كبديل عن القوانين المحلية وناسخة لها، ومن أخطر موادها التي تكرس هذا الأمر هي المادة الثانية **(02)** منها، حيث تؤكد على أن جميع بنود الاتفاقية هي حزمة واحدة، تستدعي بعضها بعض، وتسلم بعضها إلى بعض، بل وتسد بعضها ثغرات بعض، وهو ما جعل البعض يصفها بـ: "**المنظومة**"، فهي تدعوا إلى تعديل أو إلغاء القوانين المحلية، واستبدالها بقوانين غير تمييزية، وهكذا تلغي الاتفاقية كافة المرجعيات التشريعية والدينية لتصبح هي المرجعية العليا.[2]

الفقرة الثانية

تقييم اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

إن هذه الاتفاقية وبعد سنوات عديدة من تفعيلها تبين أنها تحمل العديد من المزايا، وهو ما خصصنا له العنصر "أولا"، غير أنها وفي المقابل لم تخلوا من العيوب أو المخاطر التي تهدد خصوصًا المجتمعات الاسلامية، وهو ما نوضحه في العنصر "ثانيا"، كالآتي:

أولا

مزايا الاتفاقية

يبدوا جليا أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تحمل مجموعة من المزايا والايجابيات التي يمكن إجمالها فيما يأتي:

- **المساواة وإلغاء التمييز:** أكدت هذه الاتفاقية على وجوب تحقيق المساواة وإلغاء كل أشكال التمييز بين المرأة والرجل، هذا الأمر –في ظاهره– يعتبر نقطة ايجابية تحسب لصالحها، رغم أنها ليست هي الصك الدولي الأول الذي نادى بذلك، فقد سبقها الإعلان العالمي لحقوق الانسان 1948، والعهدين الدوليين

[1] هالة (سعيد التبسي)، المرجع السابق، ص 60-61.

[2] نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 29.

1966، وغيرهم من الصكوك، ولو كان إقرار المساواة وعدم التمييز فيهم جاء بشكل جزئي عكس السيداو التي جعلت من هاذين المبدأين ركيزة لها.[1]

- **الإجراءات الإيجابية:** تطالب الاتفاقية بتفعيل كافة الاجراءات الإيجابية الكفيلة بإلغاء التمييز ضد المرأة وتحقيق المساواة بينها وبين الرجل، وألزمت هذه الاتفاقية الدول المنظمة إليها بتعجيل اتخاذ هذه التدابير على وجه السرعة، قصد تحقيق حماية ناجعة لجميع حقوق المرأة المكرسة فيها.[2]
- **الممارسة الثقافية:** بالإضافة إلى اهتمام اتفاقية سيداو بحماية وتكريس حقوق المرأة في كافة المجالات وعلى قدم المساواة مع الرجل، اهتمت أيضا بشكل مباشر بالممارسات الثقافية النمطية التي تمجد فوقية الرجل وتكرس دونية المرأة، وذلك في واحدة من أهم موادها المثيرة للجدل وهي المادة الخامسة **(05)** فقرة (أ)، بحيث تحث فيها الحكومات على تعديل النموذج الاجتماعي والثقافي المتعلق بسلوكيات كل من الرجل والمرأة والوصول إلى العدالة في ذلك، وهذا يعني تغيير جميع الممارسات المبنية على تفوق أي من الجنسين على الآخر، وخصوصا تلك التي تكرس فوقية الرجل على المرأة نظرا لوجودها بكثرة في أغلب المجتمعات.[3]
- **تنظيم الأسرة:** تعتبر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هي الأولى من بين الاتفاقيات التي عالجت موضوع تنظيم الأسرة، فهي تطلب من الدول أن تلتزم بتقديم الإرشاد حول تنظيم الأسر خلال عملية التعليم، وأيضا تطوير قوانين الأسرة بالقدر الذي يضمن للمرأة كل حقوقها داخل عائلتها، وهي الحقوق التي كرستها المواد **(15)** و **(16)** من الاتفاقية.[4]
- **حقوق الإنسان:** من مزايا هذه الاتفاقية أيضا أنها تحدثت عن اتكالية حقوق الإنسان على بعضها البعض، فعند الممارسة يعطي القانون الدولي لحقوق الإنسان الأولوية للحقوق المدنية والسياسية على غيرها

---

[1] نبيل عبد الرحمان (ناصر الدين)، ضمانات حقوق الإنسان وحمايتها وفقا للقانون الدولي والتشريع الوطني، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، د ط، ص 10.

[2] رشدي (شحاته أبو زيد)، المرجع السابق، ص 40.

[3] تنص المادة **(05)** فقرة (أ) من اتفاقية سيداو على : "**تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي:**

(أ): تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة".

[4] **أنظر**: المادة **(10)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.

من الحقوق، بالرغم من أن معظم النساء تتعلق مشاكلهم بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لهذا دعت الاتفاقية إلى تحقيق الموازنة في حماية وتكريس وتفعيل حقوق المرأة بجميع أنواعها.[1]

- **المرأة الريفية:** تعتبر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هي الاتفاقية الدولية الأولى التي تعالج موضوع حقوق النساء في الأرياف، وتكرس حقوقهن على أنهن مجموعات ذوات مشاكل خاصة، وهذا طبقا للمادة الرابعة عشر **(14)** منها.[2]

ثانيا

عيوب الاتفاقية

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ورغم مزاياها المتعددة، إلا أنها لم تخلوا من العيوب التي تشكل خطرًا على بعض الدول خاصة الاسلامية منها، وهي تتمثل في:

- هذه الاتفاقية طالبت بعدم التمييز ضد المرأة وتطبيق المساواة المطلقة بينها وبين الرجل، غير أن مفهوم المساواة الحقيقي ليس هو ذات المفهوم الذي أرادت الاتفاقية تكريسه، فالمساواة التي تنادي بها هي إعطاء المرأة ذات الحقوق التي يتمتع بها الرجل دون أي تفرقة على أساس الجنس، غير أن مفهوم المساواة الحقيقي هو معاملة المرأة تماما مثل الرجل في حال أرادت التساوي به، سواء كان ذلك في الحقوق أو حتى في الواجبات، فمن الضروري أن تقوم بكل ما يقوم به الرجل، وبالتالي تعامل المرأة وفق المعايير الذكورية مما يؤدي إلى تناقض صارخ مع الطبيعة الإنسانية[3]، لأنه أحيانا يكون من المساواة هو عدم المساواة بين الأشخاص بما يحقق العدالة، ومنه فاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لم تكرس المساواة الموضوعية بين الجنسين، بل كرست المساواة الإيجابية التي تصب في صالح المرأة، وإعمال هذا المفهوم يجعلنا مستقبلا في حاجة إلى صكوك دولية تنادي بحقوق الرجل على قدم المساواة مع المرأة.
- دوافع هذه الاتفاقية تثير العديد من الشكوك، غير أن الواضح أن الهدف الأساسي لوضعها هو فرض النموذج الاجتماعي الغربي العلماني على كافة دول العالم، تكملةً للنجاح في فرض النموذج السياسي والاقتصادي، وهذه النماذج لا تراعي اختلاف العقيدة أو تباين الثقافة بين المجتمعات، بل هي تسعى لفرض نمط حضاري موحد على العالم تلتزم به كل الدول[4]، هذا ما يهدد قبل كل شيء المجتمعات الإسلامية، لأن هذه الاتفاقية جاءت بالعديد من القواعد التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية، خاصة ما تعلق منها بالحقوق

[1] رشدي (شحاته أبو زيد)، المرجع السابق، ص 40-41.

[2] نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 204.

[3] هالة (سعيد التبسي)، المرجع السابق، ص 69.

[4] نهى (القاطرجي)، المرجع نفسه، ص 236-237.

الأسرية للمرأة، هذا ما يجعل الدول الإسلامية المصادقة على الاتفاقية من بينها الجزائر بين مطرقة الالتزامات الدولية وسندان الشريعة الإسلامية التي تعتبر مرجع رئيسي لقوانينها.

- أيضا هذه الاتفاقية تحدثت فقط عن حقوق المرأة دون أن تلزمها بأية واجبات، وهذا يعد مدخل لكسب تأييد النساء لها، وهو أمر غير عادل، لأنه من البديهي أن الحق لابد أن يقابله واجب ليقود إلى التوازن المطلوب في المجتمعات.
- في هذه الاتفاقية دعوة صريحة إلى إنكار دور المرأة في أهم مؤسسة اجتماعية وهي الأسرة، التي أولاها التشريع الإسلامي عناية كبيرة باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع من خلال أحكام عديدة تكفل لها الاستقرار وتحقق غايتها ومقاصدها، وهذا الإنكار المبطن في مواد الاتفاقية تجلى خصوصًا في تدعيم عمل المرأة وتفضيله حتى على الأمومة، لأنها ترى بأن هذه الأخيرة يمكن أن يقوم بها أي شخص آخر أو مؤسسة متخصصة بدلاً من الأم، أيضا إعطاء المرأة الحق في عقد زواجها بنفسها دون وليها، وغيرها من الأمور التي من شأنها أن تؤدي إلى تهديم الأسرة لا إلى بناءها.
- إن المُخاطب باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة كما هو واضح من تسميتها هو المرأة وليس النساء، أي أن الضمير المستبطن هنا هو ضمير الفرد، ونلاحظ بأن هذه هي سمة كل صكوك الأمم المتحدة من قرارات ومواثيق ومعاهدات وغيرها، وذلك في ظل سيطرة المراكز الغربية عليها بما تحمله من فلسفة ذات نزعة فردية.[1]
- استخدام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لاستراتيجية النفس الطويل في تحقيق الأهداف والرضا بالمكاسب المحددة في كل مرحلة حتى تتنامى النتائج، وهذا يفسر المؤتمرات الدولية المتتابعة التي عقبت صدور هذه الاتفاقية، وتبعًا لذلك تم تجاوز مرحلة ترويج الأفكار والرؤى إلى مرحلة وضع آليات تنفيذية، وتغطية ذلك بمرجعية دولية قانونية ملزمة قد تصل مع الوقت إلى المقاطعة بطريقة ما لكل دولة تتحفظ على السيداو والاتفاقيات المشابهة لها.
- إضافة إلى كل ما سبق يبقى أهم عيب لهذه الاتفاقية هو أنها تشكل خطرًا على المجتمعات الاسلامية، لأنها تعمل في ثناياها على تكسير مبادئ الدين الإسلامي خصوصًا في جانب الأحوال الشخصية للمسلمين، وذلك عن طريق: حث المرأة على الاستغناء عن وليها في عقد زواجها، اقرار المساواة في الميراث بين الجنسين، حق المرأة في الطلاق بالإرادة المنفردة لها ولو دون سبب ودون مقابل...إلخ، ومنه فالسيداو تمس بخصوصيات الأمة الإسلامية التي تتخذ الإسلام دينًا ومنهج حياة، فلطالما كان شرع الله هو الذي

[1] رشدي (شحاته أبو زيد)، المرجع السابق، ص 41.

تحتكم إليه الأمة الإسلامية ولن ترضى عنه بديلا[1]، وبالتالي يمكن أن نعتبر هذه الاتفاقية هي تحدٍ لمشاعر المسلمين، لأنها تعمل على طمس هويتهم والقضاء على مقاصد شريعتهم في حفظ الدين والعقل والنفس والعرض والمال، كما تعد هذه الاتفاقية مشروعًا دونيًا يهدف إلى تغيير خلق الله وفطرته التي فُطر الناس عليها، وقد كان ذلك كله بدعم من الحركات الصهيونية الأمريكية وحلفائهم لتحقيق مخططاتهم المتمثلة في القضاء على القيم الإنسانية، وهدم الأدوار النمطية، ومحاربة التعاليم الدينية، وذلك لا يتأتى طبعًا إلا عن طريق المرأة لأنها هي مربية الأجيال، وتحميلها أفكار غربية معادية للإسلام يجعلها خير مصدر لغرس تلك التربية الغربية في نفوس النشء، وبذلك ينحسر سلطان الإسلام في المجتمع الإسلامي بجهود من المسلمين أنفسهم، كل ذلك تحت غطاء الشرعية وحماية حقوق الإنسان[2]، وقد تم تكثيف الجهود لتحقيق ذلك خاصة من خلال العديد من المؤتمرات الدولية التي عقبت السيداو بغرض تفعيلها وتكريس مضمونها أكثر فأكثر.[3]

الفرع الثاني

المبادئ الأساسية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

---

[1] نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 237.

[2] حكيمة حفيظي، "حقوق المرأة في ظل الفهم السليم لنصوص السنة النبوية مقارنة باتفاقية سيداو"، مجلة المعيار، قسنطينة، الجزائر، الجزء 02، العدد 28، ديسمبر 2011، ص 636.

[3] هذه المؤتمرات متعددة، بعضها ناقشت مسائل بعيدة كل البعد عن موضوع المرأة، غير أنه تم في ثناياها الحديث عن شواغل المرأة وحقوقها، بما يجسد ويدعم ما جاءت به اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وبعضها جاء متخصصًا في موضوع حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل بالتحديد، نذكر أهمها كالآتي: مؤتمر كوبنهاجن لحقوق المرأة 1982 بالدنمارك، المؤتمر الدولي للسكان 1984 بالمكسيك، مؤتمر نيروبي لحقوق المرأة 1985 بكينيا، مؤتمر توفير التعليم للجميع 1990 بتايلاند، مؤتمر البيئة والتنمية 1992 بالبرازيل، مؤتمر حقوق الإنسان 1993 بالنمسا، مؤتمر السكان والتنمية 1994 بمصر، مؤتمر القمة العالمي للتنمية الاجتماعية 1995 بالدنمارك، مؤتمر بكين الأول لحقوق المرأة والقضاء على التمييز ضدها 1995 بالصين، مؤتمر بكين الثاني+05 لحقوق المرأة 2000 بالصين، **لتفاصيل أكثر أنظر:** نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 180 إلى 295، **و** لينا (الطبال)، الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010، د ط، ص 78، **و** صحبيه (حمداد)، المشاركة السياسية للمرأة الجزائرية في المجتمع المحلي –مدينة وهران نموذجا–، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم السياسية، جامعة وهران 02، الجزائر، 2015–2016، ص 62، **و** حكيمة حفيظي، المرجع نفسه، ص 636.

اعتبرت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حقوق هذه الأخيرة من أهم القضايا في العالم، وأدرجتها في إطار المهام الإصلاحية المرصودة للنهوض بالأمم، لهذا أقرت مبدأين اعتبرتهما أساس حماية وتكريس حقوق المرأة في كل دول العالم، وهما: مبدأ المساواة ومبدأ عدم التمييز، وهو ما نفصله في هذا الفرع من خلال تقسيم مضمونه إلى فقرتين، تخصص الفقرة الأولى لدراسة "مبدأ المساواة"، في حين تخصص الفقرة الثانية للتفصيل في "مبدأ عدم التمييز".

الفقرة الأولى

مبدأ المساواة

مبدأ المساواة يثير عدة نقاط، خاصةً ما تعلق بمفهومه، واللبس الذي يثيره نتيجة الخلط بينه وبين مصطلح الجندر، الأمر الذي يتطلب منا تقسيم مضمون هذه الفقرة إلى عنصرين، يخصص العنصر "أولا" لتوضيح مفهوم هذا المبدأ، في حين يخصص العنصر "ثانيا" لتمييز مبدأ المساواة عن الجندر.

أولا

مفهوم مبدأ المساواة

سنتطرق أولا إلى تحديد مفهومه في اللغة، ثم الاصطلاح، مرورًا بالقانون، وانتهاءً بمفهومه في الشرع، وذلك كالآتي:

في اللغة: المساواة لغةً مأخوذة من كلمة **سواء** وهي مفرد لجمع: **أسواء** و**سواسية** و **سواس**، والأخيرة نادرة، وسواء الشيء مثله، والتساوي هو التكافؤ في المقدار إذ لا يزيد ولا ينقص[1]، والمساواة لغة قد يعبر على مضمونها بعدة ألفاظ تحمل ذات معناها، ومنها: التكافؤ، المماثلة، المشابهة، المثل، النظير، العدل، الموافقة، الأسوة...إلخ.[2]

[1] جمال الدين (بن منظور)، لسان العرب المحيط، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1988، ج 14، ص 408.

[2] رشاد (حسن خليل)، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، دار الفاروق للنشر، مصر، 2007، ج 01، ط 01، ص 11.

في الاصطلاح: يقصد بالمساواة: "تساوي جميع الناس في الحقوق والواجبات، من غير تفضيل أحدٍ على غيره بسبب الأصل أو الجنس أو العرق أو الطائفة أو القبيلة أو الدين أو المذهب أو اللون أو الدم أو الطبقة الاجتماعية، لأن الناس من أمٍ واحدة وأبٍ واحد ومنه لا تمييز بينهم مهما كان أساسه".[1]

أو هو: "عدم التفاضل بين الأفراد عند معاملتهم، والعمل على التسوية بينهم، وإتاحة الفرص لهم جميعا دون أي استثناء".[2]

في القانون: لم يضع المشرع الجزائري أي مفهوم للمساواة في أي قانون، واكتفى فقط بذكر هذا المصطلح في عدة مواضع، أما فقهاء القانون، فقد عرف البعض منهم المساواة بأنها: "تماثل جميع الأفراد في المراكز القانونية، وفي اكتساب الحقوق والحريات العامة، مع التزامهم بتحمل الواجبات على قدم التماثل، وبدون أي تفرقة مهما كان نوعها".[3]

ومبدأ المساواة وخصوصًا المساواة بين الجنسين أكد عليه رئيس الجمهورية الجزائرية السابق في رسالة أرسلها بمناسبة تصويت البرلمان الجزائري على آخر دستور للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى غاية اليوم، وهو دستور سنة 2016، وذلك بتاريخ 07 فبراير 2016، بقوله: "...**إن التعديل الدستوري الحالي قد سجل تطورًا يستحق الإشادة، وهو تكريس مبدأ المناصفة بين الرجل والمرأة في سوق العمل، وفي غيرها من الحقوق، وأيضًا تشجيع المرأة على تولي كل المسؤوليات...، وبغية تجسيد المبدأ الدستوري في المساواة بين المرأة والرجل فمن البديهي أن هذا المبدأ المنصف برمزيته القوية سيؤدي إلى**

---

[1] عبد القادر حوبة، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة – بين مفهوم المنظومة القانونية الدولية وخصوصيات المجتمعات الإسلامية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، الجزائر، العدد 06، جوان 2015، ص 98.

[2] عمار (مساعدي)، مبدأ المساواة وحماية حقوق الإنسان في أحكام القرآن ومواد الإعلان، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ط 01، ص 11.

[3] محمد علي السالم عياد (الحلبي)، مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 23، **أنظر أيضا:** جيلالي (وحياني)، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد–تلمسان، الجزائر، 2010–2011، ص 08، **و** سليمان ولد خسال، حق المساواة في الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، الجزائر، العدد 04، جوان 2013، ص 13–14.

حركية حقيقية داخل المجتمع، ويشكل تطورًا ايجابيًا للذهنيات نحو تفتح والتزام ديمقراطي أكبر، وعندما توفر المرأة لنفسها العوامل الثقافية والمهنية والنزاهة الأخلاقية التي تمتلكها، حينئذٍ...ستنتزع بجدارة انتصارات جديدة...".[1]

كما أكدت ديباجة آخر دستور للجزائر لسنة 2016 على مبدأ المساواة بقولها: "**إن الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوماً في سبيل الحرية والديمقراطية، وهو متمسك بسيادته واستقلاله الوطنيين ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة، وضمان الحرية لكل فرد في إطار دولة ديمقراطية جمهورية...**"، هذا المبدأ الذي ورد في الديباجة تم صقله في المادة الثانية والثلاثون **(32)** من الدستور نفسه، بقولها: "**كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يُتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي**".[2]

والمساواة من الناحية القانونية تتضمن أربعة جوانب وهي: المساواة أمام القانون – والمساواة أمام القضاء – والمساواة في الحقوق – والمساواة في الأعباء والتكاليف العامة.[3]

في الشرع: لقد جاء الإسلام وأكد على وجوب تحقيق المساواة بين جميع الناس، بما في ذلك بين الرجال والنساء، سواء في المعاملة أو في الحقوق والواجبات، كل ذلك طبعًا مع مراعاة الاختلافات الطبيعية بين الناس، **لقوله تعالى**: "**إنما المؤمنون إخوة**"[4]، وقوله – **صلى الله عليه وسلم** – "**الناس سواسية كأسنان**

---

[1] عمار (بوضياف)، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2019، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ط 01، ص 47.

[2] القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن المصادقة على تعديل دستور الجزائر لسنة 2016، ج ر عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

[3] **لتفاصيل أكثر أنظر**: خالد مصطفى (فهمي)، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الاسلامية والتشريع الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 13 – 15، **و** عبد الغني (بسيوني عبد الله)، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ط 02، ص 19–20، **و** مسعود (شيهوب)، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 03.

[4] سورة الحجرات، الآية **(10)**.

المشط"، وقوله تعالى أيضًا: "**يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير**".[1]

وهناك أيضًا من الآيات والأحاديث التي تنص خصيصًا على المساواة بين المرأة والرجل، نذكر منها أن **تعالى** ساوى بينهما منذ بدأ الخليقة **بقوله**: "**وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى من نطفة إذا تمنى وأن عليه النشأة الأخرى**"[2]، وقد خلق **تعالى** الرجال والنساء من نفس واحدة، وليس لجنس على آخر فضل أو تكريم، **لقوله**: "**يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالاً كثيرا ونساء**"[3]، وقد كرم **تعالى** أيضًا بني آدم دون أي تفريق في الجنس **بقوله**: "**ولقد كرمنا بني آدم**"[4]، فالتكريم لا يشمل الرجال دون النساء ولا العكس، وإنما يكون التكريم فقط بالتقوى والعمل الصالح، **لقوله تعالى**: "**إن أكرمكم عند الله أتقاكم**".[5]

كما ساوى تعالى بين الرجال والنساء حتى في العقوبة **لقوله تعالى**: "**السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا**"[6]، **وقوله أيضًا**: "**والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مئة جلدة**".[7]

أما بالنسبة لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فيعتبر مبدأ المساواة – إلى جانب مبدأ عدم التمييز – هو الركيزة الأساسية لها، وقد أكدت على ذلك في ديباجتها حينما أشارت إلى أن هدفها هو تحقيق المساواة المطلقة بين المرأة والرجل، في جميع أنواع الحقوق وفي كافة الميادين، والملاحظ أن هذه الاتفاقية تدعو في موادها للمساواة في الحقوق دون الواجبات، ومنه فهي مساواة مبتورة، لأن المساواة الحقيقية تكون في المزايا وحتى الأعباء، أما إذا كانت في المزايا والحقوق فقط فحينها تكون مساواة غير عادلة تصب في مصلحة طرف دون الآخر، وهو ما يصبح تمييزًا ضدّ هذا الآخر.

---

[1] سورة الحجرات، الآية **(13)**.

[2] سورة النجم، الآيتين **(46)** – **(47)**.

[3] سورة النساء، الآية **(01)**.

[4] سورة الإسراء، الآية **(70)**.

[5] سورة الحجرات، الآية **(13)**.

[6] سورة المائدة، الآية **(38)**.

[7] سورة النور، الآية **(02)**.

ثانيا

تمييز المساواة عن الجندر

يعتبر مصطلح الجندر من المصطلحات الصعبة والمبهمة والتي لا يعلمها الجميع، غير أنه هو في الحقيقة يتقارب إلى حدٍ بعيد مع مفهوم المساواة لكنه لا يطابقه، حيث وردت عدّة تعريفات لهذا المصطلح، ولكنها جاءت غير مفهومة ومتباينة المعنى، فالبعض يطلقه للإشارة إلى "**الجنس البيولوجي أو بعض جوانبه**"، ويستعمله البعض الآخر ليحل محل كلمة "**امرأة**" في المسائل التي تخصها هي بالذات، غير أن كلا التأويلين غير صحيحين، إذ أنهما يهملان عنصرين أساسين في ذلك وهما: الرجل والمجتمع.

وتعرف **الموسوعة البريطانية** الهوية الجندرية بأنها: "**شعور الإنسان بنفسه كذكر أو كأنثى، وهذه الهوية حسبها لا تثبت بالولادة، بل تتأثر بالعوامل النفسية والاجتماعية بعد الولادة (وهو ما يعبر عنه بمعنى آخر بالشذوذ الجنسي)**"، أما التعريف الأدهى فكان **لمنظمة الصحة العالمية**، إذ عرفته بقولها: "**هو وصف للخصائص التي يحملها الرجل والمرأة كصفات مركبة لا علاقة لها بالاختلافات العضوية**".[1]

ما عدا هاذين المفهومين لا يوجد تعريف فقهي واضح لمصطلح الجندر، شأنه في ذلك شأن العديد من المفاهيم التي فرضها علينا النظام العالمي الجديد بالقوة، ومنه يمكن فهمه من خلال تطبيقاته فقط، مثل التيار الكهربائي لا يراه ولا يعرف ماهيته أحد إلاّ من خلال ما ينتج عنه من مصباح يضيئ، أو أجهزة كهربائية تشتغل، إلى ما شابه ذلك.

وعلى الرغم من أن المعنى الطبيعي لهذه الكلمة هو الفروق بين الجنسين (ذكر وأنثى)، حيث يتفرد كل منهما بخصائصه، إلاّ أن المعنى الذي فرضه السياق الجديد لفلسفة الجندر هو العكس تمامًا، حيث أصبح يعني: "**إلغاء كل الفروق بين المرأة والرجل وعدم الاعتراف بها سواء كانت فروق بيولوجية أو من نتاج الطبيعة، وكل ما ينتج عن هذه الخصائص العضوية من توزيع لأدوار الحياة**"، وعليه فتغيير معنى الجندر إلى هذا المفهوم فرضته فلسفة المجتمع الغربي القائمة على التماثل المطلق بين الجنسين، وفي إطار

[1] نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 282-283.

ذلك أُبيحت لديهم عدة مسائل منها: الابن البيولوجي – الأم العزباء – الزواج المثلي...إلخ، وأرادوا فرضها على المجتمعات المحافظة خصوصًا الاسلامية منها التي تقدس وبشدة رابطة الزواج ومعنى الأسرة.[1]

وقد ظهر هذا المصطلح لأول مرة في سنة 1985، وذلك في وثيقة مؤتمر **القاهرة**، حيث تم ذكره فيها واحد وخمسون **(51)** مرة، منها ما جاء في الفقرة التاسعة عشر **(19)** من المادة الرابعة **(04)** منها التي نصت على: "...**الذي يدعوا إلى تحطيم كل التفرقة الجندرية**"، غير أن هذا المصطلح آنذاك لم ينتبه له أحد لأن الجميع كان يقصد به نوع الجنس (ذكر / أنثى) فقط[2]، إلا أن هذا المصطلح أثير مرة أخرى في سنة 1995 في مؤتمر **بكين الأول**، حيث ورد **223** مرة في وثيقة هذا المؤتمر، وقد ثار في هذا الأخير صراع كبير بين المشاركين دام لأيام حول مفهوم هذا المصطلح نظرًا لصعوبة ترجمته إلى لغات أخرى، مما أدى إلى إنشاء لجنة خاصة لتقوم بتحديد مفهومه، وهنا بيت القصيد فالدول الغربية رفضت تعريفه بالذكر والأنثى، لهذا خرجت اللجنة متفقة على عدم تعريفه، وذلك لأن هذا المؤتمر أراد تمرير ما يسمي بالمثلية الجنسية تحت مفهوم الجندر[3]، وبقي استعمال هذه الكلمة في العديد من المؤتمرات اللاحقة دون تحديد ما ترمي إليه ولا المعنى الحقيقي لها.

ومنه نلاحظ أن الأمم المتحدة تدعم كثيرًا مفهوم النوع الاجتماعي أو الجندر، بل وتجعل منه حقًا من حقوق الإنسان، على حساب مفهوم الجنس الذي هو موروث للإنسانية، والذي يشير إلى أصل الخلقة في حد ذاته على مستوى الصبغيات، وإلى التركيبة الجسمية والفيزيولوجيا والمورفولوجيا الخاصة بالذكور والإناث.

ويطرح الجندر تقسيمًا جديدًا بين الذكر والأنثى وهو الأساس الاجتماعي، فليست الفروق بين الرجال والنساء فطرية ولا بيولوجية ولا نفسية، بل هي اجتماعية، فالمجتمع وثقافته وأفكاره هي التي تصنع حسب هذا المفهوم هذه الفروق، وتحدد الأدوار المنوطة بين المرأة والرجل، فينعكس ذلك على تصور كل واحد منهما لنفسه ولمن يغايره، وطالما أن المجتمع هو صانع هذه الفروق فالتغيير ممكن، بحيث تتولى المرأة أدوار

---

[1] محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في ابرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2015–2016، ص 16.

[2] نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 281–282.

[3] عادل بولقناطر، ترقية وحماية حقوق المرأة الإفريقية في القانون الدولي الافريقي بين النظرية والتطبيق، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2010–2011، ص 25.

الرجل، ويتولى الرجل أدوار المرأة، وينتج عن ذلك تغيير الرجل لفكرته عن نفسه، وتغيير المرأة لفكرتها عن نفسها، والحاصل أن الجندر يحمل مضمونًا تنويريًا في نظر دعاته وهو تحرير المرأة من كل القيود التي فرضها المجتمع عليها، متجاوزة بذلك المساواة بينها وبين الرجل وصولاً إلى حد التماثل الحقيقي والكامل بينهما في كل شيء، وهو ما نصت عليه المادة الخامسة **(05)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حين جعلت من الأمومة وظيفة اجتماعية، مع الاعتراف بالمسؤولية المشتركة بين الرجال والنساء في تنشئة أطفالهم وتربيتهم، وهذا ما يقضي عدم اختصاص المرأة وحدها بوظيفة الأمومة، إذ بالإمكان أن يتولى الرجل هذا الأمر، وهو ما أدى إلى ظهور أسر جديدة لم نعهدها من قبل.[1]

ومنه في التمييز بين المساواة والجندر نقول بأن هذا الأخير يعني نزع كل الفوارق بين الذكر والأنثى دون منح أي اعتبار لأي شيء حتى للفوارق البيولوجية والفيزيولوجية والنفسية، وبالتالي لا فرق مطلقًا بين أي جنس وآخر، أي فرق مهما كان نوعه يعتبر تمييز، أما المساواة ونقصد هنا المساواة الحقيقية التي يفرضها العدل والمنطق وليس المساواة التي تعج بها الخطابات الايديولوجية والاتفاقيات والمؤتمرات المهتمة بحقوق المرأة، هي تحقيق التكافؤ والتماثل بين الجنسين في الحقوق والواجبات معًا بلا فرق **إلاّ** إذا اقتضت الطبيعة الفيزيولوجية أو النفسية للذكر أو للأنثى التمييز بينهم في بعض المسائل تحقيقًا للعدل أو تتطلب ذلك وضع اجتماعي دقيق جدًا، ولا تأثير لذلك على مبدأ المساواة، لأن المساواة المطلقة بين أشخاص يختلفون في الامكانيات والمؤهلات يجعل منها عين التمييز لا العدل.

الفقرة الثانية

مبدأ عدم التمييز

على غرار مبدأ المساواة، فمبدأ عدم التمييز أيضًا يشكل أساسًا لحماية حقوق الإنسان عمومًا وحقوق المرأة على وجه الخصوص، وهذا ما يتجسد في أهم اتفاقية في هذا المجال وهي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ومنه سنفصل في هذا المبدأ عن طريق تقسيم هذه الفقرة إلى عنصرين، نخصص

[1] **للتفصيل في هذه الأنواع من الأسرة أنظر:** ابراهيم (رحماني) وهاني (بوجعدار)، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وآثارها على مقومات الأسرة، الملتقى الدولي الثاني "المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة"، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي، الجزائر، 25/24 أكتوبر 2018، ص 21-22.

العنصر "أولا" لتحديد مفهوم مبدأ عدم التمييز، في حين نخصص العنصر "ثانيا" لإلقاء نظرة على مبدأ عدم التمييز في اتفاقية سيداو، وذلك كالآتي:

أولا

مفهوم مبدأ عدم التمييز

إن عدم التمييز هو الضد، أما الأصل فهو التمييز الذي يشكل قاعدة المصطلح، وما جاء هذا المبدأ إلاّ لمجابهته، وعليه لابد من وضع تعريف للتمييز أولا، ليسهل بعد ذلك تحديد مفهوم مبدأ عدم التمييز.

التمييز في اللغة: التمييز هو مصطلح مأخوذ من مصدر **ميّز** وتعني الفصل والعزل والتفريق، فيقال ميّز بين الحق والباطل أي فرق بينهما كل على حدى، وتمييز الشيء أي فرزه وتفضيله عن غيره، فيقال ميّز فلان أي فضله عن غيره، والتمييز بين الناس هو التفريق بينهم في المدارس وأماكن العمل، والأماكن العمومية لاعتبارات معينة.[1]

التمييز في الاصطلاح: هو "أفكار ومعتقدات وأفعال تقلل من شأن شخص ما كونه ينتمي إلى عرق أو جنس أو دين أو طائفة أو فكر أو جماعة أو بلد أو مذهب ما، وبذلك يكون التمييز خطر جدي يهدد الإنسانية، ويقف حائلاً دون قيام علاقات سليمة بين البشر، كما ينتهك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية المكرسة في الشرائع الدولية لحقوق الإنسان".[2]

وعليه من ذلك يمكن تعريف **التمييز ضد المرأة** بأنه: "التفاوت في المعاملة بين المرأة والرجل سواء عن قصد أو بدون قصد، وسواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، يؤدي إلى توهين وإحباط الاعتراف للمرأة بحقوقها أو حرمانها من التمتع بهذه الحقوق أو عرقلة ممارستها لها".[3]

في القانون: التمييز في نظر فقهاء القانون هو: "التفرقة في المعاملة بين أشخاص تتماثل مراكزهم القانونية أو متواجدين في نفس الوضعية".[4]

---

[1] جمال الدين (بن منظور)، المرجع السابق، ص 102.

[2] لينا (الطبال)، المرجع السابق، ص 181.

[3] هالة (سعيد التبسي)، المرجع السابق، ص 81-82.

[4] سميحة (لعقابي)، "مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة كإجراء استثنائي لتفعيل حقوقها"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، يناير 2018، العدد 09، ص 182.

وباستقرائنا للمادة الثانية والثلاثون **(32)** من دستور الجزائر لسنة 2016، يمكننا القول أن التمييز هو: "**كل تقييد أو تفرقة بين الناس يعود سببها إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي**"، وتضييقًا من ذلك يكون التمييز بين الجنسين هو: "كل تفرقة بين مجموعة من الناس على أساس الجنس (عامل الذكورة والأنوثة) بدون مسوغ، تؤدي إلى حرمان الطائفة التي يمارس التفريق ضدّها من حقوقها أو يعرقل استعمالها إياها".[1]

وبعد توضيع مفهوم التمييز لا يبقى اشكال في مفهوم عدم التمييز لأنه ما هو إلا مفهوم المخالفة، ومنه يمكن القول أن مبدأ عدم التمييز هو: "معاملة كل البشر بصورة متكافئة ومتماثلة دون الأخذ بعين الاعتبار أي اعتبارات أخرى كالدين أو العرق أو الجنس أو اللغة أو الرأي أو المولد أو الوطن أو التوجهات السياسية...إلخ، فطالما أنهم جميعًا بشر فهم يحظون بنفس الحقوق ونفس المعاملة"، ومنه يكون عدم التمييز ضد المرأة هو: "عدم تقييد المرأة أو حرمانها من حقوقها أو عرقلة ممارستها لهذه الحقوق أو التفرقة بينها وبين الرجل، فقط لأنها امرأة".[2]

ثانيا

مبدأ عدم التمييز بموجب اتفاقية سيداو

هذه الاتفاقية تشكل علامة فارقة في تاريخ الحقوق الإنسانية للمرأة، حيث كرستها جميعها دون أي تمييز قد يمارس ضد المرأة ويحرمها من هذه الحقوق أو يعرقل ممارستها لها بسبب جنسها، وقد جعلت هذا الأمر هدفها كما هو واضح من تسميتها، وقد حظرت التمييز بجميع أوجهه: من الحرمان والإقصاء والتقييد والتفضيل والعرقلة.[3]

---

[1] **أنظر** المادة **(32)** من التعديل الدستوري للجزائر لسنة 2016، السالف الذكر.

[2] **وللتعرف على صور وأشكال التمييز أنظر:** محمد يوسف (علوان)، مبدأ المساواة ومبدأ عدم التمييز – دراسة في القانون الدولي والأردني –، دار الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، د س، د ط،، ص 27-29-31، **وأيضا:** السيد (أبو الخير)، نصوص المواثيق والاعلانات والاتفاقيات لحقوق الانسان، دار ايتراك للنشر والطباعة والتوزيع، مصر، 2005، ط 01، ص 290.

[3] لينا (الطبال)، المرجع السابق، ص 172.

وقد عبرت هذه الاتفاقية في ديباجتها على قلقها من التمييز الواسع النطاق الذي لازال يمارس ضد المرأة على الرغم من كل الصكوك الدولية التي حظرته، كما أكدت السيداو على أن التمييز ضد المرأة يشكل انتهاك لمبدأ عدم التمييز والمساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، وهو يعد عقبة أمام مشاركة المرأة على قدم المساواة مع الرجل في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لبلدها، وهو يعيق نمو رخاء المجتمع والأسرة، ويزيد من صعوبة التنمية الكاملة لإمكانيات المرأة في خدمة بلدها والبشرية، كما نوهت الاتفاقية إلى ضرورة استئصال كافة أوجه الفصل العنصري وجميع أشكال العنصرية والتمييز العنصري ضد المرأة قصد تمتعها بحقوقها كاملة غير منقوصة.[1]

وتتقدم اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على سائر الصكوك الدولية الأخرى التي حظرت التمييز ضد المرأة خصوصًا أو ما يسمى بالتمييز على أساس الجنس، فهي لم تكتفي بوضع أحكام وبنود تتعلق بذلك، بل اتخذت أيضًا من التدابير ما يكفل القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة وبالتالي تحقيق المساواة بينها وبين الرجل على كافة الأصعدة السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها، كما تدعوا إلى اعتماد كافة الوسائل ليس فقط من أجل حظر التمييز بل تتعدى ذلك لتحقيق التمييز الايجابي لصالح المرأة، خصوصًا أنها ألزمت الدول الأطراف فيها على العمل للقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة بما في ذلك تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تنظر إلى المرأة نظرة تمييز.[2]

وطالما أن التمييز هو ركيزة هذه الاتفاقية فقد وضعت مفهومًا له بموجب المادة الأولى **(01)** منها كما ذكرنا أعلاه بقولها أن التمييز هو: "**أي تفرقة أو استعباد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة على أساس تساوي الرجل والمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية، أو في أي ميدان آخر، أو ابطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بغض النظر عن حالتها الزوجية**"، ومنه فمبدأ عدم التمييز الذي تهدف هذه الاتفاقية إلى تحقيقه هو القضاء على كل الأفعال الواردة في هذه المادة.

[1] عباسية (لعسيري)، المرجع السابق، ص 25-26.

[2] منال (محمود المشني)، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ط 01، ص 259-260

ولو دققنا النظر في هذه الاتفاقية يتضح لنا بشكل جلي أنها لم تنادي بعدم التمييز ضد المرأة فقط، بل عملت على تحقيق التمييز الإيجابي لصالحها، وهذا معناه معاملة المرأة معاملة تفضيلية طالما كانت تعاني من التمييز السلبي، ويتم اللجوء إليه كتعويض للنساء حتى لا يجدون أنفسهم في وضعية اقصائية، وبالتالي يتم إيثار المرأة بوسائل تفضيلية من شأنها ضمان مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، غير أن إعمال هذا التمييز الإيجابي لصالح المرأة سيؤدي إلى إنشاء تمييز سلبي لصالح الرجل، فهو سيجد نفسه محروما من العديد من حقوق المعترف بها للمرأة، ومن ثم يحتج بمبدأ المساواة الذي يمنع التمييز القائم على أساس الجنس وبالتالي يثير عدم مشروعية هذا التمييز.[1]

ويتضح التمييز الايجابي لصالح المرأة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة خصوصًا في المادة الرابعة **(04)** منها التي تنص على: "**لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزًا كما تحدده هذه الاتفاقية، ولكن يجب أن لا يستتبع بأي حال من الأحوال كنتيجة له، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص قد تحققت**".[2]

واستطرادًا لذلك، لو ألقينا نظرة على التشريعات الجزائرية فلا نجد أي نص صريح يحقق التمييز الايجابي لصالح المرأة في أي قانون جزائري، بما في ذلك أعلى تشريع في الدولة وهو الدستور، الذي نجده نص على مبدأ المساواة ومبدأ عدم التمييز العادل والعادي بين الجنسين بموجب المادة الثانية والثلاثون **(32)** منه المذكورة سالفًا، غير أنه ورغم عدم دسترة التمييز الايجابي لصالح المرأة صراحةً إلا أنه يمكن أن نجد له سندًا دستوريًا ضمنيًا أو غير مباشر يتمثل في مبدأ المساواة في حد ذاته، حيث من المعلوم أن المفهوم الحديث للمساواة الذي تنادي به مختلف الصكوك الدولية بما فيها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والذي تعمل على تكريسه القوانين الوطنية الوضعية بما فيها القانون الجزائري، يقوم على تحقيق المساواة الفعلية وليس مجرد المساواة القانونية، ومنه فمبدأ التمييز الايجابي لصالح المرأة ما هو إلا تقنية لتحقيق هذه المساواة الفعلية، فمثلا نجد أحد السندات الدستورية الضمنية لمبدأ التمييز الايجابي لصالح

[1] سميحة لعقابي، المرجع السابق، ص 183-184.

[2] عباسية (لعسيري)، المرجع السابق، ص 28.

المرأة في المادة الخامسة والثلاثون **(35)** من دستور الجزائر لسنة 2016 التي تنص على: "**تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة**"، ولا شك أن هذا التوسع لا يتأتى إلا بإقرار نظام "**الكوتا**" القائم على مبدأ التمييز الايجابي لصالح المرأة[1]، وهو ما تحقق في القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المحدد لكيفيات تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.[2]

المطلب الثاني

الآليات التنفيذية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

تكمن أهمية اتفاقية سيداو في كونها لم تكن مجرد مواد عقيمة، بل وضعت لنفسها من الآليات ما يكفل لها فرض بنودها جبرًا على كل الدول المنظمة إليها، ومن أهم هذه الآليات إنشاءها للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، وقبل التفصيل في هذه اللجنة ارتأينا التطرق أولا إلى مسألة التوقيع على هذه الاتفاقية والتحفظات الواردة عليها، وذلك بتقسيم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الفرع الأول لدراسة مسألة "التوقيع على الاتفاقية والتحفظات الواردة عليها"، في حين يخصص الفرع الثاني للتعرف على "لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة ومهامها".

الفرع الأول

التوقيع على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتحفظات الواردة عليها

أخذت هيئة الأمم المتحدة على عاتقها إقرار اتفاقية دولية شاملة من شأنها القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، وقد تحقق ذلك فعلاً في سنة 1979 بإصدار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، هذه الأخيرة دخلت حيز التنفيذ في سنة 1981 بعد أن وقعت عليها عشرون **(20)** دولة، ليستمر بعد ذلك انضمام دول العالم لها، رغم أن انضمام الدول لهذه الاتفاقية خاصةً منها الدول المسلمة كان مرهونًا

[1] سميحة لعقابي، المرجع السابق، ص 186-187.

[2] القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المحدد لكيفيات تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 01، المؤرخة في 14 يناير 2012.

ببعض التحفظات على عدد من بنودها، ولتبيان ذلك سنقسم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، تخصص الفقرة الأولى لمعالجة مسألة "التوقيع على الاتفاقية"، في حين تخصص الفقرة الثانية لدراسة "التحفظات الواردة على الاتفاقية"، مع استعراض موقف الجزائر طبعًا من كل ذلك.

الفقرة الأولى

التوقيع على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

تُبرم الاتفاقيات الدولية عمومًا بالمرور بمراحل وشكليات ورسميات خاصة، تبدأ بالمفاوضات التي تكون على شكل اتصالات أولية بين الأطراف الراغبة في إبرام المعاهدة، ثم يتم الاتفاق النهائي حول بنودها، ثم تُكتب وتصاغ في وثيقة ذات صبغة دولية، ثم تُعرض بعد ذلك المعاهدة للتوقيع عليها من طرف دول العالم الراغبة في أن تكون طرفًا فيها.[1]

فبعد اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1979، فُتح بعد ذلك باب التوقيع عليها في سنة 1980، لتقرر الأمم المتحدة دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ بعد مصادقة عشرون **(20)** دولة عليها، طبقًا للمادة السابعة والعشرون **(27)** منها، وتم ذلك بالتحديد في 03 سبتمبر 1981، ومع حلول سنة 2008 كانت قد وقعت وصادقت عليها **(185)** دولة في العالم، بما في ذلك جل الدول العربية والإسلامية، منها الجزائر التي صادقت على هذه الاتفاقية بعد تردد دام سبعة عشر 17 سنة، وقد كانت مصادقة الجزائر مباشرة على هذه الاتفاقية دون توقيع مسبق، وتم ذلك بموجب الأمر الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996[2]، حيث أنه وطبقا لآخر تعديل دستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في سنة 2016، يتضح لنا جليًا بأن الجزائر تعتد بالتصديق إلى جانب التوقيع أو بالتصديق لوحده لالتزامها بنصوص المعاهدات الدولية، ومنه لا يكفي توقيع الجزائر

[1] **للتفصيل في مفهوم التوقيع على المعاهدات الدولية وكيفية اجراءه أنظر:** اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969، السالفة الذكر، **وأنظر أيضا المواقع الإلكترونية الآتية:**

www.roayahnews.com.
www.startimes.com.
www.unicef.org.

[2] جريدة رسمية عدد 06 المؤرخة في 24 يناير 1996.

على الاتفاقية الدولية لتكون نافذة بالنسبة لها، بل لابد أن تُصادق عليها أيضًا بعد ذلك، وهذه المهمة عهد بها الدستور إلى رئيس الجمهورية، وهذا طبقًا للمادة الواحد والتسعون **(91)** فقرة **(09)** منه التي تنص على: "**يضطلع رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية: 9/ يبرم المعاهدات الدولية ويصادق عليها**"، ومنه أكد هذا النص على أن إجراء المصادقة يُوكل إلى رئيس الجمهورية الجزائرية، كما نجد المادة مائة وخمسون **(150)** من ذات الدستور تتحدث عن مكانة المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية في التشريع الجزائري، وأكدت على مصطلح المصادقة أيضًا بقولها: "**المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون**"، وعليه فالصكوك الدولية التي تصادق عليها الجزائر تكون طبقا لتدرج القوانين أعلى من القانون، وأقل مرتبةً من الدستور.[1]

وبالنسبة لحيثيات مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية، فإن الحكومة الجزائرية في فترة الثمانينات والتسعينات خصوصا كانت في صراع كبير بين تيارين وهما: **تيار التغريبين** الذي ينادي بضرورة احترام حقوق المرأة باعتبارها جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان، ويَعتبر أن المساواة مع الرجل هي أهم حق للمرأة الذي لابد أن تتمتع به بمعزل عن أي اعتبارات أخرى قد تُعيق حصولها عليه، وبالتالي رأى هذا التيار أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هي المخرج الأمثل لتحقيق التساوي بين الجنسين في جميع الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها، سواءً في الأدوار أو في الحقوق أو حتى في التشريعات. وتيار آخر وهو **تيار الإسلاميين المحافظين**، الذي نادي بعدم مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة نظرًا لخطورتها البالغة خصوصًا على المجتمعات الإسلامية، لأنه وإن كان ظاهرها جميل فإن باطنها رهيب، باعتبارها اتفاقية تحاول أن تفرض على الدول الإسلامية الثقافة الغربية، وتضرب بذلك عرض الحائط الدين الإسلامي، ومبادئ وتقاليد المجتمعات المحافظة، خاصة في مجال الأسرة، لتحاكي بذلك الأسر العربية المسلمة نظيرتها الغربية بما تحمله من تشتت وتفتح مُخزي يُضر بالفرد والأسرة وحتى المجتمع، وبذلك يرى هذا التيار أن الجزائر ليست بحاجة اتفاقية تبين لها حقوق

[1] **أنظر** التعديل الدستوري للجزائر لسنة 2016، السالف الذكر.

المرأة أو تعززها أو تحميها، لأن الإسلام منذ قرون غابرة اعترف للمرأة بحقوقها كاملةً غير منقوصة، وجعلها والرجل سواء بسواء.[1]

وبين هذا وذاك رأت الجزائر أن الحل الأمثل هو مسك العصا من الوسط، وذلك بأن أقرت مصادقتها على الاتفاقية في سنة 1996، لكن بتحفظ على بعض المواد التي تتعارض حسبها مع مبادئ الدين الإسلامي، وأعراف المجتمع، وقوانين الدولة، وهذه التحفظات نفصل فيها لاحقا.

ولعلنا نشير في ذات السياق إلى أمر بالغ الاهمية وهو أن الولايات المتحدة الأمريكية لم تصادق على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، على الرغم من أنها دائما ما تتغنى بحقوق الإنسان والمرأة، وهي كذلك تحتضن مقر الأمم المتحدة، وهي عضو فاعل في هذه المنظمة، كما أن إصدار جل الاتفاقيات الدولية يكون بإشراكها، لهذا كان من الأجدر أن تصادق على الاتفاقية لتكون قدوة وأسوة يُحتذى بها لما تُريد الأمم المتحدة نشره – بل فرضه – على بقيد دول العالم.

وكتفصيل لهذا الطرح نقول أن: الولايات المتحدة الأمريكية وقعت على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بل وكانت من أوائل الدول الموقعة، وذلك في سنة 1980، وكانت ممثلة آنذاك بشخص الرئيس "**جيمي كارتر**"، غير أن توقيع هذا الأخير لم يكن لينفذ دون مصادقة مجلس الشيوخ الأمريكي على الاتفاقية، أي أن توقيع "**كارتر**" كان مرهونًا بالمصادقة.

فبعد هذا التوقيع قامت لجنة العلاقات الخارجية بمجلس الشيوخ الأمريكي المكلفة بالتصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بمناقشة هذه الاتفاقية خمس **(05)** مرات منذ سنة 1980، غير أنها لم تصادق عليها إلى غاية اليوم. وما يُذكر في هذا الصدد أنه في سنة 1994 عقدت هذه اللجنة جلسات استماع بشأن الاتفاقية ثم أوصت بالتصديق عليها، غير أن عضو مجلس الشيوخ عن ولاية كارولينا الشمالية "**جيسي هولمز**" وهو من المحافظين البارزين والمعارضين للاتفاقية، استخدم أقدميته في المجلس لمنع هذه الاتفاقية من الذهاب لمجلس الشيوخ للمصادقة عليها، وقد أُثيرت هذه المناقشات مرة أخرى في سنتي 2002 و 2010 لكنهما باءا بالفشل أيضا في التصديق على الاتفاقية.

[1] بيداء علي ولي، نظرات في اتفاقية سيداو وموقف الشريعة الإسلامية منها، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، القادسية، الكويت، 2010-2011، ص 02.

وقد قال "**جيسي هولمز**" في سنة 2002: "**لا ينبغي استخدام الحق في الإجهاض كوسيلة لتنظيم الأسرة**"، في إشارة منه لما تنص عليه بنود الاتفاقية، واصفًا إياها "**بالاتفاقية السيئة والمعادية للأسرة**"، مضيفًا القول بأن: "**الاتفاقية تريد عدم تجريم الدعارة، وتريد إلغاء يوم الأم العالمي باعتباره عيد نمطي**"، وقال "**بسبب ذلك لن نكون جزءًا من هذه المعاهدة**"، وذلك على الرغم من أن البنود الصريحة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لا تنص على أي مما ذكره هولمز!.[1]

وعليه لم تُفعل هذه الاتفاقية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى غاية اليوم، فعلى مدار السنوات بقيت المصادقة عليها محل انقسامات كبيرة خصوصًا بين تيار الليبيراليين وتيار المحافظين، حيث يرى الليبيراليون ضرورة المصادقة على الاتفاقية نظرًا لما تحققه من مكاسب عظيمة في حماية حقوق المرأة وتكريسها في جميع الميادين، بينما يرى المحافظون أن هذه الاتفاقية من شأنها تهديم الأسرة، كما أنها تؤدي إلى مفاسد عظيمة يصعب تداركها في المستقبل، كما أشاروا إلى أن الاتفاقية تتعارض مع الدستور الأمريكي، وبالتالي من شأن المصادقة عليها أن يُلزم أمريكا على تمرير تعديلات دستورية للمواد التي تتعارض مع الاتفاقية، وهو ما من شأنه أن يُخلط دستور البلاد، وكل ذلك حسبهم بحاجة إلى نقاشات واجتماعات كبيرة وطويلة.

ويُذكر أنه في سنة 2002 صرح الرئيس الأمريكي آنذاك "**جورج بوش الابن**" أن: "**اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة مرغوبة بشكل عام وتجب المصادقة عليها**"، غير أن ضغط اليمين المحافظ على "**بوش**" جعله يتراجع عن موقفه هذا، حيث خرج وزير الخارجية آنذاك "**كولن باولو**" ليصف الاتفاقية بـ: "**المعقدة والغامضة**"، قبل أن يتراجع "**بوش**" عن إرسال المعاهدة لمجلس الشيوخ للتصديق عليها.[2]

كلها عوامل ساهمت بدرجات متفاوتة في عدم مصادقة الولايات المتحدة الأمريكية باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ولا تلتزم بأحكامها إلى غاية اليوم، وهي التي تتغنى دومًا بحقوق الإنسان للمرأة، وهي أيضًا التي عملت جاهدةً في إطار الأمم المتحدة في فرض هذه الاتفاقية – التي لم

[1] www.wikipedia.com. 28/11/2019. 15 : 22
[2] www.wikipedia.com. 28/11/2019. 16 : 33

تفرضها على نفسها أولاً – على الدول الإسلامية خصوصًا رغم أنها تتعارض مع الدين الإسلامي شكلاً ومضمونًا.

الفقرة الثانية

التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

لقد عملت هذه الاتفاقية على ضمان احترام وحماية المرأة وحقوقها، وقد شجع القائمون عليها الدول المنظمة لها على الالتزام بمبادئها لما تعود به من نفع على المرأة في جميع أقطار العالم، ولكنها في مقابل ذلك لم تلزمهم بجميع بنود المعاهدة، بل أبقت آلية **التحفظ** قائمة لتستبعد من خلالها الدول بعض مواد الاتفاقية التي قد تتعارض مع عقيدتها أو تشريعاتها الوطنية، وهذا التحفظ شمل في أغلبه مواد معينة يصلح تسميتها بالمواد "**المثيرة للجدل**".[1]

غير أن سماح اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة للدول الأطراف فيها بإبداء ما تريده من تحفظات على أحكامها وبنودها عند الانضمام إليها، كان مرهون بشرط أن لا تكون هذه التحفظات منافية لموضوع الاتفاقية أو لغرضها الأساسي[2]، نتيجة لذلك تحفظت الجزائر على عدة بنود من الاتفاقية واستندت في ذلك إلى ذريعتين: **الأولى** هي معارضتها لأحكام الشريعة الإسلامية، **والثانية** هي مخالفتها

---

[1] **وللتفصيل في مفهوم التحفظ وشروطه وكيفية اجراءه أنظر**: أحمد (اسكندري)، محاضرات في القانون الدولي العام – المبادئ والمصادر –، د م ج، الجزائر، 1999، د ط، ص 65، **وأيضا:** علا شكيب باشي، التحفظ على المعاهدات الدولية متعددة الأطراف، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، عمان، الأردن، 2008، ص 27، **و** سعاد رابح، الجزائر والقانون الدولي لحقوق الإنسان، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، 2017/2016، ص 53. **وأنظر أيضا:** على محمد (اسماعيل)، الوجيز في المنظمات الدولية، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1982، د ط، ص 89، **و** مصطفى كرغلي، التحفظ في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة أحمد بوقرة – بومرداس، الجزائر، 2006/2005، ص 70-71-76، **وأنظر كذلك:**

C F Dominique Carreau, droit international, 06 ème édition, paris, France, 1999, p 133.

[2] **أنظر** المادة **(28)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.

لقوانينها الوطنية[1]، وانصب هذا التحفظ على خمس مواد فيها وهي: المادة **(02)**، المادة **(09)** فقرة **(02)**، المادة **(15)** فقرة **(04)**، المادة **(16)**، المادة **(29)**.

ويتمثل السبب الرئيسي للتحفظات التي أبدتها الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في أن مضمون بعض مواد هذه الاتفاقية مخالف "**للمبادئ الأساسية للنظام القانوني الجزائري**"، ويقصد بذلك المبادئ العامة المنظمة للمجتمع الجزائري المنصوص عليها في الفصل الأول من الدستور الجزائري، والمتمثلة أساسا في أحكام المادة الثانية **(02)** منه التي تنص على: "**الإسلام دين الدولة**"[2]، وعلى اعتبار أن الإسلام دين الدولة الجزائرية فمن المفروض أن تكون كافة القواعد القانونية السارية المفعول في الجزائر موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية بما في ذلك المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية باعتبارها تسمو على القانون طبقا للدستور الجزائري.

لذلك فإن الجزائر أوردت في تقرير مصادقتها على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عبارة: "**تطبق أحكام هذه المادة في حدود النظام القانوني الجزائري**".

وقد شمل تحفظ الجزائر خمس **(05)** مواد رأتها الحكومة الجزائرية آنذاك ماسة بالمبادئ الأساسية للنظام القانوني الجزائري، وهاته المواد هي: المادة **(02)**، المادة **(09)** فقرة **(02)**، المادة **(15)** فقرة **(04)**، المادة **(16)**، المادة **(29)**[3]، وسنفصل في كل منها على حدى، كالآتي:

- **التحفظ على المادة الثانية (02) من الاتفاقية**

هذه المادة تتعلق عمومًا بحظر التمييز بين الجنسين في دساتير الدول وتشريعاتهم[1]، ومنه الأخذ بمضمون هذه المادة على إطلاقه يفرض على الدول العمل وفقًا لمستويين، **الأول:** على مستوى الدستور وهو

[1] سعاد رابح، المرجع السابق، ص 66.

[2] **أنظر** التعديل الدستوري للجزائر لسنة 2016، السالف الذكر.

[3] **أنظر** نص التحفظات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 22 فيفري 1996، /CEDAW/SP/2002، موقع المفوضية السامية للأمم المتحدة **www.unhchr.ch**.

القانون الأعلى في الدولة ومصدر لبقية القوانين، **والثاني:** على مستوى القوانين التفصيلية والتشريعات[2]، وعليه القبول بهذه المادة دون تحفظ يعني أن الاتفاقية تتدخل في إطار سيادة الدولة، وما يحدده دستورها من معالم شتى تُبنى على أساسها قوانينها، فإذا كانت المساواة بمعنى التماثل المطلق جزء من دستورها انعكس هذا بلا شك على قوانينها، بالإضافة إلى ما تفرضه هذه المادة من العمل على مستوى تلك القوانين ذاتها أيضًا.

- **التحفظ على المادة التاسعة (09) فقرة (02) من الاتفاقية**

لقد أعربت الحكومة الجزائرية عند مصادقتها على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عن تحفظها بشأن المادة التاسعة **(09)** فقرة **(02)** التي تمنح للمرأة الحق في منح جنسيتها لأطفالها[3]،

---

[1] تنص المادة (02) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على: "**تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء، سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقا لذلك تتعهد بالقيام بما يلي:**

(أ) إدماج مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أُدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة.

(ب) اتخاذ المناسب من التدابير، تشريعية وغير تشريعية، بما في ذلك ما يناسب من الجزاء، لحظر كل تمييز ضد المرأة.

(ج) فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، وضمان الحماية الفعالة للمرأة، عن طريق المحاكم ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى في البلد، من أي عمل تمييزي.

(د) الامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، وكفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق وهذا الالتزام.

(هـ) اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة.

(و) اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزًا ضد المرأة.

(ي) إلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزًا ضد المرأة".

[2] سعاد رابح، المرجع السابق، ص 68.

[3] تنص المادة **(09)** فقرة **(02)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، على: "**تمنح الدول الأطراف المرأة حقًا مساويًا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها".**

لكونها تتنافى آنذاك ومقتضيات أحكام قانون الجنسية الجزائري، هذا الأخير لا يسمح للطفل من أم جزائرية أن يكتسب الجنسية الجزائرية إلا في حالات وهي: إذا كان من أب غير معروف، أو إذا كان الطفل قد ولد بالجزائر، من أم جزائرية وأب أجنبي، وهذا طبقًا للمادتين **(06)** و **(07)** من قانون الجنسية الجزائري لسنة 1970.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن الجزائر قد سحبت تحفظها على هذه المادة في سنة 2008 (إذ أنه يجوز سحب التحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة طبقا للمادة **(28)** فقرة **(03)** من الاتفاقية)[2]، وذلك بعد تعديلها لقانون الجنسية الجزائري في سنة 2005[3]، ومن هذا التاريخ أصبح من حق المرأة الجزائرية أن تمنح جنسيتها لأطفالها مثلها في ذلك مثل الرجل، وهذه طبقا للمادة السادسة **(06)** من قانون الجنسية المعدل التي تنص على: "**يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية**".

- **التحفظ على المادة (15) فقرة (04) من الاتفاقية**

تتعلق المادة الخامسة عشر **(15)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بالمساواة بين المرأة والرجل في الأهلية القانونية وحق السفر والإقامة، والجزائر لم تتحفظ على هذه المادة بأكملها، بل تحفظت فقط على الفقرة **(04)** منها المتعلقة بالمساواة بين الجنسين في السفر والتنقل والإقامة[4]، لأن بقية فقرات هذه المادة تتعلق بالمساواة بين المرأة والرجل في الأهلية القانونية، ولا توجد مشكلة في ذلك، لأن أغلب القوانين العربية بما في ذلك القانون الجزائري تستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع، وهي

---

[1] الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 105 المؤرخة في 18 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 426/08 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008، المتضمن رفع التحفظ على المادة **(09)** فقرة **(02)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 05 المؤرخة في 21 يناير 2009، حيث تنص المادة الأولى **(01)** من هذا المرسوم على: "**يُرفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 09 فقرة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979**".

[3] الأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل الأمر 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

[4] تنص المادة **(15)** فقرة **(04)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "...**تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم**".

التي منحت للمرأة حق التملك والتصرف وإبرام العقود شأنها شأن الرجال، لهذا تعلق تحفظ الجزائر فقط **بالفقرة الرابعة** من هذه المادة بشأن المساواة في الإقامة والسفر والتنقل، ذلك لأن حق المرأة في السفر والتنقل، وكذا حقها في اختيار محل السكن والإقامة، خاصة إذا كانت متزوجة، يبقى مرهون بضوابط شرعية، منها ضرورة إقامتها مع زوجها في مسكن الزوجية لقوله تعالى: "**وأسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم**"[1]، وبالتالي ليس من حق المرأة المتزوجة أن تختار سكنًا لها غير ذلك الذي يقيم به زوجها[2]، وأيضا وجوب أن تسافر مع محرم صونًا وحمايةً لها ولكرامتها (قد أسهبنا في تفصيل ذلك آنفا)، هذا ما جعل الجزائر تتحلل من تطبيق هذه الفقرة عن طريق التحفظ، نظرا لمعارضتها الصارخة لأحكام الشريعة الإسلامية.

- **التحفظ على المادة (16) من الاتفاقية**

لقد أعلنت الحكومة الجزائرية عن تحفظها على عدة مواد في الاتفاقية كان من بينها المادة السادسة عشر **(16)** منها[3]، بحيث قررت أنها ستعمل على تطبيقها لكن بشرط أن لا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة

---

[1] سورة الطلاق، الآية **(06)**.

[2] بيداء علي ولي، المرجع السابق، ص 11.

[3] تنص المادة **(16)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:**

(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.

(ح) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما 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 والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.

(د) 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 للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل".

الجزائري، وكذا مع الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الأول للأحوال الشخصية في الجزائر، وهذه المادة كما أسهبنا تفصيلها سابقًا تتعلق بالحقوق الأسرية للمرأة، بحيث تقرر المساواة المطلقة بين الجنسين في جميع الحقوق المترتبة على الزواج، سواءً عند ابرامه أو اثناءه أو حتى عند فسخه كذلك[1]، ولقد جاء نص التحفظ كالآتي: "**تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بالمساواة بين المرأة والرجل في جميع المسائل المترتبة أثناء الزواج وعند الانفصال لا يجب أن تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري**"[2]، والواضح أن تحفظ الجزائر هذا جاء مقتضب وغامض كذلك، بل وجاء أيضًا مبالغ فيه، فكيف يمكن لدولة أن تطالب اتفاقية دولية أن تتماشى مع قانونها الداخلي، وهي التي تعلوا عليه طبقًا للدستور.

- **التحفظ على المادة (29) من الاتفاقية**

بالإضافة إلى المواد السالفة الذكر، تحفظت الجزائر كذلك على المادة التاسعة والعشرون **(29)** من الاتفاقية[3]، وهي تتعلق برفع الخلاف الذي ينشب بين الدول الأطراف حول تفسير الاتفاقية أو تطبيقها إلى محكمة العدل الدولية إذا لم يأتي التحكيم بأي نتيجة، وأعطت هذه المادة بموجب فقرتيها **(02)** و **(03)** للدول الأطراف في الاتفاقية الحق في التحفظ على هذه المادة، وكذا الحق في سحب هذه التحفظ بعد ذلك.

(ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والاشراف عليها وادارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواءً بلا مقابل أو بمقابل عوض

"**2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتُتخذ جميع الاجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرًا الزاميًا**".

[1] سعاد رابح، المرجع السابق، ص 69.

[2] سرور طالبي، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الانسان – الظروف العادية –، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 1999-2000، ص 100.

[3] تنص المادة **(29)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**1- يُعرض للتحكيم أي خلاف بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية، ولا يسوى عن طريق المفاوضات، وذلك بناءً 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 من أولئك الأطراف إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية، بطلب يقدم وفقا للنظام الأساسي للمحكمة...**".

وقد تحفظت الجزائر على هذه المادة وأبعدت نفسها بذلك عن كل التزام تفرضه بنودها.

وتجدر الملاحظة إلى أن لجنة الاتفاقية قد أعربت في العديد من المناسبات على أن التحفظات التي تمسكت بها الجزائر في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هي تحفظات غير شرعية، وذلك لأنها تمس بغرض وهدف الاتفاقية، الذي يدور حول القضاء على التمييز ضد المرأة في جميع الميادين وخصوصًا داخل الأسرة.

والواضح أن الهدف الأساسي من وراء فرض كل هذه الضغوطات على الجزائر، والدول العربية والمسلمة عمومًا، يكمن في الرغبة الجامعة للأمم المتحدة في استعمال اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من أجل فرض النموذج الغربي في جميع الميادين على كل دول العالم، هذا النموذج الذي لا يراعي التباين بين المجتمعات، والاختلاف في الثقافات والمبادئ والأعراف والأديان والتشريعات، بل يسعى إلى بسط نمط حضاري موحد وهو ما يسمى اليوم بـ: "**العولمة القانونية**"، ولن يتم ذلك إلا بتنازل الدول عن ثروتها الثقافية والاجتماعية والقانونية، والأهم من ذلك ثروتها الدينية.[1]

الفرع الثاني

لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

إن تكريس أي حق من حقوق المرأة لا يتحقق ما لم تكن هناك وسائل وآليات تساهم في حماية هذا الحق وتراقب تفعيله، وهو ما تفطن إليه واضعوا اتفاقية سيداو، حيث استحدثوا بموجب المادة **(17)** من الاتفاقية لجنة تختص بهذه المهام، وتسمى بـ: "**لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة**"، هذه اللجنة تمتلك مجموعة من السلطات، وتقوم بعدة مهام، وللتفصيل في ذلك ارتأينا تقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، خُصصت الفقرة الأولى لدراسة "إنشاء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة كآلية لمراقبة تنفيذ الاتفاقية"، في حين خصصت الفقرة الثانية لتبيان "مهام هذه اللجنة".

الفقرة الأولى

إنشاء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة كآلية لمراقبة تنفيذ الاتفاقية

[1] جيلالي تشوار، "تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك"، مجلة العلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، تلمسان، الجزائر، عدد 12، لسنة 2011، ص 07.

إن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لم يرضى لها واضعوها بأن تكون مجرد حبر على ورق، بل وضعوا لها من الآليات ما يسمح لها بإلزام كل الدول الأطراف فيها على تنفيذها، وتمثل ذلك في إنشاء **لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة**، التي تعد خلية لرصد مدى تحقيق أهداف الاتفاقية على أرض الواقع.

حيث تأسست لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بموجب المادة السابعة عشر **(17)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1979.

ولجنة القضاء على التمييز ضد المرأة هي: "لجنة تتكون من مجموعة أعضاء، تختص بالنظر في مدى التقدم المحرز من الدول الأطراف في تطبيق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وهي تلزم الدول على احترام جميع حقوق المرأة الواردة ضمن بنود هذه الاتفاقية، وذلك من أجل القضاء على كل تمييز يُمارس ضدها بسبب جنسها"[1]، أو هي: "آلية لتتبع تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وذلك من خلال تلقي شكاوى الأفراد، واستقبال تقارير الدول الأطراف، وصياغة توصيات تطالب فيها الدول بتعزيز حماية حقوق المرأة في جميع الميادين والمجالات.[2]

وطبقا لذات المادة تتشكل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة من ثلاثة وعشرون **(23)** خبيرا، من ذوي المكانة الخلقية الرفيعة، والكفاءة العالية في الميادين التي تشملها الاتفاقية، ويقصد بذلك الميدان الاجتماعي والاقتصادي والمدني والسياسي والثقافي، ينتخب هؤلاء الخبراء عن طريق الاقتراع السري من قائمة أشخاص مرشحين تقدمهم الدول الأعضاء في الاتفاقية، ويحق لكل دولة أن ترشح شخصًا واحدًا من مواطنيها، وتدعو الاتفاقية إلى الأخذ بعين الاعتبار التوزيع الجغرافي للأعضاء عند الانتخاب، بمعنى قد يتم انتخاب خبير واحد لتمثيل مجموعة من الدول، كاختيار مرشح الجزائر مثلا لتمثيل كل الدول العربية، لأن

[1] عزيزة بن جميل، "آليات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة **(CEDAW)** لحماية حقوق المرأة"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، العدد 01، جوان 2017، ص 118.

[2] عاطفة (تيمجردين)، من أجل مساواة بدون تحفظ – قراءة في مسار الجمعيات النسائية من أجل رفع التحفظات على اتفاقية سيداو –، د ن، المغرب، د س، ص 05.

عدد الخبراء محدود بحيث لا يتجاوز الثلاثة والعشرون **(23)** خبير، في حين أن الدول الأعضاء في الاتفاقية يفوق **(185)** دولة.

وهؤلاء الخبراء مستقلون في مهامهم، ويعملون بصفتهم الشخصية، وليس بوصفهم ممثلين للدول التابعين لها.

وقد تم إجراء أول انتخاب لأعضاء اللجنة بعد ستة **(06)** أشهر من تاريخ بدأ نفاذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أي في سنة 1980، ومدة عضوية أعضاء اللجنة هي أربع **(04)** سنوات، وتعاد الانتخابات قبل ثلاثة **(03)** أشهر من انتهاء العضوية.[1]

وما يميز هذه اللجنة عن غيرها من الهيئات التابعة للأمم المتحدة أن العضوية فيها تكون بالأغلبية للنساء، وهو أمر طبيعي لأنها لجنة مختصة بحقوق المرأة، وبالتالي فالمرأة هي الأعرف بحقوقها، وهي الأقدر على حمايتها وتعزيزها.[2]

وبهدف تيسير عمل اللجنة مع الهيئات الأخرى المنشأة بموجب معاهدات دولية، وكذا مع غيرها من آليات الأمم المتحدة، اعتمدت اللجنة تعيين منسقين للعمل مع تلك الهيئات، ومن هذه الهيئات نجد: المقررة الخاصة بالعنف ضد المرأة، منظمة العمل الدولية، اليونيسيف، اليونيسكو، صندوق الأمم المتحدة للسكان، منظمة الصحة العالمية، الوكالات المتخصصة، وغيرها.[3]

وتجدر الملاحظة إلى أن هناك هيئة تسمى بـ: "**شعبة النهوض بالمرأة**" (هي جزء من إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية المتواجدة في مقر الأمم المتحدة)، تقوم هذه الهيئة بمهمة الأمانة العامة الفنية لخدمة اللجنة، وهي تقدم الخدمات التقنية والاستشارية إلى الدول الأطراف في الاتفاقية بشأن تنفيذها وتفعيلها.[4]

---

[1] **أنظر** المادة **(17)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.

[2] زهرة نعار، "حماية حقوق المرأة وفقا لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة"، مجلة الدراسات الحقوقية، الجزائر، العدد 01، ديسمبر 2018، ص 201.

[3] هيفاء (أبو غزالة)، مؤشرات كمية ونوعية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، د ن، مصر، 2009، ط 01، ص 33.

[4] **أنظر** المادة **(22)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.

وعند انتهاء اللجنة من الأعمال المنوطة بها تعد تقريرًا سنويا عن أعمالها وترسله إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، وذلك بواسطة المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ولها في إطار ذلك أن تقدمُ مقترحات وتوصيات عامة مبنية على دراسة التقارير والمعلومات الواردة إليها من قِبل الدول الأطراف في الاتفاقية، وتُدرَج تلك المقترحات والتوصيات العامة في تقرير اللجنة، مشفوعة بتعليقات الدول الأطراف إن وجدت، ويحيل الأمين العام للأمم المتحدة تقارير لجنة التمييز ضد المرأة إلى لجنة مركز المرأة بغرض اعلامها.[1]

الفقرة الثانية

مهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

تضطلع لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المستحدثة بموجب المادة السابعة عشر **(17)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بعدة مهام، بعضها خولتها لها هذه الاتفاقية في حد ذاتها منذ إصدارها في سنة 1979، والبعض الآخر أُسند لها بموجب البروتوكول الاختياري الملحق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1999.

وبناءً على هذه المعطيات تم تقسيم مضمون هذه الفقرة إلى عنصرين، خصص العنصر "أولا" لدراسة مهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المحددة بموجب اتفاقية سيداو 1979، في حين خصص العنصر "ثانيا" لدراسة مهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المنصوص عليها بموجب البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية 1999.

أولا

مهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المحددة بموجب اتفاقية سيداو 1979

تضطلع بها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بموجب اتفاقيتها الأصلية قصد مراقبة مدى تفعيل الدول لحقوق المرأة الواردة فيها بصورة أنجع، بأليتين أساسيتين هما: آلية التقارير وآلية التوصيات العامة.

- **آلية التقارير:** تسهر لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على تطبيق أحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وذلك بموجب المادة الثامنة عشر **(18)** منها، وذلك عن طريق الاطلاع على التقارير التي تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية بتقديمها للجنة، وتبين فيها مدى تنفيذها لبنود المعاهدة،

[1] **أنظر** المادة **(21)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 199.

والتقدم الذي أحرزته في تطبيقها، وكذا الصعوبات التي واجهتها في ذلك[1]، وتلتزم الدول الموقعة أو المصادقة أو المنظمة إلى الاتفاقية بأن تقدم إلى اللجنة:

- **تقريرًا أوليًا:** يبين هذا التقرير وضعية حقوق المرأة في ذلك البلد، ولابد أن يقدم خلال **سنة واحدة (01)** من بدء نفاذ الاتفاقية بالنسبة للدولة المعنية، ولابد أن لا يتجاوز حجم هذا التقرير **ستون (60)** صفحة.
- **تقارير دورية:** بعد تقديم الدولة المنظمة إلى الاتفاقية لتقريرها الأولي، تلتزم بعد ذلك بتقديم تقرير دوري كل **أربع سنوات**، تبين فيه ما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية وغيرها من أجل إنفاذ أحكام الاتفاقية فيها، وكذا تبين التقدم المحرز في هذا الصدد، وحتى العراقيل التي واجهتها عند قيامها بالتنفيذ.

ويجب تقديم التقارير بإحدى اللغات الرسمية للأمم المتحدة وهي: الإسبانية، الإنكليزية، الروسية، الصينية، العربية، أو الفرنسية.

وفي حالة امتناع دولة ما طرف الاتفاقية عن تقديم هذه التقارير الدورية، أو تأخرها في تقديمها، يقوم الأمين العام للأمم المتحدة في كل دورة تعقدها اللجنة بإخطار هذه الأخيرة بجميع حالات عدم تقديم التقارير أو التأخير في ذلك أو عدم تقديم المعلومات الإضافية التي طلبتها اللجنة، ويجوز للجنة في هذه الحالات أن تحيل إلى الدولة الطرف المعنية عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة رسالة تذكير تتعلق بعدم تقديم أو التأخير في تقديم التقارير أو المعلومات الإضافية المطلوبة، وإذا لم تقدم الدولة المعنية ما طُلب منها بعد رسالة التذكير هذه، تشير اللجنة إلى ذلك في تقريرها السنوي المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة.[2]

وآلية التقارير ليست مسألة إجرائية فقط، بل أن الالتزام بتقديمها يبين مدى وفاء الدول بالتزاماتها الدولية، وهو ما يسمح للجنة أيضا بتقييم مدى تحقق هذه الالتزامات، وتحديد وتقييم الاستراتيجيات التي تم اعتمادها، الأمر الذي يتيح الفرصة للتقدير الدقيق للمشكلات التي تعيق تطبيق الاتفاقية، كما أن إعداد الدول

[1] هيفاء (أبو غزالة)، المرجع السابق، ص 33.

[2] **أنظر** المادة **(49)** من النظام الداخلي للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الموقع الرسمي للمفوضة السامية للأمم المتحدة **www.unhchr.ch**

لهذه التقارير هو بمثابة فرصة لمراجعة القوانين والسياسات والممارسات بهدف تحديد مدى الالتزام بالمعايير التي وضعتها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لذلك.[1]

هذا وقد أصدرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تحت رعاية الأمم المتحدة مبادئ توجيهية لمساعدة الدول على إعداد هذه التقارير.[2]

وعليه يجب أن تتعرض كل دولة في تقريرها لنقاط مهمة تتمثل في: الاجراءات القانونية والدستورية والإدارية وغيرها، التي اتخذتها الدولة لتنفيذ بنود الاتفاقية فيها / المؤسسات والسلطة المكلفة بتطبيق مبدأي المساواة وعدم التمييز بين الجنسين / الطرق والوسائل المستعملة لحماية النساء في تلك الدولة / السياسات المتوخاة للنهوض بأوضاع النساء وتمكينهن من التمتع بحقوقهن / الصعوبات التي تواجهها الدولة وتعرقل تطبيقها للاتفاقية.[3]

تقوم اللجنة بدراسة التقارير في اجتماعاتها التي تعقدها بمقر الأمم المتحدة بنيويورك (الولايات المتحدة الأمريكية) أو في أي مكان آخر تحدده اللجنة، وهي تعقد عادة اجتماعين في السنة لا تتجاوز مدة الاجتماع **أسبوعين** (وقد تدعوا أيضا إلى دورات استثنائية)، تنظر خلالها في مجموعة من المسائل أهمها التقارير المقدمة إليها من الدول الأطراف في الاتفاقية، وتناقشها مع مندوبي ومندوبات حكومات الدول الأعضاء[4]، ويستطيع مندوبي الدول إضافة أية معلومات أو اضافات غير موجودة في التقرير، ولأعضاء اللجنة الحرية طرح أية أسئلة أو استفسارات تتعلق بما يتضمنه التقرير أو حول الاتفاقية بوجه عام، ويجيب مندوبي الدولة على الأسئلة المطروحة.[5]

---

[1] أحمد وافي، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2011/2010، ص 146.

[2] المبادئ التوجيهية المتعلقة بشكل ومحتوى التقارير المطلوب تقديمها من الدول الأطراف في المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، **HRI/GEN/2/Rev.6.2009**، الموقع الرسمي للمفوضة السامية للأمم المتحدة **www.unhchr.ch**

[3] زهرة نعار، المرجع السابق، ص 201-202.

[4] نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، 227.

[5] بيداء علي ولي، المرجع السابق، ص 17-18.

بعد هذا الحوار، وطرح الأسئلة من طرف اللجنة، والإجابة عنها من طرف مندوبي الدول، والخوض في المناقشات الواسعة التي تحدث في الدورة، تتمكن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة من خلالها من تكوين فكرة حول حقوق المرأة في ذلك البلد صاحب التقرير، وإذا ما تم الالتزام ببنود الاتفاقية وتفعيلها في تلك الدولة أم لا، ونسبة التقدم المحرز في ذلك، والمعوقات التي تواجهها الدولة في تنفيذها للاتفاقية، ويم ذلك في جلسة مغلقة يقوم بها خبراء اللجنة، تنتج عنها مجموعة من الملاحظات الختامية التي تصدرها اللجنة استنادًا إلى ملاحظات المقرر القطري، لأن هذا الأخير هو من يعد المشروع الأولي للملاحظات الختامية، ومن ثم تضعها اللجنة في صيغتها النهائية في اجتماعها المغلق هذا، بعد ذلك تُعلم اللجنة الدولة المعنية بهذه التعليقات والملاحظات الختامية.[1]

وبناءً على ما سبق يمكن القول بأن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وعلى عكس سابقاتها من اتفاقيات حقوق الإنسان المتخصصة، فهي لم تبقى مجرد اشعارات على ورق، بل استطاعت من خلال آلية التقارير أن تفرض بنودها إن لم تكن كلها فأغلبها داخل قوانين الدول الموقعة والمصادقة على الاتفاقية، ولكن بالرغم من أهمية آلية التقارير في تنفيذ الاتفاقية وتكريس وتفعيل حقوق المرأة التي تضمنتها، فإنه من جانب آخر نرى بأن هذه الآلية لم تحقق بعد الأهداف التي كانت منتظرة منها إلى غاية اليوم، وربما ثمة العديد من الأسباب التي ساهمت في ذلك منها أن الدول الأطراف في الاتفاقية لا تدرك في العديد من الأحيان الغاية الفعلية من هذه التقارير، ودورها في تطبيق الاتفاقية، هذا ما يجعلها تواجه صعوبات أثناء تقديم هذه التقارير مما يدفعها في ذلك إلى الامتناع حتى عن تقديمها، وبما أنه أيضًا من النادر ما يتم بذل الجهد اللازم لاعتماد التدابير التي من شأنها انفاذ الالتزامات المترتبة على الدول بموجب المعاهدة، وتتحول بذلك صياغة التقارير إلى مجرد عمل إجرائي، وبما أنه لم يتم بذل أي جهد من الدول منذ البداية في جمع البيانات المصنفة والملائمة، أو حتى البيانات المقارنة، تتحول صياغة التقارير إلى عملية سطحية ومملة، ومنه ففشل العديد من الدول في تقديم التقارير لا يكون في الغالب بسبب جهلها بكيفية صياغتها، وإنما بسبب عدم فهم مضمون الحقوق والبنود الواردة في اتفاقية سيداو بشكل واضح، هذا ما يجعلها تمتنع أصلاً عن تقديم هذه التقارير، أو تقدمها ببيانات ناقصة أو غير مناسبة أو حتى غير صحيحة، وكلها تقارير تسيء إلى

[1] عزيزة بن جميل، المرجع السابق، 121.

نظام الاتفاقية، وتُعيق اللجنة عن تنفيذ مهمتها الأساسية في رصد ومراقبة تنفيذ بنود الاتفاقية في الدول الأطراف فيها.[1]

وبالنسبة للجزائر وطالما أنها كانت من بين الدول التي صادقت وانضمت إلى هذه الاتفاقية – ولو بتحفظ – بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996، كان لزامًا عليها أن ترفع تقريرًا أوليا إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، وهو ما تجسد في سبتمبر 1998،[2] ونظرت فيه اللجنة في دورتها العشرون **(20)** لسنة 1999،[3] ثم بعد ذلك قدمت الجزائر تقريرين دوريين هما: التقرير الدوري الثاني في سنة 2003،[4] الذي ردت عليه اللجنة في سنة 2005،[5] والتقرير الدوري الجامع بين التقريرين الثالث والرابع في سنة 2009،[6] الذي قدمت اللجنة تعليقاتها عليه في سنة 2012.[1]

---

[1] هالة (سعيد التبسي)، المرجع السابق، ص 143-144.

[2] التقرير الأولي المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، 1998، **CEDAW/DZA/01/11/09/1998**، موقع المفوضية السامية للأمم المتحدة، www.unhchr.ch، **لتفاصيل أكثر أنظر: الملحق رقم 01.**

[3] ردود لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الأولية المقدمة من الدول الأطراف – الجزائر –، الدورة العشرون من 19 كانون الثاني/يناير إلى 05 شباط/فبراير 1999، والدورة الحادية والعشرون من 07 إلى 25 حزيران/يونيو 1999، من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، في دورتها الرابعة والخمسون، نيويورك، 1999، **CEDAW/C/SR-406/1/ADD-1**، موقع المفوضية السامية لحقوق الإنسان www.unhchr.ch، **لتفاصيل أكثر أنظر: الملحق رقم 02.**

[4] التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، في 05 فبراير 2003، **CEDAW/C/DZA/2/05/02/2003**، موقع المفوضية السامية لحقوق الإنسان www.unhchr.ch، **لتفاصيل أكثر أنظر: الملحق رقم 03.**

[5] التعليقات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الدورية الثانية للدول الأطراف – الجزائر –، الدورة الثانية والثلاثون من 10 إلى 28 كانون الثاني/يناير 2005، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة ستون لسنة 2005، نيويورك، 2005، **CEDAW/C/SR/667/668**، موقع المفوضية السامية لحقوق الإنسان www.unhchr.ch، **لتفاصيل أكثر أنظر: الملحق رقم 04.**

[6] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، 2009، **CEDAW/C/DZA/CO/3-4/24/05/2009**، موقع المفوضية السامية لحقوق الإنسان www.unhchr.ch، **لتفاصيل أكثر أنظر: الملحق رقم 05.**

- **التوصيات العامة:** تنص المادة الواحد والعشرون **(21)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وكذا المادة الثانية والخمسون **(52)** من النظام الداخلي للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، على أن اللجنة بعد دراستها للتقارير والمعلومات الواردة إليها من الدول الأطراف، تقدم مقترحات وتوصيات عامة، وتوجه في المعتاد هذه التوصيات العامة إلى كل الدول الأطراف[2]، وعادةً ما تبين هذه التوصيات آراء اللجنة في محتوى الالتزامات التي تضطلع بها الدول بوصفها أطرافًا في الاتفاقية، وهذه التوصيات قد تكون عامة، أو قد تكون محصورة في بند من بنود الاتفاقية، أو تخص مسألة تؤثر على النساء في العالم وتعتقد اللجنة أن الدول الأطراف ينبغي أو تُوليها مزيدًا من الاهتمام، كما تسعى هذه اللجنة من خلال هذه التوصيات إلى تقديم توجيه مفصل إلى الدول الأطراف بشأن التزاماتها بموجب الاتفاقية، والخطوات اللازمة فيما يتصل بالامتثال.[3]

وتجدر الملاحظة إلى أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لا تخاطب في العادة بهذه التوصيات أي دولة على وجه الخصوص، وإنما تزود بها جميع الدول الأعضاء بتعريفهم بالخطوات المحددة التي يمكن اتباعها من أجل الوفاء بالتزاماتها التي تعهدت بها بموجب الاتفاقية[4]، وقد تصدر اللجنة توصية واحدة في السنة، كما قد تصدر أكثر من توصية خلال السنة الواحدة حسب الحاجة إلى ذلك، وقد لا تصدر أي توصية في السنة، هذا وقد أصدرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة منذ انشاءها وعلى مر السنين العديد من التوصيات، وهي تقريبا 34 توصية.[5]

---

[1] التعليقات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير المجمعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف – الجزائر –، الدورة الحادية والخمسون، 13 شباط/فبراير إلى 02 آذار/مارس 2012، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السادسة وستون، نيويورك، 2012، **CEDAW/C/SR/1031/1032**، المفوضية السامية لحقوق الإنسان **www.unhchr.ch**، **لتفاصيل أكثر أنظر: الملحق رقم 06.**

[2] أنظر المادة (21) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.

[3] عزيزة بن جميل، المرجع السابق، ص 122.

[4] نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 229.

[5] **يمكن الاطلاع عليها من خلال:** الموقع الرسمي للمفوضية السامية للأمم المتحدة **www.unhchr.ch**

ثانيا

مهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المنصوص عليها بموجب البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية 1999

يعد البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1999 أحد الآليات القانونية الدولية التي تحدد اجراءات عملية لتفعيل الحقوق الواردة في هذه الاتفاقية[1]، ويضم هذا البروتوكول واحد وعشرون **(21)** مادة، عملت في مجملها على تكريس حقوق المرأة أكثر فأكثر، وتعزيز رقابة لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على مدى تنفيذ الدول الأطراف في الاتفاقية لبنود هذه الأخير، وذلك عن طريق اسناد مهام أو آليات جديدة للجنة تشكل من جانب آخر حماية للنساء اللواتي وقع اعتداء على أحد حقوقهن الواردة ضمن الاتفاقية، وهما آليتان، **آلية الشكاوى الفردية**، و **آلية التحقيق**.[2]

- **الشكاوى الفردية:** بموجب هذه الآلية المستحدثة عن طريق البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1999، أصبح بإمكان أي امرأة تعرضت لانتهاك أي حق من حقوقها الواردة في هذه الاتفاقية، وكانت دولتها منظمة إلى هذا البروتوكول، أن ترفع شكوى أو تبليغ إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، وذلك في مواجهة من مارس على حقوقها الاعتداء من هيئات ومؤسسات وطنية تابعة لدولتها[3]، وهذه الشكوى يجوز أن يتقدم بها المتضرر نفسه، أو أي شخص آخر ينوب عنه لكن بعلم المتضرر وموافقته على ذلك.[4]

وعليه فبالإضافة لحق النساء في تقديم التماس أمام المحاكم الوطنية لبلدهم من أجل إجبار أي هيئة تابعة للدولة على الوفاء بالتزاماتها التي تفرضها عليها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

---

[1] اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1999/10/06، ودخل حيز التنفيذ في 2000/12/22.

[2] تجدر الملاحظة كذلك إلى أن الجزائر لا تتقيد بكل ما جاء في هذا البروتوكول، بحكم أنها لم تنظم إليه لا بالتوقيع ولا بالتصديق.

[3] أنظر المادة **(01)** من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1999.

[4] زهرة نعار، المرجع السابق، ص 202.

1979، فإنه يحق لهن أيضًا رفع هذه الالتماس والشكاوى والتبليغات على مستوى دولي أعلى[1]، وذلك أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بشرط أن تكون دولة الضحية طرف في البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية الذي يقرر للنساء هذا الحق، أما إذا كانت الدولة المُعتدية طرف في الاتفاقية فقط وليست طرف في البروتوكول الاختياري الملحق بها (مثل الجزائر) فلا يمكن لنساء هذه الدولة تقديم شكاوى أمام لجنة الاتفاقية، ولا يتبقى أمامهن سوى رفع شكاوى أمام المحاكم الوطنية تأسيسا على ما جاءت به الاتفاقية.

ومنه فبموجب هذا البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1999 تغيرت ديناميكية العلاقة بين الدولة والمرأة، فلم يعد مصير المرأة رهنًا بإرادة الدولة، أو استعداداتها، أو رغباتها، أو تقلباتها، وإنما تنشأ علاقة جديدة تكون الدولة فيها مسؤولة اتجاه المرأة المواطنة، وعاجزة عن التهرب من مسؤولياتها، مما يعني أن المرأة غير مضطرة إلى الاعتماد على أية صدقة من الدولة، إذ أنها أصبحت صاحبة حق، وقادرة على اتخاذ اجراءات وطنية وحتى دولية لحماية واسترداد حقوقها المسلوبة والمنتهكة رغمًا عن دولتها، طالما أن هذه الأخير انظمت إلى الاتفاقية وإلى بروتوكولها الاختياري أيضًا.[2]

بعد تقديم الشكوى المستوفية الشروط من الضحية او الضحايا تنتقل اللجنة بعد ذلك إلى مرحلة جديدة وهي مرحلة فحص الشكوى، ودراسة موضوعها، وإصدار ما تراه مناسبًا بشأنها، ويتم ذلك عن طريق إجراءات عملية تتبعها اللجنة للنظر في الشكوى الفردية، وهي على الترتيب الآتي:

- تقوم لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بعقد جلسات مغلقة للنظر في موضوع الشكاوى، وذلك على ضوء المعلومات التي يقدمها الضحايا، وكذا المعلومات المقدمة من جانب الدول المشتكى منهم، وكذا كافة المذكرات والوثائق المقدمة لها من جميع الأطراف المعنيين.
- بعد دراسة اللجنة لموضوع الشكوى، تقدم توصياتها إلى الأطراف المتنازعة.

---

[1] وطبعًا ليست كل شكوى ترد إلى اللجنة تُلزم بالنظر فيها، بل هي تنظر فقط في الشكاوى التي تتوافر فيها الشروط التي حددها هذا البروتوكول الاختياري بموجب المواد **(02)** و **(03)** و **(04)** منه، **وللتفصيل أكثر في هذه الشروط أنظر**: منتصر سعيد (حمودة)، الحماية الدولية للمرأة –دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية–، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007، ط 01، ص 281، **و أيضا**: نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 236.

[2] منال (محمود المشني)، المرجع السابق، ص 304.

- تلتزم الدولة المشتكى منها بالرد خطيًا على ما أحالته لها اللجنة من آراء وتوصيات، وذلك خلال ستة **(06)** أشهر من تاريخ الإحالة، يتضمن هذا الرد معلومات حول أي إجراء يُتخذ في ضوء آراء اللجنة وتوصياتها، ويمكن للجنة في ذات السياق أن تدعوا الدولة الطرف المُشتكى منها إلى تقديم أي معلومات إضافية حول التدابير التي اتخذتها استجابة لما طلبته منها اللجنة في توصياتها.[1]

- ويجوز للجنة أيضًا في أي وقت بعد تلقي الشكوى وقبل الفصل فيها، وبناءً على حيثياتها الموضوعية، أن تنقل إلى الدولة الطرف المعنية طلبًا عاجلاً لاتخاذ تدابير مؤقتة وضرورية وعاجلة، لتفادي وقوع ضرر يتعذر اصلاحه لضحية أو ضحايا الانتهاك المزعوم.[2]

ونضيف القول أن توصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة فيما يخص هذه الشكاوى والتبليغات الفردية ليس لها الصفة الإلزامية القانونية، وبالتالي لا يترتب ضد الدول الأطراف المُنتهكة لحقوق المرأة أي جزاء قانوني، فاللجنة إذًا لا تملك إلا صياغة توصيات وملاحظات فقط.[3]

- **آلية التحقيق:** طبقًا لهذه الآلية يجوز للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة إجراء تحقيقات معمقة إذا ما استلمت معلومات موثوقة من دولة ما، أو من منظمة معينة، تتضمن حقائق حول انتهاكات صارخة لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من قِبل دولة طرف فيها، وطرف في بروتوكولها الاختياري.

وعليه إذا بلغ إلى علم اللجنة أن دولة طرف تقوم بشكل منتظم بانتهاك لبنود الاتفاقية، تقوم بدعوة ممثل هذه الدولة لتقديم معلومات وتبريرات عن هذه المسألة المثارة ضد دولته[4]، وقد تقرر اللجنة تعيين شخص ليقوم بتحقيق سري عن طريق زيارة الدولة المعنية، وتقديم تقرير عاجل عن الانتهاكات التي تم الكشف عنها، غير أنه يشترط في جميع الأحوال أن يتم التحقيق بموافقة الدولة المعنية.

---

[1] **أنظر** المادة **(07)** من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1999.

[2] **أنظر** المادة **(05)** من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1999.

[3] زهرة نعار، المرجع السابق، ص 205-206.

[4] منال (محمود المشني)، المرجع السابق، ص 304.

لتقوم اللجنة بعد ذلك بدراسة النتائج وإصدار ملاحظات وتوصيات إلى الدولة الطرف، مرفقة بحلول مناسبة، وعندئذ يأتي دور الدولة في الرد على ملاحظات اللجنة، وذلك خلال ستة **(06)** أشهر من تاريخ تسلمها النتائج والتوصيات التي نقلتها إليها اللجنة، مع التزامها بإعمالها ووضع حد لتلك الانتهاكات.[1]

وقد ثبتت فعالية هذا الإجراء ليس فقط لأنه يحمي سيادة الدول، بل أيضًا لأن السرية وموافقة الدول عليه أمران ضروريان من أجل المضي في التحقيق، كما أن الزيارات والتحقيقات تعتبر وسيلة ردع لأية انتهاكات في حقوق المواطنين عمومًا، والنساء على وجه الخصوص.[2]

المبحث الثاني

الإطار المفاهيمي لقانون الأسرة الجزائري

لا يمكن الحديث عن قانون يحمي حق ما أو محيط ما أو كيان ما، دون الحديث أولا عن ذلك الحق أو المحيط أو الكيان باعتباره المحل المعني بالحماية.

وعلى أساس ذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يُخصص المطلب الأول لتحديد "مفهوم الأسرة"، في حين يُخصص المطلب الثاني لبيان "مفهوم قانون الأسرة الجزائري".

المطلب الأول

مفهوم الأسرة

لوضع مفهوم عميق للأسرة ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يأتي الفرع الأول بعنوان "تعريف الأسرة وأشكالها"، في حين يرد الفرع الثاني تحت عنوان "الأسرة في الإسلام والمواثيق الدولية".

الفرع الأول

تعريف الأسرة وأشكالها

يقسم هذا الفرع إلى فقرتين، تُخصص الفقرة الأولى لوضع "تعريف للأسرة"، بينما تُخصص الفقرة الثانية لبيان "أشكال الأسرة".

---

[1] **أنظر** المادة **(08)** من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1999.

[2] عزيزة بن جميل، المرجع السابق، ص 124.

الفقرة الأولى

تعريف الأسرة

يعتبر تعريف الأسرة من أبسط التعاريف التي نتعامل معها لأنها ظاهرة ملموسة بالنسبة للجميع، ولكن من الخطأ الاعتقاد بأن للأسرة تعريفا واضحا ومحددا يتفق عليه الفقهاء والدارسين، فيعد تعريفها من النوع السهل الممتنع، لذا نجد تعددا في تعاريفها وهذا يرجع إلى اختلاف وجهات نظر الفقهاء واتجاهاتهم الفكرية، وعموما يمكن أن تعرفها كالآتي:

- **الأسرة لغة:** تعرف الأسرة في اللغة بأنها "الدرع الحصينة"، وهي أيضا "أهل الرجل وعشيرته"، وتطلق على "الجماعات التي يربطها أمر مشترك" وجمعها "أُسر"[1]، كما تعني الأسرة في اللغة "الشد والعصب"، فيقال شدة الخلق والخُلق.[2]

في حين يقابل مصطلح الأسرة في اللغة الفرنسية مصطلح Famille وفي الانجليزية Family، وهي في هاتين الكلمتين مشتقة من كلمة Familia ، وتعني مجموع الخدم.[3]

- **الأسرة اصطلاحا:** هي "مؤسسة اجتماعية ضرورية حتمية لبقاء الجنس البشري، وهي تتحقق بفضل اجتماع كائنين لا غنى لأحدهما عن الآخر وهما الرجل والمرأة، والاتحاد الدائم المستقر بينهما هو الأسرة".[4]

---

[1] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، المجلد 01، ج 01، ص 76.

[2] عبد المجيد (سيد منصور) و زكريا أحمد (الشربيني)، الأسرة على مشارف القرن الواحد والعشرين، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ت، ط 01، ص 15.

[3] مزوز بركو، "التنشئة الاجتماعية في الأسرة الجزائرية"، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، العدد 21، الجزائر، 2009، ص 44، **لتفاصيل أخرى أنظر أيضا:** عبد القادر (القصير)، الأسرة المتغيرة في مجتمع المدينة العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1996، ط 1، ص 33.

[4] ناصر أحمد (الخولدة) و رسمي عبد المالك (رستم)، الأسرة وتربية الطفل، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010، ط 01، ص 16.

أو هي: "مجموعة من الأشخاص يرتبطون برباط الزواج والدم، ويتقاسمون الأدوار فيما بينهم، ويعيشون معيشة واحدة، ويتفاعلون فيما بينهم في حدود دور كل واحد منهم، ويشكلون ثقافة مجتمعية مشتركة".[1]

هذا وقد عرف قاموس علم الاجتماع الأسرة بأنها: "جماعة اجتماعية بيولوجية نظامية تتكون من رجل وامرأة (تقوم بينهما رابطة زوجية مقررة) وأبنائهما، من أهم وظائفها اشباع الحاجات النفسية والجنسية والعاطفية لأفرادها، وتهيئة المناخ الملائم لرعاية وتنشئة وتوجيه الأبناء"[2]، وباختصار فالأسرة هي "مجموعة من الأشخاص يرتبطون برباط الدم أو الزواج".[3]

- **الأسرة قانونا:** يضيق ويتسع معنى الأسرة بحسب القانون الذي ينظمها، والزاوية التي يُنظر منها إليها، ففي القوانين المشتركة مثلا نرى أن معنى الأسرة يضيق بحيث يشمل الزوج والزوجة والأولاد القصر، بينما يتسع معنى الأسرة في قوانين الأحوال الشخصية والمواريث، فيضم إضافة إلى من سبق ذكرهم كل من العصبات وذوي الأرحام، حيث رتبت لهم هذه القوانين العديد من الحقوق والواجبات بحسب درجة القرابة.[4]

[1] ابراهيم عماري و أمينة عبيشات، "الضمانات القانونية لحماية الأسرة – قراءة في بعض التجارب الدستورية –"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 06، العدد 01، الجزائر، 2019، ص 179.

[2] محمد عاطف (غيث)، قاموس علم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية، مصر، د ت، ط 1، ص 177.

[3] **لمفاهيم أخرى للأسرة أنظر:** طلعت ابراهيم (لطفي)، مدخل إلى علم الاجتماع، دار غريب للطباعة، القاهرة، مصر، 1993، ط 01، ص 175، **و** طارق (كمال)، الأسرة ومشاكل الحياة العائلية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، 2005، د ط، ص 07، **و** حبيب الله (طاهري)، مشاكل الأسرة وطرق حلها، دار الهادي، بيروت، لبنان، 1997، ط 01، ص 10، **و** نبيلة حميدشة، "الأسرة الجزائرية في القرن الواحد والعشرين إلى أين؟ نظرة في الشكل والوظيفة"، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، مارس 2020، ص 13-14.

[4] ابراهيم عماري و أمينة عبيشات، المرجع السابق، ص 181-182.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 نجده قد عرف الأسرة بموجب مادته الثانية (02) بقوله: "**الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة**".[1]

هذا وتمتاز الأسرة بمجموعة من الخصائص التي تنفرد بها عن غيرها من النظم الاجتماعية، وهي:

- العمومية، فالأسرة موجودة في كل المجتمعات على اختلاف الأشكال التي تأخذها.
- الديمومة، فالأسرة هي علاقة دائمة، كون العلاقات بين أفرادها لا يمكن قطعها خاصة تلك القائمة على رابطة الدم.[2]
- الأسرة هي الخلية الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، وهي حجر الزاوية فيه، وبالتالي يصلح المجتمع بصلاحها ويفسد بفسادها.[3]
- تعتبر الأسرة أيضا المؤسسة الأولى التي تقوم بوظيفة التنشئة الاجتماعية لأفرادها الذين يكتسبون من الأسرة العديد من العمليات والمهارات الخاصة بحياتهم.
- الأسرة هي نظام اقتصادي خاص ومصغر، سواء من حيث الانتاج أو الاستهلاك، فأفرادها يسعون إلى تأمين حاضر ومستقبل هذه الأسرة.[4]
- تعد الأسرة مصدرا للعادات والتراث الاجتماعي، ووظيفتها نقل كل هذا التراث من جيل إلى آخر.
- الأسرة بوصفها نظاما للتفاعل الاجتماعي فهي تؤثر وتتأثر بالمعايير والقيم والعادات داخل المجتمع، وبالتالي فأفرادها يشتركون في نسق ثقافي واحد.[5]

---

[1] القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يناير 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2005.

[2] ابراهيم عماري وأمينة عبيشات، المرجع السابق، ص 184.

[3] أسماء بن تركي، "الأسرة بين التشريع الإسلامي والفكر الوضعي"، مجلة المجتمع والرياضة، المجلد 01، العدد 02، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 46.

[4] أحمد عبد اللطيف (أبو سعد)، و سامي محسن (الختاتنة)، سيكولوجية المشكلات الأسرية، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2011، ط 01، ص 43.

[5] ابراهيم عماري وأمينة عبيشات، المرجع نفسه، ص 184.

وبالنسبة للأسرة الجزائرية، فبالإضافة إلى هذه الخصائص فهي تمتاز أيضا بأنها أسرة موسعة، أسرة أبوية، أسرة هرمية، أسرة ذات سلطة ذكورية، أسرة محافظة.[1]

أما عن أهمية الأسرة فيمكن القول أن لها أهمية كبيرة تبرز خصوصًا في كونها أكثر الجماعات تماسكا، فهي تسهر على نمو الألفة والمحبة والشعور بالانتماء بين أعضائها، كما أن مكانة الفرد في المجتمع تحددها بدرجة كبيرة مكانة الأسرة وثقافتها، كما أن الأسرة تعد المصدر الأول الذي يزود الفرد بالقيم والعادات الاجتماعية، وتساعده على التفريق بين الحق والواجب، وبين الحلال والحرام.[2]

هذه الأهمية الكبيرة للأسرة جعل منها مادة دسمة تهتم بدراستها مختلف العلوم، كعلم النفس وعلم الاجتماع والانثروبولوجيا وعلوم الطب والتربية والقانون...وغيرها، كما تُقام من أجلها المؤسسات التي ترعاها وتعمل على تنظيمها والتخطيط لها وحمايتها من كافة المشكلات الاجتماعية.[3]

هذا وتقوم الأسرة بمجموعة من الوظائف نحو أفرادها، يمكن اجمالها فيما يأتي:

- **الوظيفة البيولوجية:** تعتبر من أهم الوظائف الفطرية التي تقوم بها الأسرة، وهي من الوظائف الأساسية للزوجين لتحقيق الإشباع الجنسي، وتقوية العلاقات بينهما، والإنجاب الذي يعتبر أساس تكوين الأسرة في غالبية المجتمعات للمحافظة على النوع البشري.[4]
- **الوظيفة الاجتماعية:** تعد الأسرة أكبر قوة اجتماعية يمكن أن تؤثر في فكر الفرد وسلوكه وأخلاقه وتوجهاته وتصرفاته بل وحتى أهدافه، مقارنة بالأصدقاء أو المعلمين أو زملاء العمل الذين يعد تأثيرهم أقل من تأثير الأسرة.[5]

---

[1] **لتفاصيل أكثر أنظر:** حسان مجبري وخليل العقاب، "التحليل السوسيولوجي لتطور الأسرة الجزائرية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا"، مجلة سوسيولوجيا، المجلد 01، العدد 03، الجزائر، 2019، ص 140-141، **و** عمر عباس، "الأسرة الجزائرية والتغير الاجتماعي"، مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، العدد 28، الجزائر، 2018، ص 30-31، **و** رشيد طبال، "الأسرة بين الثابت والمتغير"، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 27، الجزائر، ديسمبر 2019، ص 41-42.

[2] عبد الرحمان (العيسوي)، علم النفس الأسري، دار أسامة للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2004، ص 155.

[3] سامية رحماني، حجم الأسرة وتأثيره على التحصيل الدراسي للطفل، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في علم الاجتماع، جامعة محمد خيضر – بسكرة، الجزائر، 2015-2016، ص 34.

[4] سامية رحماني، المرجع نفسه، ص 30.

[5] رشيد طبال، المرجع السابق، ص 36.

- **الوظيفة الاقتصادية:** تعتبر الأسرة وحدة اقتصادية، فهي تُنتج وتستثمر قصد الاستهلاك والبقاء والاستمرار.[1]

- **وظيفة الحماية:** تعتبر الأسرة مسؤولة عن حماية أعضائها من كل ما قد يؤثر عليهم سواء جسمانيا أو نفسيا أو ماديا.[2]

الفقرة الثانية

أشكال الأسرة

لقد تعددت أشكال الأسرة نتيجة للظروف التاريخية التي مرت بها، لذا فإنه أصبح من الملائم أن يضاف إلى كلمة "أسرة" صفة تحدد نوعها، ويميز الفقهاء بين شكلين رئيسيين للأسرة وهما:

- **الأسرة الممتدة أو المركبة:** هي الأسرة التي تشمل عدة أجيال في آن واحد (ثلاثة أجيال على الأقل)، وتعيش تحت سقف واحد أو في بيوت متجاورة، وتربطهم روابط الزواج و / أو الدم[3]، كأن تشمل الأسرة الأجداد والأبناء والأحفاد وربما غيرهم من الأقارب أيضا، فتتداخل علاقاتهم وتتشابك مصالحهم وممتلكاتهم، وهم عادة يخضعون لسيطرة الأب الأكبر[4]، هذا الأخير هو من يشرف على الأسرة ويديرها،

---

[1] محمد تازي، "الأسرة وعوامل تغيرها الاجتماعي"، مجلة علوم الإنسان والمجتمع، المجلد 09، العدد 04، الجزائر، أكتوبر 2020، ص 187.

[2] **للتفصيل أكثر في وظائف الأسرة أنظر:** ابراهيم عماري وأمينة عبيشات، المرجع السابق، ص 183-184، **و** رشيد طبال، المرجع السابق، ص 35-36، **و** إلهام بنت فريج بنت سعيد العويضي، أثر استخدام الانترنت على العلاقات الأسرية بين أفراد الأسرة السعودية في محافظة جدة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد المنزلي، كلية التربية للاقتصاد المنزلي والتربية النفسية، بجدة، السعودية، 2004، ص 43 وما بعدها، **و أنظر أيضا المواقع الالكترونية الآتية:**

www.anaajah.net
www.ma3reefa.com
www.educapsy.com

[3] أحمد سالم (الأحمر)، علم اجتماع الأسرة – بين التنظير والواقع المتغير –، دار الكتاب الجديد، بيروت، لبنان، 2004، ط 01، ص 17-18.

[4] سامية رحماني، المرجع السابق، ص 28.

ويوزع الأعمال على أفرادها، ويلبي احتياجاتهم المادية والمعيشية حسب الوضع الاقتصادي للأسرة ووسائل انتاجها وممتلكاتها ومدخولها.[1]

وما يلاحظ اليوم في المجتمع الجزائري أنه لازال محتفظا بالكثير من الأسر الممتدة، التي أصبحت تجمع بين خصائص الأسرة الحضارية ووظائف الأسرة الريفية، مع حرصها الدائم على حفظ العادات والتقاليد والقيم والأعراف، مع رقابة وضبط سلوك الفرد وتوجيهه للوجهة التي ترفع من مركز الأسرة في المجتمع، ويرجع ذلك خصوصا إلى قوة التقاليد والتراث، وما تركه الإسلام من آثار قوية على المعالم الأسرية.[2]

- **الأسرة النواة أو النووية:** تعرف بأنها الأسرة التي تتألف من زوج و / أو زوجة مع أبنائهما غير المتزوجين، والذين يقيمون تحت سقف واحد ويمارسون مختلف الوظائف التي تؤمن بقاء هذه الأسرة واستمرارها، وهذا النوع من الأسر هو أول الأنواع التي ظهرت في الوجود بخلق الله عز وجل لسيدنا آدم عليه السلام.[3]

وقد انتشر هذا النوع من الأسر منذ القديم في المجتمعات الغربية خصوصًا، عكس المجتمعات العربية التي يعد هذا النوع من الأسر حديث النشأة فيها من بينها الجزائر، فيعد الهجرة الواسعة للجزائريين من الأرياف إلى المدن بحثا عن العمل في المصانع، أصبحوا يكونون أسر زواجية نتيجة ضيق السكن وظروفهم الاقتصادية المزرية، لينتشر بعد ذلك هذا النوع من الأسر في الجزائر وفي جميع طبقات المجتمع.[4]

وعليه يمكن القول بأن الأسرة الجزائرية اليوم أصبحت تجمع بين نمط الأسرة الممتدة ونمط الأسرة النووية في ذات الوقت.

ونلاحظ أن أهم ما يميز الأسرة النووية هو تمتع أعضائها بدرجة عالية من الفردية، والتحرر الواضح من الضغط الأسري، مما يترتب عليه علو مصلحة الفرد على مصلحة الأسرة ككل[5]، كما نلاحظ أن هذا النوع من الأسر يخيم عليه الجو الديمقراطي عامة، وذلك لتساوي منزلة الزوج مع منزلة الزوجة نوعا ما

[1] محمد تازي، المرجع السابق، ص 176.

[2] سامية رحماني، المرجع السابق، ص 19.

[3] نبيلة حميدشة، المرجع السابق، ص 14.

[4] رشيد طبال، المرجع السابق، ص 34.

[5] حسن عالي، "الأسرة وعملية التنشئة الاجتماعية"، مجلة الإنسان والمجال، مجلد 04، عدد 08، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 78.

فيها[1]، خصوصا مع خروج الزوجة للعمل، والمستويات العلمية الكبيرة التي أصبحت تتمتع بها، وهذا على عكس الأسرة الممتدة التي قد يخيم في بعضها الجو الديكتاتوري، إذ يحتل الأب مركزا أعلى بكثير من مركز الأم فيها، وينفرد باتخاذ القرارات وتحديد مصير الأسرة.

وعليه يمكن القول أن الأسرة الممتدة والأسرة النووية هما أهم نمطين للأسرة منتشرين بكثرة في مختلف المجتمعات على اختلاف مشاربها، ومع ذلك فقد ذكر الفقه أنماط أخرى للأسرة تقل أهمية عن سابقتها، ويمكن اختصارها كما يأتي:

- **الأسرة الزواجية المتعددة:** وهي الأسرة التي تقوم على نظام تعدد الزوجات، وهو النظام الموجود في المجتمعات الإسلامية خصوصًا، فتضم هذه الأسرة زوجا مع زوجتين أو أكثر في حدود أربع زوجات، مع الأولاد إن وجدوا.
- **الأسرة الأحادية:** وهي الأسرة التي فقدت أحد أركانها (الأب أو الأم).
- **الأسرة الأبوية والأسرة الأموية:** الأولى تكون فيها السلطة للأب، والثانية تكون فيها السلطة للأم، أو ينظر إليهما من حيث النسب كذلك، فينسب الأبناء في الأولى إلى الأب، وينسبون في الثانية إلى الأم.
- **الأسرة المثلية:** ظهر هذا النوع من الأسر نتيجة للتفكك الأخلاقي في المجتمعات الغربية، حيث تتشكل الأسرة من عضوين من نفس الجنس (امرأة و امرأة / رجل و رجل).
- **أسرة المساكنة:** نتيجة أيضل للتفكك الأخلاقي في المجتمعات الغربية ظهر ما يسمى بأسرة المساكنة، حيث يلجأ فيها الرجل والمرأة لتكوين أسرة وإنجاب أبناء والسكن في مسكن واحد دون أن يجمعهما ميثاق زواج، وذلك إما لإشباع رغباتهم الجنسية أو للهروب من الالتزامات الأسرية القانونية.[2]

ولعلنا نشير أخيرا إلى أن التغيير في أنماط الأسرة وظهور أنماط جديدة لم نعهدها من قبل راجع إلى عدة عوامل يمكن تلخيصها في: العوامل الجغرافية والبيئية – العوامل الاقتصادية – وسائل الإعلام والاتصال الحديثة – خروج المرأة إلى سوق العمل ومنافسة الرجل – ظهور بعض المؤسسات المنافسة لدور الأسرة

[1] محمد تازي، المرجع السابق، ص 176، **لتفاصيل أكثر أنظر:** فيصل بوطوب، "الأسرة والقيم – مقاربة سوسيولوجية لمسألة تغير القيم في الأسرة الجزائرية–"، مجلة آفاق فكرية، العدد 06، الجزائر، يناير 2017، ص 21 وما بعدها.

[2] نبيلة حميدشة، المرجع السابق، ص 16.

كرياض الأطفال ودور الحضانة وغيرها – نمط الاختيار الزواجي الفردي – التقليد الأعمى للمجتمعات الأخرى وخاصة الغالبة – الضغط الخارجي في إطار العولمة – العامل التكنولوجي وامتداد الأفكار – أزمة السكن وغيرها.[1]

الفرع الثاني

الأسرة في الإسلام والمواثيق الدولية

لدراسة هذا الفرع سيتم تقسيم مضمونه إلى فقرتين، تأتي الفقرة الأولى بعنوان "الأسرة في الإسلام"، بينما ترد الفقرة الثانية تحت عنوان "الأسرة في المواثيق الدولية".

الفقرة الأولى

الأسرة في الإسلام

لقد أعطى الإسلام أولوية خاصة وكبيرة للأسرة، حيث فصل في أسس بناءها، وحدد سبل سير العلاقة بين أطرافها، مبينا حقوق وواجبات كل واحد منهم، سواء الزوج أو الزوجة أو الأبناء أو الأقارب، وذلك لما تتميز به الأسرة من أهمية كبيرة في تشكيل المجتمعات السوية، لقوله تعالى: "**يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير**"[2]، وقوله أيضا: "**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**"[3]، هذا وقد أقام الله عز وجل الأسرة على ميثاق غليظ وهو الزواج، لقوله: "**وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا**".[4]

---

[1] **للتفصيل في هذه العوامل أنظر**: نبيلة حميدشة، المرجع نفسه، ص 19 وما بعدها، **و** عمر عباس، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

[2] سورة الحجرات، الآية 13.

[3] سورة النساء، الآية 21.

[4] سورة الإسراء، الآية 21.

ويمكن إجمال مكانة الأسرة في الإسلام في النقاط الآتية:

- الأسرة في الإسلام هي صورة مصغرة للمجتمع، ودعامته الأولى التي تقوم مقام الأساس في البناء.
- الأسرة هي أساس استقرار المجتمع، وهي من قلاع الإسلام وحصن من حصونه، وهي أيضا مهد الإنسان الذي يكسب في رحابه أخلاقه وعقيدته وتربيته.[1]
- تأكيد القرآن الكريم على أهمية الأسرة من خلال عرضه للعلاقات الأسرية، حيث نبّه إلى العلاقة الوالدية من خلال قوله تعالى: "**ووصينا الإنسان بوالديه احسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا...**"[2]، كما نبه تعالى إلى العلاقة الأسرية الأخوية من خلال قصة كليم الله موسى مع أخيه هارون عليه السلام بقوله: "**واجعل لي وزيرا من أهلي * هارون أخي * أشدد به أزري * وأشركه في أمري * كي نسبحك كثيرا * ونذكرك كثيرا * إنك كنت بنا بصيرا**"[3]، كما نبه تعالى إلى العلاقة الأسرية الممتدة التي تشمل الآباء والإخوة والأعمام والعمات والأخوال والخالات...في قوله: "**ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعا أو أشتاتا فإذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تعقلون**".[4]

ونذكر أنه من أهم خصائص الأسرة في الإسلام أنها: علاقة مجمعة كون الإسلام يدعوا إلى الجمع والتآلف، وأنها علاقة إيجابية أيضا لأن الإسلام دين يدعوا إلى التعامل والتواصل والإخاء والمحبة، وهي كذلك علاقة مستمرة في أصلها كونها تقوم على ميثاق غليظ وهو الزواج، كما أنها علاقة بناءة كون الإسلام نهى عن العلاقات السلبية والهدامة والمفرقة وتلك التي تدعوا إلى الانفصالية وقطع الروابط الاجتماعية.[5]

---

[1] عبد الله طرابزون، "مفهوم الأسرة في الإسلام ومكانتها"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 02، الجزائر، 2019، ص 27.

[2] سورة الأحقاف، الآية 15.

[3] سورة طه، الآية 29-35.

[4] سورة النور، الآية 61.

[5] عبد الله طرابزون، المرجع السابق، ص 35-36.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن تكوين الأسرة في الإسلام يكمن وراءه العديد من المقاصد والأهداف، وهي:

- **تنظيم الغرائز الجنسية:** يعتبر تهذيب السلوك الجنسي عند البشر من أكبر مقاصد الزواج وتكوين الأسرة في المجتمعات المسلمة، فالأسرة المبنية على ميثاق الزواج تحصن المرأة والرجل من السلوكيات الجنسية المنحرفة وتضعها في مسارها الحقيقي المشروع.
- **الإنجاب:** إن الهدف الرئيسي من تكوين الأسرة على مر العصور هو إنجاب الأولاد وحفظ النسل واستمرارية الجنس البشري.
- **حفظ الأنساب:** يعتبر حفظ الأنساب من المقاصد الأساسية لتكوين الأسرة عن طريق الزواج كرباط مقدس بين الزوجين، الهدف من ورائه حفظ التسلسل الأسري من جد معروف إلى أب معروف إلى أبناء عرف كل منهما الآخر.
- **حفظ المجتمع من الانحلال الخلقي:** إن بناء الأسرة على قاعدة الزواج في المجتمع الإسلامي يحصن هذا الأخير من جميع الأمراض والآفات والانحرافات التي قد تهدم كيانه.
- **نشر مكارم الأخلاق:** تعمل الأسرة على غرس الأخلاق الحميدة في الأبناء ليكونوا أفراد صالحين في المجتمع مستقبلا.
- **تدريب الإنسان على تحمل المسؤولية:** يهدف الإسلام من وراء بناء الأسرة أيضا إلى تدريب الفرد على تحمل المسؤولية، سواء مسؤوليته هو أو مسؤولية أسرته من زوجة وأولاد وأبوين، وهو ما من شأنه أن يولد روح التعاون والإحساس المشترك الذي يجب أن يلتزم به كل فرد من أفراد الأسرة.
- **تربية الأجيال:** يقع على الأسرة قسط كبير من واجبات التربية الخلقية والوجدانية والدينية لأفرادها في جميع مراحل الحياة، فالأسرة السوية لا تكون إلا بأب وأم وأبناء صالحين، ومن أوجب حقوق الأبناء على الآباء التربية الصالحة.[1]

[1] أكرم رضى (مرسي)، قواعد تكوين البيت المسلم – أسس البناء وسبل التحصيل –، دار التوزيع والنشر الإسلامية، مصر، 2004، ص 63، **لتفاصيل أخرى أنظر**: أسماء بن تركي، المرجع السابق، ص 46-47.

ولتتحقق أهداف الأسرة لابد من دعائم لذلك أوردها الإسلام في العديد من آيات القرآن الكريم ونصوص السنة النبوية، يمكن إجمالها باختصار فيما يأتي:

- تحكيم دين الله في الحقوق والواجبات الأسرية.
- الحب والمودة والرحمة بين أفراد الأسرة.
- التزام كل فرد من أفراد الأسرة بآداب الإسلام وأحكامه وتوجيهاته في علاقاته مع بقية الأفراد.
- التعاون بين أفراد الأسرة وتحمل مسؤولية الحياة المشتركة تحت شعار الإيثار والتضحية.
- تبادل النصح والتشاور والمشاركة في حل المشكلات التي تواجه الأسرة.
- رعاية حدود الله وأوامره وعدم تخطيها أو تجاهلها.[1]

الفقرة الثانية

الأسرة في المواثيق الدولية

لقد سعت الأمم المتحدة منذ انشائها إلى البحث عن أحكام وقوانين تنظم من خلالها الأسرة ودورها في المجتمع، الأمر الذي بدا جليًا في أول وثيقة دولية وضعتها هذه الهيئة وهي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في سنة 1948، حيث عرف الأسرة في المادة السادسة عشر (16) فقرة (03) منه بقوله: "الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة"[2]، كما ورد في الفقرة الأولى من ذات المادة أنه: "للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة"[3]، وهو نفس المضمون الوارد في المادة الثالثة والعشرون (23) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، التي اعتبرت الأسرة أيضا وحدة جماعية طبيعية لها حق التمتع بحماية الدولة والمجتمع، مع التأكيد على كفالة حق الزواج وتكوين أسرة لكل من الرجل والمرأة، وتحقيق المساواة التامة بينهما في ذلك.[4]

---

[1] **للتفصيل في هذه الدعائم أنظر:** إلهام بنت فريج بن سعيد العريضي، المرجع السابق، ص 54 وما بعدها.

[2] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 المؤرخ في 1948/12/10، المتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

[3] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المرجع نفسه.

[4] العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.

أما عن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فقد نص في المادة العاشرة (10) منه على ضرورة التزام الدول بمنح الأسرة أكبر قدر من الحماية والمساعدة منذ انعقاد الزواج، كما أكدت ذات المادة على حق كلا الجنسين في الزواج وتكوين أسرة، وعلى ضرورة أن يتم ذلك بالرضا الكامل للمرأة والرجل دون أي إكراه.[1]

ورغم هذه النصوص إلا أنه يتبين أن هذه الصكوك الدولية العامة لم تعطي الأسرة القدر الكافي من الاهتمام الذي تستحقه، فهي حتى لم تُشر إلى مفهومها الفطري الطبيعي، وإنما تناولت الأسرة كمصطلح مقتطع من سياقه الاجتماعي.

أما عن الصكوك الدولية الخاصة والاقليمية، فقد تناول بعضها الحديث عن الأسرة إما من جهة المفهوم أو من جهة الحماية المقررة لها، فقد ورد في الميثاق الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981 أن الأسرة هي "الخلية الطبيعية الأساسية والأولى وأساسا للمجتمع وقيام الدولة"، وهو ما أشارت إليه المادة الثامنة عشر (18) فقرة (01) من هذا الميثاق، أما الفقرة (02) من ذات المادة فقد ألزمت الدول بحماية الأسرة والسهر على تمكينها من أداء رسالتها كحامية للأخلاقيات والقيم التقليدية التي يعترف بها المجتمع، وأضافت الفقرة (03) الحديث عن المرأة والطفل وتكريس حقوقهما دون أي تمييز، وجاء أيضا في المادة التاسعة والعشرون (29) من ذات الميثاق أنه لابد من الحفاظ على الأسرة وانسجامها والعمل على تماسكها واحترامها.[2]

أما عن الأسرة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، فإن هذه الأخيرة لم تطرق لا إلى مفهوم الأسرة ولا إلى ضرورة حمايتها، واكتفت بذكر الحقوق الأسرة للمرأة فقط، وذلك بموجب المادة السادسة عشر (16) منها.[3]

وبالنسبة للميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 2004/05/22، فنجده تناول الحديث عن الأسرة في مادته الثلاثون (30) التي أكدت على أن الأسرة هي الوحدة الطبيعية والأساسية للمجتمع، والزواج

[1] العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.

[2] الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1981.

[3] **أنظر** المادة (16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، السالفة الذكر.

بين الرجل والمرأة هو أساس تكوينها، وللرجل والمرأة ابتداءً حق التزوج وتأسيس أسرة وفق شروط وأركان الزواج المعتمدة في كل دولة[1]، وما يلاحظ على هذه المادة أنها راعت خصوصية المجتمع العربي المحافظ، خاصة وأن جله مسلمون متمسكون بتعاليم الدين الإسلامي، هذه الأخيرة التي تقدس الزواج وتدعوا إلى الحفاظ على الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع.

وهو ما أكد عليه أيضا الميثاق الإسلامي للأسرة في مادته الرابعة عشر (14) بقوله أن الأسرة كمجموع بشري من ذكر وأنثى هي: "اللبنة الأولى والوحدة الاجتماعية الأساسية للمجتمع، وتتجسد فيها أركان المجتمع ومقوماته البنائية، ومها صغر حجمها أو عدد أفرادها فإنهم يرتبطون بعلاقات عاطفية واجتماعية ومالية، وتنظمهم حقوق وواجبات خاضعة للضوابط والأحكام والشرعية في كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام.[2]

ولعلنا نشير في ذات السياق إلى أن تناول المؤتمرات الدولية والإقليمية الحديث عن الأسرة هو أمر لا يقل أهمية عن تناول الصكوك الدولية لها، خاصة إذا كانت هذه المؤتمرات تضم عدد كبير من الدول المشاركة، وإذا علمنا أيضا أن هذه المؤتمرات عادة ما تصدر في نهاية انعقادها وثيقة توصيات للدول المشاركة فيها تكون هذه الأخيرة ملزمة نوعا ما بتفعيلها.

ومن بين أهم المؤتمرات التي تناولت الحديث عن الأسرة نجد:

- مؤتمر مكسيكو سيتي للمرأة لسنة 1975، والذي حضرته 133 دولة ، والذي كان من بين أهدافه وتوصياته تحقيق التساوي التام بين الجنسين في تكوين الأسرة، وكذا في الحقوق والواجبات التي يكتسبونها نتيجة لذلك.[3]

- المؤتمر الدولي للسكان المنعقد بالمكسيك سنة 1984، هذا المؤتمر تناول الأسرة من الجانب السلبي عكس سابقه، حيث دعا إلى إضعاف دور الأسرة في المجتمع، كما أقر بالأشكال المتعددة للأسرة وخاصة

[1] الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 2004/05/22، والذي دخل حيز التنفيذ في 2008/03/05.

[2] ميثاق الأسرة في الإسلام، **منشور على الرابط:**

www.momahidat.org/uploaded/mawathiq-osra/pdf. 13/11/2020. H 09.00

[3] نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 188-189.

أسرة الجنس الواحد (أسرة المثليين)، ودعا جميع الدول إلى الإقرار بالعلاقات الجنسية خارج نطاق الأسرة، وهو ما يجعل منه مؤتمر للإباحية والانحلال الخلقي بامتياز.[1]

- لينعقد بعد ذلك مؤتمر المستوطنات البشرية عام 1996، هذا المؤتمر عرف جدالا واسعا حول تعريف الأسرة، فالبعض من الدول المشاركة فيه اعتبرت الأسرة هي "الخلية الاجتماعية الأساسية التي يجب تدعيمها"، بينما عرفها البعض الآخر من الدول بأنها "خلية اجتماعية يجب تدعيمها"، حيث رفضت بذلك الدول الغربية إضافة مصطلح "الأساسية" لتعريف الأسرة، وهدفها من ذلك هو جعل مصطلح الأسرة بعدما كان يطلق فقط على الأسرة الطبيعية يُصبح يطلق أيضا على العلاقات غير الشرعية، وافترضت في إطار ذلك استحداث لفظ "الأسرة النمطية" للأسرة الطبيعية، و "الأسرة غير النمطية" للعلاقات الشاذة[2]، وهو ما سبق اقتراحه في مؤتمر القاهرة للسكان عام 1994.[3]

- ومن بين المؤتمرات المهمة أيضا التي تناولت الحديث عن الأسرة نجد مؤتمر بكين الأول لسنة 1995، ومؤتمر بكين الثاني +05 لسنة 2000، حيث تناولا هاذين المؤتمرين الأسرة بمفهوم سلبي، فكرسا المفهوم الغربي للأسرة في أنها تتكون من شخصين حتى لو من نفس الجنس (امرأة وامرأة / رجل ورجل)، كما دعيا إلى تهميش دور الزواج في تكوين الأسرة، والتأكيد على امكانية تشكيلها بعلاقات جنسية ولو دون زواج.[4]

هذا التهميش والقصف الذي طال الأسرة من طرف جل المؤتمرات العلمانية الغربية دفع باتحاد المنظمات الأهلية في العالم الإسلامي إلى عقد مؤتمرين للأسرة قصد مجابهة تداعيات نتائج المؤتمرات الغربية على الأسرة المسلمة، حيث أُنعقد مؤتمر الأسرة الأول في باندونج بإندونيسيا عام 2011، وفيه تم فتح عدد كبير من ورشات العمل على المستوى المحلي والدولي، فتم الجمع بين الخبراء في مجال الأسرة من مناطق مختلفة في العالم الإسلامي، كما أُنعقد المؤتمر الثاني للأسرة في سنة 2015 في إسطنبول بتركيا،

---

[1] نهى (القاطرجي)، المرجع نفسه، ص 177-178.

[2] شكيرين ديلمي، "حماية الأسرة في المواثيق الدولية"، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، الجزائر، مارس 2020، ص 89.

[3] **لتفاصيل أكثر أنظر:** لينا (الطبال)، المرجع السابق، ص 78، **و** نهى (القاطرجي)، المرجع السابق، ص 181.

[4] **لمزيد من التفاصيل أنظر:** خالد مصطفى (فهمي)، حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، د ط، ص 190.

وقد تناول هذا المؤتمر المشاكل التي تواجهها الأسرة في العالم الإسلامي، والحلول المقترحة لذلك، تحت عنوان "الأسرة باعتبارها شبكة تفاعل بين الأفراد في العالم المتغير: الرحمة والاحترام والمجاملة والمشاركة".[1]

وبعد استعراض موقف الصكوك والمؤتمرات الدولية من الأسرة، يمكن القول بأن الاهتمام الدولي بهذا الكيان بات أمرا ايجابيا في نظر بعض الدول والمنظمات الدولية، بينما يتم النظر إليه على أنه تطور سلبي ومهدد لكيان المجتمعات في نظر دول ومنظمات أخرى، حيث نجم عن تدخل المنظمات الدولية في مسائل الأسرة صراع وتجاذب بين الآراء المختلفة حول المسألة، فهناك صراع معلن وآخر خفي بين الأنظمة القانونية الأسرية الداخلية للدول وبين مختلف الصكوك والمؤتمرات الدولية المبرمة والمنعقدة في هذا الشأن، ولعل المستهدف الأكبر من كل ذلك هو الأسرة المسلمة التي لا زالت تقاوم إلى اليوم تداعيات العولمة، ومحاولة الدول الغربية فرض النمط القانوني الخاص بتسيير الأسرة الغربية على الأسرة المسلمة التي لها بالأساس دين وتقاليد ونمط وقواعد تحكمها وتنظمها.

المطلب الثاني

مفهوم قانون الأسرة الجزائري

لدراسة هذا المطلب سيتم تقسيمه إلى فرعين، يخصص الفرع الأول لوضع "تعريف لقانون الأسرة ومواضيعه"، بينما يخصص الفرع الثاني لـ "التطور التاريخي لقانون الأسرة الجزائري".

الفرع الأول

تعريف قانون الأسرة ومواضيعه

سيتم تقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، تأتي الفقرة الأولى بعنوان "تعريف قانون الأسرة"، بينما ترد الفقرة الثانية تحت عنوان "مواضيع قانون الأسرة الجزائري".

الفقرة الأولى

تعريف قانون الأسرة

إن الفرد الصالح هو أساس الأسرة الفاضلة، والأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع الخيّر وأساسه، وحتى لا تسود الفوضى بين أفراد هذه الأسرة، وتنقطع الروابط بينهم، وتسوء أحوالهم بتغلب القوي على الضعيف،

[1] اتحاد المنظمات الأهلية في العالم الإسلامي، **من موقع:**
www.idsb.org/ar/faaliyetl/er/from-idsb/icerik/1415. 13/11/2020. H 11.30

كنا في حاجة طبيعية إلى تشريع يحدد علاقاتهم ومعاملاتهم، ويبين لهم حقوقهم وواجباتهم، ويضع لهم الحدود الفاصلة عند النزاع، وينصف المظلوم من ظالمه مهما كانت صلة القرابة بينهم.

نتيجة لذلك اهتدت كل الدول على اختلاف مشاربها بما فيها الجزائر إلى وضع "قانون للأسرة" والذي يمكن تعريفه بأنه: "تلك النصوص والأحكام والمبادئ التي تتناول الأسرة بالتنظيم بدءًا من تكوينها، مرورًا بقيامها واستقرارها، وانتهاء بتفرقها إن حصل ذلك، وما يترتب عن كل ذلك من آثار تؤدي إلى ارسائها على أسس متينة تكفل ديمومتها وبقائها".[1]

ويمكن أن نعرف قانون الأسرة أيضا باختصار بأنه: "فرع من فروع القانون الخاص، يُعنى بوضع أحكام وقواعد تنظم الأسرة وعلاقات أفرادها فيما بينهم، سواء قبل أو أثناء أو بعد الزواج، وسواء في الحياة أو بعد الممات".

وتجدر الإشارة إلى أن اعطاء تسمية لهذا القانون كان محل جدل فقهي وقانوني كبير، حيث كان البعض يؤيد تسميته بـ "قانون الأسرة"، بينما ينادي البعض بتسميته بـ "قانون الأحوال الشخصية"، على أساس أنه قانون لا يتضمن المسائل الأسرية فقط بل يتضمن أيضا أحوال شخصية للفرد خارج حتى نطاق أسرته، ولتقديم مقاربة بين المصطلحين وتبيان أيهما أصح، نعرف أولا مصطلح "قانون الأحوال الشخصية" مثلما عرفنا سابقا مصطلح "قانون الأسرة".

حيث يعرف قانون الأحوال الشخصية بأنه: "مجموعة القواعد التي تنظم الأوضاع والأوصاف الاجتماعية التي تميز الأفراد عن بعضهم البعض في المجتمع الذي يعيشون فيه، فلهم أسماء يعرفون بها، وأسرة ينتمون إليها، ومحلات يقيمون بها وترتكز فيها مصالحهم، ويفترض القانون أنهم دائمو الوجود فيها".[2]

أو هو: "مجموعة الأحكام التي تنظم وتحمي الأمور التي يتميز بها الإنسان عن غيره، وتلك التي تربطه بعائلته".[3]

---

[1] أسماء بن تركي، المرجع السابق، ص 45.

[2] سمير عبد السيد (تناغو)، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، د ت، د ط، ص 114.

[3] محمد مصطفى (شلبي)، أحكام الأسرة في الإسلام – دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون –، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ط 4، ص 28.

هذا وقد ظهر مصطلح الأحوال الشخصية لأول مرة في نهاية القرن الثاني عشر (12) وبداية القرن الثالث عشر (13) في إيطاليا تحديدا، لينتقل بعد ذلك المصطلح إلى الدول الأوروبية، ثم إلى دول العالم العربي، ولعل أول بلد عربي ظهر فيه هذا المصطلح هو مصر عام 1880، لينتقل المصطلح بعد ذلك إلى سوريا في سنة 1953 وأطلقته على تشريعها المسمى بـ "قانون الأحوال الشخصية"، ثم تونس في سنة 1956 تحت اسم "مجلة الأحوال الشخصية"، ثم إلى المغرب في سنة 1957 تحت مصطلح "مدونة الأحوال الشخصية"، ليتغير في سنة 2004 إلى اسم "مدونة الأسرة المغربية"[1]، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أقرت أغلب دساتير الجزائر مصطلح "الأحوال الشخصية" وأحيانا مصطلح "قانون الأسرة"، فدستور 1976 نص في مادته (151) فقرة (02) على: "تدخل كذلك في مجال القانون: ...2- القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية وقانون الأسرة، وبخاصة الزواج والطلاق والبنوة والأهلية والمواريث"[2]، ونصت المادة (115) فقرة (02) من دستور 1989 على: "ويدخل كذلك في مجال القانون ما يأتي: ...2- القواعد العامة المتعلقة بالأحوال الشخصية وحق الأسرة، لاسيما الزواج والطلاق والبنوة والأهلية والتركات"[3]، والتي تطابقها المادة (122) فقرة (02) من دستور 1996[4]، وتتطابق أيضا مع المادة (140) فقرة (02) من التعديل الدستوري لسنة 2016.[5]

وما يلاحظ أن دستور 1976 هو لوحده من أقر بالمصطلحين معا – قانون الأحوال الشخصية وقانون الأسرة –، أما دساتير 1989 و 1996 و 2016 فلا تقر إلا بقانون الأحوال الشخصية دون قانون الأسرة، بل هي نصت على "حق الأسرة، وبالتالي كان يفترض توحيد المصطلح بين الدستور والقانون للابتعاد عن الفوضى، إما بالأخذ بمصطلح "قانون الأسرة" فيهما معا، أو بمصطلح "قانون الأحوال الشخصية".

---

[1] أحمد رباج، "من الأحوال الشخصية إلى الأسرة – دراسة في المصطلح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي –"، مجلة الصراط، المجلد 21، العدد 02، الجزائر، سبتمبر 2019، ص 296.

[2] دستور الجزائر لسنة 1976، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

[3] دستور الجزائر لسنة 1989، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 09 المؤرخة في 01 مارس 1989.

[4] التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

[5] التعديل الدستوري لسنة 2016، السالف الذكر.

ولكن مع ذلك يبدوا أن مصطلح قانون الأحوال الشخصية كان يقصد به من خلال السياق "قانون الحالة المدنية"، والدليل أن المشرع أورد بعده ذكر عبارة "وحق الأسرة"، والتمايز هنا يقتضي التغاير، ولكن مع ذلك كان لابد على المشرع أن يكون أدق في استعمال المصطلحات بدلا من هذه الفوضى والخروج عن الدستور شكلا واصطلاحا.[1]

مع العلم أن المشرع استعمل مصطلح الأحوال الشخصية ابتداء من سنة 1974 بصدور الأمر 15/74 المتمم للقانون 218/63 المتضمن إنشاء المجلس الأعلى (الذي هو المحكمة العليا حاليا)، حيث نصت المادة (02) منه على أن المجلس يتكون من سبعة (07) غرف ذكرت منها: "غرفة الأحوال الشخصية"[2]، وذلك رغم تسمية القانون بـ "قانون الأسرة".

وبقي هذا الوضع المتناقض إلى غاية سنة 2011، حيث تم تصحيحه بالقانون العضوي رقم 12/11 المتعلق بالمحكمة العليا، الذي غير المصطلح طبقا للمادة (13) منه إلى: "غرفة شؤون الأسرة والمواريث"[3]، وهي التسمية الأصح تماشيا مع تسمية القانون المعتمد في هذه المسائل (قانون الأسرة)، وكذلك تماشيا مع ما هو معمول به من قبل على مستوى المحكمة – قسم شؤون الأسرة –، وعلى مستوى المجلس – غرفة شؤون الأسرة –[4]، غير أننا نعيب على المشرع إضافته لمصطلح "المواريث" لتسمية الغرفة على مستوى المحكمة العليا، فكان يكفي الاكتفاء بمصطلح "غرفة شؤون الأسرة" على اعتبار أن مسائل المواريث داخلة في شؤون الأسرة وليست متميزة عنها، فضلا على أن قانون الأسرة قد تضمن كتابا كاملا للمواريث وهو الكتاب الثالث الذي جاء تحت عنوان "الميراث" من المادة 126 إلى المادة 183 منه.

وعليه كخلاصة نحن نؤيد تسمية المشرع الجزائري لهذا القانون بقانون الأسرة وليس قانون الأحوال الشخصية، لأن المسائل التي ينظمها ويحميها في عمومها هي مسائل أسرية سواء تعلق الأمر بالزواج و

---

[1] أحمد رباج، المرجع السابق، ص 297.

[2] الأمر 15/74 المؤرخ في 12 يوليو 1974، المتمم للقانون رقم 218/63 المؤرخ في 18 يوليو 1963، والمتضمن إنشاء المجلس الأعلى، ج ر عدد 58 المؤرخة في 1974/7/19.

[3] القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 يوليو 2011، الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج ر عدد 42 المؤرخة في 2011/07/31.

[4] القانون العضوي رقم 11/05 المؤرخ في 17 يوليو 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد 51 المؤرخة في 2005/07/20.

الطلاق وتبعاتهم، أو بالمواريث والنيابة الشرعية، وذلك رغم تضمنه بعض الأحوال الخاصة بالفرد خارج إطار أسرته كأحكام الغائب والمفقود والكفالة، ولكن تسمية القوانين تقاس على المسائل العامة التي تتضمنها، أما المسائل الجزئية الشاذة فهي تحفظ ولا يقاس عليها.

الفقرة الثانية

مواضيع قانون الأسرة الجزائري

تضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 الحديث عن كل المسائل ذات الصلة بالأسرة، حيث نظمها بأحكام وقواعد تكفل حقوق جميع أفراد الأسرة، ضمن 224 مادة.

فقد جاء هذا القانون مقسم إلى أربعة (04) كتب، كالآتي:

- **الكتاب الأول:** جاء هذا الكتاب تحت عنوان "الزواج وانحلاله"، وتضمن بابين

– الباب الأول جاء بعنوان "الزواج"، وتضمن خمسة فصول (الفصل الأول: الخطبة والزواج / الفصل الثاني: موانع الزواج / الفصل الثالث: النكاح الفاسد والباطل / الفصل الرابع: حقوق وواجبات الزوجين / الفصل الخامس: النسب).

– الباب الثاني جاء بعنوان "انحلال الزواج"، وتضمن ثلاث فصول (الفصل الأول: الطلاق / الفصل الثاني: آثار الطلاق / الفصل الثالث: النفقة).

- **الكتاب الثاني:** جاء تحت عنوان "النيابة الشرعية"، ولم يقسم هذا الكتاب إلى أبواب، بل جاء مقسم مباشرة إلى فصول وهي سبعة (الفصل الأول: أحكام عامة / الفصل الثاني: الولاية / الفصل الثالث: الوصاية / الفصل الرابع: التقديم / الفصل الخامس: الحجر / الفصل السادس: المفقود والغائب / الفصل السابع: الكفالة).
- **الكتاب الثالث:** تضمن هذا الكتاب مسائل "الميراث"، وجاء أيضا مقسم إلى عشر فصول (الفصل الأول: أحكام عامة / الفصل الثاني: أصناف الورثة / الفصل الثالث: العصبة / الفصل الرابع: أحوال الجد / الفصل الخامس: الحجب / الفصل السادس: العول والرد والدفع / الفصل السابع: التنزيل / الفصل الثامن: الحمل / الفصل التاسع: المسائل الخاصة / الفصل العاشر: قسمة التركات).
- **الكتاب الرابع:** جاء تحت عنوان "التبرعات"، وقد قسم إلى ثلاث فصول (الفصل الأول: الوصية / الفصل الثاني: الهبة / الفصل الثالث: الوقف).

وأضيف لهذا الكتاب فصل رابع لكنه لا يدخل في مسائل التبرعات، بل هو عبارة عن أحكام ختامية من المادة 221 إلى 224 من ق أ ج. [1]

وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون قد أُلحق به المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة (07) مكرر من ق أ ج المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج[2]، كما أُرفق بنموذج عن الشهادة الطبية المُعدة لذلك.

ونشير ختامًا إلى أن المشرع الجزائري حاول من خلال هذا القانون الإلمام بكل المسائل الأسرية، ووضع أحكام وقواعد تنظمها وتحميها، ولكن مع ذلك وتفاديا لأي فراغ تشريعي قد يصادفه القاضي في تطبيقه لهذ القانون نص المشرع في المادة (222) من ق أ ج على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، ولكننا نعيب على المشرع أنه لم يحدد المذهب الذي لابد أن يرجع إليه القاضي في حالة ما إذا عرضت عليه مسألة لم ينظمها ق أ ج، هل يعود للمذهب المالكي أو الحنبلي أو الشافعي أو الحنفي...؟، وبالتالي فإن اختيار القاضي للمذهب في هذه الحالة مرهون بمدى اقتناعه الشخصي بحكم تلك المسألة في ذلك المذهب، وهو ما سينجر عنه في النهاية أحكام قضائية صادرة في نفس البلد وفي نفس الموضوع ولكنها ذات منطوق مختلف، وهو ما من شأنه أن يؤثر سلبا على العمل القضائي، وخصوصا الأمن القانوني والقضائي، وعليه كان من الضروري على المشرع اختيار وتحديد المذهب الذي يعود إليه القاضي في هذه الحالة بنص قانوني، كأن يختار المذهب المالكي مثلا باعتباره المذهب الغالب في العرف القضائي.

الفرع الثاني

التطور التاريخي لقانون الأسرة الجزائري

يمكن تقسيم التطور التاريخي لقانون الأسرة الجزائري إلى مرحلتين أساسيتين وهما: مرحلة قانون الأسرة لسنة 1984 (الفقرة الأولى)، ومرحلة تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 (الفقرة الثانية).

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 ماي 2006، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 31، المؤرخ في 14 ماي 2006.

الفقرة الأولى

مرحلة قانون الأسرة لسنة 1984

قبل صدور هذا القانون وبالتحديد أثناء فترة الاستعمار الفرنسي للجزائر، لم يكن لهذه الأخيرة أي منظومة قانونية حتى في مجال الأسرة، نتيجة لذلك سعت فرنسا في تلك الفترة إلى دمج هذا المجال ضمن ترسانتها القانونية التي زحفت بها على قيم وأعراف المجتمع الجزائري، وتمثلت خاصة في اصدارها لـ:

- قانون 02 ماي 1930 المتعلق بالخطبة وسن الزواج، هذا القانون تضمن عدم امكانية ابرام عقد زواج البنات قبل اتمامهن سن خمسة عشر (15) سنة، وهي خطوة أولى حاول فرنسا من خلالها كسب المرأة الجزائرية إلى صفّها بهذا السند القانوني الذي يبدوا في ظاهره بأنه حماية لها من تعرضها للإجبار على الزواج في سن مبكرة، غير أنه يهدف في الباطن إلى استغلال الثغرات التي تمكنه من الولوج إلى الأسرة الجزائرية شيئا فشيئا بغية السيطرة عليها، وهذا الأمر الذي تفطن إليه المجتمع والمرأة الجزائرية في حينه، وفي الواقع فقد أدى هذا القانون إلى تأزيم وضعية المرأة أكثر، لأنه كلما زادت محاولات تدخل الإدارة الفرنسية في شؤون الأسرة الجزائرية كلما زاد انغلاق المجتمع على نفسه، وأسقط بعض الحقوق عن المرأة بحجة حمايتها باعتبارها رمز الشرف والحياء.[1]
- المرسوم الصادر في سنة 1931 والمتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية.
- الأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 المتعلق بالقضاء الإسلامي.
- قانون 11 جويلية 1957 المتعلق بأحكام المفقود والوصاية والحجر وكيفية اثبات الزواج.
- الأمر الصادر في 17 سبتمبر 1959 المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر.[2]

[1] عتيقة حرايرية ونعيمة طبال، "مراحل وخصائص تطور الأسرة الجزائرية – من أجل فهم وتفسير التحولات الحاصلة –"، مجلة هيرودوت للعلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 06، الجزائر، جوان 2018، ص 19.

[2] **لتفاصيل أكثر أنظر:** دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري – دراسة سوسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005 –، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع القانوني، جامعة الحاج لخضر – باتنة، الجزائر، 2013–2014، ص 66 وما بعدها.

وبعد حصول الجزائر على استقلالها سنة 1962، أبقت بداية على التشريعات الأسرية الصادرة من المستعمر الفرنسي سدا للفراغ التشريعي، وذلك بموجب الأمر الصادر في 31 ديسمبر 1962 الذي نص على ضرورة الاستمرار في العمل بالقوانين الفرنسية ما عدا تلك المخالفة لمبادئ الدولة الجزائرية أو للحقوق والحريات العامة، وبالفعل استمر العمل بكل القوانين والأوامر والمراسيم المذكورة أعلاه.

بعد ذلك بسنوات أصبحت الجزائر قادرة على وضع منظومة قانونية مستقلة، فقامت الدولة الجزائرية بحركة تشريعية هامة لإرساء قواعد دولة عصرية بعيدا عن التبعية القانونية للتشريعات أجنبية، وفي هذا المسار تم إصدار قانون الإجراءات المدنية وقانون العقوبات وقانون الاجراءات الجزائية في سنة 1966، وقانون الحالة المدنية في سنة 1970، والقانون المدني والقانون التجاري في سنة 1975، وغيرها من القوانين، وللعلم فإن السلطة الجزائرية أصدرت بتاريخ 05 يونيو 1973 أمرا يقضي بإلغاء كل القوانين الفرنسية ابتداء من 01 يونيو 1975.[1]

ورغم كل الجهود المبذولة لبناء منظومة قانونية للدولة الجزائرية العصرية، إلا أن تقنين أحكام الأسرة في قانون مستقل متكامل ظل مجال شد وجذب بين تيار الأصالة وتيار الحداثة، فبالرغم من المحاولات العديدة والمتكررة لوضع مشاريع قوانين للأسرة إلا أنها باءت بالفشل.[2]

وخلال ما يزيد عن عشرون (20) سنة من الاستقلال بقيت أحكام الأسرة خاضعة لبعض النصوص المتفرقة ولأحكام المذهب المالكي خصوصا، مع صدور بعض الأحكام التنظيمية منها تنظيم سن الزواج واثبات العلاقة الزوجية بتاريخ 29 جوان 1963، والأوامر الصادرة في 23 جوان 1966 و 22 سبتمبر

---

[1] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ط 04، ج 01، ص 19.

[2] تم وضع مشروع لقانون الأسرة بين سنتي 1963 – 1964 استفاد من قانون العميد **مارسيل موران MARCEL MORAND** لسنة 1916، وأسفرت مناقشته عن مواجهات شديدة بين المحافظين والحداثيين، ثم تم اعتماد مشروع ثان في فيفري 1966، ومشروع ثالث خلال سنوات 1971 و 1973، وكلها باءت بالفشل، وفي سنة 1981 وُضعت مسودة قانون لم تنل إجماع برلمان الحزب الواحد وخرجت بسببها بعض المظاهرات، وهو الأمر الذي أدى إلى سحبها. **أنظر:** نوارة العشي، "تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 11، العدد 02، الجزائر، جوان 2019، ص 311.

1971 الخاصة بكيفية اثبات الزواج، وظل موضوع العمل على ايجاد قانون مستقل للأسرة الجزائرية حل نقاش وجدل واسع واستغرق مدة لم يستغرقها أي قانون غيره.[1]

وفي سنة 1982 تم تشكيل لجنة عكفت على إعداد مشروع لقانون الأسرة، وكانت اللجنة مكونة من أساتذة مختصين في الشريعة الإسلامية وفي العلوم القانونية، إضافة إلى قضاة ومحاميين وممثلين للاتحاد النسائي، عملوا جميعهم على وضع قانون للأسرة الجزائرية يراعي مصالحها ويحفظ كيانها بما يتلاءم ومبادئ التشريع الإسلامي ومقاصده السامية.[2]

وبعد العمل المتواصل انتهت اللجنة إلى وضع صيغة لهذا المشروع الذي عُرض على المجلس الشعبي الوطني في دورته الربيعية لسنة 1984 لمناقشته، وبتاريخ 29 ماي 1984 تبنى المجلس قانون الأسرة هذا وأصبح نافذا في 09 جوان 1984.[3]

وقد كان صدور هذا القانون مكسبا للشعب الجزائري، وإضافة ايجابية في المنظومة القانونية الجزائرية باعتباره قد ملأ الفراغ الذي كان موجود من قبل في مجال تنظيم الأسرة، وأنهى فوضى الأحكام المتضاربة التي عاشها القضاء الجزائري زمنا طويلا في مادة الزواج والطلاق والميراث والتبرعات وآثارهم، وكان خلاله مقيدا بنماذج لأحكام موروثة بعيدة عن الصياغة القانونية، وعليه فقد وحد هذا القانون المرجعية القانونية في هذه المسائل، وذلك بعد سلسلة من المحاولات التشريعية التي لم تحظى بالنجاح.[4]

وبالنسبة للمضمون التشريعي لقانون الأسرة 11/84، فقد اشتمل على 224 مادة جاءت موزعة على أربع (04) كتب:

- **أحكام عامة:** من المادة (01) إلى المادة (03) منه، تضمنت موضوع القانون وتعريف الأسرة ودعائمها.
- **الكتاب الأول:** الزواج وانحلاله من المادة (04) إلى المادة (08).
- **الكتاب الثاني:** النيابة الشرعية من المادة (81) إلى المادة (125).

---

[1] العربي (بلحاج)، المرجع نفسه، ص 19-20.

[2] عبد العزيز (سعد)، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2010، ط 04، ص 11.

[3] القانون 11/84، السالف الذكر.

[4] العربي (بلحاج)، المرجع السابق، ص 21.

- **الكتاب الثالث:** الميراث من المادة (126) إلى المادة (183).
- **الكتاب الرابع:** التبرعات من المادة (184) إلى المادة (220).

لينتهي هذا القانون بأحكام ختامية تضمنتها المواد من (221) إلى (224)، وتضمنت مجال تطبيق القانون، ووجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، وحكم إلغاء كل الأحكام المخالفة لهذا الأخير.[1]

وبخصوص مصادر هذا القانون، فقد ذكر مشروعه التمهيدي الصادر عن مديرية البحث لوزارة العدل أن اللجنة قد اعتمدت على المصادر الأساسية الآتية: القرآن الكريم، السنة النبوية، الإجماع، القياس، الاجتهاد، الفقه على المذاهب الأربعة (وخصوصا مذهب الإمام مالك) وعند غير الأربعة في بعض المسائل، وكذلك على نصوص تشريعية أخرى لدول شقيقة وهي قانون الأسرة المصري والسوري والمغربي والتونسي.[2]

هذا وقد كان من أهم ايجابيات هذا القانون: المرجعية الشرعية له / مجاراته لعرف المجتمع الجزائري / استيعابه لمعظم الأحكام الخاصة بالأسرة.

غير أن هذا القانون ورغم ما يحوزه من إيجابيات إلا أنه لم يسلم من الانتقاد – خصوصا من طرف أنصار التيار الحداثي – وبالتحديد في بعض جزئياته المثيرة للجدل، أهمها: الولاية في الزواج – جعل الطلاق من صلاحيات الرجل لوحده – التعدد للرجل دون قيد...إلخ.[3]

وبذلك أُعتبر قانون الأسرة لسنة 1984 مكسبا ناقصا بنظر الإسلاميين والمحافظين بشكل عام، وكارثة ومأساة بنظر العلمانيين والحداثيين بشكل خاص، هذا التضارب الناشئ حول هذا القانون رفع إلى الواجهة فكرة "ضرورة تعديله"، وهو ما نفصل فيه فيما يأتي.

الفقرة الثانية

مرحلة تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02

[1] القانون 11/84، السالف الذكر.

[2] عبد القادر (حرز الله)، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ط 01، ص 17.

[3] دليلة حمريش، المرجع السابق، ص 79-82.

لقد أثار قانون الأسرة لسنة 1984 جدلا واسعا بين المؤيدين والمعارضين، ظهرت ازاءه ردود أفعال متباينة، يمكن تصنيفها إلى ثلاث اتجاهات:

- اتجاه مؤيد لقانون الأسرة ويرفض تعديله، لأن فتح هذا الباب حسبه قد يؤدي إلى الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل الأسرية.
- اتجاه رافض لقانون الأسرة، وهو على النقيض من الأول حيث يطال بإلغائه جملة وتفصيلا أو تعديله بشكل لا يجعله يقف عقبة أمام تطور العائلة الجزائرية والدولة المدنية، وحجتهم في ذلك أن هذا القانون لا يهتم بكرامة المرأة وانسانيتها، ودعا أصحاب هذا الاتجاه إلى الاقتداء بقانون الأسرة في كل من فرنسا وتركيا وتونس، وهذا الاتجاه تقوده فئة قليلة من المجتمع من أولئك الذين تأثروا بالثقافة الغربية، فأنشئوا النوادي والجمعيات النسوية، وأخذوا ينظمون الاحتجاجات ويطلقون الصيحات بدعم مادي ومعنوي من قوى خارجية.
- اتجاه وسطي معتدل طالب بتعديل قانون الأسرة في إطار الإثراء، لأن التطبيق العملي لنصوصه حسبهم قد أسفر عن وجود عدد من النقائص تعد في نظر القانون إشكالات قانونية بعضها موضوعي والآخر اجرائي، الأمر الذي أثر على الحكم القانوني والحكم الشرعي، وبالتالي فالتعديل حسبهم ضروري لهذا القانون.[1]

هذه المطالب بالتعديل ازدادت حدة مع فتح باب التعددية في دستور 1989، وارتفعت أكثر في تسعينات القرن الماضي مع انضمام الجزائر إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1996[2]، وكذا اتفاقية حقوق الطفل في سنة 1992[3]، غير أن الأزمة السياسية التي عاشتها البلاد خلال العشرية السوداء في تسعينات القرن الماضي جعلت من ملف تعديل قانون الأسرة يتأخر.[4]

---

[1] نوارة العشي، المرجع السابق، ص 297-298.

[2] **أنظر**: الأمر الرئاسي رقم 51/96 المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، السالف الذكر.

[3] **أنظر**: المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 11 ديسمبر 1992، المتضمن مصادقة الجزائر مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، ج ر عدد 91، المؤرخة في 23 ديسمبر 1992.

[4] **لتفاصيل أكثر أنظر**: مصطفى مناصريه، "ثنائية الأصالة والحداثة في قانون الأسرة الجزائري – دراسة حول التعديلات التي تضمنها الأمر 05-02 –"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، الجزائر، يناير 2018، ص 173 وما بعدها.

وبقيت مطالب ومحاولات التعديل المستمرة إلى غاية 26 أكتوبر 2003، حيث قام وزير العدل في هذا التاريخ بناء على قرار رئيس الجمهورية بتشكيل لجنة لمراجعة ق أ الصادر في سنة 1984، وقد تم تكوين هذه اللجنة من (52) عضو من بينهم ممثلون عن الاتجاهات السياسية، وبعضهم يمثلون سلك الجامعة والتعليم العالي، وآخرون يمثلون سلك القضاء.

وقد قامت هذه اللجنة بإدراج عدد من التعديلات، وقدمت تقريرها النهائي حول تعديل قانون الأسرة الجزائري إلى السلطة المعنية، ونظرا لخطورة ملف التعديل فقد لجأت السلطة إلى إصداره في بداية سنة 2005 على شكل أمر رئاسي خلال فترة عطلة البرلمان[1]، وقد سعت السلطة في هذا التعديل إلى تمرير بعض مطالب دعاة التغيير (المؤيدين لنصوص اتفاقية سيداو في هذا الشأن)، مع وضع بعض مقترحات دعاة الإثراء والإبقاء لإرضاء جميع الأطراف.[2]

- **حيث تم إلغاء المواد الآتية:** المادة 12 (عضل الأب ابنته عن الزواج)، المادة 20 (الوكالة في الزواج)، المادتين 38 و 39 (المتعلقتان بحقوق الزوجة لتستبدلا بالمادتين 36 و 37)، المادة 63 (المتعلقة بقيام الأم بشؤون الطفل في حالة غياب أو فقدان الأب وأُستبدلت بالمادة 87 المعدلة).
- **وتم إضافة المواد الآتية:** المادة 03 مكرر (النيابة طرف أصيل في جميع قضايا الأسرة)، المادة 07 مكرر (الفحص الطبي قبل الزواج)، المادة 08 مكرر (طلب الزوجة التطليق في حالة تدليس الزوج في التعدد)، المادة 08 مكرر 01 (فسخ الزواج الجديد قبل الدخول في حالة التعدد إذا لم يحصل الزوج على الترخيص القضائي بذلك)، المادة 09 مكرر (شروط الزواج)، المادة 45 مكرر (التلقيح الاصطناعي)، المادة 53 مكرر (الحكم بالتعويض للمرأة في حالة التطليق)، المادة 57 مكرر (جواز الفصل على وجه الاستعجال في جميع التدابير المؤقتة لاسيما النفقة والحضانة والزيارة والمسكن).

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر

[2] نوارة العشي، المرجع السابق، ص 289.

- **أما المواد المعدلة فهي:** المادة 04 و 05 و 06 و 07 و 08 و 09 و 11 و 13 و 15 و 18 و 19 و 22 و 30 و 31 و 32 و 33 و 36 و 37 و 40 و 48 و 49 و 52 و 53 و 54 و 57 و 64 و 67 و 72 و 87.[1][2]

والدارس لهذه التعديلات يلاحظ أن مرجعها الرئيسي هو المادة السادسة عشر (16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وهو ما يجعل من هذه الاتفاقية السبب الأول وراء هذا التعديل.

هذا ويعتبر تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 هو آخر تعديل شهده هذا القانون إلى يومنا هذا، رغم التلميحات والمطالبات التي طفت إلى السطح بعد سنة 2005 ولمناديه بإضافة تعديل آخر أكثر نجاعة على قانون الأسرة، حيث ذكر رئيس الجمهورية الجزائرية السابق في خطاب له بمناسبة عيد المرأة في 08 مارس 2015 أن: "**قانون الأسرة غير منزه من الثغرات، وعلى الحكومة تكليف لجنة من أهل الاختصاص لمراجعة وتعديل مواد قانون الأسرة لاسيما ذات الصلة بالطلاق خصوصًا، على اعتبار أن نصوصه تحمل عدة تأويلات، وهو ما من شأنه أن يضفي عليها الوضوح والدقة ويسد ثغراتها، ويضمن حماية حقوق الزوجين والأولاد، ويحافظ على استقرار الأسرة الجزائرية، ويساهم في ديمومة مناعة مجتمعنا من الاختلاف والآفات**"، غير أن هذه اللجنة لم تشكل إلى يومنا هذا.

كما جاء في الخطاب نفسه: "**يجب علينا أن نطور تشريعنا الخاص بالأسرة بما يتماشى مع مقتضيات العصر، وكذا مع متطلبات الحداثة بالنسبة للحياة الاجتماعية للمرأة والرجل، ويضمن في كل الأحوال تطابق نظرة المشرع مع شرعنا الحنيف**".

وفي السنة الموالية وبمناسبة عيد المرأة 08 مارس 2016، دعا الرئيس إلى إعادة النظر في تحفظات الجزائر الواردة على اتفاقية سيداو، وذلك لتثمين المكتسبات المحققة من أجل حماية وترقية حقوق المرأة، وقد جاء في الرسالة: "**إنني أوجه دعوة قوية وصريحة للهيئات المؤهلة من أجل إعادة النظر في**

[1] **أنظر** الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] كل هذه المواد سنتعرض لها لاحقا بالتحليل والتفصيل في هذه الدراسة.

تحفظات الجزائر على بعض مواد الاتفاقية الدولية لمحاربة التمييز ضد المرأة...، وإعادة النظر في هذه التحفظات لا يكون إلا في كنف احترام مراجعنا السمحة".[1]

ورغم كل هذه المطالبات إلا أنه لا يوجد أي تعديل آخر لقانون الأسرة إلى يومنا هذا، غير أن كل هذه الإرهاصات تنبئ أن المستقبل سيسفر عن تعديل آخر لقانون الأسرة.

[1] http//www.djazairess.com/akhbarelyoum/139479. 23/11/2020. H 13.34

لتفاصيل أكثر أنظر: نوارة العشي، المرجع السابق، ص 301، و دليلة حمريش، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها.

في ختام هذا الفصل التمهيدي توصلنا إلى أن هيئة الأمم المتحدة قد نجحت في إقرار اتفاقية دولية شاملة، من شأنها تفعيل المساواة بين الجنسين، والقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، وقد تحقق ذلك في سنة 1979 بإصدار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي دخلت حيز النفاذ في سنة 1981، وذلك بعد أن وقعت عليها عشرون **(20)** دولة، ليستمر بعد ذلك انضمام دول العالم لها، لتصبح اليوم من أكثر الاتفاقيات الدولية المتخصصة مصادقةً وانضمامًا.

هذا وقد أقرت الجزائر مصادقتها على هذه الاتفاقية في سنة 1996، لكن بتحفظ على بعض المواد التي تتعارض حسبها مع مبادئ الدين الإسلامي، وأعراف المجتمع، وعادات الأسرة الجزائرية وتركيبتها، وقوانين الدولة، وهو ما انجر عنه ادخال تعديل جوهري على قانون الأسرة 11/84 وذلك بموجب الأمر 02/05، والدارس لهذا التعديل يلاحظ أن مرجعه الرئيسي هو المادة (16) من اتفاقية سيداو، وما يؤكد ذلك أيضا هو نص الجزائر في كل تقاريرها المرفوعة إلى لجنة الاتفاقية على أنها تنوي وتعمل على إدخال أحكام الاتفاقية بما في ذلك المساواة بين الجنسين في كل القوانين بما في ذلك قانون الأسرة، وهو ما يوضح انتهاج المشرع الجزائري لسياسة "**الخطوة بخطوة**" في ادخال هذه التعديلات، وهو الأمر الذي يتضح بتفصيل أكثر في أبواب هذه الأطروحة كما سيأتي ذكره.

الباب الأول

انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الزواج وآثاره

الباب الاول

انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الزواج وآثاره

إن الزواج هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، فقد وصفه تعالى بالميثاق الغليظ، ونظرا لأهمية هذا العقد، وحفاظا على خصوصيته وتميزه حاول المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة تنظيمه تنظيما سليمًا ومحكمًا، سواءً من خلال قانون الأسرة القديم لسنة 1984، أو من خلال التعديل الجديد لسنة 2005، هذا الأخير الذي مس عدة مواد وأحكام ترجمت رغبة المشرع في تكييف هذا القانون بما يتجاوب مع اتفاقية سيداو، والتي تنص المادة السادسة عشر (16) منها على: "**تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية...**".

ومن هنا يجدر بنا التساؤل عن **مدى انعكاس اتفاقية سيداو على أحكام الزواج وآثاره، لاسيما في مسائل الخطبة وركن الزواج وشروطه والاشتراط في عقد الزواج والصحة الانجابية والحقوق المالية وغير المالية للزوجين؟**

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نخصص الفصل الأول لدراسة "انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الزواج"، بينما نخصص الفصل الثاني لتبيان "انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على آثار الزواج".

الفصل الأول

انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الزواج

اعتبرت اتفاقية سيداو حقوق المرأة عند ابرام عقد الزواج من أهم الحقوق التي ينبغي حمايتها وتكريسها، وهو ما أسهبت في تفصيله بموجب المادة السادسة عشر (16) منها، ونظرا للطابع الإلزامي لهذه الاتفاقية ترتب على مصادقة الجزائر عليها تبعات قانونية تمثلت خصوصًا في ضرورة ادراج هذه الحقوق ضمن العملية التشريعية الوطنية، وبالفعل تم ذلك، فبتعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 تم إضافة وتعديل العديد من المواد الماسة بحقوق المرأة عند ابرام عقد الزواج، وضرورة مساواتها مع الرجل في ذلك.

ومن هذا المنطلق يطرح الإشكال الآتي: ما مدى التزام المشرع الجزائري في قانون الأسرة بأحكام اتفاقية سيداو فيما يتعلق بحقوق المرأة عند إبرام عقد الزواج واثناءه؟

وهو ما سيتم التطرق إليه بالدراسة ضمن هذا الفصل، وذلك بتقسيم مضمونه إلى مبحثين، يخصص المبحث الأول لدراسة "انعكاسات الاتفاقية على مقدمات الزواج"، في حين يخصص المبحث الثاني "لانعكاسات الاتفاقية على ركن الزواج وشروطه".

المبحث الأول

انعكاسات الاتفاقية على مقدمات الزواج

لكون الزواج ميثاق غليظ، فهو ليس كسائر العقود، لذلك فقد أسهب التشريع الإسلامي وكذا التشريع الوضعي في حمايته وتبيان أحكامه، وقد زادت العناية به وذلك بأن جُعلت له مجموعة من المقدمات تسمى في مجملها بالخطبة، هذه الأخيرة تأثرت أحكامها في التشريع الأسري الجزائري بمجموعة من المتغيرات كان أهمها اتفاقية سيداو، هذا ما سنوضحه بتقسيم مضمون هذا المبحث إلى مطلبين، يأتي المطلب الأول تحت عنوان "في أحكام الخطبة"، في حين يوسم المطلب الثاني بعنوان "في آثار العدول عن الخطبة".

المطلب الأول

في أحكام الخطبة

تثير الخطبة كواقعة قانونية تسبق عقد الزواج مجموعة من الإشكالات، منها ما يتعلق بمفهومها، ومنها ما يتعلق بتساوي الرجل والمرأة فيها، وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الفرع الأول لتبيان "مفهوم الخطبة"، في حين يخصص الفرع الثاني لدراسة مسألة "إقرار التساوي بين الجنسين في إعلان الخطبة بموجب اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري".

الفرع الأول

مفهوم الخطبة

إن الحديث عن الخطبة كمرحلة تسبق عقد الزواج، والبحث عن مدى تساوي الجنسين خلال هذه المرحلة، لا يتأتى إلا بتوضيح مفهوم الخطبة، وفي سبيل ذلك نقسم هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "تعريف الخطبة وحكمها"، في حين نخصص الفقرة الثانية لـ "شروط صحة الخطبة".

الفقرة الأولى

تعريف الخطبة وحكمها

تعد عملية للتفاوض (Négociation)، أو المرحلة سابقة على ابرام العقد (Période Pré / contractuelle)، من أهم مراحل التعاقد وأكثرها خطورة على الإطلاق، لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد، ولما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة[1]، طالما أنها فترة استكشافية وُضعت بغرض تحسُس المصلحة، وجس النبض، وتكوين فكرة شاملة عن المتعاقد الآخر وأساسيات العقد، وتزداد هذه المرحلة أهمية إذا كانت سابقة على عقد الزواج.[2]

---

[1] العربي (بلحاج)، المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، د ط، ص 11.

[2] **الزواج لغة:** يعني الاقتران والاختلاط، فيقال زوج الشيء بالشيء أي قرنه وخلطه به.

أما اصطلاحًا: فهو "عقد يفيد حل العشرة بين الزوجين"، أو هو "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعًا لتكوين أسرة وايجاد نسل بينهما".

أما قانونا: فقد عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 04 من قانون الأسرة بقوله: "**الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**"،

فالخطبة لغة: بضم الخاء تعني التكلم والإلقاء، يقال خطب الناس وفيهم وعليهم خطابة وخُطبة، أي ألقى عليهم خطبة، أما الخطبة بكسر الخاء فتعني طلب النكاح، فيقال خطب فلان فلانة أي طلبها من أهلها للزواج، واختطبوا فلان أي دعوا إلى تزويج صاحبهم.[1]

أما اصطلاحًا: فالخطبة هي "طلب التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"[2]، أو هي إظهار الرجل أو المرأة رغبته إلى الطرف الآخر في الارتباط به بموجب عقد زواج شرعي".[3]

أما شرعًا: فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الخطبة، لكنه اختلاف في المصطلحات فقط، لا في المعاني.[4]

أنظر: أحمد محمد علي (داود)، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ط01، ص 26-28، **لمزيد من التفاصيل أنظر:** زبير مصطفى (حسين)، الطبيعة القانونية لعقد الزواج – دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني –، دار الكتب القانونية، مصر، د ت، ط01، ص 40، **و** العربي (بلحاج)، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ط01، ص 72-73، **و** عبد القادر (داودي)، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، د ط، ص 18-19، **و** محمد (سمارة)، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ط01، ص 21-22.

[1] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ط 03، ص 362.

[2] محمد (أبو زهرة)، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، د ت، ط 01، ص 28.

[3] بدران أبو العينين (بدران)، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967، د ط، ص 69، **لمزيد من التفاصيل أنظر:** أحمد (آباش)، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ط 01، ص 29.

[4] عرف المالكية الخطبة بأنها "التماس التزوج والمحاولة عليه"، أما الشافعية فعرفوها بأنها "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"، بينما عرفها الحنابلة بأنها "خطبة الرجل المرأة لينكحها"، أما الحنفية فقد اختصروا الخطبة في قولهم هي "طلب التزويج"، **أنظر:** محمد الأمين (ابن عابدين)، حاشية رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1979، د ط، ص 08، **و** الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمدين عبد الرحمان (المغربي)، مواهب الجليل لشرح مختصر الشيخ خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ج 03، ط 03، ص 407، **و** محمد الخطيب (الشربيني)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت، ج 03، د ط، ص 183، **و** أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، د ط، ص 567.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الخطبة في المادة الخامسة (05) من قانون الأسرة بقوله: "**الخطبة وعد بالزواج**"[1]، والملاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا مفصلاً ودقيقًا للخطبة، بل هو بيان للطبيعة القانونية لها أكثر من كونه تعريف، وهذا على عكس التشريعات المقارنة التي عرفت الخطبة بنوع من التفصيل أكثر.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن الخطبة وحتى الفاتحة ليستا زواجًا، إنما هما مقدمات للزواج، وليستا كذلك ركنا من أركانه، ولا شرطًا من شروطه، ولهذا التمييز أهمية كبيرة لما يترتب عن ذلك من مشاكل وآثار سلبية تمس الأهداف التي يتوخاها المجتمع والمشرع من الخطبة والزواج، فالخطبة من مقدمات الزواج وقد شرعها الله تعالى قبل الارتباط بعقد الزوجية ليعرف كل من الزوجين صاحبه، ويكون الإقدام على الزواج مبني على هدى وبصيرة، أما الفاتحة فهي للتبرك ليس إلا[3]، وهو ما أقره المشرع الجزائري صراحة بموجب المادة السادسة (06) من قانون الأسرة بقوله: "**إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجًا**".[4]

أما عن حكم الخطبة فقد اعتبرها فقهاء الشريعة الإسلامية مستحبة ومندوبة وليست واجبة، ولا يترتب عنها أي حكم شرعي أو فقهي، لأنها مجرد مرحلة للتعارف والتآلف، ولا تُنشأ أي حق من الحقوق الزوجية الناشئة عن العقد الصحيح المكتمل، فقال الخرشي من المالكية: "**تستحب الخطبة**"، وقال الماوردي من

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] عرف قانون الأحوال الشخصية السوداني الخطبة في المادة السابعة (07) منه بأنها: "**وعد بالزواج في المستقبل ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا والجاري به عرفًا معتبر به شرعًا**"، وعرفها قانون الأحوال الشخصية المغربي في الفصل الثاني منه بأنها: "**وعد بالزواج وليست زواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرى به العرف والعادة من تبادل هدايا**"، وعرفها مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية بموجب مادته الحادي عشر (11) بأنها: "**طلب التزويج والوعد به، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا**"، **أنظر**: جميل فخري محمد (جانم)، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون المقارن، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ط 01، ص 12.

[3] محمد درفوف، "المرجعية الفقهية المعاصرة للخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المعيار، المجلد 06، العدد 01، جوان 2018، ص 03، **لتفاصيل أخرى أنظر**: ليلى جمعي، "ضبط حقيقة الزواج بالفاتحة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 13، العدد 17، نوفمبر 2012، ص 265 وما بعدها.

[4] الأمر 02/05، السالف الذكر.

الشافعية: "**اعلم أن خطبة النكاح سنة مستحبة وليست واجبة**"، وقال النووي أيضًا: "**يستحب أن يخطب قبل العقد**".

فالخطبة في الشرع إذًا سنة مستحبة ولا تصل إلى درجة الوجوب والإلزام، إلا أن بعض فقهاء الظاهرية اعتبروها واجبة، كما نقل الماوردي عنهم: "**وقال داود أنها واجبة، وأنها عمل مقبول، وقد اتفق عليه أهل العصور، في جميع الأمصار، فكان اجماعًا لا يسوغ مخالفته**".

وما استدل به جمهور الفقهاء من استحباب الخطبة هو قوله تعالى: "**فانكحوهن بإذن أهلهن**"، فجعل تعالى الإذن شرطًا دون الخطبة وهو دليل ندبها دون وجوبها.[1]

فيما رأى جانب آخر من الفقه أن الخطبة لا حكم مستقل لها، بل هي تابعة للنكاح من حيث الحكم، فإن سن في حق النكاح سنت، وإن كُره كُرهت، وإذا وجب وجبت، لأن المسائل تُعطى حكم المقاعد.[2]

الفقرة الثانية

شروط صحة الخطبة

الخطبة مستحبة فقط، ومنه يجوز ابرام عقد الزواج بدونها، ولكن إذا تم تضمينها في مقدمات هذا العقد فلابد حينها أن تكون صحيحة، وحتى تكون كذلك لابد أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط، وهي كالآتي:

- **الاتفاق بين الخطيبين:**

يشترط لصحة الخطبة أن يكون هناك اتفاق بين الخطيبين على ابرامها كتمهيد لعقد الزواج، ولكن لم يحدد لا الشرع ولا القانون سن معينة يصح بعدها الاتفاق على الخطبة ويبطل ذلك قبلها، سواءً كان ذلك في الخاطب أو في المخطوبة، وعليه يبقى الأصل في الخطبة هو الإطلاق الذي تتبناه الشريعة الإسلامية، أي

---

[1] محمد باوني، "الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعًا وقانونًا – دراسة مقارنة –"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 19، العدد 01، الجزائر، 2004، ص 63-64، **لتفاصيل أخرى أنظر:** محمد رشيد بوغزالة، "طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون –"، مجلة البحوث والدراسات، عدد 08، جوان 2009، الجزائر، ص 42-43.

[2] محمد (محدة)، الخطبة والزواج مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، د ن، الجزائر، 1994، ج 01، ط 02، ص 10.

عدم تحديد سن معينة للخطبة، وهذا عكس الزواج الذي لابد أن يبرم بعد السن المحددة وإلا كان قابلاً للإبطال.

والاتفاق على الخطبة قد يكون إما بصورة صريحة أو تعريضيه، فالأولى تكون بعبارة صريحة في طلب الزواج كقول الخاطب مثلا إلى ولي المخطوبة "**أرغب في خطبة ابنتك**"، أما الثانية فهي تتم بعبارة فضفاضة يفهم منها أكثر من معنى، كأن يقول الخاطب لولي المخطوبة "**أرغب في التقرب منك**".[1]

- **عدم وجود مانع يحول دون الزواج:**

ومعنى ذلك أن تكون المخطوبة ممن تحل شرعًا للخاطب، أي لا تكون من محارمه المحرمة عنه تحريمًا مؤبدًا كالبنت والأخت والعمة والخالة...إلخ، أو تكون محرمة عنه تحريمًا مؤقتًا كزوجة الغير أو المعتدة من طلاق أو الجمع بين الأختين، والحكمة من ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال كما هو معلوم، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة إلى الحرام حرام أيضًا.[2]

- **أن لا تكون المرأة مخطوبة للغير خطبة شرعية:**

لأن في خطبتها بهذه الصورة اعتداء على حق الخاطب الأول وإيذاء له لورود النهي عن ذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: "**المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر**". **رواه مسلم في صحيحه**

ومخطوبة الغير كما هو معلوم إذا تقدم أحد لخطبتها إما أن تكون موافقة على الخطبة، أو رافضة لها، أو تسكت عنها.

فإذا وافقت على الخطبة فلا يحق لخاطب آخر أن يتقدم إلى خطبتها وهو يعلم أنها مخطوبة من الغير، وإن رفضت الخطبة صراحةً جاز لأي خاطب أن يتقدم لخطبتها لزوال المانع بالرفض، أما إذا سكتت ولم يوجد ما يدل على صريح القبول، ولا صريح الرفض، فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فالشافعية أباحوا ذلك في قولهم "**لهم جواز خطبتها**"، لأن السكوت حسبهم يعتبر رفض ضمني، ولأنه مع ترددها لم يثبت للخاطب الأول حق حتى تعتبر الخطبة الثانية إيذاءً له، أما المالكية والحنفية فيرون أنه في هذه الحالة لا يجوز

---

[1] الغوثي (بن ملحة)، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ط 03، ص 21-22.

[2] الرشيد بن شويخ، "الخطبة في الزواج – دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء –"، مجلة كلية العلوم الإسلامية– الصراط–، العدد 14، ديسمبر 2006، الجزائر، ص 105.

للخاطب الثاني أن يتقدم لخطبتها، لأن سكوتها لا يدل على الرفض، فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول فقط، وتقدم الخاطب الثاني لها قد يمنعها من استمرارها في التحري، فيكون في هذا التقدم اعتداء وتشويش على حق الخاطب الأول.

وإذا حصلت الخطبة على الخطبة فإن مذهب الجمهور هو جواز العقد، لأن المنع هو منع ديانى وليس قضائي أو قانوني، أي يكون الإثم على صاحبه.[1]

وقد أدرج جانب آخر من الفقه شروط أخرى لصحة الخطبة، وهي شروط مختلف فيها، منها: تقييد النظر إلى المخطوبة، وعدم جواز الخلو بها.[2]

الفرع الثاني

اقرار التساوي بين الجنسين في إعلان الخطبة بموجب اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري

إن ما استقر عليه العرف المجتمعي في الجزائر هو أن إعلان الخطبة والتقدم بها يكون من طرف الرجل الخاطب، وهو ما اعتبره البعض عرف تمييزي ضد المرأة، وقد كان لاتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري رأي مخالف في ذلك، وهو ما سنوضحه بتقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لدراسة المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة بموجب اتفاقية سيداو، فيما نخصص الفقرة الثانية لموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة.

الفقرة الأولى

المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة بموجب اتفاقية سيداو

تنص المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (أ) من اتفاقية سيداو على: "**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: (أ) نفس الحق في عقد الزواج**".[3]

---

[1] محمد (أبو زهرة)، المرجع السابق، ص 28.

[2] **لتفاصيل أكثر أنظر:** نذير حمادو، "طبيعة الخطبة وتكييفها في الفقه الإسلامي"، مجلة المعيار، المجلد 08، العدد 16، الجزائر، 2008، ص 92-95.

[3] **أنظر:** اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، المرجع السابق.

وطبقًا لهذا النص تُلزم جميع الدول الأطراف في الاتفاقية منها في الجزائر بأن تمنح المرأة بموجب قوانينها الداخلية المتعلقة بالأسرة والأحوال الشخصية نفس الحق مع الرجل في عقد الزواج، وهذا الأخير هو حق عام كما هو واضح، ينطوي على عدة حقوق فرعية أسهبت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في تفصيلها في توصياتها المتكررة، ومن أهمها المساواة المطلقة بين الجنسين في كل ما له علاقة بالمرحلة التمهيدية لعقد الزواج وهي الخطبة، خاصة من حيث الإعلان عنها، إذ من حق المرأة المبادرة لخطبة الرجل مثلما يملك هذا الأخير هذا الحق، فلها أن تعرض عليه الزواج منها متى كانت لها رغبة فيه.

وما تفطنت إليه الاتفاقية كذلك أن أمر كهذا قد يتصادم مع أعراف راسخة لسنوات طويلة في المجتمعات، وهو ما يخلق صعوبة لإنفاذ هذه البنود في هذه المجتمعات، وعليه قد ألزمت الاتفاقية الدول بتفعيل هذا الحق، وأيضا بتغيير العادات والأعراف المجتمعية والأنماط الثقافية التي من شأنها حرمان المرأة من أي حق وارد في السيداو، وهذا طبقًا للمادة الخامسة (05) فقرة (أ) منها.[1]

الفقرة الثانية

موقف المشرع الجزائري من المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة

قبل الحديث عن موقف المشرع الجزائري من المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة بموجب قانون الأسرة، لابد أن نشير أولاً إلى أن العرف في الجزائر يُعدم مسألة كهذه، فقد جرت العادة على أن الخطبة يبادر بها الرجل فيسمى خاطبًا وتسمى المرأة مخطوبة، ويجد هذا العرف مصدره في التركيبة الطبيعية التي خلق الله عليها كلا الجنسين، حيث جاءت غريزة الرجل في شكل حاجة وطلب، بينما جاءت غريزة المرأة على شكل استجابة، وعليه فقد جُبلت المرأة على الحياء، وهو الأمر الذي يمنعها من التقدم إلى الرجل بعواطفها وإن كانت مريدة له وراغبة فيه.

وفي نفس السياق يشير عباس محمود العقاد إلى أن حياء المرأة الذي تتلقاه من الطبيعة يردعها عن مفاتحة الرجل بدوافعها العاطفية أو الجنسية، وتنتظر المفاتحة من جانبه، وإن سبقته إلى الحب والرغبة، فهي

---

[1] تنص المادة الخامسة (05) فقرة (أ) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي: (أ) تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على اعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة**".

تنتظر ولا تتقدم، ومنه فالأنثى خلقت للقبول والتقبل، لا إلى الابتداء والإرغام، والسر في هذا أن تزويد الأنثى بوظيفة الابتداء والإرغام هو عبث ومضيعة لغاية النوع البشري.[1]

ومن النادر جدًا أن نجد في البلاد الإسلامية عرف مجتمعي مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، غير أن هذا العرف جاء كذلك، فالإسلام يجيز تقدم المرأة للخطبة، وتكرس المساواة المطلقة بين الجنسين في الإعلان عنها، والأدلة على ذلك كثيرة، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: "**وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين**"[2]، أي يحل لك –أيها النبي– المرأة المؤمنة إذا وهبت نفسها لك وعرضت عليك الارتباط بها أن تتزوجها إن شئت ذلك، وكذلك قوله تعالى: "**قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك وما أريد أن أشق عليك ستجدني إن شاء الله من الصالحين**"[3]، وهي قصة وردت في القرآن الكريم حول زواج النبي موسى من ابنة النبي شعيب – عليهما السلام – حيث بادر شعيب بخطبة موسى لابنته مقابل أن يرعى ماشيته لثمانية (08) أعوام.

أما من السنة المطهرة، ففي صحيح البخاري يوجد باب كامل بعنوان "**عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح**"، فعن أنس رضي الله عنه قال: "**جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تعرض عليه نفسها فقالت: يا رسول الله ألك بي حاجة؟ فقالت بنت أنس ما أقل حياءها وسوأتاها وسوأتاه، قال: هي خير منك، رغبت في النبي صلى الله عليه وسلم فعرضت عليه نفسها**".[4]

---

[1] عباس محمود (العقاد)، المرأة في القرآن، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2008، ط 06، ص 28، **نقلاً عن:** محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 66.

[2] سورة الأحزاب، الآية 50.

[3] سورة القصص، الآية 27.

[4] أبو عبد الله اسماعيل (البخاري)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، المشهور بصحيح البخاري –باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح–، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، 1979، ط 01، حديث رقم 4828، ص 1456.

وعليه فشرعًا عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح للزواج لا يتنافى مع حياءها، ولا ينقص من كرامتها، ولا يمتهن من شرفها، بل إن الرجل الصالح يحفظ للمرأة حياءها، ويزيد من كرامتها وشرفها ولا يجعلها مبتذلة بين الناس.[1]

وتجدر الملاحظة إلى أن إعلان المرأة الخطبة قد تبادر به شخصيا وبنفسها، فتتقدم للرجل وتعرض عليه الزواج منها، أو تقوم بذلك عن طريق توكيل شخص آخر ينوبها في ذلك، كما فعلت أم المؤمنين خديجة بنت خويلد – رضي الله عنها– عندما أرسلت صديقتها نفيسة بنت منية إلى الرسول صلى الله عليه وسلم لتعرض عليه أن يتزوج بخديجة، فوافق الرسول صلى الله عليه وسلم وتم الزواج بها.[2]

وعليه فرغم أن الشريعة الإسلامية تحقق المساواة بين الجنسين في الإعلان عن الخطبة وتعطي للمرأة الحق في عرض نفسها على الرجل الصالح للزواج، إلا أن المجتمع يرفض مسألة كهذه رفضًا تامًا وهذا الأمر راجع إلى عدة أسباب منها:

- سريان العادة على أن الرجل هو من يختار المرأة ويتقدم لخطبتها.
- كرامة المرأة لا تسمح لها بالمبادرة بالخطبة.
- حياء المرأة في المجتمعات المحافظة يمنعها من عرض نفسها على الرجل للزواج.
- خوف المرأة من أن يُعيرها زوجها بعد الزواج بأنها هي من سعت وراءه.
- خلق أزمة نفسية عند المرأة إن لم تلقى القبول من الرجل.[3]

وبعد استعراض رأي الشرع والعرف من مسألة المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة، نأتي لاستعراض موقف المشرع الجزائري من ذات المسألة، حيث أن هذا الأخير سار على نفس منهج الشريعة الإسلامية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وخالف بذلك الأعراف المجتمعية، بحيث لم يمنع المرأة من التقدم لخطبة الرجل وعرض نفسها عليه، وبالتالي فقد ساوى بين الجنسين في إعلان الخطبة، وهو ما تم استنتاجه من عمومية نص المادة الخامسة (05) من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أن

---

[1] سمية بوكايس، "مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 02، العدد 02، الجزائر، جوان 2018، ص 328.

[2] جميل فخري محمد (جانم)، المرجع السابق، ص 176–177.

[3] سمية بوكايس، المرجع نفسه، ص 329.

الخطبة وعد بالزواج دون أن تحدد الطرف الذي يعطي هذا الوعد، فهو لم يقل "الخطبة وعد بالزواج يصدر من الرجل"، هذا من جهة، أمّا من جهة أخرى فنجد المادة 222 قانون أسرة تنص على: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"[1]، وعليه فحتى ولو اعتبرنا أن مسألة المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة هي مسألة مسكوت عنها قانونًا. فإنه وطبقًا للمادة 222 ق أ ج نعود للبحث عن حكمها في أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة كما أسلفنا الذكر حققت المساواة المطلقة بين الجنسين في ذلك، ومنحت المرأة صراحةً الحق في خطبة الرجل وعرض نفسها عليه وذلك بأدلة من القرآن والسنة.

وتجدر الإشارة في سياق متصل أن موقف المشرع الجزائري هذا من مسألة المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة، هو ليس موقف مستحدث بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، بل تبناه المشرع الجزائري حتى بموجب قانون الأسرة 11/84، أي من قبل مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1996، وبالتالي لم يكن لهذه المصادقة في هذه المسألة دور سوى أنها أصبحت تلزم المشرع الجزائري بالبقاء على موقفه هذا الذي يكرس المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة وعدم الحياد عنه مستقبلا.

ونشير إلى أن تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 02/05 مسّ أيضًا المواد المتعلقة بالخطبة، رغم أن التعديل فيها كان تعديل هيكلي أكثر منه تعديل في المضمون، فأصبحت أحكام الخطبة بموجب هذا التعديل منصوص عليها ضمن القسم الأول **–في الخطبة–**، من الفصل الأول **–الخطبة والزواج–**، من الباب الأول **–الزواج–**، من الكتاب الأول **–الزواج وانحلاله–**، وذلك بموجب المادتان الخامسة (05) والسادسة (06) منه[2]، ويبدوا أن تبويب هذا القانون بعد التعديل جاء ممنهجًا ومفصلاً أكثر وفق المراحل التي يخطوها عقد الزواج، بدايةً من الخطبة إلى البناء، وهذا عكس قانون الأسرة 11/84 الذي كان ينص على الخطبة ضمن الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول تحت عنوان **–الزواج وانحلاله: الزواج**

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

والخطبة–[1]، دون افراد قسم خاص بالخطبة كما ورد في تعديل 02/05، وهو ما يجعل هذا الأخير أكثر دقة من سابقه.

وهذا التعديل صحيح أنه كان تعديل هيكلي في مجمله، ولكنه تضمن كذلك بعض التعديلات التي مست الموضوع فيما يتعلق بالخطبة، فكلا المادتان (05) و (06) تم تعديلهما بالأمر 02/05، فأصبح نص المادة الخامسة (05) على النحو الآتي: "**الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة، إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته**".[2]، وما يلاحظ أن هذه المادة كانت قبل تعديلها أي في ظل القانون 11/84 ذات تقصير مخل، وقد فعل المشرع الجزائري حسنًا بتعديلها على هذا النحو، حيث كان نصها كالآتي: "**الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك**".[3]

ومن ثم أمكن لنا حصر التعديلات الواردة على هذه المادة في ثلاث أمور وهي:

- إضافة لفظ **يجوز** العدول عن الخطبة، وكلمة الجواز لم تكن مذكورة قبل التعديل.
- كما أضاف المشرع بعد التعديل كلمة **من المخطوبة** لتوضيح الطرف المعني بالاسترداد وفق هذه المادة وهي المخطوبة لا غيرها، وهو ما يساعد في تحديد أطراف النزاع إن وقع مستقبلاً.
- وأضيف كذلك بعد التعديل عبارة "**وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته**"، وهو الأمر الذي كان مسكوت عنه في ظل القانون 11/84، وهو ما كان يثير اشكالات عديدة في الساحة القضائية أنداك.

---

[1] القانون 11/84، السالف الذكر.

[2] الأمر 02/05، المرجع السابق.

[3] القانون 11/84، المرجع نفسه.

أما بالنسبة للمادة السادسة (06) فقد تغير صياغتها بموجب تعديل 02/05، وأصبحت أكثر تفصيلا ودقة، فجاء نصها كالآتي: "**إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجًا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون**"[1]، هذه المادة كان نصها قبل التعديل على النحو الآتي: "**يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة (05) أعلاه**".[2]، هذا التعديل كما هو واضح تعلق بثلاثة أمور وهي:

- إضافة فقرة "**لا يعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة زواجًا**"، وهو ما فصل صراحة الجدل الذي كان قائم حول هذه المسألة مسبقًا.
- إضافة فقرة ثانية كاستثناء على الفقرة الأولى تعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة زواجا بشرط أن يتم ذلك في مجلس العقد، مع توافر ركن الرضا وشروط الزواج المحددة بموجب المادة 09 مكرر ق أ ألا وهي: أهلية الزواج– الصداق– الولي– الشاهدان– انعدام الموانع الشرعية للزواج.[3]
- أيضا تم حذف عبارة "**يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة...**"، لعدم أهميتها بعد تعديل هذه المادة.

غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري في تعديله لأحكام الخطبة بموجب الأمر 02/05 هو إدراجه للمادة الرابعة (04) التي تعرف الزواج وتحدد أهدافه ضمن القسم الأول الذي تضمن أحكام الخطبة وجاء تحت عنوان **– في الخطبة –**، وهو أمر لا يتماشى والترتيب المنطقي والموضوعي لمواد هذا القانون، حيث كان من الأجدر أن تدرج هذه المادة ضمن القسم الثاني الذي جاء تحت عنوان **– في الزواج –** وذلك قبل المادة السابعة (07) التي تحدثت عن أهلية الزواج.

المطلب الثاني

في العدول عن الخطبة

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] القانون 11/84، السالف الذكر.

[3] أنظر المادة 09 مكرر من الأمر 02/05، السالف الذكر.

إن الحديث عن مسألة تحقيق المساواة بين الجنسين في آثار العدول عن الخطبة، يقتضي بداية معرفة ما إذا كان جائز العدول عن هذه الخطبة بالأساس أم لا، هذا ما نوضحه بتقسيم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة مسألة "جواز العدول عن الخطبة"، في حين نخصص الفرع الثاني لمسألة "إلغاء التفاضل بين الجنسين في آثار العدول عن الخطبة".

الفرع الأول

جواز العدول عن الخطبة

لما كانت الخطبة مقدمة لعقد الزواج، فقد اهتم فقهاء الشرع والقانون بتكييفها وتحديد طبيعتها، فاختلفوا بين من اعتبرها عقد لا يجوز العدول عنه إلا باتفاق أطرافه، وبين من اعتبرها مجرد وعد يجوز العدول عنه، ولتبيان أي الرأيين كان أقرب للصحة تم تقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، تأتي الفقرة الأولى تحت عنوان "الخطبة عقد لا يجوز العدول عنه"، في حين تأتي الفقرة الثانية موسومة بعنوان "الخطبة وعد يجوز العدول عنه".

الفقرة الأولى

الخطبة عقد لا يجوز العدول عنه

يرى جانب من الفقه أن الخطبة كتمهيد لعقد الزواج هي في حد ذاتها عقد، وكأنها عقد تمهيدي لعقد أصلي، لأن المراكنة بين الخطيبين، وما يدور بينهما من ايجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد[1]، ويقولون بأن العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخصان فأكثر بالقيام بعمل ما أو بعدم القيام بأي عمل[2]، وهو ما يتحقق في الخطبة، طالما أنها تستوفي كل شروط العقد ومتطلباته، وذلك كون الخطبة أيضًا تُنشأ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها، ففيها يصدر ايجاب مقترن بقبول على الوعد بالزواج، وبذلك تعد ارتباط قانوني يستند إلى

[1] محمد (محدة)، المرجع السابق، ص 42.

[2] **أنظر**: المادة 54 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 44، المؤرخة في 26 يونيو 2005.

عقد قائم[1]، ومنه لا يجوز العدول عنها بالإرادة المنفردة لأحد طرفيها، بل لابد أن يكون العدول باتفاق الأطراف، وإلا جاز للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء عدم وفاء الطرف الآخر بالتزامه العقدي، والمتمثل في اتمام ابرام عقد الزواج النهائي.

وقد اعتمد هذا الرأي على نوعين من الأسس والأسانيد، أحدهما تاريخي والثاني قانوني.

فالأساس التاريخي هو أن الخطبة تعتبر تقليد قديم تعود أصوله ونشأته إلى ما قبل النظم القانونية الرومانية، ويضاف إلى هذا أيضًا أن القانون الكنسي كان يعتبر الخطبة عقد ملزم.

أما الأساس القانوني فينطلقون فيه من أن العقد هو اتفاق يلتزم بوجبه شخصان فأكثر بالقيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام به، وبالتالي فحتى كل الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها، وهو الأساس المستمد حسبهم من المادتين 1101 و 1134 من القانون المدني الفرنسي.[2]

وبعد تحليل هذا الرأي يتبين لنا جليًا أنه رأي مجانب للصواب، فلا يمكن اعتبار الخطبة عقد لازم لا يجوز العدول عنه، لأن الخطبة هي مقدمة لعقد الزواج، والزواج نصف الدين، ولا إكراه في الدين، وهو الرأي الذي اتبعه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وأغلب التشريعات الوضعية، وهو ما نوضحه فيما يأتي.

الفقرة الثانية

الخطبة وعد يجوز العدول عنه

الرأي الراجح في الفقه الإسلامي والقانوني أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد، وإنما هي مجرد وعد بالزواج، لأن الشخص حر في اختيار شريك حياته دون ضغط أو اكراه، ومنه يجوز لأي من الخطيبين العدول عن الخطبة في أي مرحلة كانت عليها طالما قد نشأت لديه الرغبة في ذلك، فالخطبة كتمهيد للزواج لا تحوز على الصيغة الإلزامية ولا القيمة القانونية، حيث لا تزيد عن كونها التزامًا أدبيًا لا غير، وعليه

[1] حاج أحمد عبد الله، "العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر – دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري –"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 04، الجزائر، يناير 2012، ص 176-177.

[2] محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 60.

فعدول أحد الطرفين عنها لا يعد بذلك خارقًا لاتفاق قانوني قام بينه وبين المعدول عنه، لكون هذا الوعد لا أثر قانوني له[1]، فكفالة حرية الاختيار لكل من الشريكين في المستقبل هي من متطلبات النظام العام.

كما أسس جانب من هذا الرأي قوله على القانون المدني الفرنسي، حينما اعتبروا أن هذا الأخير لم ينظم مسألة الخطبة بالبيان والتوضيح مطلقًا، ولو كانت عقد لنظمها، ومنه فأساس الزواج هو الرضا والاختيار والحرية، وأن الخطبة هي مجرد مقدمة من مقدماته، ليست لها قوة العقد، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بأنه: "**الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وكذا قبول وتبادل الهدايا، أما في حكم الأخلاق فلا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده، ويرجع في عزمه، إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملحة تبرر نقض وعده**".[2]

وعليه فالخطبة لا يمكن أن توصف بأنها عقد بأي حال من الأحوال، وعلى اختلاف الأسانيد في ذلك، وحيث لا عقد فلا إلزام ولا التزام، لأنه لو اعتبرت الخطبة عقد ملزم بإجراء عقد الزواج مستقبلاً لفقدت وظيفتها، والغاية من أصل تشريعها، لأنها ما شرعت إلا ضمانًا كافيًا لحرية الزواج، لا للالتزام به، ولا للإكراه عليه، كي لا يُفاجأ أي من المتواعدين بالتزوج بمن لا يطمئن إليه، وعليه فتكييفها الفقهي الصحيح مستمد من غايتها، وأيضًا لو كانت الخطبة مُنشأة للالتزام بإجراء عقد الزواج الموعود به لفقد هذا العقد نفسه أساس انعقاده وهو التراضي فيغدوا باطلاً ولا تترتب عليه آثار العقد الصحيح، وعلى هذا فالخطبة ليست جزء من عقد الزواج، ولا ركنًا فيه، ولا شرطًا لانعقاده، أو نفاذه، أو لزومه، وحتى أن عقد الزواج لو تم دون خطبة من أساسها لكان صحيحًا، وتترتب عليه كافة آثاره[3]، وعليه فاعتبار الخطبة مجرد وعد بالزواج هو الرأي الصائب لأن الفشل في الخطبة والعدول عنها خير من الفشل في الزواج لخطورة آثار ذلك، ومن هنا يستقيم منطق التشريع ويتسق.

غير أن أنصار هذا الرأي وإن اتفقوا على المبدأ وهو اعتبار الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست عقد، فهم قد اختلفوا في تفصيل ذلك، فالبعض منهم اعتبر أن الخطبة صحيح أنها مجرد وعد بالزواج ولكنها وعد

---

[1] محمد (محدة)، المرجع السابق، ص 46.

[2] **نقلاً عن:** العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –وفقًا لآخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا –، د م ج، الجزائر، 2012، ط 06، ص 52.

[3] نذير حمادو، المرجع السابق، ص 90.

ملزم، والبعض الآخر اعتبر الخطبة وعد غير ملزم، يجوز لأي من الخطيبين العدول عنها متى شاء وكيفما شاء.

فبالنسبة للاتجاه الأول فقد اعتبر الخطبة وعد بالزواج ملزم، لا يجوز العدول عنه إلا لعذر ومسوغ حقيقي وكافي، وذلك لقوله تعالى: "**يا أيها الذين آمنوا لما تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون**"[1]، وقال القرطبي: "إن الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر"، وعليه فالوفاء بالوعد بين الخاطب والمخطوبة لازم، خاصة إذا تواعدا وركنا وتبادلا الهدايا، فلا يخلف أحدهما وعده بالخطبة إلا لعذر قاهر، لأن الغاية الأسمى في مثل هذه الوعود هو ما بعد الوفاء بالوعد، وذلك بإبرام الزواج الذي يحصن الزوجان، ويكون أسرة[2]، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "**آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان**".[3]

وعليه فالوفاء بالوعد واجب ديانةً وخلقًا ومروءة، لقوله تعالى: "**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا**"[4]، إلا إذا ثمة مسوغ قوي يقتضي العدول، فهنا يكون العدول جائز مع إثم صاحبه، وعليه فالوفاء بوعد الزواج هو التزام يحفظ الكرامة من أن تهدر، والمشاعر من أن تمس، ويمنع الشبهات من أن تثور، ويحمي السمعة من أن تنال منها الأقاويل.

أما البعض الآخر من مؤيدي موقف أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، ذهبوا إلى القول بأن الخطبة هي وعد غير ملزم، يجوز لكلا الطرفين العدول عنها، دون أن يلزم العادل بتعويض المعدول عنه عن العدول إلا إذا ترتب له ضرر من ذلك هنا ينشأ حقه في التعويض، ولو تم العدول دون قيد أو شرط أو سبب فهو جائر، فلا يمكن أن يكره شخص على الزواج بمن لا ترتضيه نفسه لما لذلك من أثر قوي متوقع في نقض عرى الزوجية التي من المفروض أن تتأكد وتتقوى وتستمر، تحقيقا لمقاصدها الانسانية والاجتماعية، وعدم لزوم هذا الوعد استدل عليه أنصار هذا الرأي بقوله صلى الله عليه وسلم: "**من وعد منكم رجلا عدة ومن نيته أن**

---

[1] سورة الصف، الآية 2- 3.

[2] بلقاسم (شتوان)، الخطبة والزواج في الفقه المالكي – دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري –، دار الغجر للطباعة والنشر، الجزائر، د ت، ص 43.

[3] أبو عبد الله اسماعيل (البخاري)، المرجع السابق، ص 20.

[4] سورة الإسراء، الآية 34.

يفي بذلك فلم يفي لموعده فلا إثم عليه"، وقياسًا على ذلك فالوعد بالخطبة غير لازم مطلقًا[1]، كما قال الإمام مالك: "**فأما الوعد مثل أن يسأل الرجل رجل أن يهب له الهبة فيقول له نعم، ثم يبدوا له أن لا يفعل، فما أرى ذلك يلزمه**".[2]

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من كل هذه الاشكالات الفقهية، فقد عبر عنه صراحة بموجب المادة (05) فقرة (01) و (02) من قانون الأسرة بقوله: "**الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها**"[3]، وعليه فقد اعتبر المشرع الخطبة وعد بالزواج وليست عقد، وهي وعد غير ملزم كذلك يجوز العدول عنه، مسايرا في ذلك جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

وأول ما يلاحظ على هذه الفقرات هو استعمال المشرع لفظ **الوعد** في صياغته القانونية، هذا المصطلح وإن قلت أهميته من الناحية الفقهية، فهو يكتسي أهمية كبرى من الناحية القانونية، فالقانون يقوم على المصطلحات كما هو معروف، ومصطلح الوعد له دلالة في النظرية العامة للعقد في القانون المدني الجزائري اعتبار هذا الأخير هو الشريعة العامة، وذلك من خلال نص المادة 72 منه التي تنص على: "**إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما تعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد**"، ويتضح من خلال نص هذه المادة أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد، وهو على صورتين:

- **الصورة الأولى:** أن يكون العقد المراد ابرامه في المستقبل من العقود الشكلية، وهنا تطلب القانون أن يكون الوعد المنصب عليه شكلي أيضًا، وإلا يكون له أثر، بمعنى لا يعتد به قانونًا.
- **الصورة الثانية:** أن يكون العقد المراد ابرامه في المستقبل من العقود الرضائية التي لا تتطلب افراغها في شكل رسمي، في هذه الحالة يكون الوعد به ملزم لصاحبه، إذ يتوجب عليه البقاء على وعده إلى حين انتهاء الأجل، فإذا انتهى الأجل ولم يعلن الموعود له عن رغبته في اتمام العقد النهائي جاز للواعد الرجوع عن الوعد، أما قبل انتهاء الأجل فلا يجوز له ذلك إلا بموافقة الطرف الموعود له.

---

[1] محمد رشيد بوغزالة، المرجع السابق، ص 42.

[2] بلقاسم (شتوان)، المرجع السابق، ص 43.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

أما قانون الأسرة فيبدوا أنه خالف هذه القاعدة المقررة في القانون المدني، فمن جهة اعتبر الخطبة وعد بالزواج، ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

وتطبيق النصوص القانونية بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، لأن توحيد المصطلحات القانونية في القوانين هي مسألة مهمة جدا من الناحية التطبيقية القضائية.

لهذا كان لابد على المشرع الجزائري أن يعدل قانون الأسرة في هذه الجزئية، وذلك بإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد، مع تحقيق ذات الغرض المقصود، مثل استبدال لفظ **الوعد** بلفظ **تمهيد** ليصبح النص على النحو الآتي: "**الخطبة تمهيد للزواج، ولكل طرف العدول عنها**"[1]، هذا اللفظ من شأنه أن يحقق المقصود من جهة في اعتبار الخطبة مجرد مرحلة تمهيدية للزواج، أو مقدمة من مقدماته فقط، ومن جهة أخرى فإن استعمال هذا اللفظ يؤدي إلى القول بأنه ما دامت الخطبة مجرد تمهيد فإنه لا إلزام ولا التزام فيها، إذ يحق لكل طرف العدول عنها، وبهذا يزول التناقض الموجود بين النصين.[2]

كما قد يزول التناقض حتى لو أبقى المشرع على مصطلح الوعد لكن بإضافة مصطلح غير لازم، بهذا تتميز الخطبة كوعد بالزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري عن الوعد بالتعاقد عموما طبقا لأحكام القانون المدني، فتصبح المادة (05) من ق أ ج كالآتي: "**الخطبة وعد بالزواج غير لازم**".

الفرع الثاني

إلغاء التفاضل بين الجنسين في آثار العدول عن الخطبة

الخطبة ليست عقد ولا تتمتع بأي قوة إلزامية، وإنما هي مجرد وعد بالزواج – كما سبق بيانه –، وبالتالي يجوز العدول عن هذا الوعد، والرجوع فيه، والتخلي نهائيًا عن مشروع الزواج، الأمر الذي تترتب عنه مجموعة من الآثار، يهمنا كثيرا معرفة مدى تحقيق المشرع الجزائري للمساواة بين الجنسين في العدول عن الخطبة في حد ذاته، وفي آثار ذلك اعمالا لمبادئ السيداو، الأمر الذي يدفعنا إلى تقسيم مضمون هذا

---

[1] الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 108-109.

[2] ويبدوا أن استخدام مصطلح **الوعد** للدلالة على الخطبة ليس منهج المشرع الجزائري وحده، فنجد كذلك المادة 02 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية تنص على: "**الخطبة وعد بالزواج وليست زواج**"، والمادة 02 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975، تنص على: "**الخطبة وعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا**".

الفرع إلى ثلاث فقرات، نخصص الفقرة الأولى لدراسة "المساواة بين الجنسين في حق العدول عن الخطبة"، في حين نخصص الفقرة الثانية "للمساواة بين الجنسين في التعويض عن ضرر العدول"، أما الفقرة الأخيرة تخصص "للمساواة بين الجنسين في رد الهدايا".

الفقرة الأولى

المساواة بين الجنسين في حق العدول عن الخطبة

أكدت المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (أ) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على حق هذه الأخيرة في المساواة مع الرجل في كل ما له علاقة بعقد الزواج، بما في ذلك مقدماته وهي الخطبة، هذه الأخيرة يكون للمرأة الحق في إعلانها كما أسلفنا الذكر، كما يكون لها الحق كذلك في العدول والتراجع عنها، وإلغاء مشروع الزواج، مثلما يملك الرجل هذا الحق بالضبط، فلا يمكن بأي حال من الأحوال إجبار المرأة على اتمام زواج لا رغبة لها فيه، مهما كان الدافع والمسوغ.

وهو ما انعكس على موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة –باعتبار الجزائر طرف في هذه الاتفاقية– وذلك بأن عبر صراحة على تبني المساواة المطلقة بين الجنسين في حق العدول عن الخطبة، وهذا بموجب المادة (05) فقرة (02) ق أ ج التي تنص على: "**يجوز للطرفين العدول عن الخطبة**"[1]، أي للخاطب الرجل والمخطوبة المرأة على حد سواء.

وقد وافق القضاء الجزائري المشرع في ذلك معتبرا أن العدول عن الخطبة حق لكلا الطرفين حيث جاء في بعض أحكامه: "**من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها...**".[2]

وعليه فالقانون والقضاء الجزائريين لم يتركا مجالاً للشك في كون المرأة لها نفس الحق مع الرجل في العدول عن الخطبة، وبدون أي فرق أو تمييز، وتبعًا لذلك يجوز للمخطوبة الرجوع في الخطبة ورفض إتمام الزواج النهائي دون أي قيد أو شرط، وبإرادتها المنفردة، وحتى دون الرجوع إلى الطرف الآخر وهو الخاطب

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 81129، المؤرخ في 1992/03/17، م ق عدد 02 لسنة 1992، **وأنظر أيضا:** القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 56097، المؤرخ في 1989/12/25، م ق عد 01 لسنة 1999، **و أيضا** القرار الصادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 39065، المؤرخ في 1985/12/20، م ق عد 01 لسنة 1986.

وطلب رضائه في ذلك، كون هذا الحق الممنوح لها منصوص عليه صراحةً بموجب نص في القانون، ولا اجتهاد مع صراحة النص.

الفقرة الثانية

المساواة في التعويض عن ضرر العدول

مثلما منحت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بموجب مادتها السادسة عشر (16) فقرة (01) (أ) ، وقانون الأسرة الجزائري بموجب مادته الخامسة (05) فقرة (02) للمرأة نفس الحق مع الرجل في العدول عن الخطبة وإلغاء مشروع الزواج، فإنهما أوجبا كذلك على الطرف العادل سواءً كان الخاطب أو المخطوبة أن يقوم بتعويض الطرف المعدول عنه عن الضرر الذي قد يصيبه جراء هذا العدول، سواءً كان ضرر مادي أو معنوي، وبذلك تحققت المساواة بين الجنسين في هذه المسألة ولكن بوجهها السلبي المتمثل في المساواة في الواجبات والأعباء، فقد نص المشرع الجزائري على ذلك صراحةً في المادة الخامسة (05) فقرة (03) بقوله: "**إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**".[1]

وإذا كانت هذه المسألة محسومة قانونا، فعلى المستوى الفقهي اختلفت الرؤى والاتجاهات فيها، فكان للفقهاء المعاصرين ثلاث نظريات حولها وهي كالآتي:

- **النظرية الأولى:** لكل من طرف من طرفي الخطبة أن يفسخ هذه الأخيرة وقت ما يشاء، ولا مسؤولية عليه إطلاقًا، ولا يلزم بالتعويض عن ذلك أبدًا، لأن العدول حق له، ولا يُلزم أي شخص بتعويض الغير عن استعمال حقه، وممن يرى ذلك: الشيخ محمد بخيت المطيعي، د. عبد الكريم زيدان، د. عمر الأشقر.[2]
- **النظرية الثانية:** حق العدول كفعل مجرد لا تترتب عليه أي مسؤولية، غير أنه إذا صاحب هذا العدول أفعال أخرى ضارة نتيجة التغرير من العادل، نشأت المسؤولية والتعويض عن هذا الفعل الضار المقترن بالعدول، وذلك كأن أغراها بالاستقالة من وظيفتها بعد أن أكد لها أنه مقدم على الزواج بها ثم عدل

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] رائف محمد النعيم، "التنظير الفقهي لضرر العدول عن الخطبة – دراسة مقصديه في ضوء الشريعة والقانون الليبي –"، مجلة المعارف، المجلد 04، العدد 06، الجزائر، 2009، ص 187-188.

عن ذلك، أو حثها على شراء جهاز البيت وزين لها ذلك بعد أن طمأنها بإبرام العقد ثم جاء بعد ذلك بأقوال مختلفة ليبرر هذا العدول فأضر بها ضررًا بليغًا.

هذا الرأي يتبعه غالبية فقهاء الشريعة والقانون منهم: العلامة محمد أبو زهرة، والسنهوري، والزحيلي، وغيرهم.

- **النظرية الثالثة:** إن العدول إذا أدى إلى إلحاق ضرر بالطرف الآخر – ولو مجردًا عما يلابسه من أفعال ضارة – يوجب المسؤولية والتعويض عن الأضرار المادية والأدبية الناجمة عنه.

ويتزعم هذا الرأي: الشيخ محمد شلتوت، د. فتحي الدريني، الشيخ مصطفى السباعي، وغيرهم[1].[2]

وما يلاحظ من خلال تأصيلنا لهذه النظريات الفقهية، أنه حتى فقهاء الشريعة الإسلامية لم يكن اختلافهم حول المساواة بين الجنسين في التعويض عن ضرر العدول، بل أقاموا هذه المساواة وبصورة مطلقة، وذلك تأسيسًا على تبنيهم المساواة بين الجنسين في حق العدول عن الخطبة من أساسه، وإنما كان خلافهم حول امكانية التعويض عن هذا العدول من عدمها كما أسلفنا تفصيله.

ونحن نرى أن الرأي الراجح هو أن الطرف العادل لا يلزم بالتعويض على العدول كفعل مادي في حد ذاته، بل يلزم بذلك في حالة واحدة، وهي إذا ترتب عن هذا العدول ضرر مادي أو أدبي، لأن الشرع وحتى القانون لا يحمي حقًا إلا بقدر ما يلتزم صاحبه بالغرض الذي شرع من أجله، وتظل هذه الحماية مبسوطة ما دام صاحب الحق يستعمله على الوجه الذي من شأنه أن يحقق غايته، ولا ينحرف عنها، وإلا كان عابثًا، والعبث غير جائز، وهو ما يستوجب المساءلة إذا نجم الضرر، وهذا الكلام مثلما ينطبق على الرجل فهو

---

[1] رائف محمد النعيم، المرجع نفسه، ص 188.

[2] وما يلاحظ أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا لهذه المسألة، لأنها لم تقع في عصرهم، وذلك لعدة أسباب أهمها قوة الوازع الديني واتباع الاجراءات التي حددتها الشريعة الإسلامية، والحالات المطروحة اليوم لم تنشأ إلا نتيجة الأعراف والعادات الجديدة التي انحرف فيها الناس عن تعاليم الإسلام، حيث طغت المظاهر على حياة الناس، إذ أصبحت المرأة تطالب بجهاز خاص، وبمراسيم للخطبة، أو خروج الفتاة مع الفتى بدعوى التعارف، وفي هذا يقول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: "**تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من فجور**"، نقلا عن: الطيب شتوح، "تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 01، عدد 02، الجزائر، مارس 2020، ص 340، و سعاد سطحي، "التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة"، مجلة المعيار، المجلد 06، العدد 12، الجزائر، ديسمبر 2006، ص 02.

ينطبق كذلك على المرأة دون أي تفرقة أو تمييز، وقد بُني هذا القول على قاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية، وهي: "**لا ضرر ولا ضرار**".

وتجدر الملاحظة إلى أن الضرر الناجم عن العدول قد يأخذ عدة حالات، منها: التعويض عن الضرر الناجم عن التعسف في استعمال حق العدول، التعويض عن تطويل مدة الخطبة من طرف العادل، التعويض عن الضرر الذي يصيب أحد الخطيبين بسبب ما قام به من أعمال تحضيرية ثم فوجئ بالعدول، التعويض عن الضرر الناجم عن أفعال جانبية متزامنة مع العدول.[1]

وتفصيلاً في موقف المشرع الجزائري الذي وضحه بموجب المادة الخامسة (05) فقرة (03) ق أ ج التي تنص على: "**إذ ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**"[2]، فإنه يتبين أن المشرع قد حقق المساواة بين الجنسين في الحصول على تعويض عن الضرر الذي قد يصيب أحدهما جرّاء عدول الطرف الآخر عن الخطبة، وهذا من خلال استخدامه لعبارة "**أحد الطرفين**"، مع منح القاضي السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض من عدمه، سواءً كان هذا التعويض ناتج عن ضرر مادي[3] أو معنوي.[4]

ورغم هذه المساواة التامة التي حققها المشرع الجزائري في هذه المسألة، إلا أنه يعاب عليه من ناحية أخرى أنه لم يفرق بين العادل والمتسبب في العدول، أي أنه يمكن أن يعدل أحد الطرفين إلا أن هذا العدول يكون ناتج عن فعل الطرف الآخر، وبالتالي هو المتسبب فيه، وهو الأمر الذي يحدث فارقا في العدول أو في التعويض عنه، إذ لابد من إعادة صياغة المادة الخامسة (05) فقرة (03) على النحو الذي يجعل الخطيبين متساويين أيضا في مسألة التعويض عن العدول الذي تسبب فيه أحدهما، كأن يأتي النص كما

---

[1] الطيب شتوح، المرجع السابق، ص 73-75-76-77، **أنظر أيضا:** محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 67-68-69، **و** الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 111.

[2] هذا وقد كان المشرع المغربي أكثر دقة عند تنظيمه لهاته الجزئية من المشرع الجزائري، حيث جاء في المادة السابعة (07) من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "**مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه التعويض غير أنه إذا صدر من أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض**".

[3] **المقصود بالضرر المادي قانونا هو:** "الأذى الذي يصيب الشخص في ذمته المالية".

[4] **أما الضرر المعنوي فهو:** "ما يعتري الشخص معنويا كخدش شعوره أو كرامته أو شرفه أو سمعته أو عاطفته، وهذا طبقا للمادة 182 مكرر قانون مدني ج"، **لتفاصيل أكثر أنظر:** محمد رشيد بوغزالة، المرجع السابق، ص 46-47.

يلي: "**يجوز للقاضي تعويض أحد الطرفين عن الضرر المادي والمعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة، إلا أنه لا يجوز الحكم بالتعويض إذا كان طالبه هو المتسبب في هذا العدول**".

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

كما أن المشرع الجزائري قد قصر كذلك عند عدم تحديده لأنواع الضرر الموجب للتعويض، وكان الأجدر بالمشرع تقييد إطلاق المادة الخامسة (05) فقرة (03) ق أ ج فيما يخص خاصة الضرر المعنوي، وذلك بعدم مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية والآداب والأخلاق العامة، والسبب في ذلك راجع إلى الانحلال الخلقي والاجتماعي الذي أصبحت تمارس فيه أفعال وسلوكيات بعيدة جدًا عن الإسلام، وعن عاداتنا وتقاليدنا، كمسألة الاختلاط وخروج الخطيبين دون محرم ودون قيود وحدود وكأنهما متزوجين، الأمر الذي نتج عنه آثار سلبية على المجتمع، وعلى الأسرة بالأخص.[1]

يتضح كذلك في ذات السياق أن المشرع الجزائري لم يبين الأساس القانوني الذي استند عليه في تقرير الحكم بالتعويض، حيث جاءت المادة غامضة، إذ المشرع اكتفى فيها بالقول أنه إذا ترتب عن العدول ضرر لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، هذا الغموض كان سببًا في اختلاف شراح القانون حول الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض، حيث رأى البعض أن التعويض عن الضرر المترتب عن العدول يقوم على المسؤولية التقصيرية التي أساسها القانون المدني، مستندا هذا الرأي في ذلك إلى قرار صادر بتاريخ 1966/11/03 عن مجلس قضاء مستغانم، الذي كيف الحصول على التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لكن هذا القرار جاء في المرحلة التي قررت فيها الحكومة الجزائرية الاستمرار بالعمل بالقوانين الفرنسية وهو ما ينقص من حجية هذا الرأي، بينما ذهب رأي آخر إلى القول بأن الأساس القانوني الذي يستند إليه الحكم بالتعويض في مسألة العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال الحق وليست المسؤولية التقصيرية، فالعدول عن الخطبة هو حق مقرر شرعا وقانونا، يجوز لصاحبه استعماله متى شاء، ولا يجوز إلزامه بالتعويض إعمالا للقاعدة الفقهية التي مفادها "**الجواز ينافي الضمان**"، لكن استثناء على هذه القاعدة فإن طلب الحكم بالتعويض عن الضرر يصبح مشروعا إذا رافق

[1] الطيب شتوح، المرجع السابق، ص 343.

العدول عن الخطبة ظروف أخرى من شأنها إحداث ضرر للمعدول عنه، هذه الأفعال هي التي تستوجب الضمان فقط لأنها أصبحت من قبيل التعسف في استعمال الحق.[1]

ونشير أيضا إلى أن المشرع الجزائري في المادة الخامسة (05) فقرة (03) ق أ ج ذكر استحقاق الطرف المتضرر من العدول للتعويض، ولكنه لم يحدد مقدار هذا العوض، كما أنه استبعد تماما فكرة أن يتفق الخطيبان على مقدار معين للتعويض، وإلا لما تم اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة، وعليه فإن تقدير التعويض عن العدول عن الخطبة سيكون قضائيا بالضرورة، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بعد اثبات الطرف المتضرر للضرر الذي أصابه بكافة وسائل الإثبات، وهذا الأمر يزداد صعوبة في حالة الضرر المعنوي، غير أن القاضي يحتكم في تقديره للتعويض إلى عدة معايير منها: ظروف العدول – ظروف العادل والمعدول عنه، جسامة الخطأ – درجة الضرر – سوء النية ...إلخ.

وهو نفس الأمر بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فلم يتحدثوا عن مقدار هذا التعويض، ولا عن الطريقة التي يتم تقديره بها.

الفقرة الثالثة

المساواة في رد الهدايا

قد يقوم الخاطب بتقديم هدايا وهبات لخطيبته تقوية للصلات وتأكيدًا للعلاقات الجديدة، هذا وقد تقوم الخطيبة بنفس الشيء من أجل التعبير لخطيبها عن محبتها واحترامها له.

إلا أن العدول عن الخطبة سواءً كان من الخاطب أو المخطوبة تنتج عنه اشكالية استرجاع هذه الهدايا من عدمها خاصة إذا كانت ثمينة أو باهظة الثمن.

فالهدية اصطلاحًا هي: "نوع من أنواع الهبة، يتم تقديمها على وجه الإكراه والتودد والمكافأة".[2]

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي فقد اختلف الفقهاء حول مسألة استرجاع الهدايا على النحو الآتي:

- ذهب الحنفية إلى القول بأن الهدايا التي يقدمها أحد الخطيبين للآخر تأخذ حكم الهبة، وهي قد تكون لازالت قائمة، أو هلكت، أو استهلكت، فإذا كانت الهدية لازالت قائمة فللخاطب الحق في استردادها كالخاتم والساعة والعقد وغيرها، أما إذا هلكت الهدية أو استهلكت فليس له الحق في المطالبة ببدلها أو قيمتها، ولا

[1] الطيب شتوح، المرجع السابق، ص 344.

[2] جميل فخري محمد (جانم)، المرجع السابق، ص 211.

فرق عندهم في أن يكون العدول عن الخطبة من الرجل أو المرأة، وهم يحتكمون في قولهم هذا لقاعدة "**جواز الرجوع في الهبة إلا لمانع**"، وهذه الموانع سبعة وهي: موت أحد المتعاقدين – أخذ عوض عن الهبة – خروج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له – قيام الزوجية عند الهبة أو بعدها – وجود قرابة المحرمية بين الواهب والموهوب له – هلاك الشيء الموهوب – الزيادة المتصلة التي يستحيل فصلها عن الشيء الموهوب.[1]

- أما المالكية فقد فرقوا بين رجوع الخاطب ورجوع المخطوبة، فإذا كان الرجوع من الخاطب لم يسترد شيئا مما أهداه، أما إذا كان من المخطوبة، كان للخاطب أن يسترد ما قدم من هدايا، فيأخذ عينها إذا كانت قائمة، ويأخذ بدلها إذا هلكت أو استهلكت، ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بغير ذلك[2]، وهو الرأي الذي يتبناه المشرع الجزائري في مسألة رد الهدايا وذلك بموجب المادة الخامسة (05) قبل تعديلها، أي بموجب القانون 11/84.
- أما الحنابلة والشافعية يرون ضرورة رد الهدايا مطلقا بمجرد العدول عن الخطبة، وذلك بغض النظر عن المتسبب في العدول سواءً كان الخاطب أو المخطوبة، فإذا كانت الهدايا قائمة استردها صاحبها بذاتها، أما إذا هلكت أو استهلكت فيسترد صاحبها مثلها أو قيمتها، وسندهم فيما ذهبوا إليه أن الهدية كانت على أساس إتمام الزواج، وإذا لم يتحقق هذا الأخير يجوز الرجوع في هذه الهدية من طرف صاحبها، وذلك لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "**من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض عنها**".[3]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وإعمالا لبنود اتفاقية سيداو التي ألزمت بتحقيق المساواة المطلقة بين الجنسين في الزواج بما في ذلك مقدماته وآثارها، فقد نظم مسألة حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة بموجب المادة الخامسة (05) فقرة (04) ق أ ج بقوله: "**لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من**

---

[1] محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 74-75.

[2] سمية بوكايس، المرجع السابق، ص 342.

[3] محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 75، **ولتفاصيل أكثر أنظر:** محمد رأفت (عثمان)، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2011، د ط، ص 44-45-46، و بلقاسم شتوان، المرجع السابق، 46-47، و الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 114-115.

المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هداياه أو قيمته"[1]، والملاحظ أن المشرع الجزائري في موقفه هذا قد أخذ بمبدأ التلفيق بين المذاهب حيث جمع فيه بين رأي المالكية والحنفية.[2]

وتجدر الملاحظة أن هذه الفقرة هي معدلة بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، محاولا المشرع بذلك تحقيق أكبر قدر ممكن من المساواة بين الجنسين في حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة، حيث فرق بين أمرين:

- إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا، وذلك حتى لا يجتمع على المخطوبة ألمان، ألم الإعراض وألم الاسترداد، وهو ما يوضح مساواة ايجابية لصالح المرأة في هذه المسألة، فتسترد هداياها ولا ترد له هداياه.
- أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما أهداه لها إذا كان قائما، أما إذا كان مستهلكا ترد مثله إذا كان من المثليات، أو قيمته إن كان من القيميات.

ورغم استقاء المشرع لهذا الرأي من الفقه المالكي، إلا أن هذا الأخير أضاف شرط وهو "**عدم وجود اتفاق أو عرف مخالف**"، وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري، حيث أوجب تطبيق هذا النص ولو وجد اتفاق أو عرف مخالف له.

ونشير في هذا الصدد إلى ذات الملاحظة التي أشرنا لها سابقا في التعويض عن ضرر العدول، وهي أن المشرع حتى في حكم الهدايا بعد العدول لم يتحدث عن المتسبب في العدول، رغم ما لذلك من أهمية كبيرة، حيث قد يقدم الخاطب للمخطوبة هدية ذات قيمة معتبرة كسيارة مثلا، وربما أهداها لها بطلب منها، فتلجأ هي إلى التحايل بأن تتصرف تصرفات لا ترضي الخاطب أو تتعمد الخصام معه، فتدفعه دفعا إلى العدول عن الخطبة، وبالتالي لا يسترد هداياه في هذه الحالة طبقا للنص القانوني، مع أن المتسبب في العدول هي المخطوبة، وهذا ظلم كبير للخاطب.[3]

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] **لتفاصيل أكثر أنظر**: عبد الكريم حامدي، "التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 17، الجزائر، نوفمبر 2009، ص 211.

[3] الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 118.

وعليه يتضح أن تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 02/05 قد أقر مبدأ المساواة بين الخطيبين في الهدايا بنص المادة الخامسة (05) فقرة (04) منه، وهو تعديل صائب لإلغاء كل أشكال التمييز ضد المرأة وتحريرها قانونيًا تبعًا لعملها واستقلال ذمتها المالية.[1]

ونشير أيضًا إلى أن كل آثار العدول عن الخطبة السالفة الذكر تثار بشأنها منازعات تعرض على القضاء، وقد كان المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية القديم 80/71 المؤرخ في 1971/12/29 لا ينص على الجهة القضائية التي يعود إليها الاختصاص بالنظر في مثل هذه الدعاوى، ولكن تدارك المشرع هذا النقص والقصور التشريعي من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المعدل بالقانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، حيث نصت المادة 426 فقرة 01 منه على أن المحكمة المختصة إقليميا بالنظر في موضوع العدول عن الخطبة هي مكان تواجد موطن المدعى عليه[2]، وهو تكريس للمبدأ العام للاختصاص الإقليمي في المواد المدنية – موطن المدعى عليه – طبقا للمادة 37 من نفس القانون، وقد أحسن المشرع صنعًا بذلك، حيث أزال كل الغموض والملابسات حول هذه المسألة، وهو الأمر الذي تفتقره الكثير من التشريعات العربية.

وتجدر الملاحظة أخيرًا إلى أنه لا يمكن إنهاء موضوع آثار العدول عن الخطبة والمساواة بين الجنسين فيها دون التطرق إلى مسألة دفع المهر في مرحلة الخطبة، ومصيره في حالة العدول، وهو أمر لم يبين حكمه المشرع الجزائري بموجب المادة الخامسة (05) ق أ ج، مما جعله فراغًا تشريعيًا يؤرق القضاة بالدرجة الأولى، فصحيح أن المهر مرتبط بعقد الزواج، إلا أن الخاطب قد يبادر بدفعه في فترة الخطبة سعيًا منه لإبراز نيته واستعداد لإبرام العقد الزواج، وهو الشائع في المجتمع الجزائري، وبالتالي يثار التساؤل عن مصير المهر في حالة العدول عن الخطبة، وهو الأمر الذي تطرق إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث اتفقوا على أنه إذا قام الخاطب بدفع المهر خلال مرحلة الخطبة ثم تم العدول عنها بعد ذلك من أي طرف جاز له استرداد هذا المهر كاملاً طالما لم يتم العقد – وهو الأمر الذي سكت عنه المشرع الجزائري تمامًا –

[1] العربي (بلحاج)، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 132.

[2] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، المعدل والمتمم للقانون 80/71 المؤرخ في 1971/12/29، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

أما إذا تم العقد ولم يتم الدخول فهو يسترد نصف المهر فقط، ويكون للزوجة غير المخول بها في هذه الحالة الحق في النصف المتبقي[1]، وهو ما تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة السادسة عشر (16) من ق أ ج.[2]

أما عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فهي لم تتحدث عن المهر لا في مرحلة الخطبة، ولا في مرحلة الزواج، لأن هذه الاتفاقية لا تعترف أصلا بالمهر كشرط في عقد الزواج، وهو ما أوضحته لجنتها في عدة مناسبات حيث ذكرت في توصيتها رقم **(29)** بقولها: "**إن بعض الدول الأطراف تجيز ترتيب الزواج بواسطة الدفع أو التفضيل...وعبارة الدفع أو التفضيل تشير إلى بعض المعاملات التي يدفع فيها العريس أو أسرته للعروس أو أسرتها نقود أو سلع أو ماشية...، ولا ينبغي في أي حال من الأحوال أن يكون ذلك شرطًا لصحة الزواج، ولا ينبغي للدولة أن تعترف بمثل هذه الاتفاقات بوصفها قابلة للإنفاذ**"[3]، ويعود سبب رفض اللجنة لحق المرأة في المهر إلى أنها شبهت ذلك بالبيع، واعتبرت المهر كأنه مقابل لبيع المرأة جسدها في إطار ما يسمى بالزواج، وهذا حسب رأيها يشبه البغاء، وبالتالي فيه إهانة عظيمة للمرأة.

وهو خطأ عظيم وقع فيه واضعوا الاتفاقية، فالإسلام لم يشرع المهر إلا إكراما للمرأة، ورفع من قدرها وقيمتها، وهو من باب التعبير عن المحبة والتودد بين الرجل والمرأة، كما أن فيه مساعدة من الرجل للمرأة في قيامها بأعباء التحضير للزواج.، وحاشا أن يكون الإسلام قد حط قد المرأة بإقراره للمهر، فلم ولن يكون هناك حافظ للمرأة وحقوقها أكثر من الإسلام.

المبحث الثاني

انعكاسات الاتفاقية على ركن الزواج وشروطه

إن قوانين الأسرة تعد نقطة محورية في قضية المرأة، فهي إما تعتبر المرأة إنسانًا كامل الأهلية، قادر على اكتساب الحقوق وتحمل المسؤوليات، وإما أن تقوم بتهميشها وتلحق حقوقها الأسرية بوصاية الرجل.

---

[1] محمد رأفت (عثمان)، المرجع السابق، ص 41.

[2] تنص المادة (16) من ق أ ج على: "**تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول**".

[3] **أنظر:** التوصية العامة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة رقم **(29)** بشأن المادة **(16)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الصادرة بتاريخ 2013/10/30، ص 08-09، موقع مفوضية الأمم المتحدة **www.unhchr.ch**.

والمفهوم العميق الذي حددته اتفاقية سيداو في تناولها للقضية ألزم الدول المصادقة عليها منها الجزائر على رسم الإطار القانوني للمرأة داخل الأسرة، وذلك بالاعتماد على مبدأ المساواة حتى في إنشاء عقد الزواج، وعليه فإن البحث في مدى حرية المرأة في اختيار زوجها والرضا بالزواج، وفي إمكانية اعتبار الولي تمييزا ضدها، وفيما إذا كان ما جاء به المشرع من أحكام للتعدد وحق للاشتراط يضمن فعلا حقوق المرأة إعمالا لمبادئ اتفاقية سيداو، يقتضي ذلك تقسيم مضمون هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نخصص المطلب الأول لتبيان مدى "تحقيق التساوي بين الزوجين في الرضا وأهلية الزواج"، في حين نخصص المطلب الثاني لـ "إلغاء التفاضل بين الزوجين من خلال إسقاط ركن الولي من عقد زواج المرأة"، أما المطلب الثالث يأتي تحت عنوان "إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال المساواة في إعمال الإرادة في اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري".

المطلب الأول

تحقيق التساوي بين الزوجين في الرضا وأهلية الزواج

لا يُكتب البقاء لأي عقد إلا بتوافر عنصر الرضا، الذي يعد الركن الأساسي في جميع العقود سواءً منها المالية، أو عقد الزواج، أو أي عقد آخر، وبغض النظر عن جنس المتعاقد، كما أن ضرورة توافر الأهلية في العاقدين هو أمر لا يقل أهمية عن سابقه، وبالتالي تبيان مدى تحقيق المشرع الجزائري للمساواة بين الجنسين في ركن الرضا والأهلية في الزواج بما يضمن حقوق المرأة وفقا لما نصت عليه اتفاقية سيداو، يقتضي تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، يخصص الفرع الأول لدراسة "المساواة بين الزوجين في الرضا بالزواج"، في حين نخصص الفرع الثاني لتوضيح "إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال توحيد سن الزواج"، أما الفرع الثالث نفصل فيه في مسألة "تحسين الصحة الإنجابية للجنسين بإقرار المساواة في الفحص الطبي قبل الزواج"، هذا الفحص من شأنه تأكيد أهلية الزواج بالنسبة للجنسين.

الفرع الأول

المساواة بين الزوجين في الرضا بالزواج

يعتبر الرضا إجماع وتوافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وكذلك الشأن بالنسبة لعقد الزواج، حيث تتوافق وتتطابق إرادة الرجل والمرأة على ابرام هذا العقد وتنفيذه فيما بينهما وفقًا للشرع والقانون، وعليه فإن تبيان مدى تبني المشرع الجزائري لحق المرأة في عدم إبرام الزواج إلا برضاها الحر والكامل في إطار تنفيذه

لاتفاقية سيداو يدفعنا إلى تقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "المساواة بين الزوجين في الرضا بالزواج على ضوء اتفاقية سيداو"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "المساواة في الرضا بالزواج في قانون الأسرة الجزائري تكريسا لاتفاقية سيداو".

الفقرة الأولى

المساواة بين الزوجين في الرضا بالزواج على ضوء اتفاقية سيداو

لقد نصت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة صراحة على حق المرأة في عدم ابرام زواجها إلا برضاها الحر والكامل، وذلك بموجب مادتها السادسة عشر (16) فقرة (01) (ب) بقولها: "**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: (ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل**".[1]

ومنه فبالنظر إلى أهمية الرضا في عقد الزواج فقد شددت هذه الاتفاقية على ضرورة منحه للمرأة على قدم المساواة مع الرجل، إذ لا يمكن حسبها وبأي حال من الأحوال أن تجبر المرأة وتكره على زواج لا رغبة لها فيه، بل لابد أن يبرم الزواج برضاها الحر والكامل، كما طالبت الاتفاقية الدول الأطراف بمنح المرأة الحرية الكاملة في اختيار زوجها شريك حياتها باستقلالية وشعور بالمسؤولية، ودون ممارسة أي ضغط عليها مهما كان نوعه.

وقد ركزت الاتفاقية في رضا المرأة بالزواج على أن يكون كاملاً وحرًا:

- **كاملاً:** ومعنى ذلك أن تكون الزوجة راضية بكل ما يتعلق بعقد الزواج، ابتداءً من اختيار الزوج، إلى غاية تحديد ميعاد الزواج.

[1] وهو ما نصت عليه أيضا المادة السادسة عشر (16) فقرة (02) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، بقولها: "**لا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في عقد الزواج رضاءً كاملاً لا إكراه فيه**"، كما نصت على ذلك أيضًا اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لسنة 1965 في مادتها الأولى (01) بقولها: "**لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاءً كاملاً لا إكراه فيه، وبإعرابهما عنه بشخصهما بعد تأمين العلانية اللازمة، وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون**".

- **حرًا:** المقصود بالرضا الحر هو أن لا تخضع المرأة لأي ضغط أو إكراه أو تأثير مهما كان نوعه أو مسببه، وذلك عند افصاحها عن نيتها في قبول الزواج أو رفضه.[1]

وذلك لأن الزواج يعتبر ميثاقًا مقدسًا في جميع الديانات والنظم والقوانين، وهو يؤسس لتكوين الأسرة التي هي النواة الأولى للمجتمع، فإن صلُحت صلُح المجتمع كله، وإن فسدت فسد المجتمع كله، ولأجل ذلك ألزمت الاتفاقية عند إبرام الزواج تحقيق الرضا التام والحر في كلا طرفيه خاصة في المرأة، هذه الأخيرة التي سُلبت من هذا الحق في العديد من المجتمعات[2]، وعليه فإن أي إكراه[3] يمارس على المرأة في عقد الزواج يعدم رضاها وبالتالي يجعل هذا العقد قابلا للإبطال متى تمسكت هي بذلك.[4]

وعليه فإن الدول المصادقة على الاتفاقية تعتبر منتهكة ومخالفة لبنودها في حالة تقييدها لحرية المرأة في اختيار الزوج، أو إجازتها لزواجها بغير رضاها الحر والكامل، وكذا إذا لم تتخذ التدابير اللازمة للقضاء

---

[1] سرور طالبي، المرجع السابق، ص 58-59.

[2] أسية بوخاتم، "آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج – دراسة على ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية –"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 02، الجزائر، جوان 2017، ص 48.

[3] **الإكراه لغة:** من الكره بالضم، وهو المشقة، يقال قمت على كره أي قمت على مشقة، ويقال: أقامني فلان على كره أي على مشقة، وبالفتح إذا أكرهك عليه، وقال ابن سيدة: "الكره والإباء والمشقة تحتملها من غير أن تكلفها"، **أنظر:** جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 472.

أما اصطلاحًا: فالإكراه هو "ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص فيولد لديه حالة من الرهبة والخوف، الأمر الذي يحمله على التعاقد، فهو يعيب الإرادة في أحد عناصرها، ألا وهو عنصر الحرية والاختيار والرضا، فالمكروه لا يريد التعاقد ولكن الرهبة التي ولدها الإكراه في نفسه هي التي دفعته إلى ذلك التعاقد"، **أنظر:** أسية بوخاتم، المرجع نفسه، ص 49، **ولتفاصيل أكثر أنظر:** أسامة ذيب سعد مسعود، أثر الإكراه في عقد النكاح – دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص 78.

[4] وتطبق في ذلك أحكام الإكراه في العقود المدنية التي نظمها المشرع الجزائري بموجب المادتين من 88 و 89 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

على التمييز ضد المرأة في هذا الأمر، أو اتخاذها تدابير تقيد حريتها في اختيار زوجها أو رغبتها في الزواج، وإلا كان من شأن ذلك المساس بمبدأ تساويها مع الرجل.[1]

وتفريعًا عن ذلك يتضح جليًا أن عقد الزواج بموجب هذه الاتفاقية لا ينعقد بمجرد الطلب أو إعلان الرغبة فيه من جانب واحد، بل لابد من الاعتبار بإرادة المرأة التي لا تمييز بينها وبين الرجل في ذلك، وقد شددت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على حق هذه الأخيرة في الرضا بالزواج وعقده بحرية تامة وكاملة، وفي اختيار زوجها برغبتها المنفردة، واعتبرته من أهد الحقوق التي تحفظ للمرأة حياتها، وكرامتها، وسعادتها، والمساواة بينها وبين الرجل، وذلك بوصفها إنسانًا قبل أن توصف بأنها امرأة، وأنه لابد أن يكون هذا الحق محل حماية من قبل القانون، وليس مجرد شعارات.[2]

أما عن حدود هذا الحق الممنوح للمرأة فتجيب الصكوك الدولية من أهمها السيداو بأنه لا حدود لحق المرأة في الاختيار والرضا بالزواج، إلى درجة تجاهل معتقدات الشخص وديانته وعرقه، فهي لا تعترف بأي قيد مهما كان، غير أنه من المعلوم أن الإنسان مرتبط ببيئته، كذلك القوانين التي تصدر لتنظيم حياة الناس وتراعي في ذلك ظروف معيشتهم، فكيف بالمواثيق الدولية أن تتجاهل كل ذلك وتطالب بأن تكون للمرأة حرية اختيار للزوج ورضا بالزواج لا حدود لهما[3]، فماذا لو كان الزوج غير كفئ لها؟ أو أن الزواج سيضر بها ضررًا بليغًا؟.

وبسبب معاناة النساء في الكثير من المجتمعات من الزواج عن طريق التسوية، كتزويج المرأة رغمًا عنها مقابل مبلغ مالي لأبيها، أو انتقال المرأة على سبيل الإرث إلى شخص آخر بعد وفاة زوجها، كل ذلك جعل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تؤكد في توصيتها العامة رقم واحد وعشرون (21) التي أصدرتها بمناسبة جلستها الثالثة عشر (13) لسنة 1994 على أن حق المرأة في الرضا بالزواج، وفي اختيار الزوج، يجب أن يكون محل حماية وتفعيل دون أية أعذار من قبل الدول الأطراف في الاتفاقية، أو بمعنى آخر يستلزم الحق في الزواج المساواة بين الرجل والمرأة في الدخول في الزواج بالرضا الحر والكامل لكليهما.

---

[1] جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 59.

[2] أمير فرج (يوسف)، العنف الأسري ضد النساء والأطفال ومكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، عمان، الأردن، 2011، د ط، ص 78.

[3] عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2015/2014، ص 29.

كما اعتبرت اللجنة مآسي الحياة الزوجية الموجودة في العديد من المجتمعات تعود في الغالب إلى سوء اختيار المرء لزوجه، وخصوصًا سوء اختيار الزوجة لزوجها، فلا يقتصر الاختيار في الزواج على الرجل فحسب، بل على كل من الرجل والمرأة على حد سواء، وبالتالي فعلى كل منهما أن يحسن الاختيار، ويدقق في أسباب القبول، وبعدها يعلن رضاه على الزواج، أما أن تزوج المرأة دون رضاها وبكراهيتها على ذلك، فهذا ليس فقط مخالف للاتفاقية، بل هو مخالف حتى للأصول والعقول.[1]

الفقرة الثانية

المساواة في الرضا بالزواج في قانون الأسرة الجزائري تكريسا لاتفاقية سيداو

إن مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ألزمتها بتفعيل بنود هذه الاتفاقية في قوانينها الداخلية، ورغم أن الجزائر تحفظت على المادة السادسة عشر (16) من الاتفاقية وهي التي تُعنى بالحقوق الأسرية للمرأة، إلا أنها تعمل شيئًا فشيئًا على تفعيل فقراتها في قانون الأسرة الجزائري وهو ما اتضح جليا في تعديل سنة 2005، فهل هذا تمهيد لرفع الجزائر لتحفظها على هذه المادة!، خصوصًا وأن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عبرت في ردودها على التقارير المرفوعة من الجزائر عن قلقها الشديد إزاء حقيقة أن قانون الأسرة الجزائري لا يزال يتضمن العديد من الأحكام التمييزية ضد المرأة، التي تحرم المرأة الجزائرية من حقوق أساسية من قبيلها الرضا والموافقة الحرة على الزواج، وحق اختيار الزوج، كما اعتبرت أن تحفظات الجزائر التي أبدتها على الاتفاقية – خاصة التحفظ على المادة (16) – بحجة تعارضها مع تشريعها الداخلي ونظمها الأساسية هي تحفظات غير مقبولة، لأن المطلوب في الأصل هو ضرورة تكييف القوانين الداخلية بما يتماشى وما نصت عليه الاتفاقية المصادق عليها، وليس العكس.[2]

وتفريعًا عما سبق يمكن القول أنه وبالرغم من عدم رضا لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بالحقوق الأسرية للمرأة، إلا أن المشرع الجزائري وخاصة فيما يتعلق بحق المرأة في اختيار الزوج وفي الرضا بالزواج قد منحه للمرأة على قدم المساواة مع الرجل، ودون أي تمييز أو تفرقة، وهو ما اتضح جليًا خاصة في تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، بداية بتوضيح ذلك في المادة

---

[1] التوصية رقم واحد وعشرون (21) للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الجلسة الثالثة عشر (13)، لسنة 1994، موقع المفوضية السامية للأمم المتحدة www.unhchr.ch، أطلع عليه بتاريخ 01/15/ 2020.

[2] **أنظر:** ردود لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير المرفوعة من الجزائر لسنة 1999 و 2005، مرجع سابق، **لتفاصيل أكثر أنظر:** الملحق رقم 02 و 04.

الرابعة (04) منه التي تضمن مفهوم الزواج، والتي شملها هذا التعديل، وأصبحت تعرف الزواج على أنه: "**عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**"[1]، بعدما كانت تعرفه سابقا في ظل القانون 84/ 11 على أنه: "**الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة...**"[2]، وعليه تم إضافة مصطلح **رضائي** في مفهوم عقد الزواج، وهو ما يؤكد بداية تبني المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين الزوجين في الرضا بالزواج.

إضافة إلى تعديل المادة التاسعة (09) ق أ ج، التي أصبحت تعتبر الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج، أما بقية الأركان أصبحت تعتبرها شروط[3]، حيث تنص هذه المادة على :"**ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**"[4]، وتتجلى المساواة في هذه المادة صراحة حينما اعتبر المشرع أن الزواج لا ينعقد إلا برضا المرأة ورضا الرجل، فبمفهوم المخالفة إذا تخلف رضا المرأة في الزواج فلا ينعقد العقد، الأمر الذي يؤكد أن رضا المرأة يجب أن يؤخذ به كاملاً وحرًا إعمالا للمادة السادسة عشر (16) من اتفاقية سيداو.

وتفصيلا من ذلك جاء المشرع في المادة العاشرة (10) ق أ ج وفصل في كيفية وطريقة التعبير عن الرضا، حيث نص فيها على: "**يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعًا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغةً أو عرفًا كالكتابة والإشارة**".[5]

وعليه اعتبر المشرع الجزائري أن الرضا في عقد الزواج يتم بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر[6]، أما عن وسيلة التعبير فقد اشترط المشرع أن يتم التعبير عن الرضا بوسيلة وحيدة وهي

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] القانون 11/84، السالف الذكر.

[3] وذلك بموجب المادة (09) مكرر ق أ ج، التي تنص على: "**يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج – الصداق – الولي – الشاهدان – انعدام الموانع الشرعية للزواج**".

[4] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[5] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[6] **الإيجاب هو**: العرض الحازم والكامل الذي يوجه الإرادة للتعاقد مع الطرف الآخر، وفقا لشروط معينة، وذلك لإحداث الأثر القانوني المبتغى، أما **القبول** فهو: التعبير الصادر عن إرادة الطرف الثاني الذي وجه إليه الإيجاب للدلالة على موافقته على مضمون العرض المقدم إليه، وذلك بقصد اتمام العقد، **أنظر**: عيسى (حداد)، عقد الزواج – دراسة مقارنة –، منشورات جامعة

الكلام، وذلك إزالة لكل لبس قد يشوب عقد الزواج لو تم اعتماد وسيلة أخرى، وهذا طالما كان العاقدين قادرين على ذلك، أما إذا كان أحد الطرفين أو كلاهما عاجز عن الكلام، حينها يجوز التعبير عن الرضا بكل ما يفيد ذلك لغةً أو عرفًا كالكتابة على الورق، أو بالإشارة كالإيماء بالرأس.

ليأتي المشرع بعد ذلك في المادة الثالثة والثلاثون (33) ق أ ج، وينص على: "**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا**"[1]، وعليه فانعدام الرضا في الرجل أو المرأة يؤدي إلى بطلان عقد الزواج بطلانا مطلقًا، وهذا طالما أن المشرع اعتبر الرضا ركن وليس شرط، وتخلف الركن يؤدي إلى البطلان المطلق، ومن ثم يجوز للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان أمام القضاء.[2]

والملفت للانتباه في التعديل الجديد لقانون الأسرة هو تركيز المشرع الجزائري على ركن الرضا، حيث ذكره في المواد (04) و (06) و (09) و (10) و (33) منه، وكأنه يحاول التأكيد في كل مرة على أنه يتبنى هذا الركن في الزواج، ويُعمل المساواة المطلقة بين الجنسين فيه، دون أي تمييز أو تفرقة ضد المرأة في ذلك.

ليستمر المشرع في نهجه هذا بإسقاطه للوكالة في عقد الزواج، وذلك بإلغاء المادة العشرون (20) من ق أ 11/84، وذلك بموجب التعديل الصادر بالأمر 02/05، وقد كان غرض المشرع الجزائري من هذا الإلغاء بالدرجة الأولى هو تتويج عقد الزواج بالرضائية بين الزوجين دون تدخل أي وسيط، مما يعني أن حضور الزوجين يكون إجباري لعقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموثق، هذا ويجب أن يُعرب كلاهما عن موافقته الحرة والكاملة عن الزواج، وبذلك تتحقق الإرادة في المرأة والرجل سليمةً خاليةً من طل العيوب خاصة الإكراه.

هذا وقد أيد القضاء الجزائري حق المرأة في الرضا بالزواج، وحرية اختيار الزوج دون أي تفرقة أو تمييز مع الرجل، وذلك في العديد من قراراته، ومن ذلك قرار للمحكمة العليا قُضي فيه: "إن عقد الزواج مبني أساسًا على الرضا، وهو ركن من أركانه، وأن المادة (04) تعرف الزواج بأنه عقد رضائي من أهدافه تكوين

باجي مختار – عنابة، الجزائر، 2006، ص 30-31، **ولتفاصيل أكثر أنظر**: الغوثي (بن ملحة)، المرجع السابق، ص 34-35، و العربي (بلحاج)، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 193.

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] **أنظر** المادة (102) من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وأنه بناءً على ذلك فإنه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار الزوجة على الدخول بها رغم معارضتها للدخول أو عدم رضاءها به".[1]

كما جاء في قرار آخر: "ولما أعلنت الطاعنة من البداية عدم رضاها عن الزواج، فإن القبول يكون منعدمًا، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد، مما يجعله باطل، ولما قضى قضاة الاستئناف على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج، يكونوا بذلك قد أجبروها على اتمام عقد باطل، وخالفوا بقضائهم القانون".[2]

كما منح القضاء للمرأة في أحد قراراته الحق في فسخ الزواج بعد البلوغ في حالة انعدام ركن الرضا، وذلك بقوله: "إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون".[3]

ومن هنا يتبين إصرار القانون والقضاء الجزائري على الاعتراف بحق المرأة في عدم تزويجها إلا برضاها الحر والكامل، تأثرًا منهم باتفاقية سيداو، وهو الأمر الواضح بصورة جلية في التقرير الجامع للتقريرين الدويين الثالث والرابع المرفوع من الجزائر إلى لجنة الاتفاقية، والذي جاء فيه: "**أصبح الزواج يعتبر في قانون الأسرة عقدًا توافقيًا، يتطلب موافقة زوجي المستقبل، وقد ترتب على ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإنابة، وبالفعل فإن المادة (09) تنص على أن عقد الزواج يبرم بموافقة الزوجين معًا، وتعتبر الموافقة بحكم القانون عنصرًا مؤسسًا لعقد الزواج، وفي حالة عدم الحصول على موافقة أحد الطرفين، أو الطرفين معا، يكون الزواج عرضةً للإلغاء، وبإمكان أي شخص معني بما في ذلك الطرفين أن يطلب إبطاله عن طريق العدالة**".[4]

---

[1] قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 321514، المؤرخ في 12 مارس 2008، م ق عدد 01، لسنة 2008، ص 275.

[2] قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 821942، المؤرخ في 18 جويلية 2000، م ق عدد 02، لسنة 2003، ص 267.

[3] قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 255711، المؤرخ في 21 فيفري 2001، م ق عدد 02، لسنة 2002، ص 275.

[4] **أنظر**: التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، السالف الذكر، ص 18، **لتفاصيل أكثر أنظر** الملحق رقم 05.

ومع كل ذلك فإن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لازالت تعتبر أن قانون الأسرة الجزائري يضم العديد من النصوص التي تؤثر على حق المرأة في إبرام الزواج برضاها الحر والكامل، وهو ما ينعكس بدوره سلبا على مبدأ المساواة بين الجنسين في هذه المسألة، منها حسبها المادة الواحد والثلاثون (31) من ق أ ج التي لا تسمح للمرأة المسلمة بالزواج بغير المسلم، وهو ما يؤدي حسبها إلى تمييز ضدها، طالما أن الرجل مُنح له هذا الحق ويجوز له الزواج بغير المسلمة، كما اعتبرت أيضا اشتراط الولي في عقد زواج المرأة يؤثر كذلك على ممارستها لحريتها في الزواج برضاها الحر والكامل، أيضًا وجود موانع للزواج هو أمر استنكرته أيضًا اللجنة واعتبرته تأثيرًا على رضا المرأة في الزواج.[1]

غير أن كل هذه المسائل التي اعتبراها لجنة الاتفاقية تمييزًا ضد المرأة وتأثيرًا على حقها في الرضا بالزواج واختيار الزوج، هي ليست كذلك في الحقيقة، فهي أحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة تعتبر المصدر المادي الأول لقانون الأسرة الجزائري، والإسلام هو الحامي الأول للمرأة، فقد اشترط الولي لاعتبارات عدة منها أنه أدرى بمصالح من تحت ولايته، ولأن الرجال أدرى بالرجال، وهو صونًا أيضًا للمرأة من أن تبرم عقد زواجها بمحضر من الرجال الأجانب عنها، كما مُنع زواجها بغير المسلم حفاظًا على دينها وكرامتها وخلقها وشرفها، كما وضع الشرع تلك الموانع لهدم جميع صور النكاح الفاسدة التي تؤدي إلى ظلم المرأة وامتهانها، والتي حملت النساء فيها وحدهن أثقالها وأوزارها الجسدية، المعنوية والمالية، فلم يرضى الإسلام أبدًا بأن تُجبر المرأة على الزواج بمن لا رغبة لها فيه، ولا أن تمنع من الزواج بمن ترغب فيه مادام صالحًا لها في دينها ودنياها.

الفرع الثاني

إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال توحيد سن الزواج

للحديث عن الرضا في الزواج لابد أن تكون الإرادة معتبرة، ولكي تكون كذلك لابد أن تصدر عن ذي أهلية، أي من شخص بالغ لسن الرشد القانوني المحدد لهذا الزواج، ولمعرفة مدى أخذ المشرع الجزائري بمبدأ المساواة في سن الزواج بين الجنسين وفقا لما جاءت به السيداو، ارتأينا تقسيم مضمون هذا الفرع إلى

[1] **أنظر:** التعليقات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير المجمعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف – الجزائر –، السالفة الذكر، ص 25، **لتفاصيل أكثر أنظر** الملحق رقم 06.

فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لدراسة مسألة "توحيد سن الزواج بين الجنسين بموجب اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري "، بينما نخصص الفقرة الثانية "للجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج".

الفقرة الأولى

توحيد سن الزواج بين الجنسين بموجب اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري

إن أهلية[1] الزواج هي صلاحية الشخص لإبرام هذا العقد، ولا يكون ذلك إلا ببلوغ الرجل والمرأة سن معينة يصلون خلالها إلى درجة من النمو، سواءً الجسدي أو العقلي، وذلك من أجل تحقيق أهداف الزواج، إضافةً إلى وعيهما بدورهما ومسؤولياتهما داخل الأسرة.

هذا وقد اتفقت السيداو والمشرع الجزائري على مبدأ توحيد سن الزواج بين الجنسين، لكن مع ذلك اختلفوا في رقم هذا السن.

فبالنسبة لاتفاقية سيداو نجدها قد نصت على ضرورة توحيد سن الزواج بين الجنسين وذلك بموجب المادة السادسة عشر (16) منها، ولكنها مهدت لهذا القول قبل ذلك بموجب المادة الخامسة عشر (15) فقرة (02) منها، حيث نصت فيها على وجوب تمتع المرأة بأهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل في إبرام جميع العقود بما في ذلك عقد الزواج طبعًا، وذلك بقولها: "**2- تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة بوجه خاص، حقوقًا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الاجراءات القضائية**".[2]

لتأتي الاتفاقية بعد ذلك وتفصل في أهلية الزواج بموجب المادة السادسة عشر (16) فقرة (02) منها، بقولها: "**2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الاجراءات الضرورية،**

---

[1] نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية بموجب المواد من 40 إلى 45 قانون مدني جزائري، والمواد 07 و من 81 إلى 86 قانون أسرة جزائري.

[2] وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية سيداو لا تعتبر هي الصك الدولي الأول الذي منح للمرأة أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل في الشؤون المدنية خصوصًا، فقد سبقتها في ذلك عدة مواثيق دولية اعترفت للمرأة بهذا الحق ولو بشكل عام دون تخصيص، منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 الذي نص في مادته السادسة (06) على: "**لكل إنسان أينما وجد الحق في أن يُعترف له بشخصيته القانونية**"، كما نصت المادة السادسة عشر (16) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 على: "**لكل فرد الحق في أن يُعترف به كشخص أمام القانون**".

بما في ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرًا إلزاميًا"[1]، وعليه فقد ألزمت الاتفاقية جميع الدول الأطراف فيها منها الجزائر على منع زواج الأطفال بأي حال من الأحوال، لما فيه من خطر جسيم عليهم، ولابد في سبيل ذلك من تحديد سن أدنى للزواج، وبطبيعة الحال يكون هذا السن موحد للجنسين إعمالا لمبدأي المساواة وعدم التمييز اللذان تقوم عليهما هذه الاتفاقية، ولا ينبغي مخالفة ذلك اطلاقًا، وهذا حسبها حماية للمرأة و للأسرة معا، هذه الأخيرة التي تتطلب أن يكون طرفا العلاقة فيها وهما الزوجان واعيان بمسؤوليتهما الكاملة داخل هذه الأسرة، وبذلك يكون المجتمع الدولي واعيًا بمخاطر الزواج المبكر الذي يعيق استقرار العائلة طالما أنه يحوز على سلبيات أكثر بكثير من محاسن.

والملاحظ أن اتفاقية سيداو نصت على ضرورة تحديد سن أدنى موحد للزواج بين الجنسين، دون أن تحدد هذا السن بالضبط.[2]

---

[1] وهو ما نصت عليه أيضا اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج في مادتها الثانية (02) بقولها: "**تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد زواج من هم أدنى من هذا السن، ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية ولمصلحة الطرفين المزمع زواجهما**"، هذا وتنص المادة الثالثة (03) من ذات الاتفاقية على: "**تقوم السلطة المختصة بتسجيل عقود الزواج في سجل رسمي مناسب**".

[2] لكن قد تفطنت لجنة الاتفاقية – لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة – لهذا الأمر بعد ذلك، حيث أقرت في توصيتها العامة رقم 21 بمناسبة دورتها الثالثة عشر (13) لعام 1994 أن السن الأدنى للزواج يجب أن يكون 18 سنة لكل من الرجل والمرأة، وأن الدول التي تسمح بسن زواج مختلف بين الرجال والنساء تخالف الاتفاقية، إذ أن المادة (16) فقرة (02) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وكذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 تمنع الدول الأطراف من السماح بالزواج للأشخاص الذين لم يبلغوا بعد سن الرشد، ومن المصادقة على صحة الزواج، كما أن زواج المرأة والرجل يرتب عليهما مسؤوليات هامة، وبالتالي ينبغي ألا يُسمح لهما بالزواج قبل بلوغهما سن النضج الكامل والأهلية الكاملة للتصرف، وتفيد منظمة الصحة العالمية بأنه: "عندما يتزوج القصر، ولا سيما الفتيات وينجبن أطفالا، فإن صحتهن يمكن أن تتضرر، ويمكن أن يتعطل تعليمهن، ونتيجة لذلك يصبح استقلالهن الاقتصادي مقيدا، وهذا لا يؤثر على المرأة شخصيًا فحسب، بل يحد أيضا من تنمية مهاراتها، ويقلل من فرص حصولها على العمل، ومن ثم يؤثر تأثيرا ضارا على أسرتها ومجتمعها المحلي"، هذا وتحدد بعض البلدان سن زواج الرجل مختلف عن سن زواج المرأة، وبما أن مثل تلك الأحكام تنطوي على افتراض خاطئ مؤداه أن معدل النمو الفكري لدى المرأة يختلف عنه لدى الرجل، أو أن النمو البدني والفكري عند الزواج لا أهمية له، فلا بد من إلغائها، وفي بلدان أخرى يسمح بقيام أفراد الأسرة بإجراء خطوبة الفتيات أو بالمواعدة بالزواج نيابة عن الفتاة، ومثل تلك

أما بالنسبة لتوحيد الزواج بموجب قانون الأسرة الجزائري، نلاحظ بأنه قد مر بمراحل مختلفة، ويعود الأمر في ذلك إلى مرور الجزائر بعدة فترات تاريخية متباينة الأطوار، منها ما كان تحت وطأة الاستعمار الفرنسي، ومنها ما كان بعد الاستعمار.

فقد كان أول تحديد لسن الزواج في الجزائر بموجب القانون 302/30 الصادر في 02 ماي 1930، حيث حدد هذا السن بـ 15 سنة لكلا الجنسين، وهو قانون أصدره المستعمر الفرنسي، وقد أبدى ترددا كبيرا في تطبيقه على مناطق معينة في الجزائر[1]، كما قصره كذلك على المواطنين الذين لا يتمتعون بحقوق المواطن الفرنسي، كما فرض التزويج بالخطبة أمام الموظف المختص بتصريحات الزواج، وهذه التفرقة بين الجزائريين والفرنسيين تنطوي على النزعة العنصرية المتجذرة منذ الاستعمار، كما أباح هذا القانون للسلطة الفرنسية الحق في الإعفاء من كل أو بعض الشروط السالف ذكرها إن وجدت مبررات موضوعية، وتُرك الأمر في ذلك للسلطة التقديرية للحاكم العام.[2]

وما إن اندلعت حرب التحرير الوطنية فكر المستعمر في إجراء اصلاحات طالما أرجأ تنفيذها، في محاولة مستميتة منه لتدارك الموقف، فأصدر الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 04 فبراير 1959، الذي عالج فيه بعض مسائل الزواج، لكن المستعمر تردد كعادته، فقصر نطاق هذا الإصلاح على بعض الجزائريين دون البعض الآخر – تم قصر تطبيقه على منطقة الجزائر، الساورة والواحات فقط –، وقد حدد هذا الأمر سن الزواج بـ 18 سنة للرجل، و 15 سنة للمرأة، ليرفع بذلك المساواة التي كان يُعملها في سن الزواج بين الجنسين بموجب القانون 302/30 السالف الذكر، هذا وقد أجاز الأمر 274/59 لرئيس المحكمة أن يُعفي من شرط السن إذا توافرت بواعث بالغة، دون أن يحدد ماهية هذه البواعث المعفية، ولا أن يضع حد أدنى

التدابير هي لا تخالف الاتفاقية فحسب، بل وتتعارض أيضا مع حق المرأة في اختيار شريكها بحرية"، **أنظر** التوصية العانة رقم واحد وعشرون (21) للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 1994، مرجع سابق، فقرة 36.

[1] عبد القادر قاسم العيد، "السن في الزواج وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 08، العدد 10، الجزائر، أبريل 2004، ص 82-83.

[2] كريمة (محروق)، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد – دراسة تحليلية مقارنة –، دار ألفا للوثائق للنشر، الجزائر، 2019، ص 12-13.

للسن الجائز النزول إليها، أما عن التطبيق الفعلي للإصلاح فقد جعله المستعمر متوقفًا على صدور مرسوم في كل منطقة على حدى.[1]

وقد هدف المشرع الفرنسي من وراء هذه التشريعات إلى إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية، وإحصاء كل تصرفاتها، وإحداث تمييز عنصري بين أبناء المجتمع الجزائري، حيث تنص المادة العاشرة (10) من الأمر 274/59 على: "**لا تطبق أحكام هذا الأمر على عقود الزواج التي أبرمت وفقا للمذهب الإباضي**"، وهذا التفريق له أبعاد سياسية واجتماعية متميزة – وهذا إعمالا لسياسة فرق تسد –، حيث يعمل هذا الأمر علة ترسيخ بعض العادات والتقاليد التي منها حرمان المرأة القبائلية من الإرث.[2]

وما إن تحصلت الجزائر على استقلالها بادرت في 29 جوان 1963 بإصدار القانون 244/63 الخاص بسن الزواج، حيث حظر هذا القانون الزواج قبل سن الثامنة عشر (18) للرجل، وسن السادسة عشر (16) للمرأة، وهذا طبقا للمادة الأولى (01) منه التي تنص على: "**ليس للرجل قبل بلوغ 18 سنة كاملة، ولا للمرأة قبل بلوغها 16 سنة كاملة أن يعقدا زواجهما، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناءً على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة إذن بالإعفاء من شروط السن**"، وقد شمل تطبيق هذا القانون جميع الجزائريين بلا استثناء، وبلا تمييز بسبب الأصل أو العرق أو الدين.

وبقي الأمر على حاله إلى غاية سنة 1984 حيث تم إصدار أول قانون أسرة جامع ذو صبغة جزائرية بموجب القانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، حيث نظم هذا القانون سن الزواج بموجب المادة السابعة (07) منه، وقدره بـ 21 سنة للفتى، و 18 سنة للفتاة وأعطى للقاضي الحق في أن يرخص بالزواج قبل بلوغ هذا السن لمصلحة أو ضرورة.

غير أنه وبمصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1996 قامت برفع تقرير أولي للجنة الاتفاقية في سنة 1998 عن حقوق المرأة في الجزائر، بما في ذلك حقوقها الأسرية، وقد جاء في رد اللجنة على هذا التقرير في سنة 1999 امتعاض وقلق شديد من طرفها عن الأحكام التمييزية العديدة التي يتضمنها قانون الأسرة الجزائري حسبها، بما فيها التمييز بين الجنسين في سن

[1] عبد القادر قاسم العيد، السن في الزواج وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 83.

[2] كريمة (محروق)، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 13.

الزواج، حيث ألزمت الجزائر تبعا لذلك بضرورة تحقيق المساواة بين الجنسين في ذلك من خلال توحيد هذا السن بين الرجل والمرأة.[1]

وعليه، وإعمالا لأحكام الاتفاقية وتوصيات لجنتها قام المشرع الجزائري بتعديل سن الزواج، وذلك بتوحيد بين الجنسين، بموجب تعديل المادة السابعة (07) فقرة (01) بالأمر 02/05، والتي أصبحت تنص على: "**تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج**".[2]

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حقق المساواة بين الجنسين في سن الزواج، وذلك بتوحيده في سن تسعة عشر (19) سنة لكليهما، مع الابقاء على جواز الترخيص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، مع اشتراط قدرة الطرفين على الزواج في هذه الحالة.[3]

وهو ما أكدت عليه الجزائر في تقريرها المرفوع إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 2009، والذي جاء فيه: "...**هذا وقد حُددت السن القانونية لتوفر القدرة على عقد الزواج بتسعة عشر (19) سنة كاملة، وفي هذا شكل من أشكال الضمان لصون حقوق الشخص المعني، ولا سيما المرأة التي يمكنها هكذا أن موافقتها عن دراية...**".[4]

وقد أحسن المشرع الجزائري بتوحيده لسن الزواج بين الجنسين في قانون الأسرة بـ 19 سنة لكليهما، وهو ما يتناسب مع الأهلية المدنية[5]، وبذلك يتحقق التناسق بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون

---

[1] ردود لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الأولية المقدمة من الدول الأطراف – الجزائر –، مرجع سابق، **لتفاصيل أكثر أنظر** الملحق رقم 02.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] ما يلاحظ على تعديل المادة السابعة من ق أ ج هو أن المشرع في الترخيص بالزواج قبل السن القانونية بالإضافة إلى اشتراطه المصلحة أو الضرورة، أصبح يشترط كذلك قدرة الطرفين على الزواج، سواءً فيزيولوجيا أو اجتماعيا أو اقتصاديا، وهو أمر يحسب للمشرع الجزائري، **أنظر**: عبد العزيز (سعد)، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل –، دار هومة، الجزائر. 2007، د ط، ص 25.

[4] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، السالف الذكر، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

[5] تنص المادة أربعون (40) من القانون المدني الجزائري على: "**لكل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة**".

الأسرة[1]، وقد كان هذا سبب رئيسي إلى جانب اتفاقية سيداو لهذا التعديل، حيث جاء في بيان أسباب التعديل: "**توحيد سن الزواج بالنسبة للذكر والأنثى وتحديده ببلوغ 19 سنة جاء متطابقًا مع سن الرشد المدني**"، كما جاء في تقرير لجنة الشؤون القانونية والإدارية لمجلس الأمة: "...**هناك تضارب كبير وفوضى في التشريع الجزائري فيما يتعلق بتحديد سن الرشد، وأهلية الزواج، وأهلية التقاضي، وسن البلوغ، ففي القانون المدني هي 19 سنة، وفي قانون الجنسية هي 21 سنة –جاء هذا التقرير قبل تعديل قانون الجنسية في سنة 2005–، وفي قانون الأسرة هي 21 سنة للذكر و 18 سنة للأنثى – قبل التعديل كذلك –، وفي القوانين الجزائية 18 سنة، وفي قانون العمل وقضايا الإرهاب 16 سنة، وعليه فإن الإصلاح التشريعي يقتضي توحيد سن الرشد بين جميع هذه القوانين، وذلك استنادًا إلى أحكام الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر...، ومن ثم فإن تحديد سن أهلية الزواج بـ 19 سنة في هذا الأمر جاء منسجما تماما وموافقا مع الاتفاقيات الدولية، ومع أحكام القانون المدني الجزائري، ومكرسًا لمبدأ المساواة بين الجنسين...**".[2]

غير أن تحديد المشرع الجزائري لسن الزواج بتسعة عشر (19) سنة لكلا الجنسين، لا يعني أن هذا التحديد قطعي لا استثناء فيه، بل خول المشرع للقاضي سلطة الإعفاء من هذا السن إذا تبين له أن الزواج الذي يراد ابرامه فيه مصلحة لأحد الزوجين أو كلاهما، أو أن هناك ضرورة تتطلب النزول عن هذا السن المحدد للزواج، وهذا طبقا للمادة السابعة (07) المذكورة أعلاه.

والهدف من الإذن القضائي للزواج قبل بلوغ سن الزواج المحدد قانونا ليس هو التعسير على المقبلين على الزواج، بل وُضع بهدف التأكد من المقومات الأساسية لبناء أسرة على أسس صلبة تضمن بقاءها واستقرارها، لذلك حاول المشرع أن يجعل للقضاء دورا فاعلا منذ أن يتم فتح الملف إلى أن يتم التأشير عليه، فيتعين على القاضي قبل أن يمنح الإذن بالزواج دون السن القانونية أن يعلق هذا الإذن على أحد المبررين وهما: وجود مصلحة، أو وجود ضرورة، مع التأكد من قدرة الطرفين على تحمل مسؤوليات الزواج.[3]

وما يعاب على المشرع الجزائري في ذلك أنه لم يسعى إلى تحديد السن الأدنى للزواج من طرف القاضي، وهو ما يخالف نص المادة السادسة عشر (16) فقرة (02) من اتفاقية سيداو السالفة الذكر، والتي

---

[1] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 117.

[2] **نقلا عن:** محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 117.

[3] كريمة (محروق)، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 16–17.

ألزمت الدول الأطراف بتحديد السن الأدنى للزواج، الأمر الذي يجعل من حكمه المطلق هذا عاملاً في خلق حالة زواج الصغار، خاصة بأن القاضي يتمتع بامتياز منح الإذن بالزواج، ولا رقابة عليه في ذلك.

لهذا فقد يتحول الاستثناء إلى قاعدة، وكان من الأجدر بالمشرع تحديد هذا الاستثناء بسنة أو سنتين على الأكثر قبل بلوغ سن الزواج المحدد قانونا.

كما أن المساواة القانونية بين الرجل والمرأة في سن الزواج تبقى مساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية، خاصة وأننا نعلم جميعا بأن المشكلة التي يعاني منها المجتمع الجزائري ليست هي مشكلة الزواج المبكر، بل هي مشكلة العنوسة لدى النساء، ومشكلة العجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل، أليس من الأجدر بالقانون أن يتدخل لحل هاته المشاكل !.

وبالنسبة لضرورة تسجيل عقود الزواج حسب ما أوجبته الاتفاقية ولجنتها كما أوضحنا سابقا، فقد أعمل المشرع الجزائري ذلك بموجب المادة الواحد والعشرون (21) من ق أ ج التي نصت على: "**تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في اجراءات تسجيل عقد الزواج**"[1]، وكذا المادة الثانية والعشرون (22) من ذات القانون، التي جاء نصها كالآتي: "**يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة**".[2]

الفقرة الثانية

الجزاء المترتب على مخالفة السن القانوني للزواج

بعد تفصيل مسألة تحديد سن الزواج للجنسين بالنسبة للمشرع الجزائري يتبين لنا اغفال المشرع لنقطة جوهرية وهامة، ألا وهي عدم وجود جزاء يُسلط على مخالفي المادة السابعة (07) ق أ ج، ففي كثير من الأحيان يلجأ الأولياء إلى تزويج بناتهم أو أبناءهم قبل بلوغ السن القانونية، ودون حتى الحصول على ترخيص مسبق من القاضي، الأمر الذي يطرح التساؤل حول مصير هذا الزواج.

هذا الطرح اختلفت الآراء بشأنه بين فقهاء القانون، حيث ذهب بعض الشراح إلى القول بصحة عقد الزواج الذي أبرم دون السن القانونية المحددة للزواج، وفي هذا يشير بعضهم إلى أنه في حالة عدم احترام

---

[1] **للتفصيل في هاته الاجراءات أنظر**: القانون رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق لـ 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 بالجريدة الرسمية عدد 49.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

سن الزواج المحدد قانونًا، فلا يترتب على ذلك إبطال أو فسخ عقد الزواج [1]، كما اعتبر البعض أنه إذا كان المشرع قد وضع نصب عينيه مصلحة الفرد والمجتمع عند تحديده لهذا السن، فإنه من جهة أخرى لم يعطيه القيمة القانونية اللازمة، لأن ابقاءه دون جزاء قد لا يجدي نفعًا لدى البعض[2]، بل أن المشرع قد سمح بنفسه وبطريق غير مباشر بمخالفة هذا النص والزواج دون السن القانونية، وذلك عندما أجاز بموجب المادة الثانية والعشرون (22) من ق أ ج امكانية تسجيل الزواج واثباته بحكم قضائي[3]، وبالتالي فمن أراد الزواج دون بلوغ السن القانونية، ودون الحصول على ترخيص من القاضي فله ذلك، وكل ما في الأمر أنه لا يمكنه تسجيل هذا الزواج، إلا أنه عند بلوغ السن المطلوبة يمكن للمعني المطالبة بتسجيل الزواج بأثر رجعي.[4]

وعليه فإن من أهم خصائص القاعدة القانونية كونها ملزمة ومقترنة بجزاء، ودونها تصبح مجرد توصية أو قاعدة أخلاقية، فهي لابد أن تفرض على الأشخاص ولو بالقوة، وذلك بإيقاع الجزاء المادي على من يخالفها، وخلاف ذلك يعد قاعدة مجاملات أو عادات وتقاليد لا أكثر.[5]

بينما يذهب جانب آخر من الشراح إلى القول ببطلان الزواج الذي يتم دون السن القانونية، وذلك بتطبيق أحكام القانون 224/63 السالف الذكر، والذي حدد جزاء هذا الفعل، حيث يرى هؤلاء أنه إذا كانت المادة السابعة (07) من ق أ ج 02/05 قد عالجت نفس الموضوع الذي عالجته المادة الأولى (01) من القانون 224/63، وعليه فإن الأولى تلغي الثانية بقوة القانون، ولكن نجد المادة الخامسة (05) من القانون 224/63 قد عالجت جزاء تخلف السن القانوني للزواج ببطلان هذا الأخير، وهذه المادة لا مثيل لها في قانون الأسرة 02/05، ومنه تعتبر أحكامها لازالت قابلة للتطبيق، كما أن المادة ما قبل الأخيرة من ق أ ج لم تتضمن نص يلغي صراحةً جميع أحكام القانون 244/63، وإنما تضمنت عبارة: "**تلغى جميع الأحكام**

---

[1] الغوثي (بن ملحة)، المرجع السابق، ص 31.

[2] محمد (محدة)، المرجع السابق، ص 135.

[3] تنص المادة (22) ق أ ج على: "...**وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة**".

[4] كريمة (محروق)، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 17.

[5] جيلالي (تشوار)، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، د ط، 61.

المخالفة لهذا القانون"[1]، والمادة الخامسة (05) من القانون 224/63 لا يوجد في قانون الأسرة الحالي ما يماثلها أو يخالفها أو يتعارض معها، فهي إذا لا تزال سارية المفعول، ولا تزال قابلة للتطبيق.[2]

وقد أيد جانب آخر من الفقه هذا الرأي، ولكنهم اختلفوا معه في التأسيس، حيث يرى أن الزواج الذي يتم دون السن القانونية مصيره هو البطلان، لأن تحديد هذا السن بموجب المادة السابعة (07) من ق أ ج الغرض منه هو حماية الصغار وكذا المحافظة على الرضائية في العقد، فالزواج يقوم على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين وفقا للإجراءات القانونية، وهي أمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد.[3]

وتفصيلا في موقف القانون الجزائري من مخالفة السن القانوني للزواج، نجد بداية أن القانون 302/30 السالف الذكر قد حدد جزاء مخالفة السن القانوني للزواج، ألا وهو بطلان عقد الزواج ككل، حيث نصت المادة الثانية (02) منه على: "...**لابد أن يبرر الأطراف ذلك للموظف بالهوية وسن الخطيبين، وتبرير العمر لا يمكن إلا بشهادة الحالة المدنية، أو بحكم يحل محلها...، وعدم احترام الأطراف أو ممثليهم لهذه الشكليات ينتج عنه بطلان عقد الزواج، زيادة على عقوبة من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر حبس، وغرامة من 16 إلى 500 فرنك، أو بإحدى هاتين العقوبتين**".

أما القانون 274/59 المؤرخ في 04 فيفري 1959 السالف الذكر والخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأطراف الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية (الجزائر، الساورة والواحات)، نجده لم ينظم آثار مخالفة شرط السن، واكتفى بتحديد هذا السن فقط بـ 18 سنة للذكر، و 15 سنة للأنثى.

أما القانون 63/ 224 المؤرخ في 29 جوان 1963 والمتضمن تحديد سن الزواج السالف الذكر، فبالإضافة إلى أنه حدده بـ 18 سنة للرجل، و 16 سنة للمرأة، فقد نظم كذلك مسألة الجزاء المترتب عن مخالفة هذا السن بشكل جلي وواضح، وذلك بموجب المادة الثانية (02) من هذا القانون، حيث قررت عقوبة الحبس من 15 يوم إلى ثلاثة أشهر، وغرامة مالية من 400 إلى 1000 د ج، أو بإحدى هاتين العقوبتين على كل من الموثق، و القاضي، والزوجين، وممثليهما القانونين (ولي النفس)، والشركاء (كالشهود)، وذلك في حالة عدم احترام شرط السن، بالإضافة إلى بطلان الزواج إذا لم يتبعه دخول، واعتبر هذا البطلان مطلقا

---

[1] **أنظر** المادة 223 من قانون الأسرة الجزائري 02/05، السالف الذكر.

[2] محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 129.

[3] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 118.

يجوز للزوجين ولكل ذي مصلحة أن يثيره، وحتى للنيابة العامة الحق في الطعن فيه، أما إذا حدث الدخول صار البطلان نسبيا، وانحسر حق ابطاله في الزوجين دون غيرهما، وهذا طبقا للمادة الثالثة (03) من ذات القانون، ولا يجوز لأحد أن يدعي صفة الزوج، أو يتمسك بِآثار الزواج، ما لم يقدم عقد زواج محرر ومسجل في سجلات الحالة المدنية، والتسجيل لا يجري إلا إذا تمت مراعاة شرط السن، وهذا طبقا للمادة الخامسة (05) من هذت القانون.[1]

أما قانون الأسرة الجزائري الصادر بالقانون 11/84 والمعدل بالأمر 02/05، لم ينص تماما على مسألة الجزاء المترتب على تخلف السن القانوني للزواج، رغم تحديده له في المادة السابعة (07)، هذا وقد اعتبر المشرع الأهلية شرط من شروط الزواج، كما أن المواد 35/34/33/32 من ق أ نصت على جزاء تخلف ركن الرضا، وشرط الولي والصداق والشاهدان، وكذا حالة جود مانع من الموانع الشرعية، دون أن ينص المشرع على جزاء تخلف الأهلية، وكان من المفروض أن يوضح ذلك طالما قد اعتبرها شرط من شروط عقد الزواج بموجب المادة التاسعة (09) من ق أ ج، وهو أمر غريب من المشرع حينما ينص على جزاء تخلف كل شروط الزواج، يستثني شرط الأهلية من ذلك، ويبدوا أن ذلك راجع إلى عدم نص اتفاقية سيداو أيضا على هذا الجزاء.

أما عن القضاء الجزائري، ورغم هذا السكون التشريعي إلا أن استقر منذ الاستقلال على امكانية ابطال الزواج الذي تخلف فيه شرط السن كجزاء له عن ذلك، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "إن من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه، ومنه فقضاة المجلس قد طبقوا صحيح القانون..."[2].

وأيد هذا القرار قرار آخر جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون".[3]

---

[1] عبد القادر قاسم العيد، "الأهلية في الزواج وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المعيار، المجلد 05، العدد 09، الجزائر، 2004، ص 18-19.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 07 ديسمبر 1966، مجلة قضائية، عدد 01، لسنة 1968، ص 139.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، بالملف رقم 255711، المؤرخ في 21 فيفري 2001، م ق عدد 02، لسنة 2002، ص 425-426.

وشد عضد هذه القرارات قرار آخر نص على: "الزواج الباطل هو ذلك الذي لم يستوفي شروطه الموضوعية (السن – الولي – الصداق)".[1]

وعليه يتضح أن القضاء الجزائري واضح وصريح حول موقفه من تخلف شرط السن وهو بطلان العقد، وعليه كان لابد على المشرع الجزائري أن يواكب هذا التوجه الفقهي والقضائي، وذلك بتعديل المادة الثالثة والثلاثون (33) ليصبح نصها كالآتي: "**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون أهلية أو شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل**".

الفرع الثالث

تحسين الصحة الإنجابية للجنسين بإقرار المساواة في الفحص الطبي قبل الزواج

إن دراسة هذا الموضوع تقتضي تقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى "للإطار المفاهيمي للفحص الطبي قبل الزواج"، فيما نخصص الفقرة الثانية "للإطار القانوني للفحص الطبي قبل الزواج".

الفقرة الأولى

الإطار المفاهيمي للفحص الطبي قبل الزواج

إن المعنى الدقيق لهذا الفحص يفيد بأنه عبارة عن "فحوصات مخبرية أو سريرية تُجرى لكلا الجنسين – الذكر والأنثى – العازمين على الزواج، ويتم اجراءها قبل العقد لاكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج، وكذا لمعرفة امكانية الانجاب من عدمها، بحيث يكون كلا الخاطبين عالما بما هو مقبل عليه، مقتنع به تماما".[2]

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أش، بالملف رقم 261925، المؤرخ في 03 جويلية 2002، م ق عدد 02، لسنة 2003، ص 272.

[2] صفوان محمد (غضيبات)، الفحص الطبي قبل الزواج – دراسة شرعية قانونية تطبيقية –، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، د ط، ص 56.

وهو كذلك "مجموعة الارشادات النفسية والثقافية والاجتماعية، إلى جانب الكشوفات السريرية[1] والمخبرية[2] التي تجرى للطرفين المقبلين على الزواج، كفحص الصحة الإنجابية وأمراض الدم، والأمراض الوراثية، والأمراض المعدية...إلخ، وبهذا الفحص يتم الكشف المبكر عنها باعتبارها أمراض قد تحول دون تحقيق مقاصد الزواج، وتقديم المشورة المناسبة بشأنها".[3]

وترتبط مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج بالعديد من قواعد الفقه الإسلامي كقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، فالفحص الطبي في هذه الحالة هو درء لمفسدة، وهي انتشار الأمراض المعدية، رغم ما يجلبه الزواج من مصلحة في تحصين الزوجين وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة.

وكذلك قاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما"، فالمفسدة الأولى هي منع بعض المرضى من الزواج رغم أهميته في عفاف الزوجين، أما المفسدة الثانية هي انتشار الأمراض وانتقالها إلى الزوج والأولاد، وأيضا قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، فمشروعية الفحص تتمثل أيضا في عدم الإضرار بالزوج الآخر، واجتناب أسباب الضرر.[4]

وللفحص الطبي قبل الزواج العديد من الايجابيات والفوائد نذكر منها:

- أهم فائدة للفحص الطبي هي تحسين الصحة الانجابية للجنسين، ويقصد بهذه الأخيرة "حالة الرفاه الكاملة بدنيا، وعقليا، وفي جميع الأمور المتعلقة بالجهاز التناسلي ووظائفه وعملياته، وليست مجرد السلامة

[1] الكشف السريري هو الفحص الحسي للمريض بتحسس مواضع معينة من جسم المريض، وذلك بالنظر أو اللمس، أو بواسطة الأجهزة الطبية الحديثة.

[2] الكشف المخبري هو جزء من الفحوصات التكميلية للكشف عن الأمراض المعدية كالزهري والايدز، والأمراض الوراثية كمرض التلاسيميا، والأمراض المزمنة كالسكري والسرطان، والكشف عن العادات السيئة والمضرة الدخان والكحول والمخدرات...إلخ.

[3] فاطمة الزهراء قلواز وأحمد رباحي، "دراسة تطبيقية لأحكام نص المادة 07 مكرر من ق أ ج"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 02، العدد 01، الجزائر، جوان 2016، ص 123.

[4] صورية غربي، "دراسة حول المادة 07 مكرر من قانون الأسرة بين الأصل الشرعي وضرورة التعديل"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، عدد 04، الجزائر، جوان 2015، ص 276.

من المرض أو الإعاقة، ولذلك تعني الصحة الانجابية قدرة الناس على التمتع بحياة مُرضية ومأمونة، وقدرتهم على الإنجاب، وحريتهم في تقرير الإنجاب وموعده وتواتره".[1]

- كذلك يساهم هذا الفحص في الوقاية من أمراض الدم الوراثية، وإعلام المقدمين على الزواج بالأمراض الوراثية المحتملة للذرية، فإن وجدت تتسع الخيارات في عدم الانجاب، وعدم اتمام الزواج، كما يساعد على التحقق من الأمراض المزمنة التي قد تؤثر على الحياة الزوجية واستقرارها.
- أيضا تثقيف المقبلين على الزواج صحيًا بالنواحي التي تؤدي إلى السعادة الزوجية، وتحاشي أسباب الاختلاف والطلاق، ودحض الأفكار والمعتقدات المغلوطة.
- أضف إلى ذلك تأكد كلا الخطيبين من قدرة الطرف الآخر على الانجاب، وعدم وجود العقم، وبذلك يُقدم كل واحد من الزوجين على الزواج وهو مطمئن على مستقبله وحياته الزوجية.
- أيضا هذا الفحص يحقق مصلحة الفرد والمجتمع معا، ففيما يخص مصلحة الفرد فهو يحافظ على النفس والنسل، أما فيما يخص مصلحة المجتمع فهو يقي هذا الأخير من ذرية ضعيفة تكون عبئ عليه في المستقبل.[2]

أما عن سلبيات الفحص الطبي فهو يحوز على العديد منها، مما جعل الكثير من المقبلين على الزواج يعزفون عن هذه الفحوصات، ومن هذه السلبيات نجد:

- التكلفة المادية له والتي يتعذر على الكثير الاضطلاع بها، وتختلف هذه التكاليف تبعا لعدد الأمراض المراد الكشف عنها، إذ تزداد بازديادها، وهذا من شأنه زيادة أعباء إضافية على المقبلين على الزواج.
- تخوف الكثير من الناس من هذه الفحوصات الطبية قبل الزواج، وذلك لعدم القبول النفسي للنتيجة التي سيفصح عنها بيانا لما سيلحق بذريتهم أو بمصير زواجهم.

---

[1] آمال ينون، "تحسين الصحة الإنجابية للمرأة ضمن الأهداف الإنمائية للألفية – المرأة الجزائرية نموذجا –"، مجلة دراسات، المجلد 1، العدد 02، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 72.

[2] كريمة (محروق)، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 102-103، **لتفاصيل أكثر أنظر**: فاتن (البوعيشي الكيلاني)، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج – أسانيدها ومقاصدها –، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ط 01، ص 118، **و** محمد راشد سالم المري، "الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية القطري"، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 09، العدد 02، الجزائر، يناير 2020، ص 505 – 506.

- إن نتائج الفحص الطبي مهما بلغت دقتها فهي لا تخرج عن دائرة الاحتمال، خصوصًا وأن انتقال الأمراض الوراثية إلى الذرية ليس مقطوعا به، فمن الوارد أن يكمن المرض ولا يعبر عن نفسه في الذرية، ولا شك أن هذا سيجعل الكثيرين يحجمون عن الزواج بمجرد الاحتمال.
- أن الفحص الطبي قبل الزواج لا يعني وقاية الناس من كل الأمراض الوراثية، لأنه لا يبحث في الغالب إلا على مرضين أو ثلاثة التي تكون أكثر انتشارا في ذلك المجتمع، ويبقى احتمال الاصابة بأمراض أخرى غير معروفة قائما، وهو ما يقلل من جدوى هذا الفحص قبل الزواج.
- كما أن إلزام المقبلين على الزواج بالفحص الطبي قد يدفع الكثير من المتخوفين أو المرضى إلى تزوير نتائج هذا الفحص للحصول على شهادات تثبت سلامتهم من العيوب وذلك عن طريق الرشوة أو المجاملات...إلخ.[1]

الفقرة الثانية

الإطار القانوني للفحص الطبي قبل الزواج

تجدر الإشارة بداية إلى أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة قد ألزمت الدول الأطراف في الاتفاقية منهم الجزائر بوجوب تحقيق مساواة المرأة مع الرجل في اجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج، إذ طبقًا للمفهوم الضمني للمادة السادسة عشر **(16)** فقرة **(01)** (أ) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وطبقا لما تؤكد عليه لجنة الاتفاقية في كل مرة ترفع لها الدول الأعضاء تقاريرها الدورية، فإنه إذا كانت أي دولة طرف تلزم المقبلين على الزواج بإجراء فحوصات طبية معينة، كشرط شكلي وقائي لانعقاد الزواج، فإنه لابد أن لا يكون هناك أي تمييز بين الجنسين في ذلك، فيخضع الرجل لذات الفحوصات التي تخضع لها المرأة على قدم المساواة.

ورغم ذلك إلا أن هناك العديد من الدول التي عارضت وبشدة اشتراط الشهادة الطبية قبل عقد الزواج، فهي ترى بأن التفعيل الحقيقي لحقوق الإنسان وحقوق المرأة على وجه الخصوص يقتضي نص

---

[1] عادل لموشي، "الكشف الطبي قبل الزواج وأثره على الرضا وفق قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 53، العدد 05، الجزائر، جوان 2016، ص 08-09، **لتفاصيل أكثر أنظر:** صفوان محمد (غضيبات)، المرجع السابق، ص 92-95، و موسى مرمون، "الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم له"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 41، الجزائر، جوان 2014، ص 487-488.

اتفاقية سيداو صراحة على إلغاء هذا الشرط السابق على الزواج، وذلك لأن فيه مساس واضح بمبدأ حرية الرجل والمرأة في الزواج، كما أنه لا يجب النظر إلى عقد الزواج من المنظور الاجتماعي والاقتصار على الاعتبارات الصحية، بل أن هناك عنصرًا بالغ الأهمية في إقرار الزواج وهو العنصر الأخلاقي وعدم انتشار الرذيلة[1]، ومنه فإن إخضاع المرأة حسب هذا الرأي لمثل هذه الفحوصات الطبية هو إجراء يتعارض مع جوهر الحق في الزواج المضمون في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، نجده لم يكن ينص على ضرورة اجراء فحص طبي قبل الزواج بموجب قانون الأسرة 11/84، ولكنه استحدث هذا الإجراء لأول مرة بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 وذلك بإضافة المادة السابعة (07) مكرر، التي جاء نصها كالآتي: "**يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر (03) تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.**

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".[2]

كما أعاد المشرع الجزائري النص على ذات المسألة بموجب المادة الثانية والسبعون (72) من قانون الصحة رقم 11/18 لسنة 2018 بقوله: "**الفحص الطبي السابق للزواج إجباري**".[3]

هذا بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 ماي 2006 المنظم للشهادة الطبية.[4]

---

[1] رشيد مسعودي، "الشهادة الطبية قبل الزواج – دراسة مقارنة –"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، معسكر، الجزائر، عدد 01، 2008، ص 67.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] القانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 يوليو 2018، المتضمن قانون الصحة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 46، المؤرخة في 29 يوليو 2018.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، سالف الذكر.

وقد تأخر المشرع الجزائري كثيرا بإدراجه للشهادة الطبية كإجراء شكلي قبل الزواج، فقد سبقه في ذلك المشرع التونسي الذي نظمها بموجب القانون رقم 46 لسنة 1964، ليليه المشرع المغربي بعد ذلك حين نظمها في سنة 1993، أما المشرع المصري نظمها بسنة بعد ذلك أي في سنة 1994[1]، أما المشرع السعودي فقد نظمها وفق قرار مجلس الوزراء السعودي بتاريخ 14 محرم 1422 هـ لسنة 2002 م، ليتبناها المشرع الجزائري بعد ذلك في سنة 2005.[2][3]

وبالرجوع للمادة السابعة (07) مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 نجدها قد ألزمت المقبلين على الزواج بالقيام بالفحص الطبي قبل ذلك بقولها: "**يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر...**"، بينما أحالت هذه المادة شروط وكيفيات تطبيقها إلى التنظيم، وهو ما تحقق بعد ذلك بصدور المرسوم التنفيذي 154/06، هذا الأخير تضمن (07) مواد فقط نصت على شروط الشهادة الطبية قبل الزواج، وهي كالآتي:

---

[1] صورية غربي، المرجع السابق، ص 274.

[2] العربي (بلحاج)، "الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، الجزائر، 2007، ص 106-107.

[3] وتجدر الإشارة إلى أنه بمجرد إضافة المشرع للمادة السابعة (07) مكرر في ق أ ج ثارت في بداية الأمر تأويلات خاطئة حولها في وسط المجتمع الجزائري، وحتى لدى بعض فروع الإدارة المحلية، إذ شرع بعض ضباط الحالة المدنية في بعض البلديات في اشتراط شهادة العذرية للمرأة المقبلة على الزواج، مما أدى إلى رفض قاطع لذلك في الوسط النسوي، ولا سيما بعض الجمعيات النسوية الناشطة في نطاق حقوق الإنسان وحقوق المرأة، وقد سميت هذه الشهادة بوثيقة العار (Le document de la honte)، واعتبرت خرقا لحقوق المرأة وحرية الزوجين الخاصة، مما استدعى مطالبة وزارتي الداخلية والعدل بالتدخل العاجل لوضع حد لهذا التعسف وهذه التصرفات غير القانونية، وإزاء هذا الواقع فندت الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان على لسان وزيرها هذه الإشاعات الغريبة التي انتشرت في ظل غياب نص تنفيذي وفراغ قانوني في ذلك الوقت، وعليه كان من الضروري تحديد طبيعة هذه الشهادة الطبية وأنواع الفحوصات التي يخضع لها المرشحون للزواج، وهو ما تحقق بعد سنة كاملة من إصدار المرسوم التنفيذي 154/06 السالف الذكر، **لتفاصيل أكثر أنظر:** عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج – دراسة مقارنة –، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2012-2013، ص 238.

- أن لا تتجاوز مدة الشهادة الطبية ثلاثة (03) أشهر من يوم إجراء الفحص، فبمفهوم المخالفة إذا كانت الشهادة تاريخها يزيد عن ثلاثة أشهر يرفض ضابط الحالة المدنية أو الموثق ابرام عقد الزواج (المادة 02).
- يجب أن يقوم الطبيب اجباريا بفحص عيادي شامل، والمقصود به الفحص الخارجي دون اجراء تحاليل أو أمور أخرى، وأن يقوم الطبيب بالتعرف على فصيلة دم المقبل على الزواج سواء كانت هذه الفصيلة A، B أو O (المادة 03).
- يمكن للطبيب بصفة اختيارية وليست اجبارية أن يقوم بإجراء فحوصات أخرى للكشف عن الأمراض التي قد تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الأولاد فيما بعد، وإخطار المقبلين على الزواج بمخاطر العدوى منها، بالإضافة إلى السوابق الوراثية والعائلية التي يتم الكشف عنها من أجل معرفة بعض العيوب أو قابلية الإصابة ببعض الأمراض (المادة 04).
- بعد الحصول على النتائج من واجب الطبيب أن يعلم المعني بالفحص بنتائج هذه الفحوصات، والمتمثلة في الفحص العيادي الشامل وفصيلة الدم، ويتم اعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني (المادة 05).
- بعد الحصول على الشهادة الطبية يقوم ضابط الحالة المدنية أو الموثق بالاستماع للطرفين، والتأكد من علمهما بنتائج الفحص الطبي، وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج (المادة 07)، وبالتالي لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير العقد إلا بعد الحصول على الشهادة الطبية التي لابد أن يقدمها له المقبلين على الزواج (المادة 06).[1]
- لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض ابرام العقد لأسباب طبية إذا وافقا الطرفان على الزواج رغم وجود ذلك المرض.[2]

وما يعاب على المشرع الجزائري في تنظيمه لمسألة الفحص الطبي قبل الزواج هو عدم تحديد للأمراض المعنية بالفحص الطبي قبل الزواج، وعدم ذكره لبعضها على الأقل ولو على سبيل المثال، ومنحه

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 154/06، السالف الذكر.

[2] **للتفصيل أكثر حول هذه الشروط أنظر:** إيمان معمري و مفيدة ميدون، "اشتراط الشهادة الطبية وأثرها في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، سنة 2019، ص 48، و كريمة (محروق)، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 104 وما بعدها.

في ذلك سلطة التقدير للطبيب الفاحص، وهو ما نراه خطأً خاصة إذا لم يلتزم الطبيب بأخلاقيات المهنة ولم يكن في مستوى المهمة التي أوكلها له المشرع، فقد يحدث حتى في بعض الأحيان تسليم هذه الشهادة الطبية دون إجراء فحص طبي فعلي، كما قد يتآمر الطبيب ضد أحد المقبلين على الزواج، وهو ما يجعل هذا الإجراء دون فائدة، كما أن مدة الثلاثة أشهر المقررة لصلاحية هذه الشهادة هي مدة طويلة جدا، فقد يحصل مثلا خلال هذه المدة علاقة غير شرعية من الممكن أن ينتج عنها أمراض عديدة، ومنه كان من المستحسن أن لا يزيد تاريخ الشهادة عن أسبوع أو أسبوعين على الأكثر.

كما نضيف القول كذلك أن المشرع الجزائري لم يدرج مسألة الفحص الطبي قبل الزواج ضمن قانون الحالة المدنية رغم علاقته الوثيقة بها ولو بالإشارة لها فقط في الشهادات المطلوبة في ملف عقد الزواج، خاصة في المادة الرابعة والسبعون (74) من هذا القانون التي ألزمت طالبي الزواج بإثبات حالتهم المدنية عن طريق تقديم وثائق محددة،[1]، فمن باب أولى لو تدخل المشرع وعدل هذا النص وأدرج ضمنه الشهادة الطبية قبل الزواج عوضا على أن تبقى المسألة ملزمة بموجب برقية أو منشور وزاري فقط.

أما عن جزاء تخلف الفحص الطبي قبل الزواج، فنرى بأن جميع النصوص القانونية التي نظم بها المشرع الجزائري هذه المسألة جاءت خالية تماما من النص على الجزاء في حالة الإخلال بها، وهو ما نعيب فيه على المشرع، لأن من أهم خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة مقترنة بجزاء، فهذا الأخير هو صمام الأمان لضمان نجاعتها وفعاليتها في المجتمع، ولكن هذا النقص لا يعني انعدام الجزاء كليًا، بل يمكن أن يفهم بأنه إحالة لتطبيق القواعد العامة لقانون الأسرة ذات الصلة بالموضوع.

فبالنسبة أولا للزواج الذي تم دون شهادة طبية فهو لا يعتبر زواج باطل، بل يبقى صحيح، لأن الشهادة الطبية لا تعد ركن ولا شرط في الزواج بموجب المادتين (09) و (09) مكرر من ق أ ج، غير أنه يجوز للطرف المتضرر في هذه الحالة أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للعيوب والأمراض، فالزوج يؤسس ذلك على المادة الثامنة والأربعون (48) ويعتبر طلاقه مبرر غير تعسفي، أما

[1] **أنظر**: الأمر 20/70، السالف الذكر.

الزوجة تؤسس طلبها في التطليق على المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (02)[1]، ويستجاب لطلبهما دون تأجيل خاصة إذا كان المرض لا شفاء منه.[2]

أما عن العقوبات الجزائية فلا تسلط على الزوجان اللذان أبرما عقد الزواج دون فحص طبي أي عقوبات جزائية، غير أن ضابط الحالة المدنية أو الموثق تسلط عليهما عقوبات جزائية في حالة قبول ابرام عقد الزواج دون الاطلاع على الفحص الطبي للزوجين، وهذا طبقا للمادة 459 من ق ع ج التي تنص على: "**يعاقب بغرامة من 300 إلى 1000 د ج، ويجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر كل من خالف المراسيم والقرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة فيها معاقب عليها بنصوص خاصة**".

أما بالنسبة للطبيب الذي يصرح في الشهادة الطبية بخلو المريض المقبل على الزواج من مرضه الموجود فيه فعليا، فإنه يعاقب طبقا للمادة 226 ق ع ج التي تنص على: "**كل طبيب أو جراح أو طبيب أسنان أو ملاحظ صحي أو قابلة قرر كاذبا بوجود أو بإخفاء وجود مرض أو عاهة أو حمل، أو أعطى بيانات كاذبة عن مصدر مرض أو عاهة أو عن سبب الوفاة، وذلك أثناء تأدية أعمال وظيفته، وبغرض محاباة أحد الأشخاص يعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى ثلاث سنوات ما لم يكن الفعل احدى الجرائم الأشد المنصوص عليها في المواد 126 إلى 134 من قانون العقوبات الجزائري، ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر**".[3]

ونُنهي موضوع الفحص الطبي قبل الزواج بالقول أن هذا الفحص ليس مانعا للزواج من حيث المبدأ، فيمكن الزواج بدونه، والعقد يظل صحيح شرعا، ولكنه أصبح مطلوب كوثيقة أساسية عند مباشرة اجراءات

---

[1] تنص المادة (53) فقرة (02) من ق أ ج على: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج**".

[2] **لتفاصيل أكثر أنظر:** عبد العزيز (سعد)، المرجع السابق، ص 53، **و** العربي (بلحاج)، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 118، **و** عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 277.

[3] الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم بالقانون 06/20 المؤرخ في 28 أبريل 2020، ج ر عدد 25 المؤرخة في 29 أبريل 2020.

تحرير عقد الزواج المدني، وذلك نظرا لتطور حياة الإنسان، واكتشاف العلوم الطبية لبعض الأمراض الخطيرة التي يمكن أن تؤثر على صحة الزوجين بانتقالها من المصاب منهما إلى السليم بعد المعاشرة الزوجية، واحتمال توريثها للنسل المنتظر منهما مستقبلا، لهذا اهتدت أغلب التشريعات الوضعية منها المشرع الجزائري إلى فكرة تقنين هذه المسألة لضرورة المصلحة ليس إلا[1]، إذا فالهدف حمائي وقائي لا أكثر، يندرج ضمن السياسة الصحية الجديدة التي يتبناها المشرع الجزائري، هذا الأخير الذي ما فتئ يكيف تشريعاته وفق التحولات الحاصلة من حوله، وانتهاج الإصلاح الذي شرع يمس المنظومة القانونية في شتى قواعدها العامة والخاصة، الأمر الذي يتطلب التعاطي معه ايجابا وبحذر مستمر مراعاة لخصوصية المجتمع الجزائري المحافظ، وذلك بعدم الانسياق نحو كل ما يريد التأثير فيه سلبا.

المطلب الثاني

إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال إسقاط ركن الولي الشرعي من عقد زواج المرأة

لقد أصبحت مسألة حقوق المرأة وحرياتها مسألة يزايد عليها ويختلف حول مضمونها الكثير، ووصل النقاش فيها إلى أحكام قانون الأسرة، الذي تعتبر مسألة الولي وتدخله في عقد زواج المرأة التي تحت ولايته من أهم المسائل التي أثير بشأنها خلاف كبير سواءً على مستوى الصكوك الدولية، أو القوانين الوضعية، وحتى بين فقهاء الشريعة الإسلامية.

وعليه فدراسة هذه المسألة تقتضي تقسيم مضمون هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نخصص الفرع الأول لتبيان "مفهوم الولاية"، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة مسألة "إلغاء التمييز بين الزوجين في اتفاقية سيداو بإسقاط ركن الولي"، في حين يأتي الفرع الثالث تحت عنوان "إلغاء ركن الولي الشرعي في قانون الأسرة الجزائري تكريسا لاتفاقية سيداو".

الفرع الأول

مفهوم الولاية

يعتبر عقد الزواج من العقود التي استمدت جل أحكامها من الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة تعرف ما يسمى بـ "نظام الولاية"، والذي مفاده أن المرأة لا يمكنها كأصل عام أن تبرم زواجها بمفردها بل يستوجب ذلك موافقة وليها، غير أن هذا العقد في مقابل ذلك يقوم على ركن الرضائية للعاقدين فقط دون غيرهما، وهو

[1] العربي (بلحاج)، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 119.

ما يثير التعارض بين نظامي الولاية والرضائية، ولهذا أخذت الولاية قسط كبير من اهتمام ونقاش فقهاء الشريعة والقانون سواء من حيث تعريفها (الفقرة الأولى)، أو من حيث شروطها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى

تعريف الولاية

الولاية لغة مأخوذة من الفعل "ولّى" بفتح الواو وكسر اللام، والولاية بكسر الواو تعني النصرة والمحبة والتضامن، والولي هو الناصر والمحب والمعين، وقد تعني القائم بأمر الشخص المتولي لشؤونه، لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والقدرة، كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه، والنسب أدعى إلى تحقيق ذلك[1]، ويسمى متولي العقد الولي، ومنه قوله تعالى: "**فليملل وليه بالعدل**"[2]، وقوله أيضا: "**والله ولي المؤمنين**"[3]، وولي المرأة من يلي عقد نكاحها، والولي اسم من أسماء الله الحسنى، وتعني الناصر.

أما اصطلاحا فتعرف الولاية بأنها: "سلطة شرعية تخول لصاحبها انشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير، بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"[4]، أو هي: "حق يخول لمن تثبت له القدرة على انشاء العقود والتصرفات، بمعنى أنها تترتب عليها آثارها الشرعية بمجرد صدورها منه".[5]

وتخصيصا من ذلك يمكن تعريف الولاية في الزواج بأنها: "تنفيذ القول على المرأة أو القاصر في حكمها في الزواج، والاشراف على شؤون أي منهما في العقد من طرف شخص له المقدرة الشرعية على ذلك".[6]

والولاية في الزواج تقوم على الشفقة، وذلك معتبر بالقرابة، فأقربهم أكثرهم شفقة، ومن هنا أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ترتيب الأولياء في الزواج مع خلاف يسير بينهم في تحديد الأقرب من الفئات الآتية،

---

[1] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 406.

[2] سورة البقرة، الآية 282.

[3] سورة آل عمران، الآية 68.

[4] محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 140.

[5] محمد (محدة)، المرجع السابق، ص 192.

[6] ربيعة حزاب و فتيحة يعقوبي، "أحكام نكاح القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 05، الجزائر، جوان 2018، ص 181.

وهم: الأب / أب الأب وإن علا / الابن وابن الابن وإن نزل / الأخ الشقيق / الأخ لأب / أولاد الإخوة / الأعمام ثم أولادهم / الأقرب تعصيبا / السلطان (القاضي).

والاختلاف اليسير بين الفقهاء دار حول المرتبة الأولى والثانية للأولياء، حيث أن ولاية البنوة تقدم على ولاية الأبوة عند كل من الحنفية والمالكية، في حين نجد الحنابلة يقدمون ولاية الأب على الابن، أما الشافعية فيسقطون ولاية الأبناء تماما من الزواج.[1]

الفقرة الثانية

شروط الولاية

بالحديث عن شروط الولي في عقد الزواج، فإننا لا نجد حقيقة نصا حول الشروط الواجب توافرها في ولي الزوجة في قانون الأسرة الجزائري رغم أهمية ذلك، وهذا خلافا لما هو منصوص عليه في عدة قوانين عربية للأحوال الشخصية التي نجد فيها العديد من النصوص التي تبرز الشروط الواجب توافرها في ولي الزوجة حتى يستطيع هذا الأخير مباشرة عقد زواج من في ولايته.

وعليه تطبيقا للمادة 222 ق أ ج فإن كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة فلابد من الرجوع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وتبعا لذلك نجد فقهاء الشريعة قد اختلفوا حول الشروط الواجب توافرها في ولي الزوجة، فكانت هناك شروط متفق عليها، وأخرى مختلف فيها.

فبالنسبة للشروط المتفق عليها هي:

- **شرط الإسلام:** فلابد أن يكون الولي مسلما على مسلمة، فلا يزوج الكافر المسلمة، ولا المسلم الكافرة، لقوله تعالى: "**لا يتخذ المؤمنين الكافرون أولياء من دون المؤمنين**".[2]

أما إذا تزوج المسلم الكتابية فيجوز أن يكون وليها من ملتها، وذلك قول أبو حنيفة والشافعي وابن حنبل.[3]

---

[1] محمد سميح الخالدي، "الولي واشتراطه في عقد زواج المرأة بين الفقهاء (الأئمة الأربعة) وقوانين الأخوال الشخصية"، مجلة الدراسات الإسلامية والعربية، عدد 496، الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر 2014، ص 07.

[2] سورة آل عمران، الآية 28.

[3] عبد العالي عشاري، "الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديد"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 09، الجزائر، جوان 2018، ص 321.

- **شرط الأهلية:** لابد أن يكون الولي بالغا عاقلا حائزا لأهلية الأداء، إذ لا ولاية لصغير غير مميز أو مجنون، فهما أنفسهما يحتاجان إلى من يولي عليهما فكيف تكون لهما ولاية على غيرهما.[1]

ويتبع الأهلية ضرورة عدم اختلال نظر الولي لهرم أو أسقام أو آلام شاغلة لنظره، فإذا وجد ذلك تنتقل الولاية إلى الأبعد منه حسب رأي الشافعية.[2]

- **شرط خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة:** فلا يجوز لمحرم بحج أو عمرة تولي عقد النكاح لنفسه أو لغيره لقوله صلى الله عليه وسلم "**لا ينكح المحرم ولا يُنكح**".[3]

أما عن الشروط المختلف فيها فهي:

- **شرط الذكورة:** وهو شرط متفق عليه عند الجمهور من غير الحنفية، حيث يرون بأن الولاية تثبت للذكر فقط، ولا تثبت للأنثى بأي حال من الأحوال، فالمرأة لا تثبت لها الولاية على نفسها في الزواج ولا على غيرها، أما الحنفية فيرون عكس ذلك، أي بإمكان المرأة البالغة الراشدة أن تباشر عقد زواجها بنفسها دون ولي لها، كما لها على غيرها ولاية التزويج كذلك، مع إعطاء الولي حق الاعتراض على الزواج إن كان الزوج غير كفء للبنت مثلا.[4]

- **شرط العدالة:** عن عدالة الولي فإن جمهور الفقهاء يرون أن الفاسق تجوز ولايته في الزواج، وهذا راجع لأن الفاسق ولي على نفسه، وبالتالي يصح أن يكون وليا على غيره، كما يمكنه أن يتولى أمر العامة، أما الشافعية والحنفية في رواية أخرى يشترطون العدالة في الولي.[5]

- **الحرية:** اختلف الفقهاء فيها، حيث رأى البعض منهم أنه لا يجوز أن يكون العبد وليًا، لأنه لا يمكن أن يزوج نفسه، فلا يمكن بالتالي أن يزوج غيره، بينما رأى البعض الآخر خلاف ذلك.[6]

---

[1] الصادق فربوي، "الولاية في الزواج"، مجلة التواصل، العدد 02، الجزائر، يناير 1997، ص 59.

[2] محمد سميح الخالدي، المرجع السابق، ص 25.

[3] عبد العالي عشاري، المرجع السابق، ص 321.

[4] الصادق فربوي، المرجع نفسه، ص 63.

[5] عبد العالي عشاري، المرجع نفسه، ص 322.

[6] محسن سميح الخالدي، المرجع نفسه، ص 26.

الفرع الثاني

إلغاء التمييز بين الزوجين في اتفاقية سيداو بإسقاط ركن الولي

لقد اعتبرت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أن وجود الولي في عقد زواج المرأة، وعدم وجوده واشتراطه في عقد زواج الرجل هو تمييز صارخ ضد المرأة، وقد أكدت على ضرورة تحقيق المساواة بين الجنسين في ابرام الزواج مباشرة دون واسطة من خلال فقرتين وردتا ضمن المادة السادسة عشر (16) جزء (01).

حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على: "**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: (ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل**"[1]، طبقا لهذه الفقرة تلتزم الدول الأطراف في الاتفاقية بمنح المرأة حق الرضا الحر والكامل بميثاق الزواج، وهذا معناه من جهة أخرى أنه لا يجوز لأي كان التدخل في رضا المرأة بالزواج واختيارها للزوج، وبالأخص الولي أبا كان أو غيره، فالرضا بهذا المعنى يجعل من المرأة هي صاحبة القرار الوحيد في الزواج، وأكثر من ذلك فإنه تمنح لها السلطة والمقدرة على مباشرة عقد زواجها بنفسها دون واسطة، أي دون اشتراط وليها أو حتى دون حضوره.

كما عاودت الاتفاقية التأكيد على هذا الأمر من خلال الفقرة (ج) من المادة السادسة عشر (16) (1)، والتي جاء في مضمونها: "**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: (ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج**"[2]، وطبقا لهاته الفقرة تُلزم الدول الأطراف في الاتفاقية منها الجزائر بمنح حقوق مساوية لحقوق الرجل في كل الأمور المتعلقة بالزواج، خاصة منها ابرام زواجها بنفسها دون وليها مثلما للرجل هذا الحق تماما.

---

[1] **أنظر** المادة (16) فقرة (01) (ب) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق

[2] **أنظر** المادة (16) فقرة (01) (ج) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق.

هذا وقد أعربت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عن قلقها من الدول التي لا تزال تشريعاتها الأسرية تفرض ضرورة زواج المرأة بالولي، واعتبرت اللجنة ذلك بمثابة تمييز واضح ضد المرأة.

وفي تعليق للجنة على تطبيق المادة السادسة عشر (16) من الاتفاقية جاء فيه: "**إن حق المرأة في اختيار زوجها وفي التزوج بحرية هو حق أساسي لحياتها وكرامتها ومساواتها كإنسان، وتبين تقارير الدول الأطراف وجود بلدان تسمح بتزويج المرأة وإعادة تزويجها قسرا وبتدخل وليها بناءً على العرف أو المعتقدات الدينية أو الأصول العرقية لجماعات من الناس...، ويجب صون حق المرأة في الموافقة على مبدأ الزواج، وموعده، والشخص الذي تتزوجه، دون تدخل أي شخص آخر، وإنفاذ ذلك قانونا، رهنا بقيود معقولة على هذا الحق تستند مثلا إلى حداثة سن المرأة أو قرابة الدم التي تربطها بالشريك**".[1]

وبالنسبة للجزائر فقد أعربت لجنة الاتفاقية في ردها على التقرير الأولي المقدم من الحكومة الجزائرية وذلك في سنة 1999 عن: "**قلقها من تمسك الجزائر بتحفظاتها، خاصة تحفظها الوارد على المادة السادسة عشر (16) من الاتفاقية، كما أكدت أن ذلك أدى إلى الإبقاء على العديد من مظاهر التمييز ضد المرأة في الأسرة منها تدخل وليها في زواجها، ومنها من ابرام هذا العقد بنفسها، كما أعربت عن استياءها من استناد الجزائر إلى الشريعة الإسلامية والثقافة المجتمعية لتبرير ذلك، كما عبرت كذلك عن قلقها من الضغوط الاجتماعية التي لازالت قائمة في المجتمع الجزائري والتي تُبقي مركز المرأة في مستوى أدنى من مستوى الرجل، وهو الأمر الذي ليس ملائما للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الجزائر، والناتج خصوصا عن قيم السلطة الأبوية، وهو ما ينتهك حقوق المرأة بشكل واضح**".[2]

وبعد تعديل المشرع الجزائري لمركز الولي في عقد زواج المرأة بموجب الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة وتحويله من ركن إلى شرط، رفعت الجزائر تقرير جامع إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، وذلك في سنة 2009 الذي جاء فيه: "**إن الجزائر صحيح أنها لم ترفع تحفظها على المادة السادسة عشر (16) من الاتفاقية، ولكنها قامت بإدخال تعديلات وإصلاحات عديدة على قانون الأسرة الجزائري تمهيدا**

---

[1] **أنظر**: التوصية رقم (21) المقدمة من لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حول المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، الدورة الثالثة عشر، لسنة 1992، موقع المفوضية السامية للأمم المتحدة **www.unhchr.ch**

[2] **أنظر**: ردود لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الأولية المرفوعة من الدول الأطراف – الجزائر – 1999، مرجع سابق، ص 24، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 02.

لذلك، وبما يتماشى طبقا مع ما هو مقبول في المجتمع الجزائري، وأشارت إلى أن تعديلها هذا جاء متماشيا مع مطالبات شرائح المجتمع خاصة منها النسوية هذا من جهة، وبغية ملائمة قانون الأسرة الجزائري مع الاتفاقية من جهة أخرى، وقد تناول هذا التعديل خصوصا إلغاء الزواج بالإنابة بالنسبة للمرأة، وجعل الولي شرط في الزواج بعد أن كان ركن، ومنح المرأة الراشدة الحق في أن تعقد زواجها بنفسها ولا يملك الولي أي سلطة في ذلك وهذا طبقا للمادة (11) من قانون الأسرة الجزائري...".[1]

وهو الأمر الذي استحسنته كثيرا لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في ردها على هذا التقرير في سنة 2012.[2]

الفرع الثالث

إلغاء ركن الولي الشرعي في قانون الأسرة الجزائري تكريسا لاتفاقية سيداو

لقد كان المشرع الجزائري بموجب قانون الأسرة 11/84 يعتبر الولي ركن في عقد زواج المرأة، ولا يمكن لهذه الأخيرة ابرام زواجها بنفسها دون وليها بأي حال من الأحوال، وذلك طبقا للمواد 09 و 11 و 12 و 13 منه، لكن نتيجة التغيرات التي طرأت على المجتمع الجزائري بعد ذلك، ونتيجة مطالبات الجمعيات النسوية كذلك، وضغوطات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة غير المشرع الجزائري من مركز الولي في عقد زواج المرأة بتعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، ليشهد مركز الولي بموجب هذا التعديل تهميشًا واضحًا.[3]

---

[1] **أنظر:** التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، 2009، مرجع سابق، ص 17-18، **لتفاصيل أكثر أنظر** الملحق رقم 05.

[2] **أنظر:** التعليقات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير المجمعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف – الجزائر –، 2012، مرجع سابق، **لتفاصيل أكثر أنظر** الملحق رقم 06.

[3] هذا وتنقسم الولاية شرعا إلى عدة أنواع بناء على عدة معايير نذكر أهمها:

- **الولاية من حيث المصدر:** تنقسم الولاية من حيث مصدرها إلى ولاية أصلية (شرعية)، وولاية اتفاقية، فبالنسبة للأولى نجد أن سببها هو النسب أو القرابة الشرعية كالبنوة والأبوة والأخوة والعمومة، أو التعصيب وصلة الرحم. أما الولاية الاتفاقية فهي ترجع إلى اتفاق الأشخاص الطبيعيين فيما بينهم.

- **الولاية من حيث الأثر الناشئ:** تنقسم الولاية بناء على هذا المعيار إلى ولاية قاصرة وأخرة متعدية، فبالنسبة للولاية القاصرة فهي تثبت للشخص بمجرد بلوغ سن الرشد واكتمال الأهلية سواء بالنسبة للرجال أو النساء، أما الولاية المتعدية هي الولاية التي يتولى فيها الشخص شؤون غيره، وتكون هذه الولاية بسبب القرابة الطبيعية أو الاتفاق أو القضاء.
- **الولاية من حيث الموضوع:** تنقسم الولاية من حيث الموضوع إلى ثلاثة أقسام وهي: الولاية على النفس، والولاية على المال، والولاية المشتركة، فبالنسبة للأولى سبب قيامها هو انعدام الأهلية بالنسبة للصغار والقصر، حيث تستدعي هذه الولاية القيام بالتربية والحضانة والتعليم، وهذا بحكم ضعفهم وعدم قدرتهم على القيام بتسيير شؤونهم، أما الولاية على المال تتمثل في إدارة وتسيير أموال القاصر بقصد تنمية المال والحفاظ عليه مع استثماره حتى لا يزول، أما الولاية المشتركة سميت كذلك لأنها تضم الولايتين معا، الولاية على المال والولاية على النفس، وذلك بأن يكون الولي قادرا على انشاء العقود غير المالية لمن تحت ولايته كعقد الزواج، وكذا تثبت له القدرة لإنشاء العقود المالية وتنفيذها كعقود البيع والتجارة والإيجار...إلخ، ومنه نستنتج بأن الولاية في عقد الزواج هي تدخل ضمن الولاية على النفس، كما تندرج ضمن الولاية المشتركة نظرا للجانب المالي لعقد الزواج.
- **الولاية من حيث اللزوم وعدم اللزوم:** تنقسم هذه الولاية طبقا لهذا المعيار إلى ولاية إجبار وولاية اختيار، فبالنسبة لولاية الاجبار معناها تنفيذ القول على الغير، وسميت كذلك لأن من يملك هذه الولاية يملك معها حق الاستبداد بتزويج من في ولايته وجبره على ذلك، ويكون العقد نافذًا دون التوقف على إجازة أحد وهي تثبت للأب والجد على الفتاة البكر أو الصغيرة أو المجنونة، وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه ولا يشاركه أحد في ذلك، لعدم توافر شرط العقل والبلوغ في المولى عليه، والذي يهمنا في هذا المقام ليس هو الإجبار المفروض على القصر غير البالغين لأن ذلك لا إشكال فيه، وإنما الإشكال الحقيقي هو بخصوص البكر البالغة الراشدة، حيث اختلف الفقه حول جواز تزويج الولي للراشدة البكر إلى رأيين: **الرأي الأول** كان رأي جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)، الذين ذهبوا إلى القول بأن المرأة لا تزوج نفسها بنفسها على كل حال، وأن النكاح لا يكون إلا بولي، وهو شرط صحة مطلقا للصغيرة والكبيرة، الثيب والبكر، مع أخذ رأي الراشدة في الزواج، لكن إرادة الولي هي التي ترجح في النهاية، وعليه فلا تملك المرأة مهما بلغ سنها حق تزويج نفسها، ولا تزويج غيرها، ولا أن توكل غير وليها في الزواج، فإن فعلت لا يصح النكاح، وأضاف الجمهور القول أنه صحيح أن الشريعة الإسلامية منحت للمرأة البالغة العاقلة الأهلية الكاملة في مجال العقود والتصرفات المالية، أما عقد الزواج فلا أهلية لها في ابرامه نظرا لخصوصيته، فالآثار الناتجة عن سوء الاختيار في عقد الزواج أشد وأخطر من تلك المترتبة عن العقود المالية، فالضرر في هاته الأخيرة يعود على المرأة وحدها، أما الضرر في عقد الزواج فهو يعود على العاقدين، كما تنال الأسرة منه كذلك شيئا من العار.

أما **الرأي الثاني** فهو رأي الحنفية حيث أجازوا للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرا كانت أم ثيب أن تبرم عقد زواجها بنفسها من غير إذن وليها، ذلك لأن الشارع حسبهم لم يشرع لنا في ذلك نصا صريحا، فلو اشترط الولي صراحة لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم، غير أن أبا حنيفة تشدد في اشتراط الكفاءة فيمن تختاره المرأة، فإذا كان قد خالف جمهور الفقهاء في إطلاق حريتها، فقد احتاط مع ذلك لحق وليها، فاشترط الكفاءة في الزوج، كما اشترط أن يكون مهرها هو مهر المثل، وإذا تخلف أحد هاذين الشرطين جاز لوليها الاعتراض على ذلك، وكان له بذلك حق فسخ زواج موليته إذا تزوجت بغير كفء أو

فبالنسبة للولاية في الزواج في ظل قانون الأسرة 11/84 قد كان المشرع الجزائري ينظم أحكام الولاية في الزواج بموجب المواد 09 و 11 و 12 و 13 و 32 منه[1]، ومن خلال هذه النصوص يتضح لنا أن المشرع الجزائري في ظل قانون الأسرة قبل التعديل كان يأخذ برأي الجمهور، فكان يجعل الولي ركن في عقد زواج المرأة، وهو من يتولى تزويجها ولا سلطة لها في ذلك، ولكن مع ذلك فقد منع المشرع عضل المرأة من الزواج بمن هي راغبة فيه، وكذا منع تزويجها جبرا عنها، طالما أن الرضا ركن في الزواج في ق أ ج سواءً

كان مهرها أقل من مهر المثل، ومع ذلك فقد رأى الحنفية أنه من المستحسن أن يتولى ولي المرأة زواجها، ولا تتولاه هي بنفسها، وذلك صونا لها عن التبذل لو أبرمت عقد زواجها بمحضر من الرجال الأجانب عنها.

أما عن ولاية الاختيار، فهي الولاية التي لا يستطيع بموجبها الولي أو يستبد بتزويج المولى عليها، بل لابد من مشاركة البنت وليها في الرضا بالزواج واختيار الزوج ، وهذه الولاية تثبت عند الجمهور للثيب البالغة فقط، فهذه الأخيرة لا يجوز لوليها أن يجبرها على الزواج، بل لابد من الحصول على موافقتها ورضاها عن ذلك، وهو ما يعرف بولاية الشراكة أو الاشتراك، أي أن تشترك في الرأي مع وليها في الزواج، أما عند الحنفية فهي تثبت لكل فتاة بلغت سن البلوغ ولو كانت بكرا، فليس لأحد أيا كان من الأولياء أن يجبرها على الزواج، بل تزوج نفسها برضاها الحر وباختيارها، **أنظر:** نور الدين (أبو لحية)، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، دار الكتاب الحديث، مصر، د ت، د ط، ص 65 وما بعدها، **و** عيسى حداد، المرجع السابق، ص 118، **و** العربي (بلحاج)، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 309، **ولتفاصيل أكثر أنظر:** الغوثي (بن ملحة)، المرجع السابق، ص 64، **و** أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 345، **و** عدلان مطروح، "الولاية على الراشدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، جوان 2013، ص 154 وما بعدها.

[1] تنص المواد (09) و (11) و (12) و (13) و (32) من ق أ ج 11/84 على:

تنص المادة (09) على: "**يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق**".

تنص المادة (11) على: "**يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له**".

تنص المادة (12) على: "**لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت**".

تنص المادة (13) على: "**لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها**".

تنص المادة (32) على: "**إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن**".

قبل أو بعد التعديل، كما اعتبر المشرع طبقا لقانون الأسرة 11/84 أن تخلف ركن الولي لوحده في الزواج يؤدي إلى فسخه إذا لم يتم الدخول، أما إذا تم الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل، أما إذا تخلف ركن الولي مع ركن آخر كالرضا أو الشاهدين أو الصداق فيبطل الزواج في هذه الحالة سواءً تم الدخول أو لم يتم.

وهو ما أيده القضاء الجزائري في العديد من قراراته، حيث قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: "**متى كان من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل، وأيضا لا يزوج البنت إلا أب أو ولي برضاها وتأذن بالقول، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية**".[1]

واستمر المشرع على موقفه هذا من الولي إلى غاية سنة 2005، فتأثرا منه ببنود اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وبضغوط لجنتها، وكذا بمطالبات الجمعيات النسوية وبحركة التفتح التي يشهدها المجتمع الجزائري، أدخل تعديلات جوهرية على مسألة الولاية في عقد زواج المرأة، وذلك بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05.

فبعد أن كان المشرع يعتبر الولي ركن في عقد الزواج بموجب قانون الأسرة 11/84 أسقطه بعد ذلك إلى مجرد شرط بموجب تعديل 02/05، حيث تنص المادة التاسعة (09) مكرر المستحدثة بموجب هذا التعديل على: "**يجب أن يتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: 3- الولي**"[2]، وبالتالي أصبح الركن الوحيد للزواج هو الرضا وهذا طبقا للمادة التاسعة (09) من هذا التعديل التي تنص على: "**ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**".[3]

كما تم تعديل المادة (11) من ق أ ج، وأصبح نصها كالآتي: "**تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الاخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له**".[4]

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 34438، المؤرخ في 24 سبتمبر 1984، م ق عدد 01، لسنة 1999، ص 64.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[4] الأمر 02/05، السالف الذكر.

وعليه فقد منح المشرع طبقا لهذا النص للمرأة الراشدة الحق في أن تبرم زواجها بنفسها، واشترط فقط حضور أي شخص لهذا العقد ولو غير الأب رغم وجوده، وهو ما يجعل من الولي مجرد أمر شكلي لا أهمية كبيرة له في هذا العقد ما دامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين بذاته، ليساوي المشرع الجزائري بذلك بين الولي والشاهدين ي المركز، فكل منهما ليس له أي دور في عقد الزواج سوى الحضور في مجلس العقد، وهو ما يتيح امكانية اعتبار الولي شاهد ثالث.

أما بالنسبة للمرأة القاصرة فقد أبقى المشرع الولاية عليها، ولكنها ولاية اختيار وليست ولاية اجبار، فالولي ينفذ رغبة القاصرة التي هي تحت ولايته لا أكثر، فهو مسلوب من حق التعبير عن رأيه ولو كان ذلك ضروريا.

كما تم إلغاء المادة الثانية عشر (12) التي كانت تنص على مسألة عضل الولي، وتم الإبقاء على المادة الثالثة عشر (13) مع تعديلها بمنع الولي اجبار القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، فجاء نصها كالآتي: "**لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في لايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها**".[1]

أما عن أثر تخلف الولي كشرط نص عليه المشرع بموجب المادة الثالثة والثلاثون (33) ق أ ج المعدلة، بقوله: "**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، أذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل**"[2]، وتحليلا لهذا النص نصل إلى أن تخلف الولي في حالة وجوبه – أي بالنسبة للمرأة القاصرة – يؤدي إلى فسخ الزواج إذا لم يتم الدخول، وأما إذا تم الدخول فيثبت هذا الزواج بصداق المثل، وبمفهوم المخالفة إذا تخلف الولي في حالة عدم وجوبه – أي بالنسبة للمرأة الراشدة– فلا أثر لذلك على عقد زواجها، فيبقى صحيحا سواءً تم الدخول أو لم يتم، وهو ما يفهم من نص هذه المادة.

وبعد النقد اللاذع الذي وجه للمشرع الجزائري حول تهميشه للولي بموجب تعديل ق أ بالأمر 02/05 نظرا لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية، تحجج واضعوا هذا التعديل بعدم مخالفة أحكام الشريعة كون قانون

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

الأسرة قبل التعديل كان يتبع مذهب الجمهور ويعتبر الولي ركن في الزواج، أما بعد التعديل أصبح يتبع رأي الحنفية اللذين يمنحون المرأة الراشدة حق تزويج نفسها بنفسها دون وليها، ولكن هذا غير صحيح في الحقيقة، فالمشرع الجزائري نظم الولاية بأحكام لا مثيل لها في أي مذهب من المذاهب الشرعية، فحتى المذهب الحنفي منح للولي حق الاعتراض إذا كان الزوج غير كفئ للمرأة أو مهرها ليس كمثيلاتها، وهو ما لم يتبناه المشرع الجزائري في هذا التعديل، كما أن الحنفية رغم عدم اشتراطهم للولي إلا أنهم حبذوا حضوره صونا للمرأة عن التبذل لو أبرمت العقد بمحضر من الرجال الأجانب عنها.

وعليه فموقف المشرع من الولاية جاء غامضا، فلا هو أبقاها كما هي شرعا، ولا هو ألغاها تماما، فما الفائدة من جعل الولي يكون من اختيار المرأة ثم يكون دوره بعد ذلك مجرد الحضور فقط، وهو ما يفصح عن نية المشرع الجزائري في التوجه شيئا فشيئا نحو إلغاء الولي من عقد زواج المرأة استجابة منه للمساواة بين الجنسين في عقد الزواج التي نادت بها اتفاقية سيداو ولجنتها.

وهو ما نعيب فيه على المشرع، فالولاية ليست بالحجر القانوني على المرأة كما صورتها هذه الاتفاقية، كما أن سببها لا يرجع إلى نقص أهلية المرأة، بل على العكس من ذلك فما شرعت الولاية في زواج المرأة إلا حفاظا على سمعتها وكرامتها وانسانيتها.

وحتى لو تحجج المشرع في تهميش الولي من عقد زواج المرأة برغبته في تحقيق المساواة بين الجنسين في ذلك، فإن هذا لابد أن يكون في إطار البعد الإنساني والحضاري، وليس على أساس الإباحية المطلقة الرامية إلى التلاعب بالمرأة تحت شعارات واهية، خصوصا وأنه بالحد من مركز الولي في عقد زواج المرأة هو لم يحقق المساواة بين الجنسين بقدر ما وضع المرأة في غير مأمن، متى لم تتحقق الغايات المرجوة من الزواج، فلو أساءت المرأة الاختيار مثلا بحكم قلة تجربتها لتعذر عليها بعد ذلك اللجوء إلى أبيها احتماءً به، طالما أنها أقصته كولي على زواجها واختارت وليا غيره تحت ذريعة القانون.[1]

[1] أعمر سعيد شابحة و عيسى أمعيزة، "المركز القانوني للمرأة في ابرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 09، الجزائر، 2015، ص 459.

فهذا التحامل على نظام الولاية في عقد زواج المرأة لا دليل علمي ولا أساس قانوني له، فهو ليس نظام غير عادل كما وصفه البعض من دعاة التحرر، بل هو نظام يحمي المرأة ويحفظ ميثاق الزواج لعقود طويلة من الفساد الذي طاله اليوم بعد إلغاء و تهميش دور الولي في عقد زواج المرأة.[1]

المطلب الثالث

إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال المساواة في إعمال الإرادة في اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري

يعتبر عقد الزواج من العقود الارادية التي تلعب الإرادة دورا كبيرا فيه، سواء من حيث تأسيسه أو استمراره أو ترتيب آثاره، لكن أحيانا يتدخل المشرع في هذه الإرادة إما ليحد منها أو ليوسع في مجالها، متأثرا في ذلك بعدة عوامل منها الالتزامات الدولية المفروضة عليه.

ودور الإرادة في عقد الزواج يتمحور حول مسألتين: تعدد الزوجات و حق الاشتراط في عقد الزواج، وهو ما ندرسه في هذا المطلب بتقسيم مضمونه إلى فرعين، يأتي الفرع الأول تحت عنوان "تضييق إرادة الزوج في تعدد الزوجات كمظهر لإلغاء التمييز ضد الزوجة"، في حين يعنون الفرع الثاني بـ "إلغاء التمييز بين الزوجين بتكريس المساواة في الاشتراط في عقد الزواج".

الفرع الأول

تضييق إرادة الزوج في تعدد الزوجات كمظهر لإلغاء التمييز ضد الزوجة

لعلنا لا نبالغ إذا قلنا أن تعدد الزوجات هو من المواضيع التي طالها الجدل أكثر من أي جانب من جوانب الزواج، بقدر ما طالها التنظيم والإحكام، لتتوسع دائرة الجدل بإقحام حقوق المرأة في هذا الموضوع واعتبار تعدد الزوجات ظلم وتمييز ضدها.

وعلى ضوء هذا نقسم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "إلغاء التمييز ضد الزوجة بإسقاط نظام تعدد الزوجات في اتفاقية سيداو" ، في حين نخصص الفقرة الثانية لـ "تقييد تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري تكريسا لاتفاقية سيداو".

---

[1] العربي (بلحاج)، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 313، **وأنظر كذلك:** كريمة (محروق)، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

الفقرة الأولى

إلغاء التمييز ضد الزوجة بإسقاط نظام تعدد الزوجات في اتفاقية سيداو

لقد أكدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على **حق المرأة في عدم التزوج عليها** أو ما يعرف **بإلغاء نظام تعدد الزوجات**، حيث ترى الاتفاقية أنه من باب المساواة مثلما ليس للمرأة الحق في تعدد الأزواج، فلا يكون للرجل ذلك الحق أيضًا، ومنه ينبغي حسبها إلغاء نظام تعدد الزوجات بشكل جذري من قوانين الدول التي تأخذ به وتبيحه، وهذا ما يُفهم ضمنيًا من المادة السادسة عشر **(16)** فقرة **(01)** **(ج)** من الاتفاقية، وأيضًا أعربت لجنة الاتفاقية صراحةً على ذلك بموجب توصيتها رقم **(21)** بقولها: "**تعدد الزوجات يخالف حق المرأة في المساواة بالرجل، وقد تكون له نتائج عاطفية ومالية خطيرة عليها وعلى من تعولهم إلى حد يستوجب عدم تشجيع هذه الزيجات وحظرها، وتلاحظ اللجنة بقلق أن بعض الدول الأطراف التي تُضمن دساتيرها التساوي في الحقوق تسمح بتعدد الزوجات وفقًا لقانون الأحوال الشخصية أو للقانون العرفي، وهذا ينتهك الحقوق الدستورية للمرأة ويخالف أحكام الاتفاقية...**".[1]

ومنه حسب لجنة الاتفاقية إذا منحت الدول الأطراف للرجل الحق في تعدد الزوجات، فالمنطق يقتضي إما إلغاء هذا الحق له تساويًا مع المرأة، أو السماح للمرأة بالاقتران بأكثر من رجل في إطار نظام تعدد الأزواج، أما العمل بخلاف ذلك يعد اخلالاً بمبدأ المساواة بين الجنسين.[2]

وأضاف المدافعون على الاتفاقية وعلى هذا الرأي القول بأن مشكلة اختلاط الأنساب التي يتخذها المعارضون لحق المرأة في تعدد الأزواج يمكن حلها باستخدام وسائل منع الحمل والتحكم في الانجاب، وقد قطع العلم شوطًا كبيرًا في هذا المجال، وفي حالة ما إذا حدث حمل غير مرغوب فيه فيمكن تحديد نسب الجنين باستخدام اختبار الحمض النووي **A D N**.[3]

ومن المعلوم أن الجزائر تتبنى نظام تعدد الزوجات بموجب المادة **08** و **08 مكرر** و **08 مكرر1**، لهذا فلجنة الاتفاقية كلما رفعت لها الجزائر تقريرها الدوري كانت تستنكر وتستهجن تمسك الجزائر بهذا النظام

---

[1] **أنظر**: التوصية العامة رقم **(21)** للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، لسنة 1992، مرجع سابق.

[2] رشاد (حسن خليل)، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، دار الفاروق للنشر، مصر، 2007، ج 01، ط 01، ص 219.

[3] عبد الحليم بوشكيوه، أثر تكريس المساواة التامة بين الزوجين في الاتفاقيات والمواثيق الدولية على حماية مقومات الأسرة المسلمة في التشريعات الوطنية، الملتقى الدولي التاسع بعنوان "قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية"، جامعة الحاج لخضر – باتنة، الجزائر، 27-28 نوفمبر 2018، ص 12.

وعدم إلغاءه، وتوجه لها توصيات شديدة اللهجة لإلغاء تعدد الزوجات من قانون الأسرة الجزائري، وذلك بعد إلزامها بضرورة رفعها لتحفظها الوارد على المادة السادسة عشر **(16)** من الاتفاقية.[1]

الفقرة الثانية

تقييد تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري تكريسا لاتفاقية سيداو

يعتبر نظام تعدد الزوجات من المواضيع الهامة والحساسة في قانون الأسرة الجزائري التي اشتد الجدال حولها كثيرا، خاصة وأن المشرع في تبيانه لأحكام هذا النظام كان ملزما بالموازنة بين التزاماته الدولية الناتجة عن اتفاقية سيداو خصوصا فهو قد صادق عليها وبالتالي يتحمل تبعات ذلك، وبين الشريعة الإسلامية التي أحكمت قواعد تعدد الزوجات باعتبارها تشكل المرجعية الأولى لقانون الأسرة الجزائري.

ولعلنا نصدق القول إذا قلنا أن المرجعية الدينية لنظام تعدد الزوجات هي التي جعلت من هذا الأخير مثار نقد ومادة للهجوم من طرف الغرب على الإسلام والمسلمين، فقد حاولوا أن يوهموا الجميع أن الإسلام هو من أتى بنظام التعدد، وبالتالي يقتصر وجوده على الدول التي تدين بالإسلام، أو تلك التي تشهد تأخرا في ميدان الحضارة والتقدم، وهذا غير صحيح مطلقا كان سائد حتى قبل الإسلام، وفي شعوب كثيرة متحضرة كالفرس والمصريين والصينيين والهنود والشعوب الجرمانية...إلخ، ولما جاء الإسلام أبقى على هذا النظام ولكن وضع له أسس تنظمه وتضبطه وتحد من مساوئه وأضراره[2]، لقوله تعالى: "**فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا**"[3]، وقوله

---

[1] الغريب في الأمر أنه إذا كانت لجنة الاتفاقية توجه ملاحظات شديدة اللهجة إلى الجزائر لإلغاء نظام تعدد الزوجات كونها بذلك تخالف نصوص الاتفاقية، فلماذا لا توجه نفس الملاحظات إلى فرنسا ومن على نهجها من الدول (ألمانيا وانجلترا والتشيك وسويسرا وايرلندا) التي تنظم الزواج بطرق أخرى مختلفة (**PACS**) أو ما يسمى بالميثاق المدني للتضامن، ونجد أيضًا زواج المثليين، كلها أنواع للزواج تخالف أيضًا نصوص الاتفاقية بشكل عام، وتتعارض حتى مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تنص المادة **(16)** منه على أن: "**الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع**"، وهكذا تتضح لنا النظرة الازدواجية لهاته اللجنة، فما يعتبر موافقًا وملائمًا لنصوص **السيداو** إذا كان من طرف الغرب، لا يعتبر كذلك إذا كان من طرف الدول العربية الإسلامية، ومن بينها الجزائر، الأمر الذي يطرح أكثر من تساؤل على هذه المفارقة، **لتفصيل أكثر أنظر:** محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 319-320.

[2] www.wikipidia.com: 23/01/2020 12:30

[3] سورة النساء، الآية 03.

أيضا: "**ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفورا رحيما**".[1]

من خلال هاتين الآيتين الكريمتين يتضح بأن الإسلام قد أباح تعدد الزوجات[2]، ولكن قرن ذلك بالعدل بين النساء، والعدل المقصود هنا هو العدل المادي وليس العدل القلبي والعاطفي، لأن هذا الأخير غير مستطاع لقوله صلى الله عليه وسلم: "**اللهم هذا قدري فيا أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك**"، ويقصد بذلك القلب الذي هو بين اصبعين من أصابع الرحمان.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري من تعدد الزوجات، نجد بأنه قد نص عليه ضمن المادة (08) و (08) مكرر و (08) مكرر 01 ق أ ج[3]، ويمكن تلخيص هذا الموقف في جملة "**إباحة مع تقييد**"، حيث أباح المشرع للرجل تعدد الزوجات مخالفا بذلك أحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة – التي منعت التعدد مطلقا كما أوضحنا سالفا– لكن مع تقييد هذه الإباحة بمجموعة من الشروط، هذا الموقف انقسم الفقه القانوني في الجزائر بشأنه إلى مؤيد لهذا التقييد واعتباره مكسبا للمرأة الجزائرية، وبين معارض له على اعتبار أنه يؤدي إلى سلب حقوق الرجل في ممارسة حق التعدد الذي كفله له الشرع الإسلامي، وذلك نظرا للشروط التعجيزية التي وضعها المشرع لتعدد الزوجات.[4]

وعلى ذكر شروط التعدد فقد أوردها المشرع الجزائري ضمن المادة الثامنة (08) من ق أ ج، وهي:

- شرط العدل بين الزوجات عدلا حقيقيا ظاهريا ماديا وليس بالضرورة قلبيا، على أن يكون عدد الزوجات في حدود الشريعة الإسلامية وهو أربع زوجات على الأكثر.
- شرط وجود المبرر الشرعي، حيث اشترط المشرع وجود مبرر للتعدد دون أن يحدد معيار لذلك، وترك الأمر مرهون بالسلطة التقديرية لرئيس المحكمة الذي يمنح الترخيص بالتعدد، غير أنه قد تم حصر هذا المبرر الشرعي في المنشور الوزاري رقم 102/84 المؤرخ في 23 ديسمبر 1984 الذي جاء مفسرا

---

[1] سورة النساء، الآية 139.

[2] **تعدد الزوجات معناه:** "أن يتزوج الرجل أكثر من امرأة واحدة جامعا بينهن في ذات الوقت، على أن لا يزيد عددهن عن الأربعة متى كان قانون البلد يسمح بذلك".

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[4] أما عن موقف المشرع الجزائري من تعدد الزواجات بموجب قانون الأسرة قبل التعديل 11/84 فقد كان ذات موقفه بعد التعديل، مع إضافة فقط شرط الحصول على ترخيص بالتعدد من رئيس المحكمة، وهو الأمر الوحيد الذي لم يكن موجود قبل التعديل.

للمادة الثامنة (08) من ق أ ج في العقم والمرض المزمن فقط، وهو ما يعد تضييق أكبر على الزوج في التعدد، وينقل هذا المبرر من مبرر شرعي إلى مبرر قانوني.[1]

- اخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج، وهذا الإخبار لابد أن يكون بالوسيلة المعتمدة قانونا ألا وهي تبليغ رسمي عن طريق المحضر القضائي[2]، وفي حالة مخالفة هذا الشرط يجوز للزوجة طلب التطليق طبقا للمادة الثامنة (08) مكرر من ق أ ج[3]، والجدير بالذكر أن اخبار الزوجتين لا يكفي بل لابد من رضائهما على التعدد، فلو كانت الزوجة عالمة ولكنها غير راضية جاز لها طلب التطليق، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء في: "إن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بزواجه الثاني لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر، والمادة 08 من قانون الأسرة منحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حالة عدم الرضا بزواجه الثاني".[4]
- انعدام الشرط الذي يقضي بعدم لجوء الزوج إلى تعديل تعدد الزوجات أثناء العقد، فالمؤمنين على شروطهم، وطالما أن الزواج عقد رضائي فإنه تبعا لذلك إذا اتفق الزوجان على شروط معينة عند ابرام عقد الزواج، فإنه لا يجوز مخالفتها بعد ذلك، ومن ذلك إذا اشترطت الزوجة عدم الزواج عليها ومنعت الزوج من التعدد – وهو أمر جائز بنص القانون–[5] فلا يجوز للزوج فيما بعد الإقدام على الزواج مرة أخرى طالما وافق

---

[1] منصور رحماني، "عبقرية التشريع في مسألتي الطلاق وتعدد الزوجات"، مجلة المعيار، المجلد 05، العدد 09، الجزائر، جويلية 2004، ص 371.

[2] أمينة عشيبات وابراهيم عماري، "اشكالية تعدد الزوجات بين الإباحة والتقييد في تشريعات الأسرة المقارنة"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 04، الجزائر، نوفمبر 2017، ص 154.

[3] تنص المادة (08) مكرر ق أ ج على: "**في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**".

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 334060، المؤرخ في 2005/01/19، م ق عدد 01، لسنة 2005، ص 325.

[5] حيث تنص المادة (19) من ق أ ج على: "**للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**"، وهو ما سنعود لتفصيله لاحقا.

على هذا الشرط من البداية، وإلا جاز للزوجة بعد ذلك طلب التطليق مع التعويض[1]، إذا لم تقبل بضرة أخرى معها منفردة كانت أو متعددة.[2]

- شرط الحصول على رخصة من رئيس المحكمة، وهو الشرط الوحيد المضاف بموجب تعديل قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05، حيث على الراغب في التعدد تقديم طلب برخصة للزواج إلى رئيس المحكمة المختص لمكان مسكن الزوجية، هذا الأخير الذي عليه أن يتأكد قبل منح الترخيص من توافر كافة الشروط السالفة الذكر، هذا وقد وسع المنشور الوزاري رقم 102/84 من صلاحيات القاضي في هذا المجال، حيث أنه جعل الأمر على عريضة الصادر بالترخيص بالتعدد من عدمه غير قابل لأي طريق من طرق الطعن.[3]

وفي حالة قيام الزوج بالتعدد دون الحصول على ترخيص من القاضي وفقا للشروط المحددة في المادة الثامنة (08) ق أ ج يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول وهذا طبقا للمادة الثامنة (08) مكرر 01 ق أ ج[4]، أي بمفهوم المخالفة إذا تم الدخول ولو دون الحصول على ترخيص بهذا الزواج فلا يتم فسخه.[5]

ونشير أخيرا إلى أن مسك المشرع الجزائري للعصا من الوسط في مسألة تعدد الزوجات، وذلك بأن قيده بشروط تعجيزية لا هو أبقاها ولا هو ألغاها تماما، قد رآه البعض عبقرية من المشرع في تحقيق التوازن بين التزاماته الدولية المفروضة عليه خصوصا بموجب اتفاقية سيداو، وبين أحكام الشريعة الإسلامية التي لا يمكن للمشرع أن يخالفها بأي حال من الأحوال، بينما رآه البعض الآخر خطأً على أساس أن إباحة التعدد قانونا مع تقييده بشروط تعجيزية سيؤدي حتما إلى التعدد العرفي، وحتى ولو التجأ الملتزمون للتعدد العرفي،

---

[1] وهذا طبقا للمادة (53) فقرة (09) من ق أ ج التي نصت على: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج**".

[2] **لتفصيل أكثر أنظر:** اليزيد عيسات، "تعدد الزوجات بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 01، المجلد 17، الجزائر، 2018، ص 446.

[3] محمد (محدة)، المرجع السابق، ص 393.

[4] تنص المادة (08) مكرر (01) من ق أ ج على: "فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

[5] **لتفاصيل أكثر حول شروط تعدد الزوجات اطلع على:** راسم شحدة (سدر)، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، د ط، ص 113، **و** محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 177 وما بعدها، **و** كريمة محروق، "قيود تعدد الزوجات واشكالاتها – قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا –"، مجلة العلوم الانسانية، عدد 48، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 384.

فإن غيرهم سيلجئون إلى الزنا والعلاقات غير الشرعية، وسيجدون في تقييد التعدد بشروط تعجيزية أكبر مبرر لذلك، كما سيؤدي ذلك إلى ارتفاع معدلات الطلاق لأن الرجل سيجد نفسه مضطرا باسم القانون لتطليق زوجته الأولى إذا لم ترضى بزوجته الثانية ، وما شُرع التعدد إلا لعدم تطليق الزوجة الأولى، كما أن ذلك سيؤدي إلى زيادة معدلات العنوسة نظرا لارتفاع عدد النساء مقارنة بالرجال.

ويبدوا لنا ختاما أن هذا التقييد الذي أورده المشرع الجزائري على نظام تعدد الزوجات هو إشارة واضحة لرغبته في تمهيد الطريق لمنع التعدد تماما تكريسا للمساواة بين الجنسين التي فرضتها اتفاقية سيداو.

الفرع الثاني

إلغاء التمييز بين الزوجين بتكريس المساواة في الاشتراط في عقد الزواج

يعتبر حق الاشتراط في عقد الزواج من قبيل توسيع إرادة الزوجين في هذا العقد، الأمر الذي تطلب منا البحث في هذا الموضوع من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري واتفاقية سيداو، وذلك بتقسيم مضمون هذا الفرع إلى ثلاث فقرات، نخصص الفقرة الأولى لـ "موقف الفقه الإسلامي من الاشتراط في عقد الزواج"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "تكريس المساواة بين الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج في اتفاقية سيداو"، أما الفقرة الثالثة ستخصص لتبيان مدى "تأثر قانون الأسرة الجزائري باتفاقية سيداو من خلال تجسيد المساواة بين الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج".

الفقرة الأولى

موقف الفقه الإسلامي من الاشتراط في عقد الزواج

لا يمكن الحديث عن مسألة الاشتراط في عقد الزواج دون التطرق لموقف الفقه الإسلامي من ذلك، على اعتبار أن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة أدرجه ضمن مادة واحدة ذات اختصار مخل وهي المادة التاسعة عشر (19) من ق أ ج، فهو لم يتحدث لا على مفهوم هذه الشروط، ولا على أنواع الشروط الجائز اشتراطها في عقد الزواج بالضبط، ولا على أحكامها، وبالتالي فهذا السكوت يؤدي بالضرورة إلى البحث في هذه المسائل في الفقه الإسلامي إعمالا للمادة 222 ق أ ج.

وتفصيلاً من ذلك نجد بأن المذاهب الفقهية الإسلامية قد اختلفت نظرتهم للاشتراط في عقد الزواج بين مضيق وموسع، ويمكن تقسيم هذه الشروط حسب موقف الفقهاء إلى شروط متفق على صحتها، وشروط متفق على بطلانها، وأخرى مختلف فيها.[1]

فبالنسبة للشروط المتفق على صحتها هي الشروط التي لا تتنافى ومقتضيات عقد الزواج، كاشتراط المرأة معاملتها معاملة حسنة، وعشرتها بالمعروف، والإنفاق عليها، أو كاشتراط صداق ذو قيمة معينة...إلخ، أما الزوج فيمكنه أن يشترط ألا تمنعه من نفسها، وألا تتصرف في ملكه إلا برضاه، وألا تخرج من البيت إلا بإذنه...إلخ، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج**"[2]

أما الشروط المتفق على بطلانها هي الشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة، كأن تشترط الزوجة الثانية طلاق الزوجة الأولى لما فيه من ضرر لها[3]، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها فإنما لها ما قدر لها"[4]، أو كأن يزوج الشخص ابنته أو أخته لشخص آخر على أن يزوجه هذا الأخير ابنته أو أخته أيضا أو أي امرأة في ولايته ويجعل صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يعرف بنكاح الشغار، هذا بالإضافة إلى شرط تحديد المدة في زواج المتعة.[5]

أما الشروط المختلف في صحتها فهي تلك التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية له، ولم يرد دليل خاص للأخذ بها من عدمه، ويكون فيها منفعة للمشترط، كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو أن لا ينقلها من بيتها أو بلدها، أو أن تشترط عليه إتمام دراستها أو البقاء في عملها، وكأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة أو عاملة أو نحوه، هذه الشروط اعتبرها الحنابلة صحيحة يجب الوفاء بها إذا تم اشتراطها، لأن ما لا دليل على رفضه

---

[1] **الشرط لغة:** هو "ما يشترطه الإنسان في عقوده والتزاماته على نفسه أو على غيره، لأنه كعلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام اضافية تخصه اتفق عليها الفريقين"، **أنظر**: جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 2235.

أما اصطلاحا: فهو "ما يتوقف عليه وجود الشيء فيوجد بوجوده وينعدم بانعدامه"، أو هو "ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط"، **أنظر**: رشدي شحاته (أبو زيد)، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، د ط، ص 23.

[2] أبو عبد الله اسماعيل (البخاري)، المرجع السابق، ص 970.

[3] أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 516.

[4] أبو عبد الله اسماعيل (البخاري)، المرجع نفسه، ص 640.

[5] أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع نفسه، ص 486.

فهو مباح، أما المالكية فذهبوا إلى أن هذه الشروط غير ملزمة، ولا يتوجب الوفاء بها إلا إذا اقترنت بيمين، ففي هذه الحالة يكون الوفاء لازما لأجل اليمين وليس لأجل الشرط، أما الشافعية والحنفية فذهبوا إلى أن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، أما الضاهرية فذهبوا إلى أن اشتراط هذه الشروط في نفس عقد الزواج يجعل العقد مفسوخا، أما إذا تم اشتراطها بعد العقد فيكون العقد صحيح والشرط باطل.[1]

الفقرة الثانية

تكريس المساواة بين الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج في اتفاقية سيداو

قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج، ومدى تحقيقه للمساواة بين الجنسين في ذلك، نشير أولا إلى أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لم تنص صراحة على حق الزوجين في الاشتراط، لكنها في ذات الوقت لم تمنع النص على مثل هذه المسألة في قوانين الدول الأطراف فيها، كما أكدت طبقا للمادة السادسة عشر **(16)** منها على ضرورة تحقيق المساواة بين الجنسين في كل ما يتعلق بعقد الزواج، ويبدوا بذلك أنها تدعم الاشتراط ضمنيا، لأن الاشتراط في عقد الزواج هو يحقق أهداف الاتفاقية بطريقة أو بأخرى، فهي تلزم الدول الأطراف بمنح المرأة جميع حقوقها حتى ولو كانت الوسيلة القانونية في ذلك هي الاشتراط.

أضف إلى ذلك أن هذه الاتفاقية تلزم الدول الأطراف بضرورة تسجيل الزواج في سجل رسمي[2]، وهذا التسجيل هو بمثابة الحجة عند وجود أي نزاع حول عقد الزواج، لذلك فإن المرأة التي تضع شروطا في عقد الزواج ستكون شروطا مسجلة، وبالتالي تُحفظ حقوقها بصورة أنجع.

---

[1] جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 68-69-70، **لتفاصيل أكثر أنظر:** سمير عبدو، "الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الإحياء، العدد 14، الجزائر، ديسمبر 2010، ص 461 وما بعدها، **و** خليل عمرو، "الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 52، العدد 02، الجزائر، جوان 2015، ص 417 وما بعدها.

[2] نصت على ذلك المادة (16) فقرة (02) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 بقولها: "...**على أن تتخذ جميع الاجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها ... ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا**".

الفقرة الثالثة

تأثر قانون الأسرة الجزائري باتفاقية سيداو من خلال تجسيد المساواة بين الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج

بالحديث عن موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج نجده قد نص عليه ضمن المادة التاسعة عشر (19) من ق أ ج بقوله: " **للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون**"[1]، ويلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري يتبنى حق الاشتراط في عقد الزواج، وساوى بين الرجل والمرأة في ذلك بقوله "**للزوجين**"، وهذا ما يوافق نصوص الاتفاقية من حيث وجوب تحقيق المساواة بين الجنسين في كل ما له علاقة بالزواج.

كما سمح المشرع الجزائري بأن يتم هذا الاشتراط ضمن عقد الزواج في حد ذاته، أو في عقد رسمي لاحق، وهذا لإعطاء الزوجين وخصوصا المرأة فرصة أخرى بأن تضمن حقوقها في عقد رسمي لاحق إذا كانت لم تنتبه أثناء ابرام عقد الزواج، وهو الأمر المستحدث بموجب المادة (19) بعد تعديلها بالأمر 02/05.

مع اشتراط المشرع ألا تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة، وإلا أُبطل عقد الزواج طبقا للمادة الثانية والثلاثون (32) من ق أ ج[2]، أما إذا كانت هذه الشروط تتنافى مع عقد الزواج في حد ذاته أبطل الشرط وبقي العقد صحيحا، وهذا طبقا للمادة الخامسة والثلاثون (35) ق أ ج.[3]

غير أننا نشير إلى أن الجمع بين نص المادة (32) و (35) ق أ ج هو أمر متعذر، فهو مرة جعل الشرط باطلا، ومرة جعل عقد الزواج بأكمله باطل، ولذلك كان من الأنسب حذف عبارة: "...**أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد**" من المادة (32) ق أ ج، والاكتفاء بما ورد في المادة (35) ق أ ج، أو اعتبار المادة (32) متعلقة بالمانع فقط، والاكتفاء بالمادة (35) كجزاء خاص بالشرط المنافي لعقد الزواج، غير أن البعض

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] تنص المادة (32) ق أ ج: "**يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد**".

[3] تنص المادة (35) ق أ ج: "**إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا**".

الآخر يرى بأنه يتوجب تغليب المادة (35) لأنها مادة مستقلة وضعها المشرع لاحقا، كما أن المانع الوارد ضمن المادة (32) يشمل مانع الكفر تكملة لقائمة الموانع المؤقتة والمؤبدة.[1]

كما اعتبر المشرع عدم وفاء الزوج بالشروط التي اشترطتها الزوجة يمنح لهذه الأخيرة الحق في طلب التطليق طبقا للمادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (09) ق أ ج، مع التعويض طبقا للمادة الثالثة والخمسون (53) مكرر من ذات القانون، وبالنسبة للزوج فيجوز له في حالة مماثلة كهذه –عدم وفاء الزوجة بشروطه – أن يطلق زوجته ويكون طلاقه في هذه الحالة مبررا غير تعسفي، وهذا طبقا للمادة الثامنة والأربعون (48) ق أ ج، ولمفهوم المخالفة للمادة الثانية والخمسون (52) ق أ ج.[2]

وما نعيب فيه كذلك على المشرع الجزائري أنه أجاز الاشتراط ورتب جزاء على عدم الوفاء بالشروط الواردة ضمن عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، ولكنه لم ينص على امكانية التنازل عن هذه الشروط التي تم اشتراطها من قبل، وبرجوعنا إلى الفقه الإسلامي في هذه المسألة نجده قد أقر بإمكانية التنازل عن الشرط من منطلق "من ملك حق ملك التنازل عنه"، وهو ما يجوز حسبهم أن يتم بطريقة صريحة أو ضمنية، فإخلال الزوج بالشرط وعلم الزوجة بذلك وسكوتها عنه يعد اقرارا ضمنيا يفسر على أنه تنازل منها على شرطها، وبعد ذلك لا أمر لها ولا قضاء فيما اشترطه من قبل، كما قد يكون التنازل صريحا عن الشرط بذات طريقة الاشتراط، وفي كلتا الحالتين يُعفى الطرف الآخر من الآثار المترتبة في ذمته بسبب ذلك الشرط.[3]

وما تم استحداثه بموجب تعديل المادة التاسعة عشر (19) بالأمر 02/05 هو أن المشرع ضرب مثالين للاشتراط وهما: شرط عدم التعدد وشرط عمل المرأة، وما يلفت الانتباه هو أن كلا الشرطين يعدان حماية للزوجة وحقوقها من تعسف الزوج، وهو ما يعتبر تمييزا ايجابيا لصالح المرأة حبذته لجنة السيداو.[4]

---

[1] العربي (بلحاج)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، د ط، ص 259–260.

[2] الأمر 01/05، السالف الذكر.

[3] هجيرة خدام، "حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون"، مجلة المعيار، المجلد 06، العدد 01، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 350.

[4] **لتفصيل أكثر في شرط عدم التعدد وشرط عمل المرأة أنظر:** كريمة (محروق)، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، المرجع السابق، ص 51 وما بعدها، **و** جيلالي تشوار، "خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتي الخطبة والاشتراط في عقد الزواج"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 02، العدد 01، الجزائر، نوفمبر 2019، ص 12 وما بعدها، **و** حسن عبد الغاني(أبو رغدة)، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها – دراسة شرعية اجتماعية –، الرشد للنشر والتوزيع، السعودية، 2005، ص 23 وما بعدها، **و** ياسين حجاب وفاطمة حداد، "الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف

ونشير أخيرا إلى أنه رغم الاعتراف الشرعي والدولي والقانوني للمرأة بحقها في الاشتراط في الزواج مساواة مع الرجل في ذلك إلا أن الواقع يثبت أن المرأة تحجم عن وضع شروط كهذه سواء أثناء الزواج أو بموجب عقد رسمي لاحق، وذلك لانعدام الثقافة القانونية من جهة، والخوف من تزعزع الثقة بين الزوجين من جهة أخرى.

القانوني ومحدودية الممارسة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 02، العدد 05، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 248 وما بعدها.

الفصل الثاني

انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على آثار عقد الزواج

إن الزواج متى قام صحيحا مكتمل الأركان والشروط ترتبت عليه مجموعة من الآثار في ذمة كلا الزوجين نحو الآخر، وكذا في ذمة الزوجين نحو الأولاد.

وبعد أن ألزمت اتفاقية سيداو الدول الأطراف بإلغاء التمييز ضد المرأة وتحقيق المساواة المطلقة بينها وبين الرجل فيما يتعلق بإبرام الزواج، واصلت مطالباتها بإلزامهم أيضا بتحقيق ذلك حتى في آثار الزواج، المالية منها وغير المالية، وعليه: إلى أي مدى عمل المشرع الجزائري على تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في آثار الزواج تطبيقا لقواعد الاتفاقية؟.

هذه الاشكالية تتم الإجابة عنها بتقسيم مضمون هذا الفصل إلى مبحثين، يخصص المبحث الأول لدراسة "انعكاسات الاتفاقية على الآثار غير المالية للزواج"، في حين نخصص المبحث الثاني "لانعكاسات الاتفاقية على الآثار المالية للزواج".

المبحث الأول

انعكاسات الاتفاقية على الآثار غير المالية للزواج

الآثار غير المالية للزواج هي مجموعة الحقوق والواجبات المعنوية التي يفرضها كل من الشرع والقانون على الزوجين نحو الآخر، والمشرع الجزائري بموجب القانون 11/84 كانت له رؤية حول هذه الحقوق، فبعضها جمع فيها بين الزوجين، وبعضها استقلت بها المرأة، والبعض الآخر استقل به الرجل، غير أنه وبمصادقة الجزائر على السيداو وتحت ذريعة المساواة بين الجنسين تم توحيد بعض هذه الحقوق والواجبات بشكل كلي بين الزوجين، واسقاط البعض الآخر منها، وهذا ما يجعل للاتفاقية بالغ الأثر على آثار الزواج غير المالية، ولتوضيح ذلك بنوع من التفصيل قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، يعنون المطلب الأول بـ "إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال توحيد الحقوق والواجبات المعنوية بينهما"، أما المطلب الثاني يأتي تحت عنوان "إلغاء التفاضل بين الزوجين من خلال إسقاط بعض حقوق الزوج".

المطلب الأول

إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال توحيد الحقوق والواجبات المعنوية بينهما

لقد عملت اتفاقية سيداو على إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال توحيد الحقوق والواجبات المعنوية بينهما داخل الأسرة، أو بالأحرى تحقيق التمييز الإيجابي لصالح المرأة في ذلك، ولتبيان هذا سيتم تقسيم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الفرع الأول لـ "توحيد الحقوق والواجبات المعنوية بين الزوجين بموجب اتفاقية سيداو"، في حين يخصص الفرع الثاني لدراسة "المساواة في الحقوق والواجبات المعنوية بين الزوجين بموجب قانون الأسرة الجزائري".

الفرع الأول

توحيد الحقوق والواجبات المعنوية بين الزوجين بموجب اتفاقية سيداو

إن المطالبة بحماية الحقوق المعنوية للمرأة أثناء قيام العلاقة الزوجية، وتكريسها على قدم المساواة مع الرجل هو مسألة جد حسّاسة، لأنها تمس في الكثير من أجزاءها بمبادئ واعتقادات راسخة في أذهان أفراد المجتمع عبر أزمنة بعيدة، ونظرًا لأهمية وخطورة هذا الموضوع في ذات الوقت، حاولت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تنظيمه وتكريسه من خلال إقرار عدّة حقوق معنوية للمرأة أثناء الزواج، وألزمت الدول الأطراف فيها بضمانها لمواطناتها على قدم المساواة مع الرجل، وهي الحقوق التي عددتها الاتفاقية بموجب المادة السادسة عشر **(16)** فقرة **(01)** **(ج / ز)** التي تنص على: "**1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:**

(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج، وعند فسخه.

(ز) نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل".[1]

وقبل التفصيل في هذه الحقوق تجدر الإشارة مسبقًا إلى أمرين، وهما: **أولاً** هذه المادة بل وحتى الاتفاقية بأكملها لا تعترف ولا تكرس ما يسمى بالمساواة بين الجنسين في الواجبات، ومنه كان ادراج الاتفاقية لعبارة "**نفس المسؤوليات في الزواج**" ضمن هذه المادة من باب السهو أو التضليل لا أكثر، لأن الاتفاقية لا تكرس المساواة المنطقية العادلة بل تكرس المساواة الايجابية لصالح المرأة، وعليه فالمساواة في المسؤوليات لا يمس إلى حد كبير بالمساواة المزعومة التي تنادي بها السيداو.

[1] **أنظر**: المادة (16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، السالفة الذكر.

أما **ثانيا** نشير أيضًا إلى أن المادة المذكورة أعلاه تضمنت حقوق المرأة أثناء العلاقة الزوجية بعبارات واسعة وفضفاضة، فجاءت عامة دون تخصيص في المصطلحات، ونرى أن الهدف من ذلك هو فتح المجال للجنة الاتفاقية لتوسيع حقوق المرأة الشخصية في أي وقت وكيفما أرادت، وذلك بما يخدم أهداف وايديولوجيات واضعي السيداو.

ومنه تتمتع المرأة أثناء قيام العلاقة الزوجية حسب ما جاءت به اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بموجب مادتها السادسة عشر **(16)** فقرة **(01) (ج / ز)** وبعيدا عن أي مقارنات قانونية أو شرعية بعدة حقوق شخصية أولها **حقها في المعاملة الحسنة**، حيث أن حسن المعاملة هي حق عام يتضمن مجموعة من الحقوق الفردية، نذكر منها: معاشرة المرأة بالمعروف، مشاركتها في اتخاذ القرارات داخل الأسرة، احترامها وإكرامها، منحها الحق في زيارة أهلها وأقاربها واستضافتهم، وغيرها من الحقوق التي تضمن للمرأة معاملة طيبة على قدم المساواة مع الرجل.[1]

كما دعت الاتفاقية إلى **حق المرأة في القضاء على مفهوم القوامة وواجب الطاعة للزوج**، و نشير بدايةً إلى أن واجب الطاعة يأتي نتيجة لقوامة الرجل ورئاسته للأسرة، والقضاء على مفهوم القوامة وواجب الطاعة للزوج كان من بين أهم الأهداف التي سعت إليها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وعملت على تحقيقها لجنة الاتفاقية في العديد من توصياتها وتعليقاتها على التقارير الدورية للدول الأطراف، لأنها تعتبر أن القوامة هي تمييز صارخ ضد المرأة، وانتهاكًا لحقوقها وتعديًا على شخصها، إذ اعتبرت أنه لا توجد مبررات تُعطي للرجل حق الترفع على المرأة، وبالنتيجة فإن واجب الطاعة هو انقاص لكرامة المرأة.[2]

واعتبرت الاتفاقية أيضا أنه من الحقوق الشخصية للمرأة **حقها في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل**، هذا الحق أكدت عليه السيداو ضمن المادة السادة عشر **(16)** فقرة **(01) (ز)** بقولها: "**نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل**"[3]، هذا وقد علقت

---

[1] سرور طالبي، المرجع السابق، ص 67.

[2] محمد حيدرة، مركز المرأة والرجل في الحياة الأسرية – دراسة شرعية لمبدأ المساواة –، الملتقى الدولي الأول حول "التطور التشريعي لأحكام الأسرة – بين الثابت والمتغير –"، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف، الجزائر، 25-26 نوفمبر 2015، ص 16.

[3] **أنظر**: المادة **(16)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.

لجنة الاتفاقية على هذا النص قائلةً: "...**ينبغي أن يكون لكل من الشريكين الحق في اختيار اسمه الذي يحافظ به على فرديته وهويته في المجتمع المحلي، ويميزه عن غيره من أفراد المجتمع المحلي، وعندما تضطر المرأة بموجب القانون أو العرف إلى تغيير اسمها عند الزواج أو عند فسخه فإنها تُحرم من هذه الحقوق**".[1]

كما أكدت ذات المادة على حق المرأة في اختيار نوع العمل أو المهنة التي ترغب في امتهانها، وذلك دون أي حواجز أو عراقيل مبنية على أساس الجنس، لأن العمل صحيح أنه يمكن المرأة من فائدة مادية، لكن الأهم أنه يمنحها فرصة لإثبات نفسها، وبالتالي يمنحها مكانة معتبرة في مجتمعها.

وإن كانت المادة **(16)** فقرة **(01)** (ز) وهي التي تهمنا قد حصرت حق المرأة في العمل داخل إطار الزواج والعلاقة العائلية، فإننا نجد ذات الاتفاقية قد أسهبت في تفصيل حق المرأة في العمل عمومًا وذلك بموجب المادة الحادية عشر **(11)** منها بفقراتها المتعددة.[2]

الفرع الثاني

المساواة في الحقوق والواجبات المعنوية بين الزوجين بموجب قانون الأسرة الجزائري

لقد كان المشرع الجزائري بموجب المادة السادسة والثلاثون (36) من قانون الأسرة 11/84 ينص على مجموعة من الواجبات الملقاة على عاتق كلا الزوجين، وكل واجب ملقى على أحد الزوجين هو يشكل في ذات الوقت حق للزوج الآخر، ومن هنا ظهرت فلسفة المشرع واضحة في محاولة التسوية في المسؤوليات بين الزوجين حتى قبل التعديل، ليأتي بعد ذلك تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 ويعدل المادة (36) بالإبقاء على ذات الفلسفة مع إضافة واجبات وحقوق معنوية أخرى.

وهو الأمر الذي نوضحه بتقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "الحقوق والواجبات المعنوية للزوجين الواردة بالقانون 11/84"، في حين نخصص الفقرة الثانية لـ "الحقوق والواجبات المعنوية للزوجين المضافة بالأمر 02/05".

---

[1] موقع المفوضية السامية للأمم المتحدة **www.unhchr.ch**، أطلع عليه بتاريخ 2020/01/13، 23:15

[2] إن المساواة بين الجنسين في حق العمل نصت عليه العديد من الصكوك الدولية قبل أن تنص عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1979، ومن أهم هذه الصكوك نجد: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 وذلك بموجب المادة **(23)** منه، وكذا نجد العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966 بموجب المادة **(06)** منه، وأيضًا الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بموجب المادة **(15)** منه.

الفقرة الأولى

الحقوق والواجبات المعنوية للزوجين الواردة بالقانون 11/84

إن انتقال المرأة من بيت أهلها إلى بيت زوجها وفقا للتقليد السائد في مراسيم الزواج، يشكل في الحقيقة بداية جديدة للمرأة في التعامل مع وضع جديد يفرض عليها التزامات معنوية، ويمنحها حقوق من ذات الطبيعة، ارتأى المشرع بموجب قانون الأسرة 11/84 أن تكون هذه الحقوق والالتزامات بالمساواة مع زوجها، رغم اختلافه عنها طبيعة وطبعا.

وقد وردت هذه الحقوق والالتزامات المعنوية بموجب المادة السادسة والثلاثون (36) من القانون 11/84، وتمثلت في:

- **المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة:** لقد اعتبر المشرع الجزائري بموجب الفقرة (01) من المادة السادسة والثلاثون (36) من قانون الأسرة 11/84 أن المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة هي من أهم الواجبات التي تقع على عاتق كلا الزوجين معا، وهذا الحق عام كما هو واضح يندرج تحت لوائه مجموعة من الحقوق الفرعية وهي:

  - حل الاستمتاع: إن الغرض من الزواج هو ضمان التناسل، وحفظ النسل، والقيام عليه على الوجه الأكمل، والتناسل سبيله اجتماع الذكور والاناث، والزواج هو طريقة تنظيم هذا الاجتماع ليتحقق الغرض المقصود منه، ومن أجل ذلك كان من أحكام النكاح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وهو حق مشترك بينهما، فإن المرأة كما تحل لزوجها، فإن زوجها يحل لها، والفعل المادي لاستمتاع كل من الزوجين بالآخر لا يمكن أن ينفرد به أحدهما، بل لابد من مشاركتهما معا حتى يحصل هذا الاستمتاع[1]، هذا وقد جاء في المادة الثالثة والخمسون (53) مكرر من ق أ ج: "**يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**"[2]، ومن المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، هذا وقد اعتبر القضاء الجزائري الاخلال بحق الزوجة في الاستمتاع هو من قبيل الضرر الذي يجيز التطليق ويستوجب التعويض، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه: "...متى تبين في قضية الحال

---

[1] أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 333، **لتفصيل أكثر أنظر:** جميل فخري محمد (جانم)، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ط 01، ص 54-55، **و** عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 61.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا...وعليه فإن قضاة الموضوع بتطليقهم الزوجة وإلغاء عقد الزواج قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1]، وأيد هذا القرار قرار آخر جاء في مضمونه: "من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقاءها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة مع استحالة العشرة الزوجية، فإن القضاة كما حكموا قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[2]

- العفاف: العفة هي الابتعاد عن كل ما يدعوا إلى الريبة والحرام والممنوع، ومن حقوق الزوج على زوجته أن تحافظ هذه الأخيرة على عفتها، وشرفها، وتصون عرضها وعرض زوجها وبيتها مما يدنسه ويلحق به العار، وهو ذات الواجب الذي لابد أن يقع على الزوج كذلك، بأن يعف ويحصن نفسه وعرضه وعرض زوجته وبيته من الحرام والموبقات، وفي هذا السبيل سدت الشريعة الإسلامية أمام الزوجين كل أبواب الفساد التي تؤدي إلى الانحراف، قال تعالى: "**قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم...وقل للمؤمنات يغضضن أبصارهن ويحفظن فروجهن**".[3]

- عدم افشاء أسرار الزوجية: ومعنى ذلك أن لا يذكر أحد الزوجين الزوج الآخر بسوء بين الناس، ولا يفشي أسراره، ولا يخبر الناس بما يعلم عنه من العيوب الخفية، ولا سيما كتمان ما يكون بينهما في الخلوة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إن من أشر الناس منزلة عند الله يوم القيامة رجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها**".[4]

- خدمة البيت: تعتبر خدمة البيت من قبيل الواجبات المشتركة حسب ما استقر عليه فقهاء القانون، غير أن المعلوم لدى عوام الناس أن الزوجة هي التي يجب عليها خدمة بيتها وزوجها نظرا لشيوع العرف

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 217179، المؤرخ في 16 مارس 1999، عدد خاص لسنة 2000، ص 122.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 75588، المؤرخ في 20 فيفري 1991، م ق عدد 04، لسنة 1993، ص 78.

[3] سورة النور، الآية 30-31.

[4] ربيحةّ إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2011، ص 27-28.

بذلك، مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في ذلك، فذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار أنه لا حق للزوج على زوجته في خدمة بيته والقيام بشؤونه إلا إذا قامت بذلك مختارة لا إلزام عليها، بينما ذهب الحنفية إلى اعتبار أن المرأة مجبرة على خدمة زوجها وبيتها ديانةً لا قضاءً.

أما عن المواثيق الدولية ومن أهمها السيداو نجدها قد حرصت على تحقيق المساواة بين الزوجين في كل الأمور المتعلقة بالزواج منها خدمة البيت، ومنعت قيام المرأة لوحدها بخدمة زوجها وأولادها على اعتبار أن هذه الخدمة تشكل دور نمطي يؤدي إلى التمييز ضد المرأة، وبالتالي وجب القضاء عليه، وعلى هذا الأساس تكون الخدمة داخل البيت وفقا لهذا المفهوم مناصفة بين الزوج والزوجة.[1]

- **التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم:** وهو الواجب المشترك بيم الزوجين بموجب الفقرة (02) من المادة (36) من ق أ 11/84، وهو يضم واجبين حسب ما هو واضح من تسميته وهما:

  - التعاون على مصلحة الأسرة: إن مشاعر التعاون لا تنشأ من العدم، بل لا بد أن يتم السعي إليها والأخذ بأسبابها، فالتعاون في الأفراح يجعلها مضاعفة، والمواساة في الأحزان يكسر حدتها، ويزداد التعاون عظمة وأهمية لو كان بين الزوجين في السراء والضراء تحقيقا لمصلحة الأسرة، وهو ما ينجر عنه آثار حسنة عليهما وعلى ذريتهما في الحاضر والمستقبل، وليتحقق ذلك لابد على الزوجين من العمل على دعم روابط التماسك والتآلف بينهما وبين أفراد الأسرة ككل في جو يسوده الود والشعور بالمسؤولية، والتجاوز عن صغائر الأمور، ومقابلة السيئة بالحسنة، والصبر على بعض ما يكره الإنسان.[2]
  - رعاية الأولاد وحسن تربيتهم: إن مفهوم رعاية الأولاد وحسن تربيتهم حسب توصية المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم هو "تعليم الأشخاص، وضمان التطور الكامل لشخصيتهم وكفاءاتهم وأوضاعهم ومعارفهم"، هذا ونجد اتفاقية سيداو اعتبرت أن رعاية الأولاد وحسن تربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين طبقا للمادة الخامسة (05) منها[3]، وكررت النص على ذلك بموجب المادة السادسة

---

[1] عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 103-104-105.

[2] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 37-38.

[3] تنص المادة (05) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**على الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير المناسبة لتحقيق الاعتراف بكون تنشئة الأطفال وتربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين**".

عشر (16) فقرة (01) (ح)[1]، وعلى أساس ذلك فتربية ورعاية الأولاد تقوم على تقاسم الزوجين لها بالتساوي[2]، كما حاولت الاتفاقية محو جميع العادات الشائعة التي تجعل من مهمة رعاية الأولاد وتربيتهم لصيقة بالأم، مع تعديل الأنماط الثقافية والاجتماعية والقضاء على الأدوار النمطية للمرأة[3]، وعن غموض مفهوم الأدوار النمطية للمرأة جاءت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة ووضحت ذلك في توصيتها الواحدة والعشرون (21) لسنة 1992 بقولها: "**الدور النمطي للمرأة في جميع المجتمعات هو مجموعة الأنشطة التي تمارسها المرأة في إطار تأديتها لدورها التقليدي في الحياة الخاصة أو المنزلية والذي يجعلها تعتبر في منزلة أدنى من الرجل من زمن طويل**"[4]، وبالتالي رعاية الأولاد وتربيتهم يدخل حسب اللجنة في الأدوار النمطية للمرأة التي تشكل تمييزا ضدها خاصة وأن الكثير من الآباء حسبها لا يشاركون في مسؤولية رعاية الأولاد وتربيتهم خصوصا من الناحية المعنوية.

وهو ما وافقه المشرع الجزائري باعتباره لذا الواجب هو واجب مشترك بين الزوجين طبقا للمادة (36) فقرة (02) ق أ ج.

ورعاية الأولاد تشمل الرعاية المادية من توفير المأكل والمشرب والملبس والسكن، وكل ظروف الحياة الملائمة لهم، وهو ما أكده المشرع كذلك بموجب المادتين (75) و (76) من ق أ ج، وكذا الرعاية المعنوية من الحب والحنان والتأطير والتوجيه السليم والتربية الرشيدة، والتي أكدها المشرع كذلك بموجب المادة (62) ق أ ج، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أكرموا أولادكم وأحسنوا آدابهم، فإن أولادكم هدية لكم**".

---

[1] تنص المادة (16) فقرة (01) (ح) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وتضمن بوجه خاص، على أساس المساواة بين المرأة والرجل:**

(ح) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتهما الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما".

[2] أمير (فرج يوسف)، المرجع السابق، ص 105.

[3] فقد ذكرت المادة (05) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 أنه: "**ينبغي تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية...أو على الأدوار النمطية للرجل والمرأة**".

[4] **أنظر**: التوصية الواحد والعشرون (21) للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، مرجع سابق.

- **المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف:** إن حق الوالدين على الأولاد لا يستطيع إنسان أن يحصيه أو يقدره، قلو حاول الأبناء أن يحصوا ما لقيه الآباء والأمهات من التعب والعناء في سبيلهم ما استطاعوا احصاء ما يستحقونه من البر والتكريم، لهذا فقد أوجب الشرع والقانون على الأولاد معاملة الوالدين وكذا الأقربين بالحسنى والمعروف دون تفصيل في ذلك، لأن هذا الأمر لا يخضع للتعيين، وإنما يخضع للظروف والأحوال والحاجة والقدرة والذوق الإنساني والعرف الاجتماعي والشعور الحر بالمسؤولية لدى الأبناء، غير أن كلمتي الحسنى والمعروف هما كلمتان جامعتان لكل ما هو خير نحو الوالدان والأقربون[1]، والآيات القرآنية في ذلك لا عد ولا إحصاء لها، منها قوله تعالى: "**واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا**"[2]، وقوله أيضا: "**وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين احسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا ربكم أعلم بما في نفوسكم إن تكونوا صالحين فإنه كان للأوابين غفورا**".[3]

وهو ما تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة (36) من ق أ ج بقوله: "**يجب على الزوجين:...المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف**".

الفقرة الثانية

الحقوق والواجبات المعنوية للزوجين المضافة بالأمر 02/05

إن المشرع الجزائري كان ينظم حقوق وواجبات الزوجين بموجب قانون الأسرة 11/84 من المادة السادسة والثلاثون (36) إلى المادة التاسعة والثلاثون (39) منه، وقسمها إلى قسمين"

- حقوق وواجبات معنوية مشتركة بين الزوجين واردة ضمن المادة السادسة والثلاثون (36)، وهي التي سبق تفصيلها.

[1] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 57.

[2] سورة النساء، الآية 36.

[3] سورة الإسراء، الآية 23-24-25.

➢ وحقوق وواجبات منفصلة تتمثل في **حقوق للزوجة (واجبات للزوج)** تضمنتها المادة السابعة والثلاثون (37) والمادة الثامنة والثلاثون (38) من ق أ ج وهي: حق الزوجة في النفقة – حقها في معاملة عادلة إذا ما تزوج عليها زوجها مرة أخرى – حقها في زيارة أهلها من المحارم – حريتها في التصرف في مالها، **وحقوق للزوج (واجبات للزوج)** نصت عليها المادة التاسعة والثلاثون (39) من ق أ ج وهي: طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة – ارضاع أولاده عند الاستطاعة وتربيتهم – احترام والدي الزوج وأقاربه.[1]

غير أنه وبتعديل هذا القانون بالأمر 02/05 تم إلغاء المادتين (37) و (38) منه التي كانت تنص على حقوق الزوجة، غير أن هذا ليس معناه إلغاء مضمونها، بل أصبح المشرع ينص على هذه الحقوق في نصوص أخرى من قانون الأسرة، فحق المرأة في النفقة أصبح المشرع يورده ضمن المادة الرابعة والسبعون (74) وما بعدها من ق أج، وحقها في زيارة أهلها من المحارم أصبح حق مشترك بين الزوجين بموجب المادة السادسة والثلاثون (36) المعدلة من ذات القانون، وعن حق المرأة في معاملة عادلة في حالة التزوج عليها أصبح وارد ضمن المواد (08) و (08) مكرر و (08) مكرر 01 ق أ ج، أما حريتها في التصرف في مالها وردت ضمن المادة (37) من ق أ ج المعدلة.

كما تم إلغاء المادة التاسعة والثلاثون (39) من ق أ ج التي كانت تنص على حقوق الزوج، وعلى عكس الزوجة فإن إلغاء هذه المادة انجر عنه إسقاط كلي لحقوق الزوج التي كانت واردة ضمنها من حق القوامة، وحق الطاعة، وحق التأديب، واسقاط واجب الرضاع عن الأم كذلك، وتم الإبقاء فقط على واجب احترام والدي الزوج واقاربه كحق مشترك بين الزوجين بموجب المادة (36) ق أ ج المعدلة، وهو ما يكرس التمييز الإيجابي لصالح المرأة في الحقوق والواجبات المعنوية، وليس فقط المساواة بين الجنسين، وهو ما يبرز الانعكاس الكبير للسيداو على قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة.

وبالرجوع للمادة السادسة والثلاثون (36) من ق أ ج التي كانت تعدد الحقوق والواجبات المعنوية المشتركة بين الزوجين وكانت تحصرها في ثلاثة فقط، فقد تم توسيعها بموجب الأمر 02/05 بإضافة أربع حقوق وواجبات معنوية مشتركة جديدة للزوجين، فأصبحت تنص على: " **يجب على الزوجين:**

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

[1] وهو ما نفصله لاحقا.

2- **المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.**

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4- **التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.**

5- **حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.**

6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والعروف.

7- **زيارة كل منهما لأبويه وأقربه واستضافتهم بالمعروف**".[1]

وعليه تم إضافة أربع (04) حقوق معنوية مشتركة بين الزوجين بموجب الأمر 02/05، وهي الواردة ضمن المادة (36) في فقراتها (02) و (04) و (05) و (07)، والتي نفصلها استكمالا لبقية الحقوق والواجبات المعنوية الثلاث التي سبق توضيحها باعتبار أنه كان منصوص عليها حتى قبل التعديل، وذلك كالآتي:

- **المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة:** إن المشرع الجزائري قد تنبه إلى النقص الذي كان يشوب المادة (36) من ق أ ج قبل تعديلها وذلك بعدم وجود أهم حق من الحقوق الزوجية المعنوية المشتركة، ألا وهو المعاشرة بالمعروف وما يستتبعها من احترام ومودة ورحمة، فجاء المشرع وضمنه في ذات النص بموجب تعديل 02/05، وهو ما يعد كذلك تماشيا مع نصوص التشريع الإسلامي من الكتاب والسنة، وكذا موقف الفقهاء الداعي إلى التأسي بأخلاق الرسول صلى الله عليه وسلم في حسن معاشرته لزوجاته، فذلك هو أساس تآلف القلوب واستدامة ترابطها، لقوله تعالى: "**وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا**"[2]، ومثلما يصلح هذا القول على الرجل فهو يصلح على المرأة من باب أولى، فكما يعاشرها زوجها بالمعروف فلابد أن تعاشره هي كذلك بذات المعروف، وهو حق لكل زوج على زوجه، فلا تستقيم الحياة إلا بمعاملة الزوجين لبعضهما معاملة حسنة، وبعشرة طيبة تجسد كل معاني المودة والرحمة واحترام الرأي[3]، وأبعد ما يكون عن العنف والإضرار سواء كان معنويا كالسب والشتم والتجريح والإهانة...إلخ، أو كان ماديا كالضرب والجرح...إلخ.[4]

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] سورة النساء، الآية 19.

[3] جميل فخري محمد (جانم)، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 64.

[4] فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 74.

ومن باب حسن العشرة كذلك أن لا تحمل الزوجة زوجها فوق طاقته من النفقة، وأن لا تمن عليه إن كانت تنفق على البيت من مالها، وأن تتزين له وتقتاد بأوامره...إلخ، كما على الرجل أن لا يبخل على زوجته بشيء، وأن يكرمها، ويحترم شخصيتها، ويساعدها على تحقيق أحلامها على حسب مقدرته، وأن يحافظ عليها، ولا يبالغ في إساءة الظن بها، ويمتنع عن تتبع عثراتها...إلخ[1]، وهو الأمر المحبب في جميع النظم والتشريعات.[2]

- **التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات:** نصت على ذلك المادة (04) من المادة السادسة والثلاثون (36) من ق أ ج المعدلة المضافة بالأمر 02/05، وتشير هذه الفقرة إلى تحديد المسؤوليات بين الزوجين على أساس التشاور والتفاهم في تسيير شؤون الأسرة وكذا تباعد الولادات، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "**وأمرهم شورى بينهم**"[3]، وقوله أيضا: "**وشاورهم في الأمر**"[4]، ولم يجعل الإسلام للرجل على المرأة حق الاستئثار برأيه دون الرجوع إليها، لقوله تعالى: "**فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما**".[5]

وعليه فالتشاور في تسيير شؤون الأسرة واجب على كلا الزوجين نحو الآخر، فينبغي على كل زوج أن يشاور زوجه بالكلمة الطيبة في كل الأمور الأسرية، ولا ينبغي عليه أن يستبد برأيه فكل واحد منهما هو نصف البيت، ولا تستقيم الحياة في بيت يُهمل نصفه.

أما عن التشاور في تباعد الولادات فالغرض منه هو تحديد النسل، وهو الأمر الذي أصبحت تطلبه الحياة الحديثة، وله ارتباط وثيق بدخل الأسرة، وقدرة الزوجين على تربية الأولاد، وعمل المرأة، والمستوى المعيشي...إلخ، بحيث يتفق الزوجان على ترك مدة زمنية معينة بين كل مولود وآخر وحسب ما يساعد كلا

---

[1] جميل فخري محمد (جانم)، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص 67-68، **لتفصيل أكثر أنظر:** ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها.

[2] نصت مدونة الأسرة المغربية في الفصل (34) منها، وكذا مشروع القانون العربي الوحد للأحوال الشخصية في مادته (41)، وأيضا مشروع القانون الخليجي الموحد للأحوال الشخصية في مادته (37) على: "**من الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين: حسن المعاشرة وتبادل الاحترام والعطف والمحافظة على خير الأسرة**"، أما في قانون الأحوال الشخصية التونسي نص في الفصل (23) منه على : "**على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويتجنب إلحاق الضرر بها**".

[3] سورة الشورى، الآية 38.

[4] سورة آل عمران، الآية 159.

[5] سورة البقرة، الآية 233

الطرفين، وهو ما أوجبته اتفاقية سيداو في المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ح) بقولها: "**نفس الحقوق في أن تقرر بحرية، وبإدراك للنتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه...**".[1]

وينبغي التمييز بين تحديد النسل وقطع النسل (الامتناع عن الإنجاب)، فهذا الأخير نهى عنه الله عز وجل، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتكثير الأمة، فيعني ذلك حرمة عكسية إلا اذا وجد مبرر شرعي كتضرر المرأة من الحمل وخطره عليها.[2]

والتشاور على تباعد الولادات هو أمر أجازه مجمع الفقه الإسلامي، حيث ذكر في هذا الشأن: "**يجوز التحكم المؤقت في الانجاب بقصد المباعدة بين فترات الحمل، أو ايقافه لمدة معينة من الزمان إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعا، بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما وتراض، بشرط أن لا يترتب عن ذلك ضرر، وأن تكون الوسيلة مشروعة، وأن لا يكون فيها عدوان على حمل قائم**".[3]

- **حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم:** إن حسن العشرة بين الزوجين يقتضي بالضرورة حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه، وهو ما أوجبه المشرع الجزائري بموجب المادة السادسة والثلاثون (36) فقرة (05) المضافة بالأمر 02/05، واعتبرها من الواجبات المشتركة بين الزوجين التي تقع على كلاهما في مواجهة الآخر، وذلك تكملة لرفع منزلة الوالدين وعظم حقهما على الأولاد، فلا يؤذي أي منهما والدي الآخر وأقاربه، لا بالقول ولا بالفعل، ويحاول قدر الإمكان اسعادهما والتحبب إليهما والصبر عليهما والثناء عليهما وعدم ذكرهما بسوء.
- **زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف:** لقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الحق والواجب في ذات الوقت بموجب المادة السادسة والثلاثون (36) فقرة (07) المضافة بموجب الأمر 02/05، وذلك بعد أن نوه عن الزيارة في الفقرة (05) من ذات المادة.

فعن الزيارة يلزم الزوج والزوجة على قدم المساواة بزيارة الأهل، وهم الأبوين والأقارب، وأبوي وأقارب الزوج الآخر، وذلك من باب توطيد العلاقات والمحبة والعطف والأمانة والألفة بين أفراد الأسرة.

---

[1] **أنظر:** المادة (16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق.

[2] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 47-48.

[3] مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المؤتمر الخامس بالكويت من 10 إلى 15 ديسمبر 1988، قرار رقم 39 بشأن تنظيم النسل، **أنظر الموقع الإلكتروني:** http //www.fiqhacademy.org.sa، أطلع عليه بتاريخ 2020/02/01، 01:15.

أما عن الاستضافة فقد جعلها المشرع الجزائري واجبا على كل واحد من الزوجين بالنسبة لأهله وأهل الزوج الآخر دون أن يحدد معايير لذلك، من أهمها أن المشرع لم يحدد ما إذا كانت هذه الاستضافة تقتصر على الأهل من المحارم فقط أم لا، وهو ما من شأنه أن يطرح اشكالات عديدة في الساحة القضائية.[1]

المطلب الثاني

إلغاء التفاضل بين الزوجين من خلال إسقاط بعض حقوق الزوج

يعتبر حق الزوج في القوامة ورئاسة العائلة، وحقه في الطاعة وتأديب زوجته، بالإضافة إلى حقه في إرضاع أولاده، من الحقوق التي كرسها المشرع الجزائري بموجب قانون الأسرة 11/84 بالمادة التاسعة والثلاثون (39) منه، الأمر الذي استنكرته العديد من الأطراف خاصة لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، والجمعيات النسوية في الجزائر، اللتان مارستا ضغط واسع على المشرع لإسقاط هذه الحقوق، وهو ما تحقق بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 بإلغاء المادة (39) منه، وما استتبعها من إلغاء للحقوق الواردة فيها.

وعليه فدراسة هذه الحقوق، ومعرفة ما إذا كانت بالفعل تشكل تمييزا ضد المرأة أم لا يقتضي تقسيم مضمون هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نخصص الفرع الأول لدراسة "إسقاط حق الزوج في القومة"، فيما نخصص الفرع الثاني لـ "إسقاط حق الزوج في الطاعة والتأديب"، في حين نخصص الفرع الثالث لـ "اسقاط حق الزوج في ارضاع أولاده".

الفرع الأول

اسقاط حق الزوج في القوامة

لقد كان المشرع الجزائري يمنح للزوج الحق في قوامة ورئاسة العائلة بموجب المادة التاسعة والثلاثون (39) من قانون الأسرة 11/84، غير أنه وبعد اعتبار لجنة سيداو هذا الحق تمييزا ضد المرأة قام المشرع بإلغائه بتعديل ق أ بالأمر 02/05، مما يؤكد فلسفته في الالتزام الكلي بمبدأ المساواة بين الزوجين.

[1] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 51 وما بعدها، **لتفاصيل أكثر أنظر:** جميل فخري محمد (جانم)، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها، **و** فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 75-76.

كل هذا يثير الفضول للوقوف على مدى صحة هذا الطرح، لذلك سيتم تقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، تخصص الفقرة الأولى لتبيان "مفهوم حق القوامة"، في حين تخصص الفقرة الثانية لدراسة "إسقاط حق الزوج في القوامة بموجب اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري".

الفقرة الأولى

مفهوم حق القوامة

القوامة في اللغة من قام على الشيء، يقوم، قياما، أي حافظ عليه وراعى مصالحه، ومن ذلك القيم، وهو الذي يقوم على شأن شيء ويليه ويصلحه، والقيم هو السيد، وقيم المرأة هو زوجها أو وليها، لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج إليه، والقوام على وزن فعال للمبالغة من القيام على الشيء، والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد.[1]

أما في الاصطلاح الشرعي فالقوامة هي قيام الزوج على زوجته بالحماية والرعاية والحفظ والصيانة[2]، لقوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم"[3]، ويتبين من هذه الآية الكريمة أن الله عز وجل منح الزوج القوامة على زوجته لسببين:

- **السبب الأول:** فضل الله 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، مرتبا هذا التفاوت على فطرتهم وأصل خلقتهم وحيلتهم واستعدادهم.
- **السبب الثاني:** يتمثل في الانفاق، فما أنفقه وينفقه الرجال من مهر ومصاريف ونفقة وتكاليف أخرى على زوجاتهم بما ألزمهم بها الشرع، يعطيهم الحق في القوامة ورئاسة العائلة.[4]

وتجدر الملاحظة إلى أن قوامة الزوج على زوجته تقسم إلى قسمين:

---

[1] جال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 502.

[2] أبي بكر (الجصاص)، أحكام القرآن، دار الإحياء للتراث العربي، بيروت، لبنان، ج 02، د ط، ص 188.

[3] سورة النساء، الآية 34.

[4] حسين مهداوي، المرجع السابق، ص 71، **لتفاصيل أكثر أنظر:** حسن صلاح الصغير (عبد الله)، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، د ط، ص 11 وما بعدها، **و** جميل فخري محمد (جانم)، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 76-77.

- **قوامة مادية:** وهي تتمثل فيما يقوم به الزوج من تهيئة للقوت، والكسوة، واعداد المسكن، وسائر الحاجيات.
- **قوامة معنوية:** فالقوامة لا تعني القهر والغلبة والاستبداد والاحتقار والتسلط على المرأة، بل هي قوامة تحفظ للمرأة كرامتها وأهليتها وانسانيتها، وتثبت لها شخصيتها، وحقها في سياسة البيت وتربية الأولاد.

وقوامة الرجل لا تمتد إلى أموال الزوجة، فيبقى لها مطلق الحرية في التصرف في مالها من بيع وشراء ورهن وايجار وغيره وفق ما تشاء، فلها ذمة منفصلة تماما عن ذمة زوجها، وهو ما سنعود له لاحقا.

كما لا تمتد هذه القوامة إلى دين الزوجة إذا كانت نصرانية أو يهودية، فليس للزوج أن يكرهها على تغيير دينها تحت ذريعة أنه من يملك القوامة والرئاسة[1]، وذلك لقوله تعالى: "**لا إكراه في الدين**".[2]

وخلاصة القول أن القوامة أو رئاسة العائلة هي التي يتصرف فيها المرؤوس بإراداته، لكن بتوجيه من القيم، وليس معنى القوامة أن يكون المرؤوس مقهورا، وهذا الأمر لا تمييز فيه ضد المرأة، وليس فيه انتقاص من حقها، إذ أنه تقرير لأمر واقع تسلم به العقول النيرة والفطرة السليمة، ففي الرجال قوة في النفس والطبع ما ليس في النساء، وهي قوامة مقررة بحكم الشرع والواقع وتوجيه الفطرة.[3]

الفقرة الثانية

إسقاط حق الزوج في القوامة بموجب اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري

لا تعترف المواثيق الدولية وعلى رأسها اتفاقية سيداو بقوامة الرجل، فهي تدعوا إلى المساواة[4]، ومن ثم فهي تعتبر القوامة تمييز صارخ ضد المرأة، ومنه كان القضاء على حق الزوج في القوامة هو من بين أهم الأهداف الرئيسية التي عملت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على تحقيقها من خلال العديد من

---

[1] وفاء عبد العزيز السويلم، "مسقطات القوامة – دراسة فقهية مقارنة –"، مجلة العدل، العدد 62، الكويت، ربيع الأول 1435 هـ، ص 117.

[2] سورة البقرة، الآية 256.

[3] محمد جمال (أبو سنينة) و حسين مطوع (الترتوري)، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ط 01، ص 50.

[4] تنص المادة (16) فقرة (01) (ج) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**(01) 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: (ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج...**".

التوصيات والتعليقات الختامية على التقارير الدورية المرفوعة إليها من قبل الدول الأطراف في الاتفاقية، بحيث طالبت الدول بإسقاط قوامة الرجل، وتحقيق المساواة بينه وبين المرأة في رئاسة العائلة، واعتبرت أنه لا توجد مبررات تعطي للرجل حق الترفع على المرأة، وبالنتيجة فإن القوامة هي انقاص لكرامة المرأة حسبها.[1]

هذا وقد عبرت لجنة الاتفاقية في العديد من المناسبات على أن القوامة وإن كانت تصلح في وقت مضى فهي لم تعد تصلح للعصر الحالي، لأنها أصبحت تطبق أسوء تطبيق، فصارت تسلطًا وقهرًا واضطهادًا للمرأة، ومنه لابد من تحقيق المساواة فيها وذلك بجعل رئاسة العائلة مشتركة بين الأب والأم، أي الانتقال من نظام القوامة إلى نظام الشراكة، وهو ما يكرس مبدأي المساواة وعدم التمييز، ويقضي على مظاهر القوامة التعسفية حسبها وهي: واجب الطاعة – منع المرأة من الخروج دون إذن زوجها – تأديب الزوجة – خدمة البيت – حق الفراش...إلخ.[2]

كما نوهت اللجنة إلى أن هناك العديد من الدول الأطراف التي لازالت تعطي للزوج حق القوامة ورئاسة العائلة وتتحجج في ذلك بتطبيق العرف والدين بدلا من الامتثال لنصوص الاتفاقية، واعتبرته أمر غير مقبول يؤدي إلى عواقب وخيمة – حسبها – تؤثر سلبا على حقوق المرأة في الزواج، لأن جعل الرجل هو المسؤول الأول في الأسرة هو مخالفة صريحة لنصوص الاتفاقية.[3]

حيث جاء في توصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة رقم (21) لسنة 1992 أنه: "**لقد تبين للجنة كثيرا 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، وأن هناك العديد من البلدان التي لازالت تؤمن بالنظام الأبوي للأسرة الذي يحابي الأب أو الزوج أو الابن...إلخ، وتدهور مكانة المرأة في الأسرة تدهورا حادا يعود إلى العودة للقيم والتقاليد القديمة بتشجيع من الأفكار الرجعية والآراء المتطرفة والأصولية...، وعليه تطلب اللجنة من الدول الأطراف أن تنبذ بحزم أية أفكار تدعوا إلى عدم المساواة بين الرجل والمرأة في**

[1] محمد حيدرة، المرجع السابق، ص 16.

[2] عبد الحليم بوشكيوه، المرجع السابق، ص 14.

[3] أمير فرج (يوسف)، المرجع السابق، ص 584.

المنزل، وأن تسحب تحفظاتها وبخاصة على المواد (09) و (15) و (16) من الاتفاقية، خاصة وأن هذه الأفكار الرجعية مصدرها هو القوانين الداخلية أو الشرائع الدينية أو القوانين الخاصة أو الأعراف...".[1]

وعن المشرع الجزائري فقد كان يعترف للزوج بحق القوامة وذلك بموجب المادة التاسعة والثلاثون (39) من قانون الأسرة 11/84 بقولها: "...**طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة**"[2]، وهو ما كان يتماشى في ذلك الوقت مع أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك مع الفطرة الإنسانية التي تعترف بالتفوق الطبيعي للرجل على المرأة، وبقدرته على النهوض بأعباء الأسرة والمجتمع وتكاليف شؤون الحياة على اختلاف أنواعها وأشكالها، وهو ما ترتب عليه منح الرجل الحق في نسبة الأولاد له، والحق في منح جنسيته لأولاده، وحقه في الوصاية عليهم كذلك.[3]

غير أن المشرع الجزائري وبمصادقته على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وذلك في سنة 1996، وبعد رفع الجزائر لتقريرها الأولي للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 1998، جاء رد اللجنة عليه في سنة 1996، وقد عبرت فيه عن قلقها من الأحكام التمييزية التي لازال يتضمنها قانون الأسرة الجزائري، لا سيما ما تعلق منها بحق الرجل في القوامة ورئاسة العائلة، وحثت بإلحاح الحكومة الجزائرية على اسقاط حق الزوج في القوامة، وذلك تحقيقا للمساواة بينه وبين المرأة، وهذا حتى تصبح أحكام هذا القانون متلائمة مع أحكام الاتفاقية بشكل كامل، وأيضا مع مبدأ المساواة الوارد في الدستور الجزائري.[4]

غير أن الجزائر لم تستجب لمطالبات اللجنة وأبقت على حق الزوج في القوامة ترجيحا منها لمبادئ الشريعة الإسلامية على نصوص اتفاقية سيداو في هذه المسألة، وهو ما عرضها بمجرد تقديمها لتقريرها الدوري الثاني في سنة 2003 إلى ذات الملاحظات من طرف اللجنة وذات المطالبات بإسقاط القوامة ولكن

---

[1] **أنظر**: التوصية رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1992، مرجع سابق.

[2] القانون 11/84، السالف الذكر.

[3] سرور طالبي، المرجع السابق، ص 70.

[4] ردود لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الأولية المقدمة من الدول الأطراف – الجزائر – 1999، مرجع سابق، ص 24-25-26، **لتفصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 02.

بلهجة جاءت هذه المرة أكثر حدة واستنكار للحكومة الجزائرية لعدم احترامها ملاحظات اللجنة في هذه المسألة التي سبق وأن قُدمت لها في التقرير الأولي.[1]

وبعد هذا الاستنكار شديد اللهجة من اللجنة تدخل المشرع الجزائري وأسقط حق الزوج في القوامة ورئاسة العائلة بإلغائه للمادة (39) من قانون الأسرة الجزائري بموجب تعديل 02/05، مما انجر عنه سقوط هذا الحق للزوج ضمنيا ودون النص عليه في أي مادة أخرى[2]، وذلك تماشيا مع نصوص الاتفاقية ومطالبات لجنتها.

فقد عبرت الجزائر بعد ذلك برفعها لتقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع في سنة 2009 للجنة الاتفاقية على أنه من أولوياتها المواءمة التدريجية لتشريعاتها الوطنية مع أحكام الاتفاقية، وأن الجزائر ملتزمة التزاما راسخا بمواكبة العصر وتحقيق التقدم.

كما ذكرت الجزائر في تقريرها هذا أن اللجنة الوطنية المنشأة بغرض تعديل قانون الأسرة قد لاحظت أن الأسرة الجزائرية تطورت من أسرة يرأسها الزوج وحده إلى وحدة عائلية تقوم على أساس تقاسم المهام والتعاون فيما بين الرجل والمرأة، ومنه تم إسقاط حق الرجل (الزوج) في القوامة.[3]

كما أن الجزائر تؤكد عزمها على إلغاء كل ما يمكن أن يفهم على أنه قوامة للرجل، وقد قامت في سبيل ذلك بإلغاء المادة (39) من ق أ ج، التي كانت تتحدث عن قوامة الرجل ورئاسته للعائلة، غير أنه إذا كان المشرع قد ألغى القوامة بطريقة ما فإنها مع ذلك لا تزال موجودة في الشريعة الإسلامية، لقوله تعالى: "**الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم**".

وأضاف هذا التقرير القول أن الإسلام قد جعل رئاسة العائلة من طرف الرجل (الزوج) رئاسة رحيمة قائمة على المودة والرحمة والرشاد، وقيدها بقيود كثيرة تحفظ للمرأة كرامتها، وتصون حقوقها، وتحقق مصلحتها على خير وجه، فهي تدابير وإرشاد وليست سيطرة واستبداد.[4]

---

[1] التعليقات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الدورية الثانية للدول الأطراف – الجزائر – 2005، ص 04 وما بعدها، **لتفصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 04.

[2] **أنظر**: الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] وهو أمر غير صحيح، فليست هناك أسرة جزائرية لا يرأسها الزوج، لذا لسنا ندري عن أي أسرة يتحدث هذا التقرير؟

[4] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، 2009، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها، **لتفصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

وما نلاحظه على هذا التقرير أنه قد وردت فيه العديد من المغالطات، حتى في مسألة اسقاط القوامة، فمن جهة هو يدافع عن القوامة في الإسلام، ولا يعتبرها سيطرة واستبداد، ومن جهة قام المشرع بإسقاطها، كما أنه ذكر أن تعديل قانون الأسرة بما في ذلك مسألة القوامة جاء استجابة لمطالبات عديدة من طرف شرائح كبيرة في المجتمع، وهذا غير صحيح، كما يلاحظ في هذا التقرير طمس واضح لأحكام الشريعة الإسلامية، فكان يكفي أن يُبقي المشرع القوامة ويبرر ذلك أن اسقاطها مخالف للشريعة الإسلامية، وأن الجزائر بلد مسلم لا يخالف عقيدته، بل هو العكس من ذلك أسقط القوامة وأرجع التأخر في ذلك إلى مبررات نفسية للفرد الجزائري واخرى اجتماعية تخص المجتمع ككل.

وهو الأمر الذي رحبت به لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في ردها على هذا التقرير في سنة 2012، واعتبرت أن مختلف التعديلات المدخلة على قانون الأسرة الجزائري بما في ذلك اسقاط حق الزوج في القوامة هي تعديلات ضرورية أصبحت تكرس حقوق المرأة في الجزائر أكثر، وتقلل من حدة التمييز ضدها في الأسرة، وتدعم مبدأ المساواة بين الجنسين بصورة ناجعة.[1]

ولابد أن نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أخطأ بإسقاطه حق الزوج في القوامة، لأن ذلك من شأنه توسيع الصراع بين الزوجين حول من يملك السلطة في رئاسة العائلة، كما أن الله عز وجل حينما فرض قوامة الرجال على النساء فهو أعلم بمحاسنها، وبضرورة وجودها، فلم تكن يوما قوامة الرجل على المرأة تمييزا ضدها، بل على العكس من ذلك فما هي إلا تشريف لها وحفظ لحقوقها وكرامتها، إلا إذا تعسف الرجل في استعمال هذا الحق هنا يتدخل القاضي أو ولي الأمر أو الحاكم لإعادة هذا الحق إلى حده الشرعي المعقول، وعليه فالقوامة هي رعاية وحفظ وصيانة وليست سلطة وتحكم، والرئاسة في البيت هي رئاسة شورية لا استبدادية.

والقوامة تترتب عليها مجموعة من الآثار القانونية وهي: نسبة الابن إلى والده – منح الأب جنسيته إلى ابنه – حق ولاية الأب على أولاده القصر، فما مصير هذه الآثار بإسقاط المشرع لحق الزوج في القوامة؟ وهو ما نوضحه كالآتي:

[1] **لتفاصيل أكثر أنظر:** التعليقات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير المجمعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف – الجزائر –، 2012، مرجع سابق، ص 01 وما بعدها، **لتفاصيل أكثر أنظر:** الملحق رقم 06.

- **نسبة الولد لأبيه:** لقد أبقى المشرع الجزائري على حق الوالد في نسبة الأولاد له بالزواج الصحيح، وذلك رغم اسقاط حقه في القوامة ورئاسة العائلة[1]، وعليه لم يطرأ أي تغيير على ذلك، وهي من الأمور التي تجعل الجزائر متمسكة بتحفظها على المادة (16) من اتفاقية سيداو[2] والتي تسمح للزوجة ضمنيا بنسبة أولادها لها على قدم المساواة مع الزوج، وعليه فالاتفاقية تعترف بابن الزنا، وهو ما يخالف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة المستنبط من مبادئها.
- **منح الأب إلى جنسيته إلى ابنه:** فيما يتعلق بالجنسية فقد كان قانون الجنسية الجزائري يمنح الابن جنسية أبيه فقط، إلا أن الجزائر تراجعت عن ذلك من خلال تعديلها لقانون الجنسية الصادر بالأمر 01/05 المؤرخ في 2005/02/27[3]، ونصه في المادة السابعة (07) فقرة (02) منه على: "**يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر...الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها**".

وهذا جاء نتيجة لإسقاط حق الزوج في القوامة بموجب قانون الأسرة الجزائري هذا من جهة، ومن جهة أخرى نتيجة سحب الجزائر لتحفظها على المادة التاسعة (09) فقرة (02) من اتفاقية سيداو التي تساوي بين الأم والأب في منح جنسيتهم لأطفالهم بموجب المرسوم الرئاسي 426/08 المؤرخ في 2008/12/28 السالف الذكر.

- **ولاية الأب على أولاده القصر:** بالنسبة لحق الوالد في الولاية على أولاده القصر فقد أبقى عليه المشرع رغم اسقاط حقه في القوامة ورئاسة الأسرة، وهذا طبقا للمادة (87) ق أ ج، ولكن هذه المادة لحقها تعديل بموجب الأمر 02/05 وأضيفت إليه فقرتين (02) و (03) والتي أصبحت تنص على: "**يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل**

---

[1] **أنظر** المواد المنظمة للنسب في قانون الأسرة الجزائري من المادة 40 إلى 45 منه.

[2] تنص المادة (16) فقرة (01) (ج) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**(01) 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: (ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج...**".

[3] الجريدة الرسمية عدد 15 الصادر بتاريخ 2005/02/27.

الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".[1]

وهو مل يعني أن الأم كذلك أصبح لها الحق في الولاية على أولادها، ولكن تقوم بها في الحالات الطارئة فقط إذا كان الأب غائبا أو عاجزا عن القيام بها، وهذا في حالة قيام الرابطة الزوجية، أما في حالة الطلاق وإسناد الحضانة للأم (وهو الوضع الغالب) تسند لها الولاية تبعا لذلك وتسقط هذه الولاية عن الأب تماما، وهو ما يكرس ليس المساواة بين الجنسين، بل التمييز الإيجابي لصالح المرأة، والسلبي لصالح الرجل، كون هذا الأخير بالطلاق تنقطع علاقته تماما بأولاده نتيجة اسقاط آخر حق له عليهم ألا وهو الولاية.

الفرع الثاني

اسقاط حق الزوج في الطاعة والتأديب

يعتبر حق الزوج في طاعة زوجته له، وحقه في تأديبها في حالة نشوزها، حقان يكتسبهما الزوج بالتبعية لاكتسابه لحق القوامة، وبالتالي فذات الجدل الذي أثاره حق الزوج في القوامة أثاره كذلك حقه في الطاعة والتأديب، سواء على مستوى الصكوك الدولية، أو على مستوى التشريعات الوطنية.

ولتوضيح ذلك نقسم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "اسقاط حق الزوج في الطاعة"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "اسقاط حق الزوج في تأديب زوجته الناشز".

الفقرة الأولى

اسقاط حق الزوج في الطاعة

الطاعة لغة هي الانقياد والموافقة، إذ يقال أطاعه وأطاع له، أي انقاد إليه، فإذا أفضى لأمره فقد طاوعه، والطاعة اسم من أطاعه طاعة.[2]

أما اصطلاحا فهي موافقة المرأة لزوجها بالاستجابة لرغباته وطلباته، وطلب مرضاته في غير معصية الله.[3]

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 2720

[3] ابراهيم رفعت (الجمال)، الحقوق غير المادية بين الزوجين – دراسة فقهية مقارنة –، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، د ط، ص 65.

والأدلة على وجوب طاعة الزوجة لزوجها عديدة، فمن الكتاب قوله تعالى: "**فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله**"[1]، وعن وجه الدلالة يقول الإمام القرطبي: الجملة خبرية ولكن المقصود منها هو الأمر بطاعة الزوج، والقيام بحفظه في ماله وفي نفسه في حال غيبة الزوج[2]، وقوله تعالى أيضا: "**الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم...فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا**"[3]، ووجه الدلالة أن الله عز وجل جعل للرجل حق القوامة على المرأة، والقيم على الغير لا يصلح أن يكون قيما إلا إذا كان له حق الطاعة على من هو قيم عليه، فلما جعل الله حق القوامة للرجل على المرأة فيكون بذلك قد أوجب عليها طاعة زوجها، ويؤيد ذلك ما جاء في نهاية الآية من أن المرأة إذا كانت مطيعة لزوجها فليس له من سبيل عليها.

ومن الأحاديث الدالة على وجوب طاعة المرأة لزوجها ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "**سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم: أي الناس أعظم حقا على المرأة؟ قال زوجها، قلت فأي الناس أعظم حقا على الرجل؟ قال أمه**"، وعن حصين بن محصن رضي الله عنه أن عمة له أتت النبي صلى الله عليه وسلم في حاجة فقال لها: "**أ ذات زوج أنت؟ قلت نعم، فقال: كيف أنت له؟ فقالت ما آ له إلا ما عجزت عنه، قال: أنظري أين أنت منه، فإنما هو جنتك ونارك**"، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**إذا صلت المرة خمسا وصامت شهرها وحصنت فرجها وأطاعت زوجها دخلت من أي أبواب الجنة شاءت**".[4]

وعليه فقد أوجبت الشريعة الإسلامية طاعة المرأة لزوجها بالمعروف فيما يأمرها به، في حدود استطاعتها وما توجبه أحكام الإسلام، وهو ما من شأنه أن يحفظ كيان الأسرة من التصدع والانهيار، ويعمق المودة والحب والتآلف بين الزوجين.

ومن صور الطاعة:

- الاستقرار في بيت الزوجية وعدم الخروج منه إلا بإذن الزوج.
- ألا تسمح الزوجة لأحد بدخول منزل الزوجية إلا بإذن الزوج، ما عدا إذا كان محرما لها.

---

[1] سورة النساء، الآية 34.

[2] ابراهيم رفعت (الجمال)، المرجع نفسه، ص 66.

[3] سورة البقرة، الآية 228.

[4] جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 46.

- أن تصون المرأة نفسها من كل ما يدنسها.
- أن تسلم نفسها إلى زوجها وأن تبادر إلى فراشه متى أراد ذلك إن لم يكن يمنعها من ذلك مانع شرعي.
- المحافظة على مال الزوج كما تحافظ على مالها، وألا تعطي أحد منه إلا بإذنه، ما عدا إذا كانت العادة جارية بإعطاء مثله.[1]

وعموما هذه الطاعة ينبغي أن تكون في شؤون الحياة الزوجية ولا تتعداه إلى ما يتعلق بالمرأة من أمور خاصة بها، كتصرفها في مالها بما تراه أنفع لها، فليس لزوجها الحق في أن يطلب منها أن تتصرف بهذا المال على نحو خاص، فلها الاستقلالية التامة في ذمتها المالية، وهو ما يؤكد أن حق الطاعة لا يلغي إرادة المرأة ولا شخصيتها.

كما أن طاعة الزوجة لزوجها محددة بدائرة المشروع، فإذا أمرها بمعصية فلا طاعة له عليها، لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[2]، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "**السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أُمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة**".[3]

وعن هذا الحق في اتفاقية سيداو، نجد أن هذه الأخيرة ترفض تحميل الزوجة التزاما بطاعة الزوج، لأن هذا الالتزام – حسبها – يجعلها في مرتبة أدنى من مرتبة الرجل، وهذا ما ينافي مبدأ المساواة الذي تدعوا إليه الاتفاقية، هذا وقد انتقدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها رقم (21) لسنة 1992 الدول الأطراف التي تقيد حقوق المرأة المتزوجة بواجب الطاعة للزوج، لأن هذا يمنح الزوج مركز رب الأسرة وصاحب الكلمة الأولى في اتخاذ القرارات، وهو ما يخالف أحكام الاتفاقية، وخصوصا المادة السادسة عشر (16) منها التي توجب تحقيق المساواة التامة بين الزوجين في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج.[4]

غير أن اعتراض الاتفاقية ولجنتها على إعطاء الزوج حق الطاعة ومركز رب الأسرة وهو أشبه ما يكون أن تعترض على إعطاء رئيس الدولة صفة الحاكم، ثم نطلب من أفراد المجتمع عدم طاعته على

---

[1] جميل فخري محمد (جانم)، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 83-84.

[2] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 192-193، **لتفاصيل أكثر أنظر**: ابراهيم رفعت (الجمال)، المرجع السابق، ص 70-71.

[3] أبو عبد الله محمد بن اسماعيل (البخاري)، المرجع السابق، حديث رقم 6725، ص 1978.

[4] **أنظر** التوصية رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 1992، مرجع سابق.

أساس المساواة، حيث ينبغي أن يكون الحاكم والمحكوم متساوون في الحقوق والواجبات، إذ أن أمر كهذا من شأنه أن يفسد 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، وبالتالي تجب له الطاعة.

أما عن المشرع الجزائري وموقفه من واجب طاعة الزوجة لزوجها، نجد بأنه كان يعترف للزوج بحقه في طاعة زوجته له كتكملة للاعتراف بحقه في القوامة ورئاسة العائلة، وذلك بموجب المادة التاسعة والثلاثون من قانون الأسرة 11/84 التي كانت تنص على: "**يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة**"[1]، ورغم هذا الاعتراف القانوني آنذاك بحق الزوج في الطاعة من طرف زوجته إلا أن ذلك لم يؤثر على مكانة المرأة الجزائرية في الأسرة وحتى في المجتمع، بل أنها كانت تحظى بالتقدير والاحترام كزوجة في ظل سريان هذه المادة، ولم يمنعها ذلك من المشاركة في مختلف جوانب الحياة، وتحمل المسؤوليات، والحصول على كل حقوقها.

إلا أنه وبعد مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو في سنة 1996، وبعد رفعها لتقريرها الأولي في سنة 1998 وتقريرها الدوري الثاني في سنة 2003 تعرضت لانتقادات شديدة اللهجة من طرف لجنة الاتفاقية، هذه الأخيرة اعتبرت أن الإبقاء على واجب طاعة الزوجة لزوجها هو أمر غير مقبول كونه يشكل مساس بحقوق المرأة وتمييز واضح ضدها[2]، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري على إثر تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 في سنة 2005 إلى إسقاط حق الزوج في الطاعة بالتبعية لإسقاط حقه في القوامة، وذلك بالإلغاء الكلي لنص المادة التاسعة والثلاثون (39) المذكورة أعلاه.

هذا وقد جاء في تقرير الجزائر المرفوع بعد ذلك إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 2009: "**مفاهيم طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قد حذفت ولم تحل مكانها سوى حقوق وواجبات**

---

[1] القانون 11/84، السالف الذكر.

[2] ردود لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الأولية المقدمة من الدول الأطراف – الجزائر – 1999، مرجع سابق، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 02، **و** التعليقات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الدورية الثانية للدول الأطراف – الجزائر – 2005، مرجع سابق، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 04.

متبادلة بين الزوجين، ولا سيما الحفاظ على العلاقات الزوجية، والتعايش في وئام واحترام متبادل..."[1]، وهو الأمر الذي رحبت به واستحسنته لجنة الاتفاقية كثيرا.[2]

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كيّف قانون الأسرة مع بنود اتفاقية سيداو في عدم إيجاب طاعة الزوجة لزوجها مرجحا بذلك كفة التزاماته الدولية، وضاربا بأحكام الشريعة الإسلامية عرض الحائط، وهذا رغم تحفظه على المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ج) من الاتفاقية التي تلزم الدول الأطراف بتحقيق المساواة المطلقة بين الجنسين في الحقوق والواجبات الزوجية، وإلغاء كل ما قد يشكل تمييز ضدها بما في ذلك واجب الطاعة على اعتبار أن الزوج غير ملزم بطاعة زوجته، وأيضا رغم تحفظ الجزائر على المادة الخامسة عشر (15)[3] من الاتفاقية بقولها: "**تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنه لا يجب تفسير أحكام الفقرة 04 من المادة 15 من الاتفاقية لا سيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار محل اقامتها وسكناها بمفهوم يتعارض مع أحكام الفضل الرابع من قانون الأسرة الجزائري...**"[4]، أي أن حق المرأة في التنقل مرتبط بواجبها في طاعة الزوج، إلا أنه مع ذلك ألغى المشرع واجب الطاعة!، وهذا ما يؤكد تراجع المشرع بطريقة غير مباشرة على تحفظه على المادة (16) فقرة (01) (ج)، وكذا المادة (15) فقرة (04).

ومثلما ذكرنا بالنسبة لإلغاء حق الزوج في القوامة، نكرر بأن إلغاء المشرع لحق الزوج في الطاعة هو خطأ منه، خصوصا وأن الطاعة ليست كما يصورها أنصار التحرر على أنها خضوع للمرأة، ومحو لشخصيتها ورأيها، وهدم لأفكارها وتوجهاتها، بل هي في حقيقتها واجب على الزوجة تستقيم به الحياة الزوجية، فلا نتصور أن يعيش أفراد تحت سقف واحد دون احترام بينهم، ودون تقدير لمشاعر المرأة

---

[1] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، 2009، مرجع سابق، **لتفاصيل أخرى أنظر**: الملحق رقم 05.

[2] التعليقات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير المجمعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف – الجزائر –، 2012، مرجع سابق، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 06.

[3] وقد أكدت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في شرحها لهذه المادة على ضرورة منح المرأة الحق في أن تقيم في أي بلد شاءت، بغض النظر عن حالتها الزوجية، وأن التزام المرأة بالسكن في مسكن الزوجية إعمالا لواجب الطاعة يعد تمييزا ضدها.

[4] **أنظر**: نص التحفظات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 22 فيفري 1996، مرجع سابق.

وشخصية الرجل، هذا الأخير الذي هو العنصر الفعال الذي ترتكز عليه الأسرة وتحتمي به، لقوله تعلى: "**ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة**"[1]، وعليه فلا اجتهاد مع صراحة القرآن شاء معترضي الطاعة أم أبوا، فالأفضلية موجودة بحكم القرآن، ولا مجال لرفع الشعارات الواهية في بلاد المسلمين، والتنديد بإنقاص قيمة الرجل بدعوى المساواة، فقد تكون المساواة في العلم، في الوظيفة...إلخ، لا في الرجولة والأنوثة، فكل في مجاله فاضل، وإذا كان هناك من الرجال من هو متعسف في حق الطاعة وشاذ، فلا يمكن التعميم على الكل، فهنالك الكريم وهنالك اللئيم، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما أكرمهن إلا كريم وما أهانهن إلا لئيم**"، والشاذ يحفظ ولا يقاس عليه.

الفقرة الثانية

اسقاط حق الزوج في تأديب زوجته الناشز

لقد بين القرآن الكريم الصنف المهذب من النساء اللاتي يترفعن بتربيتهن وخلقهن وايمانهن عن النزول إلى درجة التأديب والتأنيب، وأفرغ عليهن من صفات الإجلال والتكريم ما يجب لكل زوجة أن تتحلى به، ثم انتقل بعد ذلك إلى الحديث عن صنف آخر من النساء فيه بلا شك استعداد نفسي للشذوذ والنشوز، وهذا الاستعداد تنبئ عنه بعض الأقوال والأفعال، فإذا صدرت من المرأة تصرفات توحي نحو المخالفة والانحراف فعلى الرجل تقويمها وتأديبها حفاظا على كيان الأسرة.

ولا شك أن هذا الصنف من النساء ليس على ذات الدرجة من الاستعداد، فمنهن من يكفيها الوعظ والإرشاد، ومنهن من يكفيها الهجر الذي هو لون من ألوان التأديب النفسي والمعنوي، ومنهن من يستبد بهن الطيش والقبح في الخلق فلا يجدي معهن وعظ ولا هج وإنما يجدي التخويف بالضرب[2]، وهو ما يعرف بتأديب الزوجة الناشز.

والتأديب لغة من الأدب الذي يتأدب به الأديب من الناس، ويسمى أدبا لأنه يؤدب الناس إلى المجامل، وينهاهم عن المقابح.[3]

ويعرف تأديب الزوجة اصطلاحا بأنه: تقويم واصلاح الزوجة الناشز العاصية لزوجها فيما أمرها به في حدود شرع الله[1]، وذلك لقوله تعالى: "**الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما**

---

[1] سورة النساء، الآية 34.

[2] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 200-201.

[3] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 206-207.

أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا".[2]

فيمكن للزوج أن يقوم بتأديب زوجته إذا:

- قصرت في أداء حقوق الله عليها أو تهاونت فيها، بترك ما أمر الله به، أو بفعل ما نهى عنه.[3]
- قصرت في أداء حقوق زوجها التي أوجبها الشرع له عليها، كأن تتثاقل إذا دعاها زوجها ولا تذهب إليه إلا بكره واشمئزاز وتبرم.
- إذنها لغير المحارم من الرجال بدخول بيتها.
- الإنفاق من مال زوجها بشتى أنواع الإسراف والتبذير دونما حاجة تذكر.
- صدور خطأ من الزوجة يمس بهيبة الأسرة ويلحق بها ضرر جسيم، أو يمس بشرف الزوج واعتباره.[4]

هذه المسائل وأشباهها يجوز للزوج شرعا أن يأدب زوجته فيها، طالما أنه يملك حق القوامة عليها، إذ ليس من المعقول العودة في كل صغير وكبيرة من قضايا الأسرة إلى القضاء، وكذلك ليس من المعقول الشكوى لأهل الزوجة وذويها في كل أمر يحدث بين الزوجين، ومما يرفضه العقل السليم كذلك هو تدخل أطراف خارجية في خصومات الزوجين، الأمر الذي يعد مساسا بكرامتهما وشخصيتهما، ولا شك أن تأديب الزوج لزوجته أصلح للمرأة، وأنفع للأسرة، وأحسن وأستر لها، وأتقى لكرامتها وأحفظ لسرها.

ومن المغالطات الموجودة في المجتمع هي أن تأديب الزوجة يكون بالضرب مباشرة، بل التأديب يمر بمراحل عددتها الآية الكريمة أعلاه، وهي:

- **الموعظة الحسنة:** لقوله تعالى "**فعظوهن**"[5]، وهذا يلائم المرأة التي تكفيها الإشارة، فعلى الزوج أن يُشعر زوجته في وعظه إياها أنه يريد الخير لها، ويحفظها من الضرر والشر، ويجب أن يكون الوعظ

---

[1] ابراهيم رفعت (الجمال)، المرجع السابق، ص 82.

[2] سورة النساء، الآية 34.

[3] أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 241.

[4] ربيحة إلغات، المرجع نفسه، ص 201-202.

[5] سورة النساء، الآية 34.

بأسلوب حسن حكيم مقنع، خالي من الشدة والعنف والغلظة وروح الاستعلاء، مما قد يُصلح حال الزوجة ويسود الاستقرار والمودة في الأسرة.[1]

- **الهجر في المضجع:** من حق الزوج أن يهجر زوجته في المضجع حين لا تنفع معها الوسيلة الأولى، وقيل في الهجر: هو أن يوليها ظهره ولا يُجامعها، لقوله تعالى: "**واهجروهن في المضاجع**"[2]، والهجر هو نوع من التأديب النفسي المعنوي للزوجة الناشز.[3]
- **ضرب الزوجة:** إذا أخفقت الوسيلتان السابقتان في تأديب وتقويم الزوجة الناشز، انتقل الزوج إلى الوسيلة الثالثة وهي الضرب لقوله تعالى: "**واضربوهن**"[4]، ولكن الضرب الذي يكون بغرض تأديب الزوجة وضع لها فقهاء الشريعة الإسلامية شروطا ينبغي على الزوج التقيد بها، وإلا تجاوز التأديب حده، وعد الزوج مرتكبا لجرم الضرب والجرح.[5]

وعن موقف المشرع الجزائري من التأديب نجده قد ألغى المادة التاسعة والثلاثون من قانون الأسرة 11/84، وذلك بموجب التعديل الصادر بالأمر 02/05، مما أدى إلى إسقاط حق الزوج في القوامة وفي

---

[1] ابراهيم رفعت (الجمال)، المرجع السابق، ص 82-83.

[2] سورة النساء، الآية 34.

[3] محمد جمال (أبو سنينة) و حسن مطاوع (الترتوري)، المرجع السابق، ص 55.

[4] سورة النساء، الآية 34.

[5] وهذه الشروط يمكن إجمالها في ما يأتي:

- أن لا يلجأ الزوج إلى هذه الوسيلة إلا بعد فشل الوعظ والهجر.
- أن يكون الضرب غير مبرح، وذلك بأن لا يُظهر أثرا، ولا يكسر عظاما، ولا يشين لحما، ولا يسيل دما.
- أن لا يضرب الوجه موضوع الجمال، ولا يقع الضرب على المهالك، لأن الغرض من الضرب هو التأديب لا الاتلاف والتشويه.
- أن يغلب على ظن الزوج أن الضرب سيؤدي إلى إصلاح الزوجة وعودتها عن نشوزها، لأن الضرب هو وسيلة إصلاح، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود منها، وإلا فلا يضربها.
- أن يكون الضرب على مر مشروع، كتقصير الزوجة في حق من حقوق الله أو واجب من واجبات الزوج، وإلا فلا يضربها لمطالبتها بحقها عنده كحقها في النفقة، والكسوة، والعلاج وغيرها، فهذا لا يعد نشوزا، **أنظر:** محمد جمال (أبو سنينة) و حسن مطاوع (الترتوري)، المرجع السابق، ص 56-57، **لتفاصيل أكثر أنظر:** ابراهيم رفعت (الجمال)، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

الاعة وبالتبعية إسقاط حقه في تأديب زوجته ولو كانت ناشز، على اعتبار التأديب هو نتيجة لحق الزوج في القوامة ورئاسة العائلة، مسايرا المشرع بذلك الاتجاه المعاصر المدافع عن حقوق المرأة والمطالب بالمساواة بينها وبين الرجل، وقد فسر هذا الاتجاه تأديب الزوجة تفسيرا خاطئا بعيد كل البعد عن الغاية التي هدف لها الإسلام من تشريع التأديب للزوجة، فهو لم يجعله واجبا لابد من فعله، بل جعله موجه لنوع خاص من النساء اللاتي قد يعرضن بتصرفاتهن غير المتزنة الأسرة والمجتمع لأخطار كبيرة.

غير أننا نجد المادة الخامسة والخمسون (55) من ق أ ج المعدل بالأمر 02/05 تنص على: "**عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر**"[1]، وهذا ما يثبت أيضا إلغاء المشرع لحق الزوج في تأديب زوجته إلغاءً تامًا، فإذا نشزت الزوجة فلا يكون للزوج حق تأديبها بأي شكل من الأشكال، ولا يكون أمامه سوى فك الرابطة الزوجية بسبب النشوز، مع تعويضه عن الضرر الذي قد يصيبه من جراء ذلك.

وقد ذهب المشرع في التأديب إلى أبعد من ذلك، فلم يكتفي بإلغائه بل جرمه أيضا بنصوص قانون العقوبات المستحدثة بالقانون 19/15 المؤرخ في 2015/12/30[2]، حيث شدد العقوبات على الزوج الممارس للضرب ضد زوجته ولو كان الغرض منه هو التأديب، وذلك بموجب المادة 266 ق ع ج[3]، كما جرمت

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] الجريدة الرسمية عدد 71، لسنة 2015.

[3] تنص لمادة 266 مكرر ق ع التي تنص على: "**كل من أحدث عمداً جرحاً أو ضرباً بزوجته يعاقب كما يلي:**

- **الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات إذا لم ينشأ عن الضرب والجرح أي مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تفوق خمسة عشر يوم**
- **الحبس من سنتين إلى خمس سنوات إذا نشأ عن الضرب والجرح مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تفوق خمسة عشر يوم**
- **السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الضرب والجرح فقد أو بتر أحد الأعضاء او الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد بصر احدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى.**
- **السجن المؤبد إذا أدى الضرب أو الجرح المرتكب عمداً إلى الوفاة بدون قصد احداثها...**".

المادة 266 مكرر 01 المضافة بذات التعديل كل عنف لفظي أو نفسي يصدر من الزوج ضد زوجته ولو كان بسيطا أو تحت ذريعة التأديب والنصح والإرشاد.[1]

وهي عقوبات مشددة جدا مقارنة بالقواعد العامة.[2]

هذا ويعود السبب الرئيس في اسقاط المشرع لحق الزوج في تأديب زوجته من قانون الأسرة الجزائري وحتى تجريمه بموجب قانون العقوبات إلى الصكوك الدولية التي التزمت الجزائر ببنودها من أهمها اتفاقية سيداو، هذه الأخيرة كان لها انعكاس كبير على هذه المسألة في التشريعات الوطنية، فقد اعتبرت لجنتها التأديب مثله مثل الطاعة والقوامة أمر غير مقبول، وهو تمييز واضح ضد المرأة، وصنفته على أنه عنف ضد المرأة، كما ذكرت اللجنة في ذات السياق في توصيتها رقم (21) لسنة 1992[3] أنه: "**يعتبر تمييز ضد المرأة حتى العنف القائم ضدها على أساس نوع الجنس، أي العنف الموجه ضد المرأة لكونها امرأة، أو العنف الذي يمس المرأة على نحو جائر، ويشمل الأعمال التي تلحق ضررا أو ألما جسديا أو عقليا أو جنسيا بها، والتهديد بهذه الأعمال، وأنه ينبغي على الدول الأطراف أن تضمن قوانين مناهضة للعنف واساءة المعاملة في الأسرة مهما كان مبررها**...".[4]

---

[1] تنص الم 266 مكرر 1 على: "**يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من ارتكب ضدّ زوجته أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية، يمكن إثبات حالة العنف الزوجي بكافة الوسائل، تقوم الجريمة سواءً كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية كما تقوم هذه الجريمة أيضاً إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة، لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حامل أو معاقة أو ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح، يضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية**".

[2] **لتفاصيل أكثر أنظر:** آمنة تازير، "حماية الزوجة من جميع أشكال العنف – على ضوء التعديل الجديد لقانون العقوبات –"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، الجزائر، أبريل 2019، ص 310 وما بعدها

[3] التوصية رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1992، مرجع سابق.

[4] وهو الأمر الذي جاء أكثر تفصيلا في إعلان القضاء على العنف ضد المرأة الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 104/48 المؤرخ في ديسمبر 1993، في مادته (02) بقوله: "**يُفهم من العنف ضد المرأة أنه يشمل على سبيل المثال لا على سبيل الحصر العنف البدني والجنسي والنفسي الذي يحدث في إطار الأسرة بما في ذلك الضرب**..."، كما جاء أيضا في المادة (04) منه: "**ينبغي للدول أن تدين العنف ضد المرأة وألا تتذرع بأي عرف أو تقليد أو اعتبارات دينية للتنصل من**

غير أنه ما ينبغي توضيحه أن اتفاقية سيداو وغيرها من الصكوك الدولية تخلط بين تأديب وضرب وتعنيف الزوجات الذي يشكل تمييزا ضد المرأة من جهة، وبين الوعظ والهجر والضرب الخفيف الذي يكون بغرض تأديب الزوجة الناشز من جهة أخرى، فالأمران شتان، وهذا الخلط كان نتيجة الفهم الخاطئ للنصوص الشرعية والتشريعية، وكذا نتيجة عادات وتقاليد تحيد عن جادة الصواب، وبعيدة كل البعد عن الإسلام الذي كان السباق في تكريم المرأة وإعلاء شأنها.

الفرع الثالث

حق الزوج في إرضاع زوجته لأولاده

يعتبر الرضاع حق وواجب في ذات الوقت، فهو من جهة حق للزوج في إرضاع زوجته لأولاده، وكذا حق للأولاد بطبيعة الحال، ومن جهة أخرى هو واجب على الزوجة (الأم) بنصوص الشرع والقانون، لكن قياس هذه المسألة بميزان حقوق المرأة أدى إلى إثارة العديد من الإشكالات حولها، هذه الإشكالات نوضحها بتقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "اسقاط واجب الزوجة في الرضاع بموجب اتفاقية سيداو"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "اسقاط واجب الزوجة في الرضاع بموجب قانون الأسرة الجزائري".

الفقرة الأولى

اسقاط واجب الزوجة في الرضاع بموجب اتفاقية سيداو

لقد عملت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على إلغاء واجب الزوجة (الأم) في الرضاع، وكان من أهم أهداف هذا الإلغاء هو تكريس مبدأ المساواة في العمل وحرية المرأة في ذلك، لأن الرضاع حسبها يعيق المرأة عن العمل وتحقيق النجاح الذي تبتغيه، حيث أن للمرأة الحق في الخروج للعمل دون أن تكون ملزمة بإرضاع ولدها، حيث لها أن تستغني عن الرضاع منها وتستبدله بالحليب الاصطناعي.

أما ثاني أهداف الاستغناء عن الرضاع هو المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بالأولاد وتربيتهم، فبعدم التزام الأم بالرضاع، واستبدال حليبها بالحليب الاصطناعي، يكون للأب كذلك أن يرضعهم بواسطة هذا

التزامها بالقضاء عليه، وينبغي لها أن تتبع بكل الوسائل الممكنة ودون تأخير سياسة تستهدف القضاء على العنف ضد المرأة".

الأخير، فيكونا بذلك على قدم المساواة من حيث واجبهما نحو أبناءهما، فيصبح الرضاع بذلك واجب مشترك بين الأب والأم، وهذا طبقا للمادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ج / ح).[1]

الفقرة الثانية

اسقاط واجب الزوجة في الرضاع بموجب قانون الأسرة الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده في ظل قانون الأسرة 11/84 أي قبل التعديل، كان يعتبر الرضاع واجب على الزوجة ويُدرجه ضمن المادة التي تضم حقوق الزوج، أي أن المشرع كان يعتبر الرضاع واجب على الزوجة من جهة –مع شرط القدرة والاستطاعة – وحق للزوج من جهة أخرى ، وهذا بموجب المادة التاسعة والثلاثون (39) من ق أ 11/84 التي كانت تنص على: "**يجب على الزوجة:...ارضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم**"[2]، وكان يتماشى في ذلك مع موقف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة[3]،

---

[1] تنص المادة (16) فقرة (01) (ج / ح) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**(01) 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:**

(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج.

(ح) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول".

[2] القانون 11/84، السالف الذكر.

[3] بالرجوع إلى موقف الفقه الإسلامي نجد اختلاف بين المذاهب حول وجوب الرضاع بالنسبة للأم، فبالنسبة لأنصار المذهب المالكي فهم يرون أن الرضاع واجب على الزوجة (الأم) في حال قيام الزوجية، ما لم يقبل غيرها القيام بذلك عنها، وهو واجب عليها كذلك إذا عُدم الأب لاختصاصها الأصلي به، كما يبقى الرضاع واجبا عليها في حالة الطلاق الرجعي ما لم تنقضي عدتها، فإذا انقضت فعلى الأب أجرة الرضاع، وذلك لقوله تعالى: "**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فلا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما أوتيتم بمعروف واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير**" ﴿ سورة البقرة، الآية 233 ﴾، فقال الدكتور وهبة الزحيلي: "**اتفق الفقهاء على أن الرضاعة واجبة على الأم ديانة تُسأل عنها أمام الله تعالى حفاظا على حياة الولد، واختلفوا في وجوبها عليها قضاءً، غير أنهم اتفقوا على أن وجوب الرضاع على الأم قضاء في ثلاث حالات، أولها أن لا يقبل الطفل الرضاع إلا من ثدي أمه، وثانيهما أن لا توجد مرضعة أخرى سواها، وثالثها إذا عُدم الأب لاختصاصها به أو لم يوجد لأبيه ولا للولد مال**".

إلا أن المشرع الجزائري وبتعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 وتحت تأثير السيداو ولجنتها قام بإلغاء هذه المادة، واستتبع ذلك إسقاط حق الزوج في إرضاع زوجته لأولاده – واجب الزوجة في الرضاع – استكمالا لإسقاط حقه في القوامة والطاعة والتأديب[1]، وذلك تحت ذريعة المساواة بين الجنسين غير آبه المشرع في ذلك بمصلحة الأولاد، وهو الأمر الذي استحسنته لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بطبيعة الحال.[2]

المبحث الثاني

انعكاسات الاتفاقية على الآثار المالية للزواج

إن آثار الزواج المالية هي تلك الحقوق التي يكون موضوعها مقوما بمال، ويكون هو الجانب الإيجابي في الذمة المالية للزوجين، ومن الآثار المالية التي ألزمت السيداو الدول الأطراف منها الجزائر بتحقيق المساواة بين الزوجين فيها هي النفقة والذمة المالية للزوجين وحق الميراث، وعليه يتم تقسيم مضمون هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لـ "النفقة الزوجية"، بينما نخصص المطلب الثاني لـ "المساواة بين الزوجين في نظام المشارطة المالية وفي حق الميراث".

أما الشافعية فاستدلوا في رأيهم بقوله تعالى: "**وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى**" ﴿ سورة الطلاق، الآية 06 ﴾، وطبقا لهذه الآية الكريمة فالرضاع حسبهم لا يتحتم على الأم وليس واجبا عليها وهي غير ملزمة بذلك.

وبالنسبة للحنابلة قال ابن قدامة: "**رضاع الولد على الأب وحده، وليس له إجبار أمه على رضاعة دنيئة كانت أم شريفة، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة**".

أما الحنفية فقالوا أن الرضاع كأصل عام غير واجب على الأم إلا في ثلاث حالات وهي: إذا لم يكن للأب ولا للطفل مال يستطيع به استئجار مرضعة ولا توجد متبرعة لإرضاعه – إذا لم توجد من ترضعه غير الأم ولو كان للأب أو الولد مال – إذا وجدت مرضعة ولكن الطفل لا يقبل الرضاعة إلا من ثدي أمه.

والراجح هو قوله تعالى: "**لا تضار والدة بولدها**" ﴿ سورة البقرة، الآية 233 ﴾، فلا ضرر للأم بإرضاع ابنها، ومنه فهو واجب عليها عند الاستطاعة والقدرة، طالما أن الأم هي أقرب الناس لولدها وبالتالي فهي الأولى بإرضاعه، **أنظر:** وهبة (الزحيلي)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، 1985، ج 07، ط 02، ص 689-699، **و** أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 430.

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] **أنظر:** التعليقات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير المجمعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف – الجزائر –، 2012، مرجع سابق، **لتفاصيل أكثر أنظر:** الملحق رقم 06.

المطلب الأول

النفقة الزوجية

تعتبر النفقة من أهم واجبات الزوج المالية، ومن أولى حقوق المرأة التي تكتسبها بموجب عقد الزواج الصحيح، غير أن دراسة النفقة من منظور حقوق المرأة والمساواة بين الجنسين يثير عدة اشكالات، هذه الأخيرة يتم توضيحها بتقسيم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لـ "مفهوم النفقة الزوجية"، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة مسألة "تحقيق المساواة بين الزوجين في النفقة".

الفرع الأول

مفهوم النفقة الزوجية

البحث في مدى تحقق المساواة بين الجنسين في الإنفاق سواءً في الصكوك الدولية أو التشريعات الوطنية، لا يتأتى قبل توضيح مفهوم النفقة في حد ذاته باعتباره يشكل قاعدة الدراسة، وهذا يقتضي تقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، تُخصص الفقرة الأولى لـ "تعريف النفقة الزوجية"، فيما تُخصص الفقرة الثانية لـ "مشروعية النفقة الزوجية".

الفقرة الأولى

تعريف النفقة الزوجية

النفقة في اللغة تعني الإخراج والصرف، فيقال أنفق المال أي صرفه[1]، لقوله تعالى: "**وإذا قيل لهم أنفقوا مما رزقكم الله**"[2]، أي أطعموا وتصدقوا، ورجل منفاق أي كثير النفقة والصرف، ويقال نفقت الدابة أي خرجت من ملك صاحبها بالبيع، والنفقة اسم المصدر، والجمع نفقات، والنفقة قد تعني كذلك الهلاك، فيقال نفقت الماشية تنفق نفوق أي ماتت وهلكت، وسمي بها المال الذي ينفقه الإنسان على عياله، لأن في انفاقه عليهم هلاك للمال المنفق.[3]

أما النفقة في اصطلاح الفقهاء هي اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه، من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وعلاج...إلخ، والمراد بالنفقة الزوجية هو منح الزوج لزوجته ما تحتاجه في

---

[1] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 316.

[2] سورة يس، الآية 47.

[3] بدران أبو العينين (بدران)، المرجع السابق، ص 175 – 232.

معيشتها من أكل ولبس ومسكن وفراش وأدوات منزلية...إلخ بحسب المتعارف عليه بين الناس، وذلك مقابل تفرغها للزوج وعدم نشوزها.[1]

الفقرة الثانية

مشروعية النفقة الزوجية

لقد ثبت واجب الزوج بالإنفاق على زوجته بالكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب قوله تعالى: "**لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فلا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا**"[2]، وقوله أيضا: "**وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفسا إلا وسعها**"[3]، وقوله كذلك: "**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن**"[4]، هذه الآية دلت على وجوب النفقة على المطلقة الحامل، فكانت النفقة على الزوجة من باب أولى.

أما من السنة، فعن جابر رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع: "**اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**"، وعن معاوية ابن حيدر رضي الله عنه قال: "**قلت يا رسول الله: ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: أن تطعمها إذا طمعت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تقبح الوجه، ولا تطرى، ولا تضرب**"، وفي رواية الإمام أحمد بزيادة "**ولا تهجر إلا في البيت**"، وعن جابر ابن سمرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**إذا أعطى الله أحدكم خيرا فليبدأ بنفسه وأهل بيته**".

ومن الإجماع اتفق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على الأزواج إلا الناشز منهن.

ومن القياس: "**من حبس لحق غيره وجب على هذا الغير الإنفاق عليه**"، والزوجة محبوسة لحق زوجها ومنه وجب عليه الانفاق عليها.[5]

وعليه فحكم النفقة الزوجية هو الوجوب، فهي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، وهي حق للزوجة على زوجها، ولو كانت غنية، مسلمة كانت أو غير مسلمة.[1]

---

[1] الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 145.

[2] سورة الطلاق، الآية 06-07.

[3] سورة البقرة، الآية 233.

[4] سورة الطلاق، الآية 06.

[5] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 229.

ونشير إلى أن للنفقة الزوجية مجموعة من الشروط، وكيفية للتقدير، كما أنها غير أبدية فيمكن أن تسقط في حالات معينة.[2]

---

[1] عبد الفتاح (تقية)، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار تالة، الجزائر، 1999، د ط، ص 170.

[2] فعن شروط النفقة الزوجية، فهما شرطان أساسيان:

- **العقد الصحيح:** يجب أن يكون الزواج صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه طبقا للمادتين التاسعة (09) والتاسعة (09) مكرر ق أ ج، مع شرط الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له، وعليه إذا كان عقد الزواج فاسدا أو باطلا أو لم يتحقق الاحتباس فلا تجب النفقة للزوجة.
- **أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة ولتحقيق أغراض الزوجية:** فإذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للاستئناس بها أو للاستمتاع أو للخدمة، فلا تجب لها النفقة وإن كان العقد صحيحا لفوات الانتفاع بثمرة الزواج.

أما عن تقدير النفقة فقد اختلف الفقهاء في ذلك، **فالحنفية** يرون أن النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها، مستدلين في ذلك بقوله تعالى: "**وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**" ﴿ سورة البقرة، الآية 233 ﴾، والرزق المذكور في هذه الآية حسبهم هو الكفاية مطلقا عن التقدير، أما **المالكية** فيرون أن النفقة غير مقدرة، ويجب مراعاة حال الزوجة وحال الزوج في ذلك، وهو ما يختلف حسبهم باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال، فمثلا إذا كان الزوج فقير والزوجة موسرة فعلى الزوج نفقة المعسر والباقي دين عليه، أما **الشافعية** فيرون أن النفقة نفقتان: نفقة الموسر، ونفقة المقتر (الفقير)، وقد قدروا النفقة على حسب حال الزوج كالآتي: إما أن يكون غني فعليه مدّ كل يوم، أو أن يكون متوسط فعليه مدُ نصف، وأما الفقير فيكون عليه مدّ واحد، وذلك لقوله تعالى: "**ولينفق ذو سعة من سعته**" ﴿ سورة الطلاق، الآية 06 ﴾، وبالتالي فهم اعتبروا حال الزوج هو المعيار الوحيد لتقدير النفقة، ويرى **الحنابلة** أنه يجب على الزوج نفقة زوجته فيما لا غنى لها عنه، وكسوتها بالمعروف، ومسكنها بما يصلح بمثلها، وليس ذلك مقدرا ولكنه معتبر بحال الزوجين معا.

ويبدوا أن الرأي الراجح من بين هذه الآراء هو رأي الحنابلة، فهو الذي حقق الإنصاف بين الزوجين معتبرا بحالهما معا في النفقة، فلا زوج يحمل فوق طاقته، ولا زوجة يُهضم حقها.

أما عن سقوط النفقة، فقد عدد الفقهاء عدة مسائل إذا توافر احداها سقط حق الزوجة في النفقة وتحلل منها الزوج، وهي:

- نشوز الزوجة، أي خروجها عن طاعة زوجها فيما أمرها به في حدود الشرع والقانون، فمثلا إذا رفضت الانتقال معه إلى بيت الزوجية، أو منعته من البناء بها بدون مبرر شرعي، سقط حقها في النفقة لنشوزها.
- النفقة الواجبة أو المفروضة قضاءً أو رضاءً لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ويجوز الانتقاص منها، فمثلا إذا كان للزوج على زوجته دين ثابت، جاز أن يطلب منها اسقاط ما يقابل دينه من النفقة المفروضة عليه.
- المعقود عليها لعقد فاسد والمدخول بها بناء على شبهة يسقط حقهما في النفقة.

الفرع الثاني

تحقيق المساواة بين الزوجين في النفقة

لا شك أن النفقة الزوجية بمختلف مشتملاتها ضرورية لاستمرار الحياة الزوجية، بل لاستمرار الحياة ككل، غير أن هذا الحق أو الواجب قد اختلفت حوله الصكوك الدولية وكذا التشريعات الوضعية، خاصة من حيث امكانية تحقيق المساوة بين الزوجين في الإنفاق، وهو الأمر الذي نبينه بتقسيم مضمون هذا الفرع إلى ثلاث فقرات، نخصص الفقرة الأولى لدراسة مسألة "**تحقيق المساواة بين الزوجين في النفقة بموجب اتفاقية سيداو**"، فيما نخصص الفقرة الثانية لـ " **الإبقاء على مسؤولية الزوج بالنفقة الزوجية في قانون الأسرة**"، بينما نخصص الفقرة الثالثة لمسألة أثارت جدل واسع في الأوساط الفقهية وهي "**نفقة الزوجة العاملة**".

الفقرة الأولى

تحقيق المساواة بين الزوجين في النفقة بموجب اتفاقية سيداو

- الزوجة الصغيرة التي لا تصلح للمعاشرة الجنسية ودواعيها.[2]

- الزوجة العاملة، إذا عملت الزوجة نهارًا أو ليلاً خارج المنزل كالأستاذة والمحامية والطبيبة أو أي مهنة أخرى، فالمقرر أنه إذا رضي الزوج بخروجها ولم يمنعها من العمل وجبت لها النفقة، لأن احتباس الزوجة حق للزوج وهو بذلك قد تنازل عنه، أما إذا لم يرضى بعملها ونهاها عنه ومع ذلك خرجت من أجله، سقط حقها في النفقة، لأن الاحتباس في هذه الحالة ناقص غير مكتمل.

- إذا حُبست الزوجة لارتكابها جناية، أو بسبب مماطلتها في دين كان يمكنها سداده فلا نفقة لها باتفاق الفقهاء، لأنه بحبسها بحق وهي ظالمة قد فوتت على زوجها حق الاستمتاع، أما إذ حُبست بغير حق فيرى بعض الفقهاء أنه تجب لها النفقة مع ذلك، لأنه لا ينبغي على الزوج أن يلحق بها ظلما آخر، أما كثير من العلماء يرون عدم نفقتها وصرحوا بأن الزوجة إذا حبست أو ظلمت فلا نفقة لها لفوات التمكين المقابل للنفقة.

- تسقط نفقة الزوجة كذلك إذا سافرت بدون محرم، لأنها عاصية، فلا يجوز للمرأة شرعا السفر دون محرم ولو لأداء فريضة الحج أو العمرة.

- وأخيرا تسقط نفقة الزوجة بوفاة الزوج باعتباره هو الملتزم بدفعها، **أنظر:** ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 152، **و** الزهراء بن عمار، "النفقة من المنظور الإسلامي"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 15، الجزائر، 2011، ص 79 وما بعدها، **و** أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 231، **و** عبد الفتاح (تقية)، المرجع السابق، ص 170.

لقد نادت العديد من الاتفاقيات الدولية بمبدأ المساواة بين الجنسين، حيث ما فتأت اتفاقية سيداو تطالب بهذه المساواة في جميع الميادين والمجالات، فقد جاء في المادة السادسة عشر (16) منها إلزام للدول الأطراف فيها منها الجزائر بضرورة تحقيق المساواة بين الزوجين في كافة الأمور المتعلقة بالزواج، وطالبت أيضا بأن يكون للزوجين ذات الحقوق والمسؤوليات أثناء سريان هذا العقد.[1]

والتطبيق الفعلي لهذه النصوص والمطالب ولمبدأ المساواة يفرض بالضرورة أن يقع واجب الإنفاق على عاتق الزوجين معا، سواء تعلق الأمر بالنفقة الزوجية أو النفقة على الأبناء، فاستنادًا إلى ذلك لابد أن تساهم الزوجة إلى جانب الزوج في تكاليف الحياة الزوجية جميعا، وبالتالي يصبح هذا الواجب مسؤولية مشتركة بين الزوجين، يمارسانها كما يمارسان الأعباء الأخرى، ودون أي تمييز بينهما في ذلك.

وهو ما تأخذ به غالبية الدول الغربية، فمثلا القانون المدني الفرنسي يقّر بوجوب النفقة على الزوجة اتجاه زوجها وأولادها مثلما يقر بوجوب النفقة على الزوج نحو زوجته وأولاده، وذلك نتيجة تبني المشرع الفرنسي لمبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق وكذا الأعباء، وكذا المساواة بينهما في تسيير أموالهما وأموال أولادهما، وهذا طبقا للمادتين (213) و (214) فقرة (02) من القانون المدني الفرنسي.[2]

غير أن إلزام الزوجة بالإنفاق سيجعل حقها في الزواج مقيدا، إذ تجد نفسها مجبرة على الحصول على مصدر مالي قبل الإقدام على الزواج لتتمكن من الإنفاق منه، وهذا ما يدفعها إلى القبول بأي عمل كان في سبيل تحصيل الأجر، كما أن إلزام الزوجة بالإنفاق فيه ظلم للمرأة ويعتبر تمييزا ضدها، وليس فيه مساواة لها مع الرجل، بل بالعكس فيه زيادة عبئ عليها كونها تتساوى مع الرجل في الإنفاق بالإضافة إلى تحملها الحمل والولادة والرضاع، وهذه لا يمكن للزوج أن يتقاسمها معها.

وعليه فإن اتفاقية سيداو تعتمد على مبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات، وهو مبدأ ثبت بالدليل عدم جدواه لتحقيق العدل بين الزوجين خاصة في مسألة النفقة الزوجية، أما التشريع الإسلامي وما

---

[1] **أنظر** المادة (16) فقرة (01) (ج / ح) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، سالفة الذكر.

[2] Art 213 code civile français: "les épouse assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants des préparent leur avenir".

Art 213 code civile français: "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. Ils peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile", code civil français, dernière modification le 14 février 2020.

يتبعه منه التشريعات الوضعية فيعتمد على العدل في توزيع الحقوق والواجبات، فيوازي عند تقسيم الأعباء بين الزوجين قدرات وخصائص كل جنس، وإلا لو كانت المرأة كما الرجل لا فرق بينهما في الخصائص لكان من السهل القول بالمساواة في كل شيء.[1]

وإذا كان تطبيق المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق هو أمر مستساغ في التشريعات الغربية وذلك لانعدام المرجعية الدينية لها، فهو لا يكون كذلك لدى شعوب الدول العربية المسلمة التي اتجهت حكوماتها إلى اقرار مشاركة الزوجة في الانفاق رغم أن مرجعها الإسلامي لا يوجب ذلك، حيث جاء في الفصل الثالث والعشرين (23) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية[2]: "**على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويتجنب إلحاق الضرر بها، وأن ينفق عليها وعلى أولاده على قدر حاله وحالها في عامة الشؤون المشمولة في حقيقة النفقة، والزوجة تساهم في الانفاق إن كان لها مال، وعلى الزوجة أن ترعى زوجها باعتباره رئيس العائلة...**"، إلا أنه بقيت هذه المادة في تونس محط جدل فقهي وقضائي كبير خاصة من حيث مقدار هذه المساهمة ومداها والجزاء المترتب عن عدم أداءها.[3]

كما جاء في المادة الثانية والأربعون (42) من التشريع الأسري الصومالي: "**يساهم كل من الزوج والزوجة في تكاليف الحياة الزوجية بالنسبة لدخل كل منهما، وفي حالة عدم قدرة أحدهما على المساهمة يلتزم الآخر بتحمل أعباء وتكاليف الحياة الزوجية**"، ويتبين من خلال هذه المادة أن المشرع الصومالي قد حذا حذو القوانين الغربية في اشراك الزوجين في الإنفاق على الأسرة بنسبة دخل كل منهما، وفي حالة إعسار أحد الزوجين يصبح الإنفاق واجبا على الزوج الموسر، وأردفت المادة الثالثة والأربعون (43) من ذات القانون القول: "**لكل من الزوجين الحق في طلب الفسخ في الحالات التالية: إذا أعسر الزوجان، وأصبح كلاهما غير قادر على القيام بالتزامه بالإنفاق، وفي هذه الحالة يُصدر القاضي حكمه بعد مضي ستة أشهر من تاريخ طلب الفسخ**".[4]

---

[1] عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 310.

[2] الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدل والمتمم.

[3] فاطمة الزهراء لقشيري، "المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق – دراسة في المطلب والمبررات –"، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 09، الجزائر، 2012، ص 161.

[4] www.emary.edu/ifl/somalia-htmt. 11/02/2020. 23:30.

الفقرة الثانية

الإبقاء على مسؤولية الزوج بالنفقة الزوجية في قانون الأسرة

خصص المشرع الجزائري الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 لتبيان أحكام النفقة بما فيها النفقة الزوجية، وذلك في المواد من (74) إلى (80) منه[1]، بيّن فيها وجوب النفقة للزوجة والأولاد والأصول، ومشتملاتها، وكيفية تقديرها، وإمكانية مراجعتها، مستمدا بعض هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية، والبعض الآخر كان ناتج عن تفعيل المشرع لالتزاماته الدولية المترتبة عن اتفاقية سيداو.

وبالرجوع أولا إلى قانون الأسرة 11/84 نجد أن المشرع الجزائري كان ينص على النفقة الزوجية ضمن المادة السابعة والثلاثون (37) منه، التي كانت تنص على: "...**يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها**"[2]، ومعنى ذلك أنه جعل نفقة الزوجة واجب على الزوج، غير أنه وبعد تعديل قانون الأسرة هذا بالأمر 02/05 خصص المشرع هذه المادة للحديث عن الذمة المالية للزوجين، وكذا الأموال المشتركة بينهما، ونقل الحديث عن النفقة بشكل أكثر تفصيل إلى المواد من (74) إلى (80) من ق أ ج، وقد نصت المادة الرابعة والسبعون (74) على النفقة الزوجية بقولها: "**تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو بدعوتها إليه ببينة مع مواعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون**"[3]، هذا وقد منح المشرع للزوجة الحق في طلب التطليق في حالة عدم انفاق زوجها عليها.[4]

وبهذا يتضح أن المشرع الجزائري لم يساير **جزئيا** اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ولجنتها فيما فرضته من تحقيق للمساواة بين الزوجين في واجب النفقة، حيث أوجب نفقة الزوجة على

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] القانون 11/84، السالف الذكر.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[4] تنص المادة 53 فقرة 01 من ق أ ج على: "**يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون**".

زوجها، كما منح للزوجة الحق في المطالبة بهذه النفقة عن طريق القضاء في حالة امتناع الزوج عن أداءها، وإذا لم يوفي حتى بعد مطالبته قضاء بها أدين بجرم عدم تسديد نفقة طبقا للمادة (331)[1] قانون عقوبات[2].

غير أن المشرع الجزائري ألزم الزوجة بالنفقة لكن ليس على زوجها بل على أولادها وذلك في حالة عسر الزوج، وهو ما نصت عليه المادة السادسة والسبعون (76) من ق أ ج بقولها: "**في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك**"[3]، وهو ما يؤكد التوجه التشريعي الجزئي لتفعيل بنود اتفاقية سيداو خاصة ما تعلق منها بالمساواة بين الزوجين في الالتزامات داخل الأسرة.

وحتى تستحق الزوجة النفقة قانونا لابد من توافر ثلاث شروط تم استنتاجها من نص المادة (74) من ق أ ج، وهي:

- أن يكون عقد الزواج صحيحا.
- أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها، وذلك بأن تكون ممن يمكن الدخول بهن، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه: "الحق في النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما".[4]
- انتقالها إلى بيت الزوجية أو استعدادها للانتقال إليه.[5]

هذا وقد نص المشرع الجزائري على مشتملات النفقة بموجب المادة الثامنة والسبعون (78) من ق أ ج بقوله: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".[6]

---

[1] تنص المادة 331 من ق ع ج على: "**يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة مالية من 50.000 إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو اصوله أو فروعه...**".

[2] الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 49، المعدل والمتمم بالقانون 02/16 المؤرخ في 19 يونيو 2016، ج ر عدد 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[4] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 39394، المؤرخ في 1986/02/10، م ق عدد 01 لسنة 1989، ص 111.

[5] **أنظر**: المادة (74) من الأمر 02/05، السالف الذكر.

[6] الأمر 02/05، السالف الذكر.

كما اعتبر المشرع أنه في حالة عدم وفاء الزوج اختياريا بالنفقة لزوجته جاز لهذه الأخيرة اللجوء إلى القضاء لإجباره على ذلك، وفي هذه الحالة يجب على القاضي في تقديره لمبلغ النفقة أن يراعي حال الطرفين وظروف المعاش، وأن لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، وأن النفقة في هذه الحالة تستحق من تاريخ رفع الدعوى، غير أنه للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز **السنة** قبل رفع الدعوى، وهذا طبقا للمادتين (79) و (80) من قانون الأسرة.[1]

والجدير بالذكر أن حق الزوجة على زوجها في النفقة لا يسقط إذا كان لها مال، وهو ما تبناه القضاء الجزائري، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا أن يُسر الزوجة لا يُسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي، وإن قضاة الموضوع بإلغائهم النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يُسر الزوجة (الطاعنة) مع اثبات عسر الزوج (المطعون ضده) قد أخطئوا في تطبيق القانون".[2]

ومن خلال كل هذا يتبين أن المشرع الجزائري قد أبقى على واجب الزوج في النفقة على زوجته، دون أن يلزم هذه الأخيرة بالإنفاق – إلا استثناء نفقتها على أولادها في حالة عسر الزوج كما فصلنا سابق –، مما يعني بقاء التحفظ قائما على المادة السادسة عشر (16) من الاتفاقية فيما يتعلق بهذه الجزئية، وبالتالي عدم تفعيل المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات الأسرية التي تجعل من المرأة ملزمة بالإنفاق علة نفسها وبيتها وزوجها مثلها مثل الرجل.

الفقرة الثالثة

نفقة الزوجة العاملة

رغم الموقف الواضح للمشرع الجزائري من النفقة الزوجية إلا أن التساؤل الذي يبقى مطروحا والذي أثار جدل واسع في الأوساط الفقهية هو: هل المرأة العاملة ذات الكسب والدخل تكون ملزمة بتحمل واجب النفقة مع زوجها من باب المساواة؟ وهل هذا العمل يُسقط حقها في النفقة أم لا؟.

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر، **لتفاصيل أكثر في هذه المسائل أنظر:** حليمة مشوات، حق الزوجة في النفقة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أحمد بن بله – وهران، الجزائر، 2012–2013، ص 36 وما بعدها، **وأيضا:** ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 155 وما بعدها.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 237148، المؤرخ في 1996/09/24، م ق عدد 01، لسنة 2001، ص 284.

يمكن القول أولا في هذا الصدد أن للمرأة الحق في العمل والاكتساب باعتبارها نصف المجتمع، وهي طاقة لا يستهان بها في ذلك، هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن عملها يساعدها على تحقيق استقلالها الاقتصادي، وبذلك تتخلص من التبعية للرجل، وهذا ما أورده إعلان بكين 1995[1]، لذلك حثت الاتفاقيات الدولية على ضرورة منح النساء الحق في العمل، منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي وضعت بموجب المادة الحادي عشر (11) منها حماية للمرأة العاملة من جانبين، أحدهما في تحقيق المساواة الكاملة مع الرجل في إطار العمل، وذلك من خلا التمتع بنفس فرص العمل، والمساواة في الأجر، وتلقي التدريب المهني، والحق في الضمان الاجتماعي...إلخ، وثانيهما منح المرأة العاملة مجموعة من الحقوق كونها صاحبة مسؤوليات أسرية فيحظر فصلها من العمل بسبب وظيفة الإنجاب، وحقها في الحصول على إجازة الأمومة مدفوعة الأجر، وتوفير الحماية الخاصة لها في فترة الحمل...إلخ[2]، دون أن تتطرق هذه المادة صراحة إلى امكانية إلزام الزوجة العاملة بالإنفاق أو إلى اسقاط حقها في النفقة بسبب عملها.

وقد امتدت هذه الحماية للمرأة في ميدان العمل إلى كافة التشريعات الوضعية بما فيها المشرع الجزائري.[3]

هذا ما جعل البعض يذهب إلى ربط عمل المرأة بحقها في النفقة الزوجية، حيث يرون بأن ممارسة المرأة لعمل مهني مأجور يستوجب الزامها قانونا بالإنفاق، كما اعتبروا أن إلزام الشريعة الإسلامية للزوج بالإنفاق على زوجته وبيته لوحده إنما كان مرجعه عدم شيوع ممارسة النساء لعمل مهني مأجور في ذلك الوقت، وقالوا بأن العدل والمنطق يفرضان إلزام الزوج بالنفقة كمبدأ ولكن دون إغفال الواقع الذي توجد فيه

---

[1] إعلان ومناهج عمل بكين، القرار رقم 01 للمؤتمر العالمي المعني بالمرأة المتعقد في بكين في الفترة 04 و05 سبتمبر 1995، موقع المفوضية السامية لحقوق الإنسان **www.unhchr.ch**.

[2] تنص المادة 11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل، لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولاسيما: (أ) الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر...**

2- توخيا لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة ضمانا لحقها الفعلي في العمل، تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة التالية: (أ) حظر الفصل من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة والتمييز في الفصل من العمل على أساس الحالة الزوجية، مع فرض جزاء على المخالفين...".

[3] **أنظر**: القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 17، المؤرخة في 25 أبريل 1990.

أوضاع تجعل الزوجة كذلك ملزمة بالمساهمة في نفقة البيت الزوجي، خاصة في حالة ممارستها لعمل مأجور، وينبغي – حسبهم – أن يتدخل **القانون بالنص الإلزامي**.[1]

ودعم أصحاب هذا التوجه رأيهم مبينين أن الزوجة العاملة تقتص جزءا من وقتها المخصص للأسرة فتحصل فيه على دخل، والعدالة تقتضي تعويض ذلك الانتقاص بالمساهمة في النفقة على الأسرة من جهة، ومن جهة أخرى فقد ظهر تقسيم جديد للأدوار بين الزوجين مؤسس على المساواة في الحقوق والواجبات، فكأن هذه المساهمة أصبحت سارية بالعرف، وبالتالي فلا مانع من تقنينها بما أن العرف يعد أحد مصادر القانون.[2]

لكن ما أغفله أنصار هذا الموقف هو أن إلزام الزوج بالنفقة على زوجته وعدم إلزام الزوجة بذلك ولو كانت عاملة أو ميسورة الحال هو حكم مستمد من الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة هي أيضا مصدر للقانون وهي تسبق العرف مرتبةً، فهي شريعة خالدة، فثبات أحكامها هو جوهرها، ومسألة وجوب الإنفاق على الزوج وحده هو أمر قطعي الثبوت والدلالة بنصوص القرآن والسنة والإجماع كما بينا سابقا، وهو ليس اجتهاد فقهي ظرفي يمكن تغييره باجتهاد آخر لتغير الزمان أو المكان أو الظروف.

كما رأى جانب آخر من المعاصرين أنه يجوز إلزام المرأة العاملة بالنفقة على بيت الزوجية وتحقيق المساواة التشريعية بين الزوجين في هذا الواجب، لكن ليس من منظور الطرح الذي قدمه الفريق الأول، بل من باب حرية التعاقد والاشتراط، ومعنى ذلك أنه يجوز للزوج الاشتراط في عقد الزواج أن يأخذ نصيب من مرتب زوجته العاملة لإنفاقه على بيت الزوجية، ذلك لأن للزوجين الحرية أثناء إبرام عقد الزواج في وضع ما يرغبان به من شروط انطلاقا من مبدأ حرية التعاقد، وبالتالي يتم تطبيق ذلك متى قبلت الزوجة بهذا الشرط.[3]

ويمكن القول بأن هذا الطرح غير سليم لأن الشروط المقترنة بعقد الزواج تقتضي عدم مخالفتها لمقتضى هذا العقد، ويعد ايجاب النفقة على الزوج من أهم المقتضيات الشرعية لعقد الزواج، وحتى الفقه

---

[1] فاطمة الزهراء لقشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق – دراسة في المطلب والمبررات –، المرجع السابق، ص 164.

[2] مسعود فلوسي، "الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في التشريعات الإسلامية"، مجلة المعيار، العدد 09، الجزائر، يوليو 2004، ص 442-443.

[3] فاطمة الزهراء لقشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق – دراسة في المطلب والمبررات –، المرجع نفسه، ص 165.

الحنبلي الذي يعد من أكثر المذاهب توسعا في هذه الشروط – كما أسلفنا الذكر – اعتبر أن شرط لا نفقة للزوجة هو من الشروط الباطلة مهما كان مبررها، أي حتى ولو كانت عاملة أو ذات كسب، فيبطل بالتالي الشرط ويصح العقد[1]، فما بالنا بالاشتراط في عقد الزواج مساهمة الزوجة من مالها في النفقة على الزوج والبيت، فهذا أقرب إلى السقوط في هاوية البطلان.

وتجدر الملاحظة إلى هذا القول يختلف عن الإبراء، إذ يجوز للزوجة إبراء زوجها من نفقتها، أي التنازل عن حقها فيها لأنها حق مالي يقبل التنازل كغيره من الحقوق، لكن ذلك لابد أن يكون بشروط من أهمها: أن تكون النفقة قد صارت دينا في ذمة الزوج، فلا يصح الإبراء عن نفقة غير مفروضة بقضاء أو تراض لأنها غير ثابتة دينا في الذمة، كما أن الإبراء لا يصح عن نفقة مستقبلية، لأن النفقة هنا لم تجب بعد وبالتالي لا يشملها الإبراء.[2]

وبناءً على هذه الآراء يمكن القول أن المرأة في ظل النظام الإسلامي نالت مركزا متقدما على المرأة الغربية، فلم تقف التشريعات الإسلامية عند مطلب المساواة، بل جعلت للمرأة مركزا ماليا متقدما تحصل فيه على نفقتها دون اللجوء إلى التصارع المرير على لقمة العيش.

وإن إلزام الزوجة بالمشاركة في نفقات الزوجية يفضي إلى دفعها للتكسب، لأن عدم امتلاكها لمال أو أجر يجعلها مقصرة في نفقات البيت بصورة ما، فتكون بذلك عالة على الزوج، فيختل التوازن النفسي داخل الأسرة، إذ تضطر إلى السعي إلى العمل ولو كانت غير راغبة فيه إما حفاظا على نفسها أو على أولادها، وهو ما يؤدي إلى انشغالها عن الدور الأساسي لها وهو دور الزوجة والأم، والأمر ليس سيان عندما يُترك لها الخيار في مساعدة الزوج ماديا، وهو الواقع في أغلب البيوت، بيد أن جعل الزوجين شريكين ماليين في النفقة بحكم القانون يجعل من ذلك بؤرة من بؤر النزاعات التي وجب سدها.[3]

وعن موقف المشرع الجزائري من ذلك نجد أنه لم يورد أي نص قانوني يلزم به الزوجة عاملة كانت أو غير عاملة على النفقة على نفسها أو زوجها أو بيتها، ولم ينص كذلك على سقوط حقها في النفقة إذا

---

[1] أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 486.

[2] وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 879.

[3] فاطمة الزهراء لقشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق – دراسة في المطلب والمبررات –، المرجع السابق، ص 167.

كانت عاملة، بل تبقى نفقتها واجبة عليه سواءً كان موسرًا أو معسرًا، إلا استثناء إذا كان معسرا وكانت هي لها القدرة على الانفاق فتلزم بالنفقة على أولادها فقط طبقا للمادة السادسة والسبعون (76) من ق أ ج.[1]

وقد فعل المشرع الجزائري حسنا حينما جعل واجب الإنفاق على الزوجة يقع على عاتق الزوج وحده، مع عدم إلزام الزوجة بالنفقة عليه ولو كانت موسرة أو غنية أو عاملة أو ذات دخل وكسب، لأن في إلزام الزوجة بالمشاركة في الأعباء المالية لبيت الزوجية بالمساواة مع الرجل إخلال بالنظام المتوازن للعلاقة الزوجية الذي جاءت به الشريعة الإسلامية.

كما أن ما تفرضه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من تحقيق للمساواة بين الزوجين في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج نراه تدخلا في مجال يتسم بالكثير من **الخصوصية الاجتماعية والثقافية بين الشعوب**، يقول "كربونيه":

"**Toutes les sociétés d'aujourd'hui – le tiers monde mis à l'écart – industrielles et consommatrice sont beau paraitre terriblement leurs droit ne sont pas unifiés, sur tous leurs droits de la famille…le droit de la famille demeure les siège des particularismes nationaux…**".[2]

وبالتالي فهو يعتبر أن الأسرة هي **حصن الخصوصيات الثقافية**، مما يعني عدم وجوب التدخل فيها.

وعليه فإن انتقاد أي نظام قانوني ووصفه بأنه تقدمي أو رجعي، يحترم المرأة أو يهينها، هو أمر يحتاج إلى قواعد دقيقة حتى يستقيم ويتسنى قبوله في مختلف الشعوب، لأن بناء هذه الانتقادات على معيار وحيد وهو المساواة الحرفية السطحية في الحقوق والواجبات غير كاف، فإعفاء المرأة ولو كانت غنية أو عاملة من واجب الإنفاق في الشريعة الإسلامية هو يصب في رواق تكريم المرأة وصيانة حقوقها، فالمرأة المسلمة بهذا الحكم قد نالت أكثر مما تناله بالمساواة، واخضاعها إلى نظام قانوني قائم على أساس المساواة هو في الحقيقة زحزحة لها لأدنى درجة في هذا المجال، إذا المسألة أعقد من معيار المساواة الحسابية.

المطلب الثاني

المساواة بين الزوجين في نظام المشارطة المالية وفي حق الميراث

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] CARBONNIER GEAN, flexible droit LG.D.G, , paris, France, 03 ème édit, 1976, p 135.

نقسم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة "المساواة بين الزوجين في نظام المشارطة المالية"، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة "المساواة بين الجنسين في حق الميراث".

الفرع الأول

المساواة بين الزوجين في نظام المشارطة المالية

الأصل أن لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة، والحق في التصرف فيها وتسييرها بدون أي قيد أو شرط، ولا يمكن الحد من هذه الاستقلالية إلا بموجب عقد إداري يتفق الزوجان على مضمونه ومحله، وهو ما يعرف بالاشتراك المالي الذي يعد استثناء على الأصل وهو استقلالية الذمة المالية للزوج والزوجة على حد سواء، وعليه فدراسة هذه المسألة بإعمال معيار المساواة بين الجنسين يقتضي بنا تقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "التأكيد على مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين"، فيما نخصص الفقرة الثانية لـ "إقرار نظام الاشتراك المالي بين الزوجين".

الفقرة الأولى

التأكيد على مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين

يعتبر مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجة عن الذمة المالية للزوج هو المبدأ الأصل الذي أقرته الشريعة الإسلامية منذ الأزل، لتأتي بعد ذلك الصكوك الدولية من أهمها اتفاقية سيداو وكذا التشريعات الوطنية وتؤكد على هذا المبدأ بالتنصيص القانوني، وللتفصيل في ذلك نقسم مضمون هذه الفقرة إلى "أولا" و "ثانيا"، تأتي "أولا" بعنوان "مضمون مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين"، فيما تأتي "ثانيا" معنونه بـ "مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين من منظور اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري".

أولا

مضمون مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين

الأصل أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج الآخر[1]، وهو الأمر الذي أقرته بدايةً الشريعة الإسلامية، وبالتالي فلكل من الزوج والزوجة أن يستأثر بأمواله، ويتصرف فيها كما يشاء،

[1] الذمة تطلق عند علماء **اللغة** على معاني عدة منها العهد والضمان الكفالة، **أنظر**: جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 31.

وتشمل هذه الأموال كل الحقوق المالية، وهي متنوعة منها: الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق التصرف وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكنى...إلخ، ومنها الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الامتياز...إلخ، ومنها الحقوق الشخصية أو الالتزامات أو الديون، وكذا الحقوق المعنوية كحق الملكية الأدبية والفكرية والصناعية.[1]

وعليه فالزوجة لها كامل الحق في التصرف في مالها واستعماله واستغلاله كما تشاء، عقارا كان أم منقول، وسواءً اكتسبت هذه الأموال قبل الزواج أو بعده، ولا يحق للزوج أن يتعدى على مالها إلا في حدود رضاها وبما لا يفسده[2]، وهذه الذمة المالية للزوجة لا تكون فقط مستقلة عن ذمة زوجها، بل تكون مستقلة أيضا حتى عن الملكية المشتركة للزوجين – وذلك في حالة وجود اتفاق للاشتراك المالي بين الزوجين –، واستقلال الذمة المالية لا يعني كذلك الاستقلال في الحقوق والأموال فقط، بل أيضا الاستقلال في الالتزامات والديون، فمثلما تستقل الزوجة بأموالها فهي تستقل كذلك بديونها وتتحملها لوحدها.[3]

أما **اصطلاحا** فالذمة هي "وصف يصير به المكلف أهلا للالتزام واللزوم، وعلى هذا النحو عرفها السنهوري بقوله: "الذمة في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلا للإلزام والالتزام، أي صالحًا لأن يكون له حقوق وعليه واجبات"، **أنظر**: عبد الرزاق (السنهوري)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي – مقارنة بالفقه الغربي –، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ج 01، د ط، ص 20.

وعليه فالذمة إذا هي "وعاء اعتباري قدرته الشريعة الإسلامية في الإنسان حتى يكون قادرا على اكتساب حقوق وتحمل التزامات مالية، ويترتب على ربط الذمة المالية بالإنسان أن يكون لكل إنسان ذمة مالية لا تنفصل عنه، ومادام الإنسان واحدا لا يتعدد فالذمة كذلك واحدة لا تتعدد ولا تتجزأ، وهو ما يستلزم أن يكون لكل شخص ذمة مالية مستقلة عن الغير"، **أنظر**: عبد الرزاق (السنهوري)، الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية –، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ج 08، ط 03، ص 223-224.

[1] عبد الرزاق (السنهوري)، الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية –، المرجع نفسه، ص 224.

[2] كريمة (محروق)، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع – دراسة مقارنة –، دار ألفا للوثائق، الجزائر، 2019، ط 01، ص 13.

[3] رعد مقداد (الحمداني)، النظام المالي للزوجين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ط 02، ص 40.

واستقلالية الذمة المالية للزوجين أصولها شرعية مستلهمة من الكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى: "**ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين**".[1]

ووجه الاستدلال من هذه الآية هو أن مال المرأة يورث عنها، وهي توصي لمن تشاء، ودينها لازم من مالها، مما يعني أن لها أهلية التملك والتصرف في مالها، ونتائج تصرفاتها تتحملها ذمتها المالية ولو بعد وفاتها.[2]

وقولها تعالى: "**للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر**".[3]

وقوله أيضا: "**للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن واسألوا الله من فضله إن الله بكل شيء عليم**"[4]، والاكتساب هنا هو العمل كما ذكر المفسرون.

ومن السنة يُروى أن أم المؤمنين زينب بنت جحش رضي الله عنها كانت تُدعى "**أم المساكين**"، وقد سماها الرسول الله عليه وسلم بذلك لأنها كانت تغزل الصوف وتدبغه وتبيعه ثم تتصدق بثمنه على المساكين، وكلها تصرفات مالية لم ينهاها عنها الرسول الكريم.

وعن ابن عباس رضي الله عنه قال: "**إن النبي صلى الله عليه وسلم صلى ثم خطب ثم أتى النساء ومعه بلال فوعظهن وذكرهن بالصدقة فرأيتهن يهوين بأيديهن في ثوب بلال**"، ووجه الدلالة من هذا القول أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل الصدقة من النساء يوم العيد ولم يسأل ولم يستفسر منهن عما إذا كن متزوجات أو لا، وإذا ما آذن لهن أزواجهن بذلك أم لا، فيستدل بذلك على جواز تصرف المرأة في مالها دون التوقف على إذن أحد.[5]

---

[1] سورة النساء، الآية 12.

[2] محمد ابن ادريس (الشافعي)، الأم –أخرج أحاديثه وعلق عليه محمد مطرجي –، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، ج 03، ط 01، ص 249.

[3] سورة النساء، الآية 07.

[4] سورة النساء، الآية 32.

[5] زبيدة إقروفة، "النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأكاديمية للبحوث القضائية، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، ديسمبر 2012، ص 50.

وعن أسماء رضي الله عنها قالت: "**لي مال إلا ما أدخل عليا الزبير، أف أتصدق؟ قال تصدقي ولا توعي فيوعى عليك**".[1]

وتأسيسا على هذه الآيات والأحاديث المتقدمة فقد أجمع جمهور الفقهاء على مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين، فالمرأة بذلك تحتفظ بعد الزواج بنفس الحقوق والسلطات على أموالها التي كانت تملكها قبل الزواج، وليس للزواج أي تأثير على أهليتها في ذلك، ولا تخضع لأي نوع من الوصاية أو الرقابة على إدارة أموالها أو التصرف فيها سواء كانت عقارات أو منقولات أو غير ذلك، لقوله تعالى: "**لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا**".[2]

وهو ما أيده قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بقوله: "**للزوجة الأهلية الكاملة، والذمة المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشريعة الإسلامية بما تكسبه من عملها، ولها ثرواتها الخاصة، ولها حق التملك، وحق التصرف بما تملك، ولا سلطان للزوج على مالها، ولا تحتاج لإذنه في التملك والتصرف بمالها**".[3]

وبهذا لا يترتب على الزواج أي أثر على أموال الزوجة شرعا، بل يحتفظ كل من الزوجين وخصوصا الزوجة بحرية التصرف في مالها الخاص تأسيسا على مبدأ استقلال الذمة للزوجين المقرر بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة التي كانت السباقة في الاعتراف به، والذي جاء في مصلحة المرأة بالدرجة الأولى رفعا للظلم والحيف الذي كانت تتعرض له في القديم من اعتبارها هي ومالها ملك لزوجها.

وإذا كان مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين وحرية الزوجة المطلقة في التصرف في أموالها ولو كانت في التبرعات كالهبة والوصية دون تقييد هو أمر أجمع عليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، غير أن المالكية خالفوهم في الشق المتعلق بتبرع الزوجة بمالها، واعتبروا بأن تبرعات الزوجة تكون صحيحة ونافذة بشرط أن تكون في حدود الثلث من مالها فقط، فلا يجوز لها أن تعطي أكثر من ذلك بغير إذن زوجها، ولو كانت رشيدة، مستدلين في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا تجوز عطية امرأة في مالها إلا بإذن زوجها**"، واعتبروا أن هذا الحديث يدل على منعها من التصرف بما يؤدي إلى انهاك المال، والإتيان عليه بلا عوض،

---

[1] أبو عبد الله محمد اسماعيل (البخاري)، باب هبة المرأة لغير زوجها، المرجع السابق، الحديث رقم 2591، ص 782.

[2] سورة البقرة، الآية 277.

[3] **أنظر** موقع اسلام واب، تصرف الزوجة في أوالها بغير إذن زوجها، الفتوى رقم 109830، منشورة على الموقع: http://www.islamweb.net. 12/03/2020. 12 : 42.

ما لم تكن هناك إجازة صريحة من زوجها، فإن الزوج الذي تجب عليه النفقة له مصلحة الاعتراض على زوجته عند محاولتها حرمانه من الميراث بتبرعها بمالها كله، كما أنه حماية للمرأة المتزوجة نفسها من التبرع بمالها دون حد.[1]

ومن أهم الآثار المترتبة على استقلال الذمة المالية للزوجين:

- استئثار كل من الزوجين بماله ولا يعني ذلك أن كل منهما يتولى الإنفاق على نفسه، بل أن النفقة الشرعية للزوجة تبقى واجبة على الزوج حسب وسعه ولو كانت ميسورة أو ذات مال ما لم يثبت نشوزها كما أسلفنا توضيحه.[2]
- بالنسبة للزوجة تبقى محتفظة بجميع أموالها الناتجة عن العمل أو التجارة، وحتى تلك المكتسبة عن طريق التبرعات كالهبة والوصية، كما لها مطلق الحرية في التصرف في مهرها لأنه حق خالص لها شرعا وقانونا.
- يترتب على الذمة المالية المستقلة لكل من الزوجين استقلال الديون المستحقة على كل منهما نحو الآخر، وكذا استقلال كل منهما بالوفاء بالديون المرتبة في ذمته نحو الغير، مما يترتب عنه استقلال كل منهما بتحمل تبعة التنفيذ الجبري على أمواله الخاصة بسبب امتناعه أو عجزه عن الوفاء بديونه[3]، حيث أشارت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أن: "قضاة الموضوع قد طبقوا صحيح القانون كون الطاعن (وهو الزوج) يعترف صراحة بمبلغ مائة ألف دينار كدين في ذمته لزوجته، ويطالب بعدم اختصاص قاضي الأحوال الشخصية، غير أن اعترافه بالدين اتجاه زوجته المطعون ضدها يجعل قاضي الدرجة الأولى

---

[1] العربي بلحاج، "ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضور قانون الأسرة الجزائري الجديد"، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل ، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، سبتمبر 2016، ص 33.

[2] كريمة جيدل، "الذمة المالية للزوجين – قراءة في نص المادة 37 من قانون الأسرة –"، مجلة المعيار ، المجلد 06، العدد 02، الجزائر، ديسمبر 2019، ص 176.

[3] العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضور قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع نفسه، ص 34، **لتفاصيل أكثر أنظر:** رعد مقداد (الحمداني)، المرجع السابق، ص 138 وما بعدها.

مختصا للفصل في مبلغ الدين، وعليه فالوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين رفضه، مما يستوجب رفض الطعن".[1]

ومما سبق تبرز أهمية استقلال الذمة المالية للزوجين خاصة من ناحية الحرص على عدم اغتناء أحدهما على حساب الذمة المالية للآخر، أو السعي إلى ركوب مطية الزواج بهدف الاغتناء بعيدًا عن القيم والغاية السامية لهذا الميثاق الغليظ.

كما أنه من شأن استقلال الذمة المالية للزوجين أن يخول لكل واحد منهما الحفاظ على ثروته المكتسبة قبل الزواج، وتنميتها في استقلال تام عن الزوج الآخر سواءً بشكل ايجابي أو سلبي.

كما تبرز أهمية هذه الاستقلالية في حماية الزوج من ديون والتزامات الزوج الآخر، ومن مطالبة الدائنين له، لأن الاستقلالية تعني تحمل كل زوج تبعات تصرفاته في أمواله.[2]

ثانيا

مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين من منظور اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري

لم تنص المواثيق الدولية عموما على نظام مالي معين للزوجين، لكنها أكدت على ضرورة المساواة بين الرجل والمرأة في أي نظام مالي[3]، فوفقا للجنة المعنية بحقوق الإنسان فإن المادة الثالثة والعشرون (23) فقرة (04) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تقتضي من الدول الأطراف كفالة نظام زواج ينطوي على المساواة في الحقوق والالتزامات بالنسبة لكلا الزوجين، وذلك فيما يخص الملكية وإدارة الممتلكات سواءً كانت مشتركة أو ممتلكات فردية ينفرد بها أحد الزوجين عن الآخر.[4]

أما عن اتفاقية سيداو فنجدها نصت على مبدأ استقلالية الذمة المالية للمرأة عن أي طرف آخر كان ولو عن زوجها، وهو ما نستشفه من نص المادة الخامسة عشر (15) فقرة (02) و (03) بقولها: "**2- تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في**

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 279878، المؤرخ في 2002/04/10، م ق عدد 01، لسنة 2003، ص 378.

[2] كريمة (محروق)، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع – دراسة مقارنة –، المرجع السابق، ص 19.

[3] عمر صلاح الحافظ مهدي (العزاوي)، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ط 01، ص 47.

[4] أمير فرج (يوسف)، المرجع السابق، ص 106.

فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة بوجه خاص، حقوق مساوية لحقوق الرجل في ابرام العقود وادارة الممتلكات، وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الاجراءات القضائية.

3- تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية"[1]، ونشير بداية إلى أنه لا تعتبر هذه الاتفاقية هي الصك الدولي الأول الذي منح للمرأة أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل في الشؤون المدنية وخصوصًا المالية منها، فقد سبقتها عدة مواثيق دولية اعترفت للمرأة بهذا الحق ولو تم ذلك بشكل عام دون تخصيص، منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 الذي نص في مادته السادسة **(06)** على: "**لكل إنسان أينما وجد الحق في أن يعترف بشخصيته القانونية**"[2]، كما نصت في ذات السياق المادة السادسة عشر **(16)** من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على هذا الحق بقولها: "**لكل فرد الحق في أن يعترف به كشخص أمام القانون**".[3]

وعليه فقد ألزمت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الدول الأطراف فيها بمنح هذا الحق للمرأة على قدم المساواة والتماثل مع الرجل، وقد ذكرت في ذات المادة حقوقًا فرعية تدخل ضمن هذا الحق العام وتلزم الدول بإقرارها للمرأة كاملة غير منقوصة وهي: حق المرأة في ابرام العقود بمختلف أنواعها، حقها في إدارة وتسيير الممتلكات، كما أكدت الاتفاقية في ذات السياق على وجوب معاملة المرأة بنفس معاملة الرجل في جميع الاجراءات القضائية التي تتم أمام كل أجهزة القضاء المعترف بها في القوانين الوطنية للدول الأطراف[4]، وهو ما يسمى "**بمبدأ التساوي أمام القضاء**".[5]

وكذا نجد نص المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ح) تنص على مبدأ الاستقلالية المالية للزوجين بصورة صريحة بقولها: "**1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل، لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولاسيما:**

---

[1] **أنظر** المادة (15) فقرة (02) و (03) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق.

[2] **أنظر** الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، مرجع سابق.

[3] **أنظر** العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966، مرجع سابق.

[4] **أنظر** اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق.

[5] هذا المبدأ نص عليه أيضا العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بموجب المادة الرابعة عشر (14) منه.

(خ) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو بمقابل عوض".[1]

ومنه إذا الرجل حسب هذه الاتفاقية يتمتع بذمة مالية مستقلة عن غيره، فلابد للمرأة أيضًا أن تتمتع بذات الاستقلالية عن أي شخص آخر، سواءً كان أبًا أو جدًا أو أخًا أو قريبًا أو حتى زوجًا، وبالتبعية لذلك يكون لها الحق في أن تتصرف في أموالها كما ومتى تشاء طالما تم ذلك التصرف في الأطر القانونية التي تسري على الرجل أيضًا.

وهذه الاستقلالية حسب الاتفاقية لا تقتصر على الجوانب المدنية فقط، بل تمتد حتى للقانون التجاري، إذ يكون لها الحق في أن تستثمر أموالها وتتاجر بها كيفما أرادت حتى دون إذن زوجها، ومداخيل ذلك تعود لها وحدها، وتتحمل مسؤوليتها الكاملة عن ذلك. ولا تؤثر هذه الاستقلالية على حق التوارث الذي يثبت لكلا الزوجين على الآخر بمجرد ابرام عقد الزواج.[2]

وهو ما أكدته لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها رقم واحد وعشرون (21) لسنة 1992 بقولها: "**إن حق المرأة في حيازة الممتلكات وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها هو المحور الذي يدور حوله حق المرأة في التمتع بالاستقلال المالي**".[3]

ويمكننا القول أن هذه الاتفاقية في الحقيقة لم تحقق المساواة العادلة بين الجنسين في الحقوق المالية، بل حققت التمييز الايجابي لصالح المرأة في ذلك، وهو ما أصبح يشكل تمييزًا ضد الرجل (الذي هو في مركز الزوج)، إذ أنه لا يتمتع بالحرية الممنوحة للزوجة فيما يتعلق بأمواله الخاصة، حيث أنه للزوجة حق على مال زوجها طالما كانت نفقتها واجبة عليه، مما يعطيها الحق في أن تأخذ ماله بما يغطي حوائجها إن امتنع هو عن الانفاق عليها، حتى لو كانت عاملة أو ذات مال، هذا ما يجعل أموال الزوج ذات طبيعة مشتركة لأن أعباء الأسرة تقع على عاتقه لوحده، بينما أموال الزوجة فهي مستقلة بها لوحدها ودون أية نفقات تؤخذ منها.

---

[1] **أنظر** اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق.

[2] فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 109.

[3] **أنظر** التوصية رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1992، مرجع سابق.

غير أنه وفي الحقيقة تبقى المطالبات الدولية والقوانين الوضعية شيء، والواقع شيء آخر، لأنه في الواقع تتعقد الأمور، ذلك أنه في غالب الأحيان تُحرم الزوجة من حقها في إدارة وتسيير أموالها والتصرف فيها بحرية واستقلالية، وتولى زوجها في أحسن الأحوال إدارة أموالها فقط، ليبقى الأمر على حاله إلى حين امتلاك المرأة الوعي والقوة اللازمين للدفاع عن حقوقها.

وبالرجوع للمشرع الجزائري، فبالرغم من تحفظه على نصوص المادتين (15) و (16) من الاتفاقية المذكورين أعلاه، إلا أنه قام بتفعيل مضمونهما فيما يخص استقلالية الذمة المالية للزوجين في قانون الأسرة، رغم أن هذا التفعيل كان مجرد تأكيد وتحسين للصياغة فقط، لأن المشرع كان يتبنى نظام الاستقلالية المالية للزوجين حتى قبل مصادقته على اتفاقية سيداو في سنة 1996، وذلك بموجب قانون الأسرة 11/84، ومرجعه في ذلك كان هو الشريعة الإسلامية التي كانت السباقة في إقرار هذا النظام وحماية المرأة المتزوجة وأموالها بموجبه كما رأينا سابقا.

هذا وكان المشرع الجزائري ينص على هذه الاستقلالية ضمن المادة الثامنة والثلاثون من قانون الأسرة 11/84 فق فقرتها (02) بقوله: "**للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها**"[1]، وعليه يتضح أنه منذ وضع أول قانون أسرة جزائري كانت المرأة الجزائرية المتزوجة تتمتع بشخصيتها القانونية وذمتها المالية المستقلة عن زوجها، ولها الحق في أن تدير أموالها وتتصرف فيها مثلما تشاء، و للزوج الحق في منعها أبدا ولو كان التصرف تبرعا من هبة أو وصية[2]. [3]

ليأتي بعد ذلك الإصلاح التشريعي الأسري بموجب الأمر 02/05، حيث ألغيت بموجبه المادة الثامنة والثلاثون أعلاه المتعلقة بحرية المرأة في التصرف في مالها، ولكن هذا الإلغاء لا يعني اسقاط نظام

---

[1] القانون 11/84، السالف الذكر.

[2] حفيظة فضلة، نظام انفصال الذمة المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ملتقى وطني حول "الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري المقارن"، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 08 – 09 ديسمبر 2015، ص 09.

[3] وبذلك يكون المشرع الجزائري قد استبعد رأي المالكية الذي استوجبوا التضييق من حرية الزوجة على مالها، بحيث أن التبرع منها إذا زاد عن الثلث لابد من الحصول على إذن الزوج فيه، آخذا في ذلك برأي الجمهور الذي يعترف للزوجة بالحرية في التصرف في مالها كما تشاء وليس للزوج أن يمنعها ولو تبرعت بمالها كله، **أنظر**: ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 184، **و** بدران (أبو العينين بدران)، المرجع السابق، ص 187.

الاستقلالية المالية للزوجين، بل أعاد المشرع النص عليها في مادة جديدة جاءت أكثر دقة وصراحة وهي المادة السابعة والثلاثون من ق أ ج المعدل، والتي جاء في فقرتها الأولى: "**لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر**"[1]، ليؤكد المشرع بذلك تبنيه لهذا النظام كمبدأ وأصل عام.

وتعتبر هذه المادة خطوة هامة لتنظيم علاقة كل من الزوجين بأمواله وبأموال الزوج الآخر، لأن ذلك من شأنه يحسن سير العلاقة الزوجية طالما أن موضوع النظام المالي للزوجين له علاقة متينة بالتنظيم داخل الأسرة، وكذا بالوضعية الاقتصادية والمالية للزوجين، كما له صلة وطيدة بتربية الأولاد، والتزام الزوج بالإنفاق، والمسكن الزوجي، ومتاع البيت، وحقوق الغير، ونظام الضرائب، وغيرها من المسائل المالية، وبهذا أصبح النظام المالي للزوجين يتميز في الجزائر بالوضوح والسهولة واليسر وعدم التعقيد باعتماد مبدأ الاستقلال النظري للذمم المالية للزوجين.[2]

ويرى بعض الفقه الغربي أن احتفاظ الزوجة بذمتها المالية المستقلة في الإسلام أو في الدول ذات المرجعية الإسلامية لا يعني الاعتراف بقدرة المرأة على تسيير أموالها، ولكنها ضرورة تفرضها سهولة انحلال الرابطة الزوجية في هذا الدين وهذه الدول، وإلى حد ما مسألة التعدد أيضا.[3]

وهذا ادعاء غير صحيح، لأن الشريعة الإسلامية والقوانين ذات المرجعية الدينية منها قانون الأسرة الجزائري تعترف للزوجة بحريتها الكاملة في التصرف في أموالها وحتى دون رقابة الزوج، وحتى المرأة غير المتزوجة تتمتع بذات الحرية وذات السلطات.

كما يرى البعض من معارضي توجه المشرع الجزائري في تبني نظام الاستقلال المالية بين الزوجين أن هذا الموقف يعد تمييزا ضد الرجل، كون هذا الأخير لا يتمتع بذات الحرية الممنوحة للزوجة فيما يتعلق بأموالها الخاصة، حيث أنه للزوجة حق على أموال زوجها عن طريق استحقاقها للمهر والنفقة ولو كانت

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 24-25.

[3] العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع نفسه، ص 29.

عاملة أو ميسورة الحال، وهذا ما يجعل أموال الزوج ذات طبيعة مشتركة بطبيعتها لأن أعباء الأسرة تقع على عاتقه لوحده، بينما تستقل الزوجة بذمتها المالية لوحدها.[1]

غير أن هذا الكلام مردود عليه، فاعتبارات النفقة تختلف تماما عن اعتبارات استقلال الذمة المالية للزوجين، ولا ينبغي الخلط بينهما فالنفقة واجبة على الزوج بحكم الدين والقانون، كما أن واجب النفقة هذا يقابله عدم مساواة بين الزوجين في الأنصبة الشرعية في الإرث، فنصيب الزوج من مال الزوجة يكون الربع أو النصف بحسب وجود الفرع الوارث من عدمه، وهو أفضل بكثير من نصيب الزوجة في إرث زوجها بحيث يكون لها الربع أو الثمن بحسب وجود الفرع الوارث من عدمه، ويشتركن الزوجات في نفس النصيب إذا تعددن، وعليه فإن المشرع الجزائري ينظم العلاقات المالية بين الزوجين استنادا لاعتبارات العدالة وليس المساواة المطلقة بين الزوجين، لأن تطبيق هذه المساواة أحيانا يكون هو عين التمييز، مثلما يحدث في العديد من النظم الغربية اليوم.[2]

غير أنه ورغم استحسان الخطوة الهامة التي أخذها المشرع الجزائري بالنص والتأكيد على مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين صراحة ضمن المادة السابعة والثلاثون (37) من الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة الجزائري، إلا أنه ما يعاب عليه أنه وضع لنا مبدأ دون تبيان الأحكام المفصلة له، وهذا فراغ تشريعي ينبغي تداركه، وذلك بإدراج نصوص أخرى تابعة لذات المادة، لأن مبدأ بهذا القدر من الأهمية لا يكفي النص عليه في مجرد مادة واحدة ومنفردة، وأيضا كان لابد على المشرع أن يحدد ما إذا كانت هذه الأحكام المسكوت عنها يُرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة 222 ق أ ج، أم هي إحالة ضمنية لنصوص القانون المدني باعتباره قانون ينظم العلاقات المالية بين الأفراد.

كما أغفل المشرع الجزائري النص على أنه يترتب على نظام استقلالية الذمة المالية للزوجين استقلال الديون الشخصية المستحقة على كل منهما نحو الآخر وكذا نحو الغير، وبالتالي استقلال كل منهما بتحمل تبعة التنفيذ الجبري على أمواله الخاصة بسبب امتناعه أو اعساره وعجزه عن الوفاء بديونه.

---

[1] محمد جغام وفايزة دحموش، "تكريس استقلالية الذمة المالية للزوجة في التشريع الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 11، العدد 02، الجزائر، جوان 2019، ص 287.

[2] **لتفاصيل أكثر أنظر:** العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 29 وما بعدها.

ولا يمكن أن نختم هذا الموضوع قبل أن نشير إلى أن المشرع لم يكتفي بإقرار هذا المبدأ ضمن المادة السابعة والثلاثون (37) ق أ ج المعدلة بالأمر 02/05، وإنما ذهب أبعد من ذلك بأن أقر حماية جزائية لمبدأ استقلال الذمة المالية، هذه الحماية قد تشكل فيها الرابطة الزوجية عنصرا تكوينيا في التجريم، أو سبب إباحة، أو عذر معفي من العقاب أو عذر مخفف للعقوبة[1]، وذلك كالآتي:

- **الإعفاء من العقاب في السرقات الزوجية:** من أهم تداعيات استقلالية الذمة المالية للزوجة انفصال أموالها عن أموال زوجها مما يجعل أي تصرف في أموال الزوج الآخر دون علمه يشكل أحد الجرائم ضد الأموال سواء كانت سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو احتيال.

ونظرا لتشارك هذه الجرائم في الأحكام سنوضح فقط جريمة السرقة بين الأزواج باعتبارها الجريمة التي حددت الأحكام العامة التي تطبق على نظيراتها فيما يتعلق بأثر الرابطة الزوجية عليها.

وبالرجوع إلى المادة (368) ق ع قبل تعديلها بالقانون 19/15[2]، نجدها كانت تنص على أن السرقات بين الأزواج لا تخول إلا الحق في التعويض، ويعفى الجاني من الإدانة والعقوبة[3]، حيث كان المشرع الجزائري يؤمن بأن من مصلحة الأسرة أن ينسحب القانون الجنائي منها طالما أن السلامة الجسدية لأفراد الأسرة ليست محل خطر، لذا فالإعفاء من العقاب يدخل في إطار التضامن المالي بين أفراد الأسرة الذي يقوم على فكرة الملكية المشتركة كأساس لهذه الحصانة، غير أنه بإقرار نظام الاستقلال المالي بين الزوجين صراحة في قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05، جعل هذا المشرع يتدخل بتعديل الحماية الجزائية لهذا النظام بموجب تعديل قانون العقوبات بالقانون 19/15 المؤرخ في 2015/12/30، فألغى السرقة بين الأزواج من المادة (368) ق ع وأدرجها ضمن المادة (369) من ذات القانون[4]، وأصبحت بذلك السرقة بين

---

[1] محمد جغام وفايزة دحموش، المرجع السابق، ص 288.

[2] القانون 19/15، السالف الذكر.

[3] آمنة تازير، المرجع السابق، ص 320-321.

[4] تنص المادة 369 ق ع على: "**لا يجوز اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأزواج والأقارب والحواشي والأصهار حتى الدرجة الرابعة إلاّ بناءً على شكوى الشخص المضرور والتنازل عنها يضع حداً لهذه الإجراءات...**".

الأزواج معاقبا عليها، ولكن يتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على شكوى من الزوج المتضرر، وتخضع هذا الجريمة في أركانها إلى القواعد العامة لجريمة السرقة [1].

وكذلك عقوبة هذه الجريمة تخضع لعقوبة جريمة السرقة في القواعد العامة.[2]

وقد فعل المشرع الجزائري حسنا بذلك حيث تدارك النقص الذي كان واقعا من قبل، حيث كان يقرر مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين في قانون الأسرة بموجب المادة السابعة والثلاثون منه (37) منه، ولم يوفر له حماية جزائية بموجب المادة (368) ق ع قبل تعديلها، فأي حق لا يُحمى لا يُحترم.

- **استحداث جريمة اكراه الزوجة وتخويفها من أجل التصرف في أموالها:** على الرغم من التقدم الذي أحرزته المرأة بوجه عام فيما يخص استقلاليتها المالية، إلا أن نساء كثيرات لازلن يعانين من العنف والاستغلال الاقتصادي داخل الأسرة خاصة من طرف أزواجهن، وخاصة لو كنا عاملات أو ذوات مال، وعلى هذا الأساس استحدث المشرع الجزائري المادة (330) مكرر بموجب تعديل قانون العقوبات بالأمر 19/15 المؤرخ في 2015/12/30 لحماية الزوجة من أي تصرف يشكل اكراهًا وتخويفا لها من أجل التصرف في أموالها أو الاستيلاء عليها.[3]

---

[1] وعليه تقوم هذه الجريمة على ثلاث أركان وهي:

الركن المفترض: السرقة بين الزوجين تكمن خصوصيتها في تقييد النيابة العامة عن تحريك الدعوى العمومية إلا بشكوى من الزوج المتضرر كما أسلفنا الذكر، ومنه حتى تغل يد النيابة العامة عن تحريك الدعوى العمومية لابد أن تكون السرقة مرتكبة من أحد الزوجين على الآخر، أي الجاني والضحية يجمعهم عقد زواج شرعي وقانوني.

الركن المادي: يتمثل في أخذ الزوج أموال الزوج الآخر خلسة، ودون علمه، ودون رضاه.

الركن المعنوي: يتطلب لقيام هذه الجريمة وجود قصد جنائي عام أي توفر العلم والإرادة، وذلك بعلم الزوج الجاني أن هذه الأموال هي ملك لزوجه وليست ملك له، ومع ذلك اتجهت ارادته للاستيلاء عليها، ولا يشترط توافر قصد جنائي خاص (نية الاضرار)، **أنظر:** أحسن (بوسقيعة)، الوجيز في القانون الجزائي الخاص – الجرائم ضد الأشخاص والأموال –، دار هومة، الجزائر، 2008، ج 01، ط 08، ص 194 وما بعدها.

[2] السرقة بين الأزواج تخضع لنفس عقوبات جريمة السرقة في القواعد العامة وتخضع لنفس ظروف تشديدها أيضا المحددة بموجب المواد من 350 إلى 371 مكرر قانون عقوبات، بحيث تتمثل عقوبة السرقة البسيطة في الحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات، وغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج، طبقا للمادة 350 قانون عقوبات.

[3] تنص المادة 330 مكرر ق ع على: "**يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02) كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية.**

وتفرض هذه المادة عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين على كل من يمارس ضد زوجته أي شكل من أشكال الإكراه[1] أو الابتزاز أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها ومواردها المالية.[2]

ونشير إلى أن هذه الجريمة تشكل نقلة نوعية في سبيل حماية واستقلالية الذمة المالية للزوجة كون الجاني في هذه الجريمة هو الزوج في جميع الحالات، غير أن هناك من اعتبر أن جريمة العنف الاقتصادي ضد الزوجة تُعد هي ذاتها من الأحكام التمييزية بين الزوج والزوجة، على أساس أن العنف الاقتصادي قد تمارسه حتى الزوجة ضد زوجها، فلماذا تخضع هي للقواعد العامة ذات العقوبات المخففة، بينما يخضع هو لأحكام هذه الجريمة ذات العقوبات المشددة!

لكن هذا الطرح غير مقبول نوعا ما، كون المشرع وفق إلى حد بعيد حينما حصر الحماية المقررة في هذه الجريمة في الزوجة فقط، فقد أخذ بعين الاعتبار البنية المجتمعية الجزائرية التي تتميز بممارسة هذا النوع من العنف من طرف الأزواج ضد زوجاتهم وليس العكس.

ونشير أخيرا إلى أنه وحسب أحكام الشريعة الإسلامية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وقانون الأسرة الجزائري فاستقلال الذمم المالية للزوجين هو المبدأ الأصل، فالمرأة هي سيدة أموالها شرعًا وقانونًا، وهي المالكة الوحيدة لها سواءً قبل أو بعد الزواج، ولها الحرية الكاملة في إدارتها والتصرف فيها دون التوقف على إذن أحد ولو كان زوجها، غير أنه استثناء على هذا الأصل وضع المشرع الجزائري استثناء جاء تحت مسمى "**نظام الاشتراك المالي بين الزوجين**"، وهو الأمر الذي نفصل فيه فيما يأتي.

الفقرة الثانية

نظام الاشتراك المالي بين الزوجين

يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

[1] تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف الإكراه، وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي عرفه بموجب المادة 122 فقرة 2 ق ع فرنسي بأنه: "**القوة الخارجية التي لا يمكن مقاومتها بحيث تسيطر على من تقع عليه أو أنها على أية حال تعد ثقيلة الوقع عليه بحيث تسلب عقله**" **وعرفته محكمة النقض الفرنسية تعريفاً أدق بقولها:" يعد إكراها مجرد الأفعال و التهديدات التي لا يمكن تحملها و تمثل خطراً كبيراً وحالاً سواءً على الحياة أو على الحرية أو على الأموال..."، أنظر:** جمال نجيمي، القتل العمد وأعمال العنف في التشريع الجزائري، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 272.

[2] **للتفصيل أكثر في هذه الجريمة أنظر:** آمنة تازير، المرجع السابق، ص 319-320.

إن المشرع الجزائري قد تبنى نظام الانفصال المالي بين الزوجين كغيره من التشريعات العربية والعالمية، إلا أنه أجاز مع ذلك للزوجين استثناءً الاتفاق حول الأموال المشتركة بينهما التي ستُكتسب أثناء الحياة الزوجية، وحول كيفية استثمارها وتوزيعها كذلك، وهذا إما في عقد الزواج في حد ذاته أو في وثيقة مستقلة لاحقة، وهو ما يعرف بـ "**نظام الاشتراك المالي بين الزوجين**"، الموضوع الذي نفصل فيه بتقسيم مضموم هذه الفقرة إلى "أولا" و "ثانيا" و "ثالثا"، نخصص "أولا" لـ " تعريف نظام الاشتراك المالي بين الزوجين"، في حين نخصص "ثانيا" لدراسة "نظام الاشتراك المالي في القانون الفرنسي" باعتباره يشكل المصدر المادي الذي استلهم منه المشرع الجزائري أحكام الاشتراك المالي، أما "ثالثا" ستخصص لـ "إقرار نظام الاشتراك المالي في قانون الأسرة الجزائري".

أولا

تعريف نظام الاشتراك المالي بين الزوجين

يمكن تعريف هذا النظام بأنه: "عقد ينظم أملاك الزوجين مدة بقاء الزوجية، ويبين مقدار اشتراك كل واحد منهما في نفقات الزوجية".[1]

أو هو: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة المالية بين الزوجين، وعلاقتهما معا بالأموال المشتركة".[2]

ثانيا

نظام الاشتراك المالي في القانون الفرنسي

إن الأساس الوضعي لنظام الاشتراك المالي في الجزائر هو موجود في القانون المدني الفرنسي، هذا الأخير يعتبر من أهم القوانين التي فصلت في هذا النظام، كون المشرع الفرنسي يعتبر الاشتراك المالي بين الزوجين هو الأصل وليس الاستثناء، وبالتالي فالدول التي تحاول إدخال هذا النظام في تشريعاتها الأسرية

[1] رعد مقداد (الحمداني)، المرجع السابق، ص 197.

[2] كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014-2015، ص 58.

سواءً كأصل أو استثناء عادةً ما تعتمد على القانون المدني الفرنسي في ذلك، حيث قسم هذا الأخير نظام الاشتراك المالي بين الزوجين إلى أربعة صور:

- **نظام الاشتراك القانوني Régime de communauté légale:** وهو النظام الذي حدد المشرع الفرنسي قواعده ضمن المادة 1399 قانون مدني فرنسي، ويتبين من خلال تسميته أنه اشتراك واقع بحكم القانون، وهو يخص تنظيم المكتسبات الزوجية خلال فترة الزواج، ومضمونه عموما أن كل الأموال المكتسبة من تاريخ الزواج تصبح أموال مشتركة بين الزوجين، وتشكل كتلة واحدة يتم تقسيمها في حالة انحلال الزواج طبقا للأنصبة المحددة قانونا، ويطبق هذا النظام في حالة ما إذا لم يتفق الزوجان على نظام مالي معين.[1]
- **نظام فصل الأموال Régime de séparation des bien:** وهو نظام يقوم على ركيزتين، الأولى هي أن كل واحد من الزوجين مستقل استقلالا تاما في الانتفاع بأمواله والتصرف فيها سواءً كانت هذه الأموال تم تملكها قبل الزواج أو بعده، أما الثانية فهي تحمل كلا الزوجين للالتزامات والديون الناشئة عن تصرفاته المالية سواء كانت موجودة قبل الزواج أو بعده.

وعليه فإن الغرب يعتبرون نظام فصل الأموال هو أحد صور نظام الاشتراك المالي، أي الخيار في تبنيه يعود للزوجين، أما الدول العربية ذات المرجعية الشرعية تعتبره هو الأصل، بينما تعتبر الاشتراك هو الاستثناء.

كما أن من نتائج نظام انفصال الأموال الغربي هو وجوب تحمل كلا الزوجين واجب الانفاق الأسري بنسب متساوية أو حسب مداخيل كل واحد منهما، وهو ما يتنافى مع الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري اللذان يقران باستقلالية الذمة المالية للزوجين مع ايجاب الانفاق على الزوج وحده أصالة.[2]

- **نظام المساهمة في المكتسبات Participation aux acquits régime:** وهو نظام يجمع بين نظامي الانفصال والاشتراك معا، وذلك باستقلال كلا الزوجين بأمواله التي اكتسبها قبل نشوء الحياة الزوجية، ثم اشتراكهم في الأموال المكتسبة أثناء الزواج فقط، وهو النظام المنصوص عليه بموجب المواد 1569 و

[1] أبو بكر الصديق بن يحي و عبد القادر ضامن، "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري – دراسة نقدية –"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 01، العدد 03، الجزائر، سبتمبر 2016 ، ص 114.

[2] فاطمة الزهراء لقشيري، المرجع السابق، ص 789 – 790.

1581 و 2136 و 2137 من القانون المدني الفرنسي، ومن الآثار السلبية لنظام المساهمة في المكتسبات هو أنه يُقر حالة الشيوع بين الزوجين في المكتسبات.

- **نظام الاشتراك الاتفاقي La communauté conventionnelle:** هذا النظام تؤطره بصورة أساسية مقتضيات الفصل 1227 من القانون المدني الفرنسي، وكما هو واضح من تسميته فإن هذا النظام في جوهره مؤسس على مبدأ التراضي والاتفاق بين الزوجين حول الأموال بينهما، وقد يأخذ هذا النظام عدة صور منها:
  - الاشتراك الكامل في الأموال والممتلكات.
  - الاشتراك في المنقولات والمكتسبات فقط.
  - ادارة الأموال المشتركة بينهما دون الأموال الخاصة.
  - الاتفاق على إدارة الأموال الشخصية للزوجة من طرف الزوج وحده.[1]

إن أهم ما نستنتجه من خلال توضيح الأنظمة المالية في فرنسا أن الاشتراك أو الشيوع المالي بين الزوجين هو الأصل، والانفصال المالي هو استثناء يتم بالتعاقد والاتفاق عليه، فيكون العقد المالي المنفصل غايته التخفيف من الآثار السلبية للاشتراك المالي بين الزوجين.

ثالثا

إقرار نظام الاشتراك المالي في قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري تبنى نظام استقلال الذمم المالية للزوجين كمبدأ وأصل عام بموجب المادة السابعة والثلاثون (37) ق أ ج، بينما جعل من نظام الاشتراك المالي استثناء يخضع لرضا ورغبة وإرادة الأطراف، اعترف به وأقره لأول مرة بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، وذلك بموجب المادة السابعة والثلاثون (37) فقرة (02) المعدلة منه، بقوله: "**غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما**".[2]

---

[1] أبو بكر الصديق بن يحي و عبد القادر ضامن، المرجع السابق، ص 115-116.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

والواضح من هذا النص أنه جاء على صيغة الاشتراط في عقد الزواج، فمن ناحية يمكن لهذا النص أن يُعتبَر مُدخلا ضمن المادة التاسعة عشر (19) ق أ ج التي تنظم حرية الاشتراط في عقد الزواج والتي سبق تفصيلها، ومن ناحية أخرى فإن المشرع لم يلزم الزوجين بذلك بل جعله نظام اختياري يخضع لإرادة الزوجين المطلقة، فلهما بالتالي الحرية في الاتفاق عليه من عدمه.

وقد كان لهذا التعديل الذي تبنى فيه المشرع الجزائري نظام الاشتراك المالي عدة مبررات بعضها تشريعية وأخرى اجتماعية، فمن أهم المبررات التشريعية نجد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي ألزمت الدول الأطراف فيها منها الجزائر باتخاذ جميع التدابير لتحقيق المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بالملكية وحيازة الممتلكات والاشراف عليها وادارتها والتصرف فيها، كما أوجبت منح الزوجين نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج أو بعده[1]، ويبدوا أن اقرار نظام الاشتراك المالي بين الزوجين هو الحل الأمثل لتحقيق ذلك باتباع الطريق القانوني أو التعاقدي الرسمي الذي يضمن حقوق كلا الطرفين وخاصة حقوق المرأة، أما المبررات الاجتماعية فنجد منها خروج المرأة للعمل واكتسابها للمال ومساهمتها في تحسين أوضاع الأسرة الاقتصادية خلق بعض المشاكل في الأسرة، حيث أصبح العديد من الأزواج يستغلون اكتساب المرأة للمال في محاولة للسيطرة على أموال زوجاتهم، وعليه كان من الضروري إدراج نظام الاشتراك المالي من أجل القضاء على هذه الظاهرة وحماية أموال وممتلكات الزوجة.[2]

فبهذا العقد يتم الاتفاق حول ما سيكون بشأن ملكية أموال الزوجة وايراداتها والانتفاع بها وإدارتها، وتحمل الديون الخاصة بها وتسوية حقوقها وواجباتها قبل أو أثناء الزواج أو حتى بعد انتهاءه، وبهذا يتم حماية أموال الزوجة من الغصب، خاصة وأنه كثيرا ما تنعدم البينة لديها بسبب المانع الأدبي ألا وهو العلاقة الزوجية مما يؤدي إلى عجز اثبات حقها أمام القضاء، فتُهدر حقوقها بالتبعية لذلك.

أضف إلى ذلك ارتفاع نسبة التعليم والوعي بين النساء، وزيادة نشاط الجمعيات النسوية والحقوقية للمطالبة بمحاربة كل أشكال التمييز ضد المرأة عموما والمتزوجة على وجه الخصوص، وحمايتها من الاجحاف والظلم الممارس عليها من طرف الزوج خاصة في أموالها ومواردها المالية تحت ذريعة أنه رب

[1] **أنظر**: المادة 16 فقرة (01) (ج) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق.

[2] فاطمة الزهراء لقشيري، المرجع السابق، ص 792.

العائلة[1]، ولما كان العقد هو المظهر الحقيقي للحرية الانسانية فقد تدخل المشرع باعتبار مبدأ التعاقد حول الأموال المشتركة بين الزوجين خلال الحياة الزوجين هو السبيل الأوحد لإيجاد نظام عادل يحكم حياة الزوجين وينظم علاقتهما المالية، ويكون شاهدًا على حقوقهما وواجباتهما التي ارتضيا قبولها والالتزام بها.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن إدراج المشرع الجزائري لنظام الاشتراك المالي نتيجة افتراضه وجود أموال مشتركة بين الزوجين هو أمر طبيعي يكاد يكون أصل لا استثناء[3]، فالزوجة تدخل بيت الزوجية وفي ذمتها مبلغ الصداق الذي دفعه لها الزوج طبقا للمواد (14) و (15) و (16) و (17) من ق أ ج[4]، وكذا ما جاءت به من "**جهاز**" من مالها ومال أسرتها (المادة 73) ق أ ج، وقد يكون معها نصيب من أموالها الخاصة التي كانت تمتلكها قبل الزواج كالنقود والمصوغات...إلخ، وإذا كانت عاملة فلها راتب وأجر كذلك، كما قد تشترك مع زوجها في عمل أو ممارسة تجارة، وكلها أموال للزوجة قد تختلط بمال زوجها فتتحول إلى أموال مشتركة، وقد يثور بشأنها نزاع كبير أمام القضاء، وبالتالي فإدراج المشرع الجزائري لنظام الاشتراك المالي في الفقرة (02) من المادة السابعة والثلاثون (37) من ق أ ج كان أمر لابد منه لفض مثل هذه النزاعات.

ونشير في سياق متصل إلى أن المشرع الجزائري وبموجب المادة السابعة والثلاثون (37) فقرة (02) من ق أ اشترط أن يتم الاتفاق على الأموال المشتركة بين الزوجين في عقد الزواج ذاته أو في عقد رسمي لاحق، هذا الأخير يمكن تسميته بـ "**عقد تدبير الأموال التي تكتسب أثناء الحياة الزوجية**" أو "**عقد تدبير الأموال الأسرية**"، يتم فيه تبيان كل الأموال التي تخضع للاشتراك بين الزوجين والتي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وبالتالي تخرج منه الأموال الخاصة بالزوجين، مع تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.[5]

---

[1] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 52.

[2] أو بكر الصديق بن يحي وعبد القادر ضامن، المرجع السابق، ص 120.

[3] عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص 435.

[4] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[5] كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، المرجع السابق، ص 59، **لتفاصيل أكثر أنظر:** رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري – دراسة مقارنة –، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2005–2006، ص 219 وما بعدها.

وتجدر الملاحظة إلى أن تنظيم المشرع الجزائري لأحكام نظام الاشتراك المالي في قانون الأسرة عرضه إلى مجموعة من الانتقادات كان أهمها أن تضمين موضوع مهم كموضوع نظام الاشتراك المالي بين الزوجين في فقرة واحدة ضمن مادة واحدة هو أمر معيب، كونه لا يعدوا أن يكون نشازا وعقما تشريعيا لا أكثر[1]، وهو ليس بحل، إذ لا يمكن اقتطاع تشريع هجين وزرعه في منظومة تشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية ودون تفصيل كذلك، بل كان الناجع في ذلك تفعيل الأنظمة الإسلامية بدلا من نظام الاشتراك المالي وهي التي تحقق نفس الغرض كنظام الكد والسعاية، وتكييفه كواجبات قانونية.

أيضا المشرع الجزائري لم يلزم الزوجين باتباع نظام معين لإدارة الأموال المشتركة من خلال المادة (37) فقرة (02) ق أ ج مما يُفهم بأن هذا النص لا يعدوا أن يكون مجرد تنبيه وتذكير للزوجين من أجل تنظيم أموالهما المشتركة بأي طريقة يبتغونها، فإذا كان الغرض هو مجرد التنبيه فكان من الأحسن إلزام الموظف الذي يتولى إبرام عقد الزواج (ضابط الحالة المدنية أو الموثق) بضرورة إعلام الزوجين بإمكانية إبرام اتفاق حول الأموال المشتركة بينهما، خصوصًا وأن عامة الناس يجهلون حقوقهم المقررة بمقتضى القانون.[2]

كما اشترط المشرع أن يكون الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، وهو ما يمنح الزوجين معا وسيلة إثبات لا تقبل النفي، لكن هذا لا يعني عدم جواز افراغ محتوى الاتفاق المالي في عقد عرفي، لأن القواعد العامة في الإثبات تسمح بالإثبات بين الزوجين في مثل هذه الحالة بكافة طرق الإثبات وذلك لوجود مانع أدبي من الكتابة[3]، كما أنه إذا كان الإثبات جائز بين العامة بكافة طرق الإثبات إذا كانت قيمة التصرف لا تتجاوز مئة ألف د ج فإنه من باب أولى أن يكون جائز بين الزوجين في هذه الحالة كذلك.[4]

---

[1] فاطمة الزهراء لقشيري، المرجع السابق، ص 799.

[2] عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 435.

[3] حيث تنص المادة 336 من القانون المدني الجزائري على: "**يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب اثباته بالكتابة:**

- **إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.**
- **إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته**".

[4] هذا طبقا لمفهوم المخالفة للمادة 333 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "**في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك**".

أضف إلى ذلك أن المشرع لم يحدد طبيعة العقد المالي المشترك بين الزوجين، ولم يضع له أية شروط، وهذا ما يعد فراغًا تشريعيًا ينبغي سده، وذلك إما بتوسيع مضمون المادة (37) ق أ ج، أو باستتباعها بمواد أخرى لمعالجة الموضوع أكثر وضبط أحكامه من الناحية القانونية.

وما يزيد من خطورة عدم إحكام المشرع الجزائري للنظام المالي المشترك بين الزوجين أن الزوج يمكنه أن يغامر بأمواله وأموال زوجته فيتسبب في إفلاسها، خاصة إذا علمنا أن الزوج هو الذي يتولى عادة استثمار أموال الأسرة بمفرده، وحتى إذا ما شاركته زوجته في ذلك فغالبا ما يكون له القرار في كل ذلك بحكم العادة والواقع، فيكون هو المستفيد الأول إذا تصرف في مالها كما يشاء، وفي مقابل ذلك فهي تتحمل عبئ هذا التصرف دون أن تشاء، وهو ما لم يتفطن المشرع لوضع حد له.[1]

نشير أيضا إلى أن قصور وعقم المادة اليتيمة المنظمة للثروة المكتسبة للزوجين أثناء الزوج هو أمر يدفع القضاة في حالة ما إذا طُرحت أمامهم نزاعات في هذا الشأن اللجوء إلى قواعد القانون المدني –الشريعة العامة– باعتباره أحكم تنظيم المال المشترك أو المشاع، وبين حتى كيفية اقتسامه وتصفيته، وقد منح القانون لكل طرف حق القيام بجميع الأعمال الرامية إلى حفظ الأملاك المشتركة والانتفاع بها سواءً كانت أعمال قانونية أو مادية.[2]

كما كان ينبغي على المشرع تحديد الأموال المشتركة التي يجوز الاتفاق بشأنها بشكل دقيق، وذلك حتى يعلم الزوجان ما هو المشروع منها وما هو الممنوع، فمثلا يمنع شرعًا وقانونًا أي اتفاق بين الزوجين يؤدي إلى تغيير نظام النفقات المالية، أو نظام الإرث، أو حقوق المطلقة، أو حقوق الأولاد في فترة الحضانة، أو تبعات الطلاق وآثاره المالية كنفقة العدة أو نفقة الإهمال أو التعويض عن الطلاق التعسفي...إلخ، وذلك باعتبارها أحكام مرتبطة بالنظام العام.

[1] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 53.

[2] **أنظر**: المواد من 416 إلى 449 من القانون المدني الجزائري.

كما أن المشرع سكت عن مسألة بالغة الأهمية ألا وهي الديون المشتركة المستحقة على الزوجين والمترتبة على أموالهما بموافقتهما، فإن الزوجان يكونان مسؤولان عنها تضامنيا اتجاه الدائنين بهذه الديون، والتي يمكن استخلاصها من الأموال المملوكة ملكية مشتركة للزوجين.[1]

والملاحظ أخيرا أن هذا العقم التشريعي في تنظيم الأموال المشتركة للزوجين راجع إلى عقم فقهي بالأساس، ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى كانوا يركزون على الروابط الإنسانية والروحية للزواج، وانصراف المرأة في ذلك الوقت إلى شؤون البيت الزوجي كواجب مقدس، هذا ما دفع الفقهاء المعاصرين إلى مناقشة العلاقات المالية بين الزوجين في مجالات ضيقة، وهذا خشية أن يتحول الزواج إلى مجرد شركة مادية أو مالية بين شخصين.[2]

وبناءً على تغير الفتوى بتغير الأحوال والأعراف والأزمنة والبيئات ولو داخل البلد الواحد يتعين إعادة النظر في الجانب التشريعي لمسألة الأموال المكتسبة للزوجين أثناء الحياة الزوجية، وبعد تصريح الفقه القانوني الجزائري واجماعه على قصور تنظيم المشرع الجزائري لهذه المسألة، فلا حرج في أن يقتدي المشرع الجزائري ببعض التشريعات العربية الأخرى ذات المرجعية الإسلامية التي قطعت شوطًا كبيرًا وخطت خطوات مميزة في موضوع الأموال الزوجية وأحكامها، من أهمها مدونة الأحوال الشخصية المغربية التي أقرت نظام **الكد والسعاية**[3] الذي يعتبر نموذجا رائعا في توزيع الثروة الزوجية بين الأطراف والمساهمة في تكوينها، وذلك اقتداءً بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة.[4]

---

[1] العربي بلحاج، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 54.

[2] زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 60.

[3] يعتبر نظام الكد والسعاية من الأنظمة المتجذرة في تراثنا الفقهي الإسلامي، وينصرف مفهومه إلى "جميع الحقوق التي تُضمن للمرأة في المكسب المالي الذي يترعرع وينشأ بجهدها وكدها وسعايتها"، كما يمكن تعريفه بأنه "وضعية شرعية مقتضاها عمل الزوجة في أموال زوجها ونتيجتها استحقاق مقابل لذلك العمل فيما زاد عن أصل تلك الأموال"، **للتفصيل أكثر في هذا النظام أنظر:** كريمة محروق، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع – دراسة مقارنة –، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

[4] القانون 70.03، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المحين في 25 يناير 2016، الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 6433.

الفرع الثاني

المساواة في الميراث بين مطالب اتفاقية سيداو وتمسك المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية

نقسم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لدراسة "المساواة في الميراث بين الجنسين من منظور اتفاقية سيداو"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "تمسك المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في توزيع الميراث بين الجنسين".

الفقرة الأولى

المساواة في الميراث بين الجنسين من منظور اتفاقية سيداو

نشير أولا إلى أن اتفاقية سيداو لم تكن هي الصك الدولي الأول الذي نادى بتحقيق المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في الميراث، فقد سبقها في ذلك إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 1967، الذي جاء فيه أن المرأة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة فهي تتمتع بحقوق مساوية لحقوق الرجل في الميراث، وهذا النص الصريح ورد ضمن المادة السادسة (06) من هذا الإعلان[1]، ويُفهم من ذلك أنه ينبغي أن ترث الزوجة من زوجها ذات النصيب الذي يرثه منها عند وفاتها.

وبالرجوع إلى اتفاقية سيداو يُلاحظ أن المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ح) منها جاء مشابها لنص المادة السادسة (06) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، إلا أن النص الوارد في الاتفاقية جاء عاما وخاليا من الإشارة إلى ميراث الممتلكات عكس النص الوارد في الإعلان، هذا الغموض حول الميراث الذي شاب المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ح) من الاتفاقية أدى بلجنة هذه الأخيرة إلى تبني موقف يدعوا إلى المساواة بين الزوجين في الميراث، حيث جاء في توصيتها العامة رقم واحد وعشرون (21) لسنة 1992ما يلي: "...**هناك العديد من البلدان التي تؤدي قوانينها وممارساتها المتعلقة بالإرث والممتلكات إلى تمييز خطير ضد المرأة، ونتيجة لهذه المعاملة غير المتكافئة يمكن أن تحص الزوجة على حصة من**

[1] **أنظر**: المادة (06) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، مرجع سابق.

ممتلكات الزوج أو الأب عند الوفاة أصغر مما يحصل عليه الرجال الأرامل والأبناء الذكور، وفي بعض الأحوال تُمنح المرأة حقوقا محدودة ومقيدة، فلا تحصل إلا على إيراد من أملاك المتوفى...".[1]

وتتبنى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة إلى جانب مبدأ المساواة في الإرث مبدأً آخرًا يقوم على وجوب الفصل بين الحق في الميراث والحق في حيازة الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج، وقد عبرت عن ذلك ذات التوصية المذكورة أعلاه، 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 ولابد من إلغائها**".[2]

إذا، 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 أن يكون نصيب الزوج عند وفاة الزوجة كنصيب الزوجة عند وفاة زوجها.[3]

ولكن اعتماد هذا القول من طرف الصكوك الدولية بما فيها اتفاقية سيداو ولجنتها يطرح العديد من الإشكالات التي ترجح عدم عدالته، منها:

- أن تكتسب الزوجة حصة مساوية من الممتلكات لحصة الزوج، فإن هذا يفتح باب التساؤل حول كيفية اثبات هذه الممتلكات التي تم اكتسابها أثناء الحياة الزوجية، وتلك التي تم اكتسابها قبل الحياة الزوجية، وهذا أمر ليس بالهين.

- القول باقتسام الممتلكات الزوجية بالتساوي يفترض في واقع الحال أن تكون المساهمة في اقتناء هذه الممتلكات على قدر المساواة في اقتسامها بين الزوجين، وهو ما لا يتحقق في الواقع، حيث تكون مساهمة

[1] التوصية العامة رقم (21) للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المتعلقة بالمساواة في الزواج والعلاقات العائلية لسنة 1992، مرجع سابق، ص 21.

[2] التوصية العامة رقم (21) للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المتعلقة بالمساواة في الزواج والعلاقات العائلية لسنة 1992، المرجع السابق، ص 22.

[3] عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 355.

الزوج أكبر في غالب الأحيان، وبالتالي فاقتسام هذه الممتلكات بالتساوي مع الزوجة يعد ظلم للرجل وتمييز ضده.

– يعتبر حصول الزوجة على ذات نصيب الزوج من الميراث عند وفاة أحدهما إخلالا بمبدأ الغنم بالغرم، فالزوج قبل وأثناء الزواج تحمل أعباء مالية كبيرة لم تتحملها الزوجة، ثم تتساوى معه بعد ذلك في الحقوق المالية، أي أنها تقبض ولا تدفع، في حين يدفع هو ويقبض مثلها، وهذا في حد ذاته ينافي مبدأ المساواة.

الفقرة الثانية

تمسك المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في توزيع الميراث بين الجنسين

إن مناداة اتفاقية سيداو ولجنتها بالمساواة في الميراث بين الجنسين دون مراعاة اعتبارات أخرى لها من المصداقية أكثر من تلك التي وضعتها الاتفاقية ولجنتها لتبرير هذه المساواة، جعل الجزائر رغم أنها دولة طرف في الاتفاقية لا تتبنى المساواة في الميراث بين الزوجين، ليبقى الميراث في قانون الأسرة الجزائري مستمد كليا من أحكام الشريعة الإسلامية، باعتباره ورد فيها بأحكام قطيعة الثبوت والدلالة، صالحة لكل زمان ومكان.

فقد اعتبر المشرع الجزائري الزوجية أحد أسباب الميراث بالإضافة إلى القرابة، وهذا طبقا للمادة (126) من قانون الأسرة الجزائري[1]، وبالتالي يعتبر عقد الزواج الصحيح غير الباطل سببا صريحا من أسباب الميراث في الشريعة الإسلامية وكذا في قانون الأسرة الجزائري، وعقد الزواج الصحيح هو العقد الخالي من كل شبهة.[2]

هذا وقد أورد المشرع الجزائري أحكام الميراث ضمن المواد من (126) إلى (183) ق أ ج، وقد اعتمد في تحديد الأنصبة على القاعدة الشرعية "**للذكر مثل حظ الأنثيين**"، لا غيا بذلك كل ما طالبت به لجنة الاتفاقية من مساواة مطلقة بين الجنسين في الميراث.

---

[1] حيث تنص المادة (126) من ق أ ج على: "**أسباب الإرث: القرابة والزوجية**".

[2] عبد العزيز (عزة)، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ط 01، ص 50.

فطبقا للمادة (145) من ق أ ج فللزوجة / أو الزوجات – في حالة التعدد – نصيب الربع (1/4) في حالة عدم وجود الفرع الوارث، أما في حالة وجود الفرع الوارث فنصيبها / أو نصيبهن هو الثمن (1/8)، وهذا طبقا للمادة (146) من ق أ ج.

أما الزوج فله الربع (1/4) من ميراث زوجته في حالة وجود الفرع الوارث طبقا للمادة (145) من ق أ ج، وله النصف (1/5) في حالة عدم وجود الفرع الوارث طبقا للمادة (144) من ق أ ج.[1]

هذا وقد دافعت الجزائر عن موقفها من ميراث المرأة الذي اعتبرته لجنة الاتفاقية تمييز ضدها، حيث ورد في التقرير الدوري المرفوع من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 2009 ما يلي: "**تخضع الحياة الشخصية للشريعة الإسلامية، ولا سيما الإرث الذي تحكمه قواعد ربانية تنطبق على جميع المسلمين، وهذه القواعد جبرية لا يمكن المساس بها**".[2]

وما يلاحظ على هذا التقرير أنه لم يبين الحكمة من وراء اختلاف ميراث المرأة عن ميراث الرجل، رغم الحاجة إلى ذلك، خصوصا وأن هذا التقرير سيطلع عليه ويناقشه أشخاص لا علم لهم بأحكام الشريعة الإسلامية، ومع ذلك فعبارة "**قواعد جبرية لا يمكن المساس بها**" هي عبارة جيدة تعكس موقف الجزائر الصارم من هذه المسألة باعتبارها دولة تتبنى الإسلام كدين لها، وحبذا لو تبقى الجزائر متمسكة بهذا الموقف، لأنه كما لاحظنا في هذه الدراسة هو تغيير المشرع الجزائري للعديد من القواعد الربانية، والتي تعتبر قواعد جبرية مجمع عليها في جميع المذاهب الشرعية، ولا يمكن المساس بها، ومن أبرز الأمثلة على ذلك: اسقاط المشرع للولي من زواج المرأة الراشدة، إسقاط حق الزوج في القوامة والطاعة والتأديب، إلغاء واجب الزوجة في الرضاع، وغيرها، وهذا ما يعد تناقض مع ما جاء به هذا التقرير شكلا ومضمونا.

هذا ويُجمع الفقهاء على أن الحكمة من زيادة نصيب الزوج عن زوجته تتلخص في أمرين، وهما:

- ما أعطى الله للزوج من قوامة ورئاسة للعائلة.
- وما فرض عليه من أعباء مالية.

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، مرجع سابق، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

وقد سبق لنا تفصيل هاذين الأمرين في هذه الدراسة كلٌ في مكانه.

ونذكر في هذا الصدد قول الأديبة "هدى شعراوي" زعيمة الحركة النسائية في الشرق الأوسط، حيث قالت: "**إنني لست من الموافقين على تعديل نصيب المرأة في الميراث، فالشريعة عوضتها في مقابل ذلك بتكليف الزوج بالإنفاق عليها وعلى أولادها، كما منحتها حق التصرف في أموالها، عكس المرأة الأوروبية التي ترث بمقدار ما يرث الرجل، لكونها ملزمة بدفع المهر، ومكلفة بالتخلي عن إدارة أموالها لزوجها**".[1]

هذه المرأة ورغم أنها معروفة بمطالباتها بالمساواة المطلقة بين الجنسين، وإنكارها لعدالة الإسلام، إلا أنها مع ذلك تتمسك بقواعد الإسلام فيما يخص الميراث لأنها أيقنت عدالته في ذلك، ولو أنها وغيرها نظروا إلى أحكام الإسلام نظرا متبصرا لما طالب أحد إلا بتطبيق الإسلام شرعًا ومنهاجًا للحياة والقوانين.

[1] **نقلا عن:** عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 364.

ملـخص الـبـاب الأول

لقد جاء الباب الأول من هذه الدراسة معنون بـ "**انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الزواج وآثاره**"، حاولنا من خلاله تبيان كيف تأثر قانون الأسرة في تعديله الأخير الصادر بالأمر 02/05 بنصوص هذه الاتفاقية، خاصة فيما يتعلق بأحكام الزواج وآثاره.

وبالفعل فقد كان انعكاس الاتفاقية كبير على أحكم وآثار عقد الزواج، حيث أُدخلت تعديلات جوهرية في قانون الأسرة على مسائل كانت تعتبر قبل سنة 2005 من الطابوهات التي لا يجوز المساس بها وتعديلها، طالما كانت المرجعية فيها هي دين يصلح لكل زمان ومكان.

وقد كان من أهم التعديلات التي أدخلها المشرع على أحكام وآثار الزواج من أجل قولبتها مع أحكام الاتفاقية وخاصة المادة السادسة عشر (16) منها أنه تم إلغاء التفاضل بين الجنسين في الخطبة سواء في الإعلان أو العدول عنها أو آثار ذلك، كما أجاز المشرع للمرأة الراشدة ابرام عقد زواجها بنفسها دون وليها الشرعي، ولها أن تختار أي ولي تشاء ولو من غير الأهل والأقربون، وجعل الولاية على القاصرة هي ولاية اختيار لا إجبار ودور الولي في زواجها هو مجرد مباشرة الاجراءات دون أن يكون لرأيه أي فعالية في هذا العقد، كما وحد المشرع في سن الزواج بين الجنسين وذلك بأن جعله تسعة عشر (19) سنة لكليها، وفرض كذلك الفحص الطبي قبل الزواج، كما جعل من الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج أما بقية الأركان من أهلية وولي وصداق وشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج فحولها إلى مجرد شروط صحة لا تبطل العقد إذا تم الدخول، كما قيد المشرع من حق الزوج في التعدد بشروط تعجيزية يستحيل توفرها في أغلب الحالات وخاصة ما تعلق منها بموافقة الزوجة الأولى على التعدد، ومن جهة أخرى وسع المشرع من إرادة الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج ومنح للزوجة خصوصا الحق في اشتراط العمل وعدم التزوج عليها، أما عن نفقة الزوجة فقد أبقاها المشرع التزام يقع على عاتق زوجها ولو كانت عاملة أو ذات مال، كما كرس وأكد المشرع على استقلالية الذمم المالية للزوجين بموجب قانون الأسرة، وجرم كل اعتداء من الزوج على أموال زوجته بموجب قانون العقوبات، بينما ترك المشرع في مقابل ذلك للزوجين الحرية في تقرير الاشتراك المالي بينهما حول الأموال التي يكتسبونها خلال الحياة الزوجية.

وما يلاحظ أن كل هذه التعديلات شكلت صورة مقاربة لنص المادة السادسة عشر (16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وهي كذلك جاءت تنفيذا لتوصيات لجنة الاتفاقية كما أسلفنا تفصيله، مما يوضح رغبة المشرع الجزائري في دمج أحكام وآثار الزواج الواردة بموجب هذه الاتفاقية في ثنايا قانون الأسرة، متناسيا بذلك أحكام الشريعة الإسلامية التي تتعارض هذه التعديلات معها بصورة كبيرة.

الباب الثاني

انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الطلاق وآثاره

الباب الثاني

انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الطلاق وآثاره

إن الأصل في الزواج هو الديمومة، حيث تكون العلاقة الزوجية مستمرة إلى غاية انحلالها بوفاة أحد الزوجين، غير أنه ما قد يستجد بين الزوجين من مشكلات قد يجعل من استمرارية الحياة الزوجية بينهما أمر مستحيل، ولذلك شُرع ما يسمى بالطلاق أو الفرقة الزوجية، هذه المسألة لم ينحصر الاهتمام بها على مستوى التشريعات الوضعية بل امتد أيضا إلى الصكوك الدولية من أهمها اتفاقية سيداو، هذه الأخيرة أكدت على أنه يجب أن يكون للمرأة نفس ذلك الحق الممنوح للزوج في فسخ الزواج وفي آثار هذا الفسخ كذلك.

وانطلاقا من ذلك يمكن التساؤل عن مدى أخذ المشرع الجزائري بمبدأ المساواة بين الجنسين المقرر بموجب اتفاقية سيداو فيما يتعلق بالطلاق وآثاره؟.

للإجابة على ذلك ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، حيث نستعرض في الفصل الأول "انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الطلاق"، بينما نتطرق في الفصل الثاني إلى "انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على آثار الطلاق".

الفصل الأول

انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الطلاق

إن الفرقة بين الزوجين هي انتهاء وانقطاع العلاقة الزوجية لسبب من الأسباب، وطريقها القانوني في ذلك هو الطلاق[1]، هذا الأخير عدد المشرع الجزائري صوره بموجب المادة الثامنة والأربعون (48) ق أ ج[2]، وهو قد يكون بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، وهما الصورتان اللتان أوجدهما المشرع من أول قانون أسرة جزائري في سنة 1984، وظلت أحكامهما على حالها حتى بعد تعديل هذا القانون بالأمر 02/05، أو بمعنى آخر لم يكن لمصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو في سنة 1996 أي انعكاس على أحكامهما، وبالتالي لن يكونا موضع دراستنا، ونجد كذلك التطليق والخلع من طرف الزوجة، وهما الصورتان اللتان لحقهما تعديل جوهري في تعديل ق أ في سنة 2005، وكان أهم مبرر لذلك هو اتفاقية سيداو باعتبار هاتان الصورتان للفرقة لهما صلة وطيدة بالمرأة، وبالتالي فهما الصورتان اللتان سنضعهما موضع الدراسة.

وعليه: إلى أي مدى تأثر المشرع الجزائري باتفاقية سيداو في تعديل أحكام التطليق والخلع في قانون الأسرة 02/05؟.

هذا ما نوضحه بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول لـ "انعكاس الاتفاقية على قانون الأسرة الجزائري بتوسيع أسباب التطليق"، فيما نخصص المبحث الثاني لـ "انعكاس الاتفاقية على قانون الأسرة الجزائري بإقرار حق الزوجة في الخلع بإرادتها المنفردة".

المبحث الأول

انعكاس الاتفاقية على قانون الأسرة الجزائري بتوسيع أسباب التطليق

[1] تنص المادة (47) من ق أ ج على: "**تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة**".

[2] تنص المادة (48) من ق أ ج على: "**مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون**".

لقد نصت اتفاقية سيداو في المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ج) على: "**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 المرأة والرجل**" **(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه**"[1]، وعليه فاتفاقية سيداو قد طالبت الدول الأطراف فيها منها الجزائر بتحقيق المساواة المطلقة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية، وطالما أن التطليق هو أحد صور حل هذه الرابطة فقد ألزمت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة الجزائر بعدم حصر أسباب التطليق أو على الأقل توسيعها طالما أن الطلاق بإرادة الزوج لا حصر لأسبابه قانونا[2]، وهو ما تحقق فعلا بتوسيع أسباب التطليق وذلك بتعديل المادة الثالثة والخمسون (53) بموجب تعديل ق أ بالأمر 02/05.[3]

وللتفصيل في ذلك نقسم مضمون هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى "أسباب التطليق في قانون الأسرة 11/84"، فيما نستعرض في المطلب الثاني "أسباب التطليق المضافة بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05".

المطلب الأول

أسباب التطليق في قانون الأسرة 11/84

[1] **أنظر:** اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق.

[2] **أنظر:** ردود لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الأولية المقدمة من الدول الأطراف – الجزائر – 1999، المرجع السابق، الملحق رقم 02، و التعليقات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الدورية الثانية للدول الأطراف – الجزائر – 2005، المرجع السابق، الملحق رقم 04.

[3] وهو ما أكده التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، والذي جاء فيه: "...**بموجب أحكام القانون الجديد تم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها، بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية، ولا سيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب انتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج أو أي عقد مبرم لاحقا...**"، **أنظر:** التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، المرجع السابق، ص 19، **لتفاصيل أكثر أنظر** الملحق رقم 05.

لقد كان المشرع الجزائري بموجب قانون الأسرة 11/84 يمنح المرأة الحق في فك الرابطة الزوجية بالتطليق، بعد لجوئها إلى القضاء لتحقيق ذلك، لكن ألزمها في ذلك بالاستناد إلى سبب من الأسباب السبعة (07) التي كانت تعددها المادة الثالثة والخمسون (53) منه.[1]

هذه الأسباب لازال المشرع يعتمد عليها كأسس لفك الرابطة الزوجية بالتطليق إلى يومنها هذا – مع إضافة أسباب أخرى بموجب تعديل 02/05 – لهذا سنتعرض لها بالدراسة في هذا المطلب بتقسيم مضمونه إلى أربعة فروع، نخصص الفرع الأول لـ "التطليق لعدم الانفاق وللعيوب"، فيما نخصص الفرع الثاني لـ "التطليق للهجر وللحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية"، أما الفرع الثالث يُخصص لـ "التطليق لغيبة الزوج ولارتكابه فاحشة مبينة"، وأخيرا الفرع الرابع الذي يُخصص لـ "التطليق لكل ضرر معتبر شرعًا".

الفرع الأول

التطليق لعدم الانفاق وللعيوب

نقسم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "التطليق لعدم الانفاق"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "التطليق للعيوب".

---

[1] كانت تنص المادة 53 من ق أ ج 11/84 (قبل تعديلها) على: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:**

1- **عدم الانفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 – 79 – 80 من هذا القانون.**
2- **العيوب التي تجول دون تحقيق الهدف من الزواج.**
3- **الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.**
4- **الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.**
5- **الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة.**
6- **كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و 37 أعلاه.**
7- **ارتكاب فاحشة مبينة".**

الفقرة الأولى

التطليق لعدم الانفاق

عدم الانفاق هو أولى الأسباب التي أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تستند إليها لطلب التطليق[1]، وذلك بموجب المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة 01 من ق أ 11/84، وقد أبقى على ذات الفقرة حتى بعد التعديل بالأمر 02/05، وقد جاء نصها كالآتي: **:يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 1- عدم الانفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 – 79 – 80 من هذا القانون".**[2]

---

[1] **يعرف الطلاق في اللغة بأنه:** "مصدر للفعل طلّق –بالتشديد–، يقال طلقت المرأة طلاقا فهي طالق، وله معان عدة منها الفراق والترك، يقال طلقت القوم أي تركتهم، وطلقت البلاد فارقتها، ومن التخلية والارسال مأخوذ من قولهم ناقة طالق إذا خليت مهملة بدون راع، وطلقت الأسير خليته، ومنها حال المقيد مطلقا سواء كان حسيا كقيد الفرس، أو معنويا كالعصمة، ومنه حبسوه في السجن طلقا أي بغير قيد"، **أنظر:** جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 2612.

أما **اصطلاحا فالطلاق هو:** "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها"، **أنظر:** محمد (أبو زهرة)، المرجع السابق، ص 291، **ومنه فالتطليق هو:** "فك الرابطة الزوجية بناءً على طلب الزوجة طالما أنها متضررة منه لسبب من الأسباب، ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، والقاضي يفرق بينهما طبقا لقواعد العدالة والانصاف"، **أنظر:** محمد لمين (لوعيل)، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، د ط، ص 97.

ونلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يعرف التطليق واكتفى بذكر أسبابه وتقرير التعويض عنه في حالة الضرر طبقا للمادتين 53 و 54 من ق أ ج، وعليه فالأصل أن تكون العصمة بيد الزوج الذي يملك حق الطلاق بالأصل، غير أن الزوجة تملك الطلاق في حالات معينة حددها الشرع والقانون، لكن استثناء قد تكون العصمة بيد الزوجة وحينها تملك تطليق نفسها قانونا بطريق التطليق أو الخلع، وشرعا بطريق التوكيل أو التمليك أو التخيير، **لتفاصيل أكثر أنظر:** عبد القادر بن داود، "الطلاق بإرادة الزوجة حال ما تكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز – غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي –"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 08، العدد 09، الجزائر، يناير 2004، ص 214 وما بعدها.

[2] القانون 11/84، السالف الذكر.

فنفقة الزوجة على زوجها واجبة بحكم الشرع وبحكم القانون[1]، وبموجب اتفاقية سيداو كذلك كما أسهبنا تفصيله سابقا.[2]

وعليه إذا تخلف الزوج عن أداء النفقة لزوجته جاز لها اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتطليق لفك هذا النكاح.[3]

غير أن هذا الأمر متوقف على شرطين: **أولهما** أن يصدر حكم بوجوب النفقة على الزوج، **وثانيهما** أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج.

فالشرط الأول يعني أن الزوجة إذا ما أرادت أن تدفع بعدم الإنفاق كسبب من أسباب التطليق لابد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها، وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه عنها قانونا، وفي حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة، حكم القاضي بالتفريق بينهما بناءً على طلب الزوجة بذلك على أساس عدم الانفاق[4]، طالما أن الامتناع كان عمدا وقصدا من الزوج، أي دون سبب وجيه، وهو يتعمد بذلك الإضرار بزوجته[5]، وهو الأمر الذي أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ

---

[1] **أنظر**: المواد من 74 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] ارجع إلى الباب الأول من هذا البحث.

[3] هذا ورغم وجوب نفقة الزوجة على زوجها شرعا إلا أنه لا يوجد في الشريعة الإسلامية (لا قرآن ولا سنة) ما يجيز للزجة طلب التفريق في حالة امتناع الزوج عن النفقة، ويذكر بعض العلماء أن صحابة النبي صلى الله عليه وسلم كان أكثرهم معسرين ولم يذكر مع ذلك رواة السيرة أن الرسول الكريم مكّن امرأة أبدا من الفسخ لعسر زوجها بالنفقة، وعليه فلو كان الفسخ للعسر جائز لفعله النبي صلى الله عليه وسلم، لكن مع ذلك نجد فقهاء المذاهب منهم **المالكية** يجيزون التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق على الزوجة، ويعتبرون هذه الفرقة طلاقا رجعيا، لأنه تفريق بسبب الامتناع عن القيام بواجب، أما **الحنفية** فيرون أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الانفاق سواء كان الزوج معسرا أو متعنتا، ولابد لها في هذه الحلة أن تلجأ إلى القاضي الذي يتحرى عن ذلك، فإذا كان الزوج معسرا منحه أجل للإنفاق، وإذا كان موسرا أو غنيا قام ببيع جزء من أمواله بما يكفي لمعيشة الزوجة، **لتفاصيل أكثر أنظر**: العربي (بختي)، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري –، دار كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ط 01، ص 116-117-119.

[4] عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 216.

[5] جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 90.

1995/05/02 والذي قضى بأنه: "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الانفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوج، وامتنع الزوج عن تنفيذ ذلك".[1]

وهذا الحكم الصادر بإلزام الزوج بالنفقة ليس لأجل ايجاب النفقة كما جاء في نص المادة الثالثة والخمسون (53) ق أ ج، لأن النفقة في الأصل واجبة شرعا وقانونا، وانما يمكن اعتبار الحكم بمثابة الإعذار أو التحدير للزوج الممتنع عن الإنفاق، فإذا طلبت الزوجة التطليق بعد امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم ينظر القاضي إلى مسوغات عدم تنفيذ الحكم، ثم يحكم بالتطليق وفقا لما يطلب القانون.

إلا أنه ما يعاب على المشرع أنه لم يبين المدة التي يجب أن تنتظرها الزوجة بعد صدور حكم ضد الزوج بعدم الانفاق لتطلب هي التطليق، فهل لها رفع دعوى حال صدور الحكم أم تنتظر مدة معينة؟ [2]

هذا ويجب أن يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، فلو كان الامتناع عائد للعسر فلا يطلقها القاضي بل تبقى له السلطة التقديرية في منح الزوج المعسر مهلة للإنفاق على زوجته[3]، أما إذا كان موسرا وادعى العجز فالأمر يختلف ويعود للقاضي سلطة التقدير فيه[4]، ويمكن للقاضي في ذلك أن يستعين بالفقه الإسلامي طالما أن هذه المسألة هي من المسائل المسكوت عنها قانونا إعمالا لنص المادة 222 ق أ ج التي تجيز له ذلك.

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 118475، المؤرخ في 1995/05/02، نشرة القضاة عدد 49، لسنة 1996، ص 241.

[2] ويبدوا أن هذا السكوت هو إحالة للقواعد العامة للتنفيذ المقررة بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008، وذلك طبقا للمواد 406 و 612 وما بعدها من هذا القانون، التي نستنتج منها ضرورة انتظار الزوجة لمهلة التنفيذ الاختياري المقررة بـ 15 يوم من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم للزوج عن طريق محضر قضائي، لتتمكن بعد ذلك من رفع دعوى تطليق أمام قضاء الأسرة.

[3] **لتفاصيل أكثر أنظر:** كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث في تشريعات الأسرة، دار ألفا للوثائق، الجزائر، 2019، ط 01، ص 78.

[4] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية –، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ج 01، ط 04، ص 276.

أما الشرط الثاني فهو أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، وهذا الشرط يبدوا منطقيا من حيث أنها علمت بحاله وقبلت به، فلا يمكن أن تجادل في ذلك بعد الزواج، فإذا كانت عالمة بمصدر دخله المحدود، أو بأنه ليس له دخل ورفعت دعواها، رفض القاضي الدعوى لعدم التأسيس لأن النص القانوني يقول: "...**ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج**"، ويقع عبئ الاثبات في هذه الحالة على الزوج.

هذا ويجب أن يكون الانفاق الذي طالبت الزوجة بالتطليق لسببه هو الانفاق على مثلها، فلا يجوز أن تطلب التطليق لعدم الانفاق إذا كانت قد طلبت طلبات تفوق قدرة الزوج وتعجزه عملا بالمواد 78 و 79 و 80 من ق أ ج.[1]

والسؤال المطروح هنا هو: ماذا لو كان اعسار الزوج ناتج عن تقاعسه عن العمل، هل يجوز للزوجة طلب التطليق في هذه الحالة؟

إن التمسك بحرفية نص المادة (53) فقرة (01) ق أ ج يؤدي إلى القول بأنه لا يحق لها طلب التطليق، لكن إذا أخذنا بروح النص فحينها يجوز للمرأة طلب التطليق، كون ضرر عدم الانفاق للزوجة قد تحقق لها مهما كان مبرر الاعسار، ولذلك كان ينبغي على المشرع أن يعدل في النص بطريقة تجعله يطبق بصورة مرنة تجمع بين المبدأ والاستثناء، خصوصا إذا تبين تقاعس الزوج عن طلب الرزق، فلا يمكن هنا معاقبة الزوجة بمنعها من طلب التطليق.

لنختم موضوع التطليق لعدم الانفاق بكلمة جامعة **لابن القيم** يقول فيها:

[1] اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2003، ص 54، **لتفاصيل أكثر أنظر** دليلة تريكي المولودة آيت شاوش، "التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية –"، المجلة الأكاديمية للبحوث القضائية ، المجلد 01، العدد 01، الجزائر، يوليو 2010، ص 151.

"...والذي تقضي به أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أن الرجل إذا غر المرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك، فظهر معدما لا شيء له، أو كان ذا مال وترك الانفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها، ولا بالحاكم أن لها الفسخ.

وإن تزوجت عالمة بعسرته، أو كان موسرا ثم أصابته جائحة اجتاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك، ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار، ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحكام ليفرقوا بينهم وبينهن وبالله التوفيق.

وقد جعل الله الفقر والغنى مطيتين للعباد، فيفتقر الرجل الوقت ويستغني الوقت، فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته لعم البلاء وتفاقم الشر وفسخ نكاح أكثر العالم وكان الفراق بيد أكثر النساء، فمن الذي لم تصبه عسرة ويعوز النفقة أحيانا".[1]

الفقرة الثانية

التطليق للعيوب

إن الحياة الزوجية قوامها الألفة والمودة والرحمة والتعاون بين الزوجين، ولولا الشعور المتبادل الذي يبعثه الله في نفوس الأزواج لما استطاع أحدهما معاشرة الآخر زمنا قصيرا، فكيف بمعاشرته طول الحياة[2]، لكن قد يحدث ما يعكر صفو الحياة الزوجية ويغيرها، ومن ذلك أن يتفاجأ أحد الزوجين بإصابة صاحبه بعيب ما يكون صعبا أو مستحيل الشفاء أو منفرا أو مضرا، وقد يكون حتى مانعا من تحقيق المقصد الشرعي الذي شرع الزواج لأجله كالاستمتاع وانجاب الأولاد وبناء أسرة منسجمة[3]، لأجل هذا أجاز المشرع الجزائري لكلا الزوجين فك الرابطة الزوجية على أساس هذا العيب[4]، فيكون للزوج الحق في الطلاق بالإرادة

---

[1] ناجي بلقاسم (علالي)، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، د ط، ص 103-104.

[2] جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص 91-92.

[3] اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 70.

[4] **وعن مفهوم العيب لغة فهو:** من العاب والعيبة، ويعني الوصمة، وعاب الشيء أي صار ذا عيب، وعيبة تعيبه أي نَسَبَهُ إلى العيب وجعله ذا عيب لقوله تعالى: "**فأردت أن أعيبها**" ﴿ سورة الكهف، الآية 78 ﴾، أي أجعلها ذات عيب، وقصد بذلك السفينة، **أنظر:** جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 3183 – 3184.

المنفردة، ويكون طلاقه هذا مبررا غير تعسفي في هذه الحالة ولا يلزم بالتعويض[1]، كما يجوز للزوجة طلب التطليق لوجود عيب في الزوج، وهذا طبقا للمادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (02) التي نصت على: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج**".[2]

وحسب آراء فقهاء الشريعة الاسلامية هناك اثنى عشر (12) عيبا يجوز التمسك به لإيقاع الفرقة بين الزوجين، منها ما يشترك فيه الزوجان وهذه العيوب هي الجنون والجذام والبرص وعيب العذيطة، ومنها ما تنفرد به الزوجة وهي عيوب بخر الفرج والإفضاء والعفل والقرن والرتق، ومنها ما يختص به الزوج وهي عيب الجب والخصاء والعنة والاعتراض.[3]

وقد اختلف فقهاء الشرع في جواز الفرقة للعيب من عدمها، فمنهم من منع ذلك في كل الأحوال، ومنهم من أجاز ذلك.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز فسخ النكاح للعيوب سواء من طرف الزوج أو **الزوجة**، بينما ذهب داوود الظاهري وابن حزم ومن وافقهما إلى أنه لا يجوز فسخ النكاح بعيب البتة.[4]

أما اصطلاحا، فالعيب في هذه الحالة هو: "ذلك النقص البدني أو العقلي، أو هو نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين فيسبب ضيقا للزوج الآخر نتيجة حرمانه من الحصول على ثمرة ومقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية، ومن أجل ذلك مُنح للمرأة حق طلب التطليق للعيب"، والعيوب هي أيضا "تلك العلل الجنسية أو الأمراض الجسدية التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية ومن التمتع بالحياة الزوجية"، **أنظر**: العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 28.

[1] وهذا طبقا للمادتين (48) و (52) من قانون الأسرة الجزائري.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] **للتفصيل في هذه العيوب أنظر**: بدران أبو العينين (بدران)، المرجع السابق، ص 436 وما بعدها، **و** أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 94، **و** ناجي بلقاسم (علالي)، المرجع السابق، ص 93 وما بعدها، **و** العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها.

[4] وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 516.

فعن أدلة الجمهور، فإن أقوى ما تمسكوا به هو قول الله تعالى: "**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**"[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا ضرر ولا ضرار**".[2]

أما عن أدلة الظاهرية، قالوا أنه لا يوجد أي دليل في القرآن أو السنة أو الأثر عن الصحابة أو القياس أو المعقول يجيز فسخ الزواج لعيب في أحد الزوجين، وأن كل نكاح صح بكلمة الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم يُحرم التفريق فيه بين الزوجين بغير قرآن كريم وسنة ثابتة، وإلا دخل الزوجان في صنف من ذمهم الله تعالى[3]، وذلك في قوله: "**فيتعلمون منها ما يفرقون به بين المرء وزوجه**".[4]

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري يتبين من خلال نص المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (02) من ق أ ج أنه أجاز التطليق للعيوب من طرف الزوجة آخذا في ذلك بما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، ولكن تفعيل ذلك قضاءً يكون شريطة توافر مجموعة من الشروط استقر عليها الفقه والعمل القضائي في الجزائر، وهي:

- أن يكون العيب في الزوج.
- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزوج، وخاصة الاستمتاع والنسل وإحصان الزوجين.
- أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يتوقع شفاءها.
- أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليقها إلى القاضي.
- أن القاضي لا يحكم بتطليقها إلا بعد التأكد من صحة دعواها التي تثبتها بمختلف الوسائل.[5]

---

[1] سورة البقرة، جزء من الآية 229.

[2] أبو عبد الله اسماعيل (البخاري)، المرجع السابق، الحديث رقم 22830، ص 326.

[3] وهبة (الزحيلي)، المرجع نفسه، ص 516.

[4] سورة البقرة، جزء من الآية 101.

[5] لحسين (بن شيخ أث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة – مدعم باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014 –، دار هومة، الجزائر، 2015، ط 02، ص 150.

هذا وعلى القاضي أن يتأكد من وجود العيب الذي تدعيه الزوجة في الزوج، وذلك بالاستعانة بالخبرة من أطباء مختصين، أو بأي وسيلة أخرى كالإقرار، وفي الواقع فالقضاة عادة ما يمنحون الزوج أجل **سنة** من أجل العلاج، هذا ما أكده قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1984/11/19 والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة الزوجة يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج...وبعد انتهاءها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، وإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية".[1]

والملاحظ أن المشرع الجزائري بمنحه هذا السبب للزوجة من أجل التطليق لم يبين ما إذا كانت الزوجة عالمة بالعيب قبل الزواج من عدمه؟، وإذا كانت عالمة به فهل يسقط حقها في التطليق على أساسه بعد ذلك مثلما هو الأمر ي التطليق لعدم الإنفاق؟[2] هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد تقع الزوجة في مسألة عيوب الارادة وهي التدليس، وذلك في حالة ما إذا كان الزوج عالما بعيبه قبل الزواج وأخفى عنها ذلك، فما هو الحل في هذه الحالة؟، كلها أمور كان لابد على المشرع تبيان أحكامها.

غير أننا نرى أن علم الزوجة بالعيب قبل الزواج يسقط حقها في طلب التطليق بعد ذلك، قياسا على حكم علم الزوجة بعسر الزوج قبل الزواج، وذلك لاشتراكهما في السبب والعلة، أما عن التدليس الذي قد تقع فيه الزوجة نتيجة علم الزوج بعيبه قبل الزواج واخفاءه عنها فهذا لا يمنحها الحق في التطليق فقط بل يمنحها أيضا الحق في التعويض إعمالا للقواعد العامة للتدليس المقررة في القانون المدني الجزائري.[3]

ومن أكثر العيوب اثارة للجدل هو عيب العقم، وحق الزوجة في طلب التطليق على أساسه من عدمه، حيث بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجده يجيز ذلك بناء على تفسير المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (02) ق أ ج التي اشترطت أن يحول العيب دون تحقيق الهدف من الزواج، والعقم يحول دون تحقيق

---

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 43784، بتاريخ 1984/11/19، م ق عدد 03، لسنة 1989، ص 73.

[2] **للتفصيل أكثر في مسألة علم الزوجة بالعيب من عدمه أنظر:** كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، المرجع السابق، ص 79-80-81.

[3] أنظر المادتين (86) و (87) من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

أحد أهم أهداف الزواج ألا وهو الانجاب، ومن ذلك نجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "إن المعاشرة بين الزوجين – في قضية الحال – كانت طويلة، وأن الطاعن لم ينجب أطفال طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها من عدم الانجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج قد طبقوا القانون تطبيقا سليما".[1]

وجاء في قرار آخر أنه: "من المقرر قانونا وقضاء جواز طلب الزوجة التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج لتكوين أسرة وتربية الأبناء ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم امكانية انجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية".[2]

كما أشار قرار آخر إلى أنه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، فإن عدم تحقيق الأهداف السالفة يخول للزوجة الحق في طلب التطليق، ومن ثم فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما استجابوا لطلب الزوجة الرامي إلى التطليق لعدم قدرة الزوج على الإنجاب وتكوين أسرة متكاملة".[3]

الفرع الثاني

التطليق للهجر وللحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية

نقسم هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "التطليق للهجر في المضجع"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "التطليق للحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية".

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 213571، بتاريخ 1999/02/16، م ق عدد خاص، لسنة 2001، ص 119.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 87301، بتاريخ 1992/12/22، م ق عدد 02، لسنة 1995، ص 92.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 52850، بتاريخ 1989/03/13، م ق عدد 02، لسنة 1995، ص 37-38.

الفقرة الأولى

التطليق للهجر في المضجع

بالإضافة للتطليق لعدم الإنفاق وللعيوب يجوز للزوجة كذلك طلب التطليق للهجر في المضجع[1]، وهذا طبقا للمادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (03) ق أ ج التي تنص على: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر**"[2]، وهي فقرة جاءت مقتضبة رغم أن السياق العام يدل على أنها مفهومة، إلا أن الواقع يثبت العكس، لأن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدر رسمي لقانون الأسرة الجزائري، وفي الشريعة يستعمل لفظ الهجر للدلالة على التأديب، وهو حق للزوج على زوجته الناشز، لكن المشرع أجاز التطليق للهجر ولو كان سببه هو التأديب، كما أن المشرع اشترط أن يكون الهجر فوق أربعة (04) أشهر، والمعلوم شرعا أن الإيلاء هو الذي يكون إلى مدة أربعة (04) أشهر وليس الهجر، فهذا الأخير غير محدد بمدة زمنية كما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.[3]

وعليه نلاحظ أن المشرع قد جمع بين الهجر في المضجع – الذي يكون بغرض التأديب – وبين الإيلاء في الحكم، وجعل كليهما سببا لطلب التطليق.

عموما فقد منح المشرع الجزائري للزوجة الحق في طلب التطليق في حالة هجر الزوج للمضجع، ولكن تفعيل ذلك قضاءً رُبط بمجموعة من الشروط التي استقر عليها العمل القضائي، وهي:

- هجر الزوج لزوجته من المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم الاقتراب منها، أو ترك فراش الزوجية والنوم في فراش آخر.

---

[1] **الهجر في المضجع هو**: "ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر فأكثر مما ألحق بها ضررا، ذلك أن هجر فراش الزوجية يعني تباعد الطرفين، ونشوء الوحشة والشقاق بين الزوجين، وانقلاب الألفة إلى سوء عشرة وهجر وفراق، فإذا لم تعد الزوجة تحتمل هذا الهجر فيجوز لها طلب التطليق من القاضي"، **أنظر**: كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث في تشريعات الأسرة، المرجع السابق، ص 82، **و** العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 127.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] **لتفاصيل أكثر أنظر**: وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 540-543-544، **و** بدران أبو العينين (بدران)، المرجع السابق، ص 414 وما بعدها.

- أن يكون هذا الهجر عمديا، ودون مبرر شرعي أو قانوني، فإذا كان للهجر مبرر مشروع ومعقول فلا يحق للزوجة طلب التطليق، كأن يكون الهجر لمرض في الزوج، أو بسبب سفره، أو بسبب أداءه لواجب الخدمة العسكرية...إلخ.
- أن يتجاوز الهجر أربعة (04) أشهر، أي أن لا يقع خلال هذه المدة أي اتصال بين الزوجين، ولابد أن تكون هذه المدة مستمرة وغير منقطعة، وعلى الزوجة أن تثبت هذه الواقعة المادية بكافة طرق الإثبات، بالإضافة إلى إثباتها للضرر الحاصل لها من جراء هجرها لمدة تتجاوز الأربعة (04) أشهر.
- توافر نية الإضرار بالزوجة وليس نية الإصلاح والتأديب.[1]

هذه هي الشروط الأساسية التي ينبغي على القاضي التأكد من توافرها حتى يتمكن من تطبيق الفقرة (03) من المادة الثالثة والخمسون (53) ق أ ج تطبيقا سليما، وإذا تخلف أي شرط من هذه الشروط فلا يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق استنادا إلى الهجر في المضجع.

الفقرة الثانية

التطليق للحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية

جاء في نص المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (04) من ق أ ج 11/84 أنه من أسباب التطليق الحكم على الزوج بعقوبة سالبة ومقيدة لحريته لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية[2]، غير أن هذه الفقرة لحقها تعديل وتنقيح بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، وأصبح مضمونها كالآتي: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية**".[3]

---

[1] نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2005-2006، ص 106.

[2] القانون 11/84، السالف الذكر.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

وقد فعل المشرع الجزائري حسنا بهذا التعديل، لأن النص القديم كان يشتمل على أخطاء عديدة، ومن ذلك وصف العقوبة بـ "**الشائنة**" وكأن هناك عقوبات شائنة وأخرى غير شائنة، والقانون نفسه لم يعرف العقوبة الشائنة فكيف للزوجة أن تعرفها وتطلب التطليق على أساسها.

ولعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية كالزنا والدعارة، والجرائم الماسة بالسمعة والشرف كالسرقة والاختلاس والرشوة ونحوها.

وما كان يؤخذ على هذا النص كذلك أنه يشترط لطلب الزوجة التطليق أن يُحبس الزوج لمدة تزيد عن السنة، بمعنى لو حُبس أقل من سنة حتى لو كانت الجريمة ماسة بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية لا يمكن للزوجة رغم ذلك طلب التطليق، وهذا غير منطقي.

ثم أن الإشكال الآخر الذي لازال مطروح حتى بعد تعديل المادة أعلاه هو اشتراط المشرع أن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ومعلوم أنه إذا أمكن للقاضي معرفة الجرائم الماسة بشرف الأسرة، فإن تقدير استمرار الحياة الزوجية من عدمه هو أمر يخص الزوجة، وهو يختلف من زوجة لأخرى، فهل يأخذ القاضي بتقديرها، أم أن التقدير تقديره طالما أن النص لم يمنح الزوجة سلطة التقدير!.

عموما بالرجوع إلى نص المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (04) ق أ ج المعدلة بالأمر 02/05 نجد أنه حتى تستطيع الزوجة طلب التطليق استنادا لهذا السبب لابد من توافر مجموعة من الشروط وهي كالآتي:

- أن يصدر حكم بات استنفذ جميع طرق الطعن العادية وغير العادية يدين الزوج من طرف الجهات القضائية المختصة بإصداره، وعلى الزوجة تقديم نسخة من هذا الحكم البات أمام محكمة شؤون الأسرة لطلب التطليق.[1]

[1] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 296.

- أن يكون سبب هذا الحكم هو ارتكاب الزوج جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، ويعود للقاضي تقدير ذلك، ولعل المقصود بذلك هو الجرائم الماسة بالآداب العامة والتي يستهجنها المجتمع الجزائري كجريمة الزنا أو الدعارة أو هتك العرض أو الخيانة أو التجسس...إلخ.[1]
- أن تكون الجريمة قرينة على استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ومعنى ذلك أن الحكم على الزوج بهذه الجريمة يؤدي إلى توتر العلاقات بين الزوجين، وانقطاع المودة والمحبة بينهما وتحولها إلى كره وبغض.[2]

غير أن المشرع الجزائري في نص المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (02) من ق أ ج بعد تعديلها لم يشترط أن تكون العقوبة المحكوم بها على الزوج هي عقوبة مقيدة لحريته أو عقوبة موقوفة التنفيذ أو غرامة، ونظرا لهذا السكوت فيجوز للزوجة طلب التطليق في كل هاته الحالات، وهذا على عكس النص القديم الذي كان يشترط أن تكون العقوبة مقيدة وسالبة لحرية الزوج حتى تستطيع الزوجة طلب التطليق على أساسها.

الفرع الثالث

التطليق لغيبة الزوج ولارتكابه فاحشة مبينة

نقسم هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "التطليق لغيبة الزوج"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة".

الفقرة الأولى

التطليق لغيبة الزوج

[1] كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، المرجع السابق، ص 83-84.
[2] اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 120.

تعتبر الغيبة كسبب موجز للتطليق من الأسباب المختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أجاز المالكية والحنابلة للزوجة طلب التطليق لغيبة الزوج دفعا للضرر الذي يصيبها من جراء ذلك، ولكن بشروط هي:

- أن يكون غياب الزوج عن زوجته بدون عذر مقبول.
- أن تتضرر الزوجة بغيابه.
- أن تكون الغيبة في بلد غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة.
- أن تمر سنة على الغياب.[1]

وهذا على عكس الحنفية والشافعية الذين ذهبوا إلى عدم جواز التفريق بين الزوج وزوجته لغيبة مطلقا، حتى وإن طالت فلا تكون سببا للتفريق.[2]

أما عن موقف المشرع الجزائري نلاحظ بأنه قد ذهب إلى ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، حيث أجاز للزوجة طلب التطليق لغيبة الزوج بشروط معينة بطبيعة الحال، وهذا طبقا للفقرة (05) من المادة الثالثة والخمسون (53) من ق أ ج التي تنص على: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 5- الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة**"، وهو ما أكده المشرع كذلك في المادة مائة واثنى عشر (112) من ذات القانون بقوله: "**لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءً على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون**".[3]

وعليه حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق لغيبة الزوج لابد أن تتوافر ثلاث (03) شروط أساسية وهي:

- أن يتغيب الزوج عن زوجته غيبة طويلة تفوق السنة، ويجري حساب هذه المدة عند فقهاء الشريعة الإسلامية بالسنة القمرية، ولكن القانون لم يحدد ذلك فيصح بالتالي اعتماد السنة الميلادية طالما أن العمل

---

[1] ناجي بلقاسم (علالي)، المرجع السابق، ص 107.

[2] العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 133، **لتفاصيل أكثر أنظر** ماحادو الأسان، أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارنا بالشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2007، ص 59 وما بعدها.

[3] القانون 11/84 المعدل بالأمر 02/05، السالفين الذكر.

يجري بها قضاءً[1]، والغيبة المقصودة هنا هي غيبة الزوج بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة، أما إذا كانت هناك غيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد فهنا لا يمكن للزوجة طلب التطليق على هذا الأساس، بل يمكنها طلبه على أساس الضرر[2]، ، ومنه فالسبب يتغير هنا.

- أن تكون الغيبة دون عذر شرعي وعقلي مقبول، كأن يسافر ولم يعد، فيتهرب بذلك من واجباته ويخل بالتزاماته، وهو ما يضر بالزوجة ضررا كبيرا، أما إذا كان الغياب بعذر مقبول كالسفر للدراسة أو العلاج أو العمل أو لأداء الخدمة العسكرية وما شابه ذلك، فلا يجوز للزوجة هنا طلب التطليق للغياب وذلك لوجود المبرر.[3]
- إضافة إلى ذلك يشترط أن يكون هذا الزوج الغائب لأكثر من سنة بلا عذر لم يترك لزوجته ما تنفقه على نفسها وعلى أولادها – إن وجدوا –، أي بمفهوم المخالفة إذا غاب الزوج لأكثر من سنة ولو دون عذر ولكنه قد ترك لزوجته أموالا تنفق منها على نفسها وعلى أولادها فلا يجوز للزوجة في هذه الحالة طلب التطليق على أساس الغيبة، بل لابد أن تغير تأسيسها إما على أساس الهجر أو الضرر.

ويقع عبئ إثبات كل هذه الشروط على عاتق الزوجة المدعية، ويكون للقاضي السلطة التقديرية في الحكم لها بالتطليق للغيبة من عدمه.

الفقرة الثانية

التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

لقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة وذلك بموجب المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (07) من ق أ ج بقوله: "**يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية: 7- ارتكاب فاحشة مبينة**".[4]

وأول ما يلاحظ على هذا النص هو قصوره وغموضه، فالمشرع لم يبين إذا ما كان قد أخذ بالمعنى الضيق للفاحشة المبينة أو بالمعنى الواسع لها، إذ من الصعب وضع مفهوم جامع مانع للفاحشة المبينة، غير

---

[1] اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 125.

[2] هذا طبقا للمادة 53 فقرة 10 من ق أ ج، سالف الذكر.

[3] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 297.

[4] الأمر 02/05، السالف الذكر.

أنه يمكن معرفة مدلولها من خلال آيات القرآن الكريم التي تصور الفاحشة، منها قوله تعالى: "**ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا**"[1]، وقوله كذلك: "**لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا**".[2]

وعليه فإن **المعنى الضيق** للفاحشة ينحصر في ارتكاب الزنا، أما **المعنى الواسع** لها فهو كل فاحشة كالردة، والشرك بالله، والاعتداء على قاصر، والزنا، وعقوق الوالدين وغيرها، وعليه فإن تحديد الفعل إذا كان فاحشة مبينة أم لا يرجع للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي، وهو الأمر الذي قد يجعل الأحكام القضائية مختلفة بين القضاة، فقد يعتبر قاضي معين حالة على أنها فاحشة، ذات الحالة لا يعتبرها قاضي آخر كذلك.

والفاحشة المبينة صعبة الإثبات، خصوصًا وأن المشرع لم يشترط صدور حكم قضائي يدين الزوج بهذه الفاحشة – خصوصا وإذا كان قانون العقوبات يورد نص بإدانتها والعقاب عليه –، مما يجعل الزوجة لا تستفيد منها كسبب للتطليق في حقيقة الأمر وهو الغالب الأعم.

الفرع الرابع

التطليق لكل ضرر معتبر شرعا

أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق بناء على كل ضرر معتبر شرعا يصيبها، ليفتح الباب بذلك على مصرعيه في توسيع أسباب التطليق، وهو الأمر الذي كان المشرع يتبناه حتى بموجب قانون الأسرة 11/84، وذلك بموجب المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (06) منه بقوله: "**يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية: 6- كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و 37 أعلاه**"[3]، هذه الفقرة تم تعديلها بموجب الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة وأُفرغ

[1] سورة الإسراء، الآية 32.

[2] سورة الطلاق، الآية 01.

[3] القانون 11/84، السالف الذكر.

مضمونها في الفقرة (10) من ذات المادة، وأصبح نصها كالآتي: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 10- كل ضرر معتبر شرعا**"[1]، وقد وسع المشرع الجزائري بذلك أكثر في عمومية هذا النص.

وعليه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إذا ما أصابها ضرر معتبر من طرف الزوج، سواء كان هذا الضرر بالقول أو بالفعل، وسواء كان ناتج عن سلوك سلبي أو ايجابي من طرف الزوج نحو زوجته، ويكون الغرض منه هو ايذاء الزوجة بأي شكل من الأشكال[2]، كضربها ضربا مبرحا، أو شتمها بألفاظ نابية، أو الإعراض عنها بغير سبب، أو احتقارها وازدراءها أمام الغير، أو حرمانها من حقوقها المقررة لها شرعا وقانونا...إلخ، جاز للزوجة في كل هذه الحالات طلب التطليق مؤسسة دعواها على الضرر.

وقد اشترط المالكية[3] أن يكون هذا الضرر المرتكب من الزوج ضد زوجته متعمدا ومتكررا ومستمرا حتى يكون لها حق طلب التطليق[4]، أما المشرع الجزائري لم ينص على ذلك، ومنه يعود للقاضي السلطة التقديرية في إعمال هذه الشروط – استنادا للمادة (222) ق أ ج – أو عدم اعمالها – استنادا إلى سكوت المشرع عنها –.

ونظرا لعمومية الفقرة (10) من المادة الثالثة والخمسون من ق أ ج التي تجيز للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا فإنه يعود للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في اعتبار الفعل ضرر يجوز الحكم بالتطليق على أساسه أم لا، وهي سلطة موضوعية مطلقة لا يقيدها أي قيد ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا، وقد فعل المشرع حسنا بذلك، لأن مفهوم الضرر يختلف من زمان لآخر ومن مكان لآخر، ما قد يعتبر ضرر بالنسبة لزوجة ما قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لزوجة أخرى.[5]

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 134.

[3] المالكية أجازوا التطليق للضرر، عكس الحنفية والشافعية والحنابلة الذين لم يجيزوا ذلك ولو كان الضرر شديدا، لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، الذي يحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها، **أنظر**: وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 527.

[4] العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 130.

[5] كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، المرجع السابق، ص 96.

هذا وقد ضرب لنا القضاء الجزائري أمثلة عدة عن الضرر المجيز للتطليق، والضرر غير المجيز للتطليق، وذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) نذكر أهمها كالآتي:

- قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1985/02/25 جاء فيه: "حيث أن الزوجة المطعون ضدها طلبت التطليق بدعوى أن زوجها منعها من السفر إلى فرنسا لزيارة أهلها، وهذا ليس داخلا في باب الضرر، ولا تطلق بموجبه، بل يمكن الرجوع فيه إلى القاضي بإصدار أمر من شأنه أن يأذن فيه بالزيارة ويحدد عددها سنويا مراعيا في ذلك بعد المسافة ومكانها...".[1]
- وجاء في قرار آخر: "وعن السبب الثاني وما جاء في آخر السبب الأول من اخراج الزوجة من خدرها وعرضها على الحاضرين والتشهير بها أنها ثيب، هو طعن في شرفها ومسا فادحا بعرضها، لم يلحق بها ضررا يطويه النسيان فقط، بل ألحق بها عارا يبقى لاحقا بذهنها مع أهلها طول الزمن...، ومن ثم فالحكم بتطليقها هو الجزاء الشرعي في القضية، وموافقة المجلس على الحكم هو ما تقرره القواعد الشرعية".[2]
- كما ورد في قرار آخر: "حيث أن تطليق الزوجة عن زوجها للضرر يتوقف على وجود السبب الشرعي، حيث أن الزوجة لم تقدم سوى شهادات طبية، والتي لا يؤخذ بها في هذه الأمور وحدها، فالطبيب لم يشاهد فعل الضرب، وانما يشهد على ما يراه في جسم الانسان، ومن ثم فلا وجود لأي سبب تطلق بموجبه الزوجة من زوجها، الأمر الذي يستوجب معه النقض دون الإحالة".[3]
- وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا: "حيث أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب انكار الزوج للعلاقة الزوجية معها، وفي هذه الحالة يجوز لها طلب التطليق وفقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري...".[4]

---

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 35891، المؤرخ في 1985/02/25، م ق عدد 01، لسنة 1989، ص 81.

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 40429، المؤرخ في 1986/05/05، م ق عدد 04، لسنة 1989، ص 180- 181.

[3] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، المؤرخ في 1989/01/02، م ق عدد 04، لسنة 1991، ص 97.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 125059، المؤرخ في 1995/10/14، نشرة القضاة عدد 53، لسنة 1998، ص 59.

- وفي قرار آخر لها ورد فيه: "حيث أن قضاة الموضوع قالوا في حيثياتهم بأن طلب المطعون ضدها مبرر نظرا للضرر الذي لحقها من طرف الطاعن لتقاعسه في العدل بينها وبين ضرتها، والاعتداء عليها، وهو ما يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة...، وبالتالي حكموا للمطعون ضدها بالتطليق مع التعويض، وبالتالي يكون ما ينعيه الطاعن بهذه الأوجه غير سديد يتعين رفضه، وتبعا لذلك رفض الطعن".[1]
- وورد في قرار آخر أن: "حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين بأن المطعون ضدها قد أسست طلب التطليق على أن الطاعن يتعاطى الخمر والسهرات الليلة، وله علاقة غير شرعية مع احدى الفتيات...، وهو ما يعد ضررا أعمالا للمادة 53 من قانون الأسرة...".[2]

المطلب الثاني

أسباب التطليق المضافة بموجب الأمر 02/05

بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 حاول المشرع تحقيق المساواة أكثر بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية اعمالا لبنود اتفاقية سيداو وتوصيات لجنتها التي تقضي بضرورة تحقيق المساواة التامة بين الجنسين في الطلاق، وذلك بأن قام بتوسيع الأسباب التي قد تستند إليها الزوجة في طلب التطليق، فقام بإضافة ثلاثة أسباب نقف عندها بتقسيم مضمون هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نخصص الفرع الأول لـ "التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة"، فيما نخصص الفرع الثاني لـ "التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين"، أما الفرع الثالث سيخصص لـ "التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

الفرع الأول

التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 356997، المؤرخ في 2006/01/12، م م ع عدد 02، لسنة 2006، ص 446.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 654972، المؤرخ في 2011/09/15، م م ع عدد 02، لسنة 2011، ص 296.

لقد نصت الفقرة (06) من المادة الثالثة والخمسون (53) من ق أ ج المضافة بالأمر 02/05 على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لمخالفة أحكام المادة (08) من قانون الأسرة.[1]

وهذه المادة الثامنة (08) هي تختص بأحكام تعدد الزوجات، وبينت قيود ذلك من وجود المبرر الشرعي، مع اخبار الزوجة السابقة واللاحقة، بالإضافة إلى طلب ترخيص بذلك من رئيس المحكمة المختصة.[2]

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري في المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (10) ق أ ج امكانية التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، فكان بالإمكان الاكتفاء بهذه الفقرة لتطلب الزوجة المتضررة من التعدد التطليق على أساساها –كما كان عليه الحال قبل تعديل هذه المادة أي في ظل القانون 11/84 –، غير أن المشرع ارتأى بموجب تعديل المادة الثالثة والخمسون (53) أن يخصص لهذا السبب فقرة مستقلة بذاتها ألا وهي الفقرة (06) من هذه المادة، وربما يكون هذا من أجل توضيح السبب أكثر ليسهل للزوجة المتضررة من التعدد اثبات ذلك.

وقد تزامن هذا مع إعادة تنظيم التعدد في المواد (08) و (08) مكرر و (08) مكرر 01 من ق أ ج، هذا وقد أكدت المادة (08) مكرر على ذات ما ورد في المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (06) وذلك بقولها: "**في حالة التدليس، لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**".[3]

ومع هذا يمكن القول أنه يحق للزوجة طلب التطليق على أساس مخالفة أحكام المادة الثامنة (08) من ق أ ج إذا كانت غير راضية على التعدد، أو في حالة ما إذا التعدد مبني على التدليس، أي لم يستوفي الشروط المنصوص عليها قانونا، كما يجوز لها طلب التطليق كذلك في حالة عدم تحقيق الزوج للعدل بين زوجاته، هذا ويجب على الزوجة المتضررة اثبات ما تدعيه حتى يقضى لها بالطلاق، والمسألة في النهاية يقدرها القاضي[4]، فبالنسبة مثلا لعدم العدل بين الزوجات فعلى الزوجة أن تثبت بأن زوجها لا يعاملها معاملة حسنة أو يعنفها أو لا يساوي في الانفاق بينها وبين ضرتها...إلخ.

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] وهو ما فصلنا فيه سابقا في الباب الأول من هذا البحث.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[4] عبد النور عيساوي، المرجع السابق، ص 228.

أما عن مسألة عدم وجود المبرر الشرعي، فيطرح التساؤل حول إذا ما زال المبرر الشرعي بعد ابرام الزواج الثاني هل يمكن للزوجة أن تطلب التطليق في هذه الحالة أم لا؟، ومثال ذلك أن الزوج تزوج بزوجة ثانية بسبب مرض الزوجة الأولى، وبعد الزواج شفيت هذه الأخيرة، فهل يحق لها المطالبة بالتطليق؟ يمكن القول في هذا الصدد أن المبرر الشرعي يشترط وجوده عند ابرام عقد الزواج الثاني، وعليه إذا زال هذا المبرر بعد ذلك لأي سبب من الأسباب فلا يمكن للزوجة الأولى أن تطلب التطليق على أساسه طالما كان متوفرا من البداية، والمشرع قد قصد من وراء شرط عدم وجود المبرر الشرعي كسبب من أسباب التطليق الزواج العرفي، فإذا تزوج الرجل بزوجة ثانية زواجا مكتمل الأركان والشروط الشرعية دون أن يقوم بتسجيل هذا الزواج مع انعدام المبرر الشرعي يجوز للزوجة الأولى المطالبة بالتطليق.[1]

ونفس الأمر بالنسبة لعدم احترام شرط اخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، فغالبا ما يحصل هذا الأمر في الزواج العرفي أي الزوج الذي تتوافر فيه كافة الأركان الشرعية والقانونية ولكن لم يتم تسجيله حتى لا تعلم به الزوجة الأولى خصوصًا، كما يمكن أن نتصور عدم احترام هذا الشرط في حالة عدم اخبار احدى الزوجتين عمدا ونتيجة لطرق احتيالية وتدليسيه تمكن الزوج من الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة ، فيمكن للزوجة في هذه الحالة طلب التطليق كذلك.

وبالنسبة أيضا لشرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة، فكل زوجة تزوج عليها زوجها دون أن يحص على ترخيص من رئيس المحكمة أن ترفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق.[2]

هذا ونجد بعض القرارات القضائية التي تدعم ذلك، منها قرار صادر عن المجلس الأعلى جاء فيه: "حيث أن الزوج لم يقم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية ، وبالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجين طبقا للشريعة، وأنه بناء على ذلك قضى الحكم المعاد بالتطليق بين الزوجين، وبالنفقة وإسناد حضانة الأولاد للأم، مما يستوجب اعتبار الحكم سليم".[3]

---

[1] كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث في تشريعات الأسرة، المرجع السابق، ص 85 – 86.

[2] كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث في تشريعات الأسرة، المرجع نفسه، ص 86.

[3] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 41445، المؤرخ في 1986/05/05، قرار غير منشور، **مقتبس عن:** اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 200.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا: "إن المادة 08 تعطي الحق للزوجة السابقة في التطليق عندما يتزوج زوجها بزوجة ثانية دون علمها لأن هذا يعتبر ضرر أصابها، ومنه فالقضاء بتطليق الزوجة لهذا السبب قد طبق فيه القضاة صحيح القانون".[1]

وعليه فإن المشرع الجزائري اعتبر أن الضرر الناتج عن تعدد الزوجات هو ضرر يمنح للزوجة حق التطليق، وقد أكد على ذلك في موضعين، الأول من خلال الفقرة (06) من المادة الثالثة والخمسون (53)، والثاني من خلال المادة الثامنة (08) مكرر من ق أ ج، وهو ما أيده القضاء الجزائري.

وهو الأمر الذي يؤكد السياسة التشريعية للمشرع الجزائري المتجهة نحو تقييد التعدد من جهة، ومنح المرأة كافة التسهيلات في التطليق من جهة أخرى، كل ذلك اعمالا لمبد المساواة بين الجنسين في الزواج والطلاق المقرر بموجب اتفاقية سيداو وتوصيات لجنتها.

الفرع الثاني

التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

استحدث المشرع الجزائري سببا جديدا للتطليق بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، وذلك بإضافة الفقرة (08) ضمن المادة الثالثة والخمسون (53) ق أ ج التي تنص على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 8- الشقاق المستمر بين الزوجين".[2]

والمقصود بالشقاق هو: "النزاع الشديد بين الزوجين بسبب الطعن في الكرامة"[3]، وبالتالي فالشقاق هو: "سوء العشرة بين الزوجين، واستمرار التنافر والخصام بينهما سواء بسبب الزوج أو بسبب الزوجة، مما يلحق ضرر بأحدهما أو بكليهما".[4]

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشقاق بين الزوجين هو مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين، بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية، وإلى كل من له علاقة بهما، سواء علاقة

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 122443، المؤرخ في 1995/09/26، نشرة القضاة عدد 55، لسنة 1994، ص 171.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 527.

[4] اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 136.

قرابة أو مصاهرة، وإذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما جاز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة، هذا إذا ثبت له الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، أما إذا لم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين للإصلاح.[1]

وذلك لقوله تعالى: "**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد الله إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا**".[2]

وبالرجوع إلى المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (08) من ق أ ج نجد بأن المشرع لم يبين كيفية اثبات الشقاق، ولا ضرورة اثبات استمراره، ولا المتسبب فيه، بل اكتفى بمنح الزوجة حق التطليق للشقاق ولو كانت هي المتسبب فيه.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فهو لا يعتد بالشقاق الذي يحصل أثناء سير اجراءات الخصومة القضائية، بل يشترط أن يكون الشقاق قد حصل خلال الحياة الزوجية، حيث جاء في أحد القرارات القضائية: "يثبت الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين، ولا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح لثبوت الشقاق المستمر والاعتماد عليه في التطليق".[3]

وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وثبت الضرر حكم القاضي بالتطليق بين الزوجين، أما اذا اشتد الخصام ولم يثبت الضرر أوجب المشرع على القاضي في هذه الحالة تعيين حكمين للتوفيق بين الزوجين – إعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الأمر –، وهذا طبقا للمادة السادسة والخمسون (56) ق أ ج[4] التي تنص على: "**إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هاذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين**".[5]

---

[1] ماحادو الأسان، المرجع السابق، ص 64.

[2] سورة النساء، الآية 35.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 624622، المؤرخ في 2011/07/14، م ق عدد 02، لسنة 2012، ص 227.

[4] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[5] هذا وقد فصل المشرع الجزائري في اجراءات التحكيم الذي يتم في الخصومات وذلك بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية – السالف الذكر –، وذلك في عدة مواد حيث:

ومعنى ذلك أن القاضي ملزم بتعيين الحكمين للصلح بين الزوجين في حالة الشقاق، غير أن هذا مشروط بعدم ثبوت الضرر، أي بمفهوم المخالفة إذا ثبت الضرر فإن القاضي يحكم للزوجة بالتطليق مباشرة دون المرور بمرحلة تعيين الحكمين، حيث قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته بأنه: "من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين، ولحق الزوجة من ذلك ضرر بيّن، واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه لا سبيل من حل إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض الأسباب أو مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن النزاع بين الطرفين طال أمده، وبقي كل منهما مصّر على موقفه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليما وغير مشوب بالقصور أو تناقض الأسباب وغير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية أو لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

كما 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 يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما جعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام، وتظليم الزوج وتعويض الزوجة، قد طبقوا صحيح القانون".[2]

تنص المادة 446 منه على: "**إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة**".

وتنص المادة 447 منه على: "**يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من اشكالات أثناء تنفيذ المهمة**".

كما تنص المادة 448 منه على: "**إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن**".

وتنص المادة 449 منه أيضا على: "**يجوز للقاضي انهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة**".

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 36414، المؤرخ في 1985/05/20، م ق عدد 02، لسنة 1990، ص 58.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 224655، المؤرخ في 1999/06/15، م ق عدد 01، لسنة 2001، ص 128.

ويمكن القول أخيرا أن التطليق في هذه الحالة إنما يكون بسبب الضرر الناشئ عن الشقاق أو سوء العشرة، وعليه كان بالإمكان الاستغناء عن الفقرة (06) من المادة الثالثة والخمسون (53) ق أ ج، وإدراج الشقاق ضمن الفقرة (10) من ذات المادة – التطليق للضرر –، لأن الشقاق ما هو في النهاية إلا ضرر قد يصيب الزوجة، ولكن يبدوا أن المشرع الجزائري قصد من خلال وضع الشقاق في فقرة مستقلة أن يوسع من دائرة أسباب التطليق الممنوحة للزوجة في مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تحقيقا للمساواة بينهما في فك رباط الزوجية، وذلك اعمالا للمادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ج) من اتفاقية سيداو، وكذا توصيات لجنة هذه الاتفاقية.

الفرع الثالث

التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

وهو ما نصت عليه المادة الثالثة والخمسون (53) فقرة (09) من ق أ ج بقولها: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج**".[1]

وعليه إذا تم الاتفاق بين الزوجين على شروط معينة، سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، طبقا للمواد (19) و (32) و (35) من ق أج – كما سبق وأن فصلنا فيه –[2]، فعلى الزوج الالتزام بهذه الشروط[3]، وفي حالة امتناعه عن ذلك جاز للزوجة اللجوء إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية بطلب التطليق على أساس امتناع الزوج عن الاستجابة لشروطها، وحتى يستجيب القضاء لطلبها بالتطليق في هذه الحالة لابد من توافر شرطين أساسين، وهما:

- أن يكون الشرط الذي خالفه الزوج وطلبت الزوجة التطليق على أساسه محل اتفاق بين الزوجين، فإذا اشترطته الزوجة ورفضه الزوج من البداية، فليس لها طلب التطليق لهذا السبب.

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] ارجع إلى الباب الأول من هذا البحث.

[3] و بمفهوم المخالفة إذا وضع الزوج شروطا فعلى الزوجة الالتزام بها، وإلا كان للزوج حق تطليقها بإرادته المنفردة، ويكون طلاقه في هذه الحالة مبررا وغير تعسفي طبقا للمادتين 48 و 52 ق أ ج.

- أن يكون الشرط مدون في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق طبقا لأحكام المادة التاسعة عشر (19) من ق أ ج، وهو ما يسهل على الزوجة اثبات ما تدعيه، وبالتالي لا يعتد القضاء بالشروط العرفية للتطليق على أساس الفقرة (09) من المادة الثالثة والخمسون (53) ق أ ج.

ويلاحظ أن منح الزوجة حق التطليق بسبب مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق هو بمثابة الضغط المعنوي الذي يمارس على الزوج لإجباره على احترام هذه الشروط، وإذا أصر عمدا على مخالفتها جاز للزوجة طلب التطليق.

ونلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري في المادة التاسعة عشر (19) ق أ ج أجاز الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، بينما منح الزوجة حق التطليق في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط، كما هو واضح من المعنى الحرفي للفقرة (09) من المادة الثالثة والخمسون (53) ق أ ج، فهل هذا يعني أن الشروط المتفق عليها في عقد رسمي لاحق على عقد الزواج في حالة مخالفتها لا تجيز للزوجة طلب التطليق؟، طبعا لا، فنرى بأن الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لها ذات الحجية، ومن ثم يكون لها ذات الأثر عند مخالفتها، وقد سقطت عبارة "**العقد الرسمي**" سهوا من المشرع الجزائري حسب ما يتبين من سياق النص، وعليه نقترح تعديل الفقرة (09) من المادة الثالثة والخمسون (53) ق أ لتصبح كالآتي: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق**"، ليكون النص بذلك أكثر وضوحا، وتفاديا للتفاسير والتأويلات القضائية التي قد تنتج أحكام وقرارات قضائية لها ذات الموضوع ولكنها مختلفة في المنطوق.

أو قد يتم استدراك ذلك بموجب اجتهاد قضائي مستقبلي بمناسبة تطبيق هذه الفقرة، يؤكد في مضمونه على سقوط عبارة "**العقد الرسمي اللاحق**" من الفقرة (09) من المادة الثالثة والخمسون (53) ق أ ج لمجرد السهو، وبالتالي يتم اعمالها اعتمادًا على روح القانون.

وقبل غلق باب التطليق نشير إلى أن المشرع الجزائري بالإضافة إلى منحه الزوجة عدة أسباب للتطليق، فقد منحها كذلك الحق في التعويض بعد الحكم لها بالتطليق، وهذا إذا أصابها ضرر من جرّاء ذلك إعمالا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وهذا طبقا للمادة الثالثة والخمسون (53) مكرر المضافة بموجب

تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، والتي جاء نصها كالآتي: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[1]

أخيرا يتبين من تعرضنا إلى أسباب التطليق سواء تلك التي كانت مقررة بموجب قانون الأسرة 11/84، أو تلك المضافة بالأمر 02/05 أنها أسباب تمتاز بالليونة، وذلك واضح من تسهيل المشرع من مهمة الزوجة في تأسيس طلبها، وإعطائها فرصًا أخرى للتطليق تجعل من الرخصة الممنوحة لها لفك الرابطة الزوجية ترتقي شيئا فشيئا إلى مرتبة الحق الأصيل الذي يقابل حق الزوج في ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وعليه فإن ذلك هو إعمال تدريجي للمساواة بين الجنسين في فسخ رابطة الزواج التي قررتها اتفاقية سيداو وأوصت بها لجنتها في العديد من المناسبات، وقد عزز المشرع الجزائري ذلك أكثر بإعطاء الزوجة حق الطلاق بإرادتها المنفردة ودون حتى موافقة الزوج عن طريق وسيلة قانونية أخرى أسماها بـ "**الخلع**"، وهو ما نفصله فيما يأتي.

المبحث الثاني

انعكاسات الاتفاقية على قانون الأسرة الجزائري بإقرار حق الزوجة في الخلع بإرادتها المنفردة

في إطار تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 02/05 أعاد المشرع صياغة أحكام الخلع، وذلك بأن جعله طلاق بإرادة الزوجة المنفردة، بعد أن كان عقد اتفاقي بين الزوجين بموجب قانون الأسرة 11/84، ولمعرفة تفاصيل وتداعيات ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لـ "أحكام الخلع" باعتبارها تشكل قاعدة للدراسة لا يمكن تجاوزها، فيما يأتي المطلب الثاني بعنوان "الخلع من الرخصة الجوازية في القانون 11/84 إلى الحق الأصيل في الأمر 02/05".

المطلب الأول

أحكام الخلع

يعتبر الخلع طريق من طرق حل عقدة النكاح بإرادة الزوجة – إلى جانب التطليق –، وعليه فتبيان أحكامه يقتضي تقسيم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لـ "مفهوم الخلع"، بينما نخصص الفرع الثاني لـ "شروط الخلع".

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

الفرع الأول

مفهوم الخلع

الخلع في اللغة هو خلع الشيء خلعه خلعة أو اختلعه، أي نزعه، والنعل والثوب والرداء يُخلع خلعا، ومعناها جرده من نفسه، وخلع امرأته خلعا (بضم الخاء) وخلاعا فاختلعه، أي أزالها عن نفسه وطلقها، فهي خالع، والاسم خلعة.[1]

أما اصطلاحا فالخلع عند المالكية: هو "الطلاق بعوض، أي بذل المرأة العوض على طلاقها".[2]

أما لدى فقهاء القانون فالخلع هو "دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه، ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، والخلع يقتضي اقتداء الزوجة لنفسها برد مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية مقابل الفرقة مع زوجها".[3]

أما قانونا فقد نص المشرع الجزائري على الخلع بموجب المادة الرابعة والخمسون 54 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 بقوله: "**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم**".[4]

ومن خلال هذه المادة ركز المشرع على اعتبار الخلع طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة منصبا على مال كبدل للزوج، وفي حالة عدم الاتفاق يرجع الأمر إلى القاضي الذي يحدد البدل غالبا نقدا على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

وما نعيب فيه على المشرع الجزائري هو تخصيصه لمادة يتيمة فقط لتبيان أحكام الخلع كطريق لفك ميثاق غليظ بين الزوجين ألا وهو عقد النكاح، فكان من الأجدر تخصيص مواد أكثر لتوضيح أحكام الخلع تفاديا للإشكالات التي قد تثور حوله خاصة القضائية منها وذلك نظرا لهذا العقم والقصور التشريعي في تنظيم وتوضيح أحكام الخلع.

---

[1] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 429.

[2] الحسين بن شيخ (آث ملويا)، رسالة في طلاق الخلع، دار هومة، الجزائر، 2013، د ط، ص 15.

[3] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 263.

[4] الأمر 02/05، السالف الذكر.

ومن جانب القضاء فقد أورد مفهوما للخلع في أحد قراراته بقوله: "**الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه**".[1]

والواضح من هذا القرار هو تفاديه تعريف الخلع بالطلاق أو الفسخ، وعبر عنه بمفهوم الرخصة، وهو توجه ذكي للقضاء الجزائري.[2]

وعن حكم الخلع، فلما كانت الحكمة الأساسية من تشريع الخلع تبدوا 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، ما دام الطريق الموصل إليه هو خوف كل واحد من الزوجين ألا يقيم حدود الله في حق صاحبه حسبما يوجب الله شرعا، وذلك بأن تتبدل العشرة بالمعروف إلى حقد وضغينة، ويفوت بذلك الغرض المقصود من النكاح[3]، وعليه فقد رفع الله عز وجل الإثم والمؤاخذة في الآية الأولى عن المرأة التي تخاف وتخشى ألا تؤدي حق

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أش، بالملف رقم 216239، المؤرخ في 1999/03/16، م ق عدد خاص، لسنة 2001، ص 138.

[2] وطالما أن الأمور تتضح بأضدادها وأشباهها، سنميز بين الخلع والتطليق لتوضيح مفهوم الخلع أكثر، خاصة وأن كليهما يكون بمبادرة من الزوجة، وتحثنا الضرورة لتبيان أوجه الاختلاف بينهما، وذلك كالآتي:

- الخلع مرتبط بالعوض الذي تبذله الزوجة للزوج مقابل طلاقها منه، أما التطليق فيكون بغير عوض، فلا تدفع فيه الزوجة شيئا للزوج، غير أن التطليق أحيانا قد يرتبط هو الآخر بعوض لكن يبذله الزوج لزوجته وليس العكس جبرا للضرر الذي ألحقه بها.
- التطليق يوقعه القاضي بتوافر أحد أسبابه العشرة (10) الواردة بموجب المادة الثالثة والخمسون (53) ق أ ج السالفة الذكر، أما الخلع فإذا بذلت فيه المرأة العوض حُكم لها به ولو دون ابداءها لأي أسباب.
- الخلع اجراءاته بسيطة وغير معقدة أما التطليق فإجراءاته معقدة وطويلة نسبيا، **أنظر**: كاملة طواهرية، "أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة المعيار ، المجلد 20، العدد 39، الجزائر، مارس 2017، ص 321.

[3] محمد راشد على (أبو زيد)، المباحث الجلية في طرق وضوابط انهاء الزوجية للزوجين، دار آمون للطباعة، مصر، 2003، د ط، ص 90، **لتفاصيل أكثر أنظر**: عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير تخصص قانون عقود، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2015، ص 83، **و** رابح بن غريب، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية –"، مجلة تاريخ العلوم، العدد 07، الجزائر، مارس 2017، ص 79.

زوجها في أن تفتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها نظير طلاقها، كما أنه لا حرج ولا إثم على الزوج في قبول المال.[1]

الفرع الثاني

شروط الخلع

للخلع مجموعة من الشروط لابد من توافرها حتى يكون صحيحا، وهي:

- **أن تكون الزوجية قائمة:** سواء كانت قائمة حقيقة أو حكما (طلق الرجل المرأة ولا زالت في عدتها)، فالخلع لا يصح إذا كان الزواج انحل كمل لو حُكم ببطلانه، أو كانت الزوجة قد بانت من طلاق رجعي، ومتى كانت الزوجية قائمة فالخلع جائز.[2]
- **أن يكون النشوز من قبل المرأة:** وذلك بأن يظهر بغضها لزوجها وكرهها للحياة معه، حتى يخاف عليها بأن تُلحق ضررا بنفسها أو بزوجها، أو أن يعاملها زوجها بالمثل فيترك ما أوجبه الله عليه اتجاهها وهو معاملتها بالمعروف، ولا يستحب للزوجة الخلع من دون سبب.[3]
- **قبول الزوجة دفع العوض:** لابد أن تقبل الزوجة دفع عوض الخلع لزوجها حتى يصح فراقها منه بالخلع.
- **أن تطلب الزوجة الخلع من القضاء:** إذ لابد للزوجة رفع دعوى أمام القضاء لتطلب الحكم لها بالخلع مقابل عوض تؤديه للزوج، وطبعا لابد أن تتوافر فيها أهلية التقاضي وهي بلوغ سن الرشد المدني وهو

---

[1] أحمد حسن (فراج)، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، د ط، ص 116، **لتفاصيل أكثر أنظر:** جمال عبد الوهاب (عبد الغفار)، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، د ط، ص 38، **و** جيلالي تشوار وزكريا برياح، أحكام الخلع في ظل قانون الأسرة الجزائري بين التمسك بالأصول الشرعية وتعزيز مظاهر المساواة بين الزوجين – دراسة مقارنة –، الملتقى الدولي الثاني بعنوان: "المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة"، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، 24-25 أكتوبر 2018، ص 164، **و** محمد ابراهيم (الحفناوي)، الطلاق، مكتبة الإيمان، مصر، 2005، ط 02، ص 291.

[2] لحسين بن شيخ (آث ملويا)، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص 138.

[3] كاملة طواهرية، المرجع السابق، ص 333-334.

تسعة عشر (19) سنة كاملة[1]، وتتبع في ذلك اجراءات رفع الدعوى وسيرها المحددة بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية.

- **أن ينطق به القاضي:** فسواء اتفق الزوجان على الخلع أو لم يتفقا، فإنه لابد لنفاذ الخلع أن ينطق به القاضي بموجب حكم قضائي، ويكون حكم القاضي في الحالة الأولى كاشفا له، وذلك بالإشهاد للزوجين على الطلاق بالتراضي في الخلع، بينما يكون في الحالة الثانية منشئا له[2]، وعليه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتم الخلع خارج أسوار المحكمة – كسائر أنواع الفرقة الزوجية –، كأن يتفق الزوجان على أن تعطي الزوجة لزوجها مالا كبدل للخلع على أن ينطق بطلاقها، فهذا يعد طلاق عرفي لا يعتد به القانون.[3]

المطلب الثاني

الخلع من الرخصة الجوازية في القانون 11/84 إلى الحق الأصيل للزوجة في الأمر 02/05

لقد نص قانون الأسرة الجزائري 11/84 في المادة الرابعة والخمسون منه على حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، لكن هذا النص لم يحدد الطبيعة القانونية للخلع، إذا ما كان يعتبر عقد

[1] **أنظر:** المادة 40 من القانون المدني الجزائري، والمادة 86 من قانون الأسرة الجزائري، السالفي الذكر.

[2] لحسين بن شيخ (آث ملويا)، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص 183.

[3] **للتفصيل في أركان الخلع وكذا آثاره أنظر:** أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 182، **و** لحسين بن شيخ (آث ملويا)، رسالة في طلاق الخلع، المرجع نفسه، ص 138، **و** مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1988، ص 71 وما بعدها، **و** العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 152، **و** عبد السلام عبد القادر، "الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة"، مجلة الإحياء، المجلد 10، العدد 01، الجزائر، ديسمبر 2008، ص 574، **و** كمال بعالجية و أمال حبار، "إكراه الزوج زوجته على الخلع"، المجلة الجزائرية للمخطوطات، المجلد 13، العدد 02، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 201 وما بعدها، **و** صارة بن شويخ، "الجوانب العملية للتراضي حول الخلع في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 04، الجزائر، 2019، ص 266، **و** عادل عيساوي، "عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 10، الجزائر، ديسمبر 2016، ص 143 وما بعدها.

يشترط موافقة الزوج عليه أم أنه تصرف بالإرادة المنفردة للزوجة!، وهو ما أدى إلى تضارب الأحكام والقرارات القضائية حول هذا الموضوع في ذلك الوقت والتي كان أغلبها يتجه إلى اعتبار الخلع عقد اتفاقي بين الزوجين، وهو ما أثار حفيظة لجنة سيداو التي اعتبرته تمييز واضح ضد المرأة، وبذلك تدخل المشرع الجزائري بتعديل ق أ بالأمر 02/05 وجعل من الخلع حق أصيل للزوجة تمارسه بإرادتها المنفردة.

الأمر الذي نفصل فيه بتقسيم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، يأتي الفرع الأول معنون بـ "الخلع الاتفاقي بين الزوجين بموجب القانون 11/84"، فيما يأتي الفرع الثاني بعنوان "الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة بموجب الأمر 02/05".

الفرع الأول

الخلع الاتفاقي بين الزوجين بموجب القانون 11/84

يعتبر الخلع طريق أقرته الشريعة الإسلامية لفك الرابطة الزوجية، وبذلك تبناه المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84، هذا التبني رغم غموضه، لكنه جاء متماشيا مع الشريعة الإسلامية خاصة من حيث **اشتراط موافقة الزوج على الخلع**، وجاء في مقابل ذلك مخالفا لأحكام اتفاقية سيداو، مما جعله غير مقبول من طرف لجنتها، الأمر الذي نوضحه بتقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لدراسة مسألة "اشتراط موافقة الزوج على الخلع من منظور الشريعة الإسلامية"، فيما نخصص الفقرة الثانية لـ "اشتراط موافقة الزوج على الخلع بموجب قانون الأسرة 11/84".

الفقرة الأولى

اشتراط موافقة الزوج على الخلع من منظور الشريعة الإسلامية

إن اشتراط موافقة الزوج على الخلع تعد من المسائل الخلافية بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فاختلفوا فيها إلى فريقين كالآتي:

- **الفريق الأول:** وهم الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية)، ذهبوا إلى القول بأن الخلع هو عقد يقع بالتراضي بين الزوجين عن طريق الايجاب والقبول، سواء كانت الزوجة هي الموجبة والزوج هو

القابل، أو الزوج هو الموجب والزوجة هي القابلة [1]، ومن ذلك أن تقول الزوجة لزوجها "**خالعتك على ألف دينار**" فيقول الزوج "**قبلت**"، أو يقول الزوج لزوجته "**خالعيني أو أطلقك على مائة دينار**" فتقول "**قبلت**"[2]، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال اجبار الزوج على طلاق زوجته التي طالبت بالخلع، فيجوز له الرفض ولا اجبار عليه، بل يبقى ذلك مرهون باختياره، لأن العقد معاوضة وهو بالتالي يستلزم التراضي، ولما كان الزوج ممنوعا من اجبار المرأة على دفع العوض لافتداء نفسها بالخلع، كان غير مجبر في مقابل ذلك على قبول الخلع والعوض.[3]

فيقول **ابن حزم** من الظاهرية: "**الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو، وإلا لا يجبر هو ولا تجبر هي، إنما يجوز بتراضيهما، فإن وقع بغير ذلك فهو باطل**..."[4]، ويقول **البهوتي**: "**وتسن اجابتها – أي الزوجة – إذا سألته الخلع عن عوض**"[5]، ويقول **الإمام الكاساني الحنفي**: "**وأما ركنه – أي الخلع – فهو الايجاب والقبول، لأنه عقد على الطلاق بعوض، فلا تقع الفرقة ولا يتحقق العوض بدون القبول**"[6]، ويقول **الإمام ابن حاجب**: "**لابد من الصيغة في الخلع فهو كالبيع يتم بالإيجاب والقبول**"، وقال **الإمام الخطيب الشربيني الشافعي**: "...**لأنه عقد بالاتفاق على منفعة البضع**"[7]، وقال **الإمام ابن قدامة الحنبلي**: "**ولأنه قطعٌ عقد بالتراضي**".[8]

---

[1] شوقي بناسي، "الاشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 01، الجزائر، مارس 2019، ص 11.

[2] لحسين بن شيخ (آث ملويا)، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص 82.

[3] عبد القادر عبد السلام، المرجع السابق، ص 594.

[4] علي أبو أحمد ابن صالح بن سعيد (ابن حزم)، المحلى بالآثار، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1929، ج 10، د ط، ص 335.

[5] منصور يوسف (البهوتي)، شرح منتهى الارادات، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000، ج 05، د ط، ص 336.

[6] علاء الدين أبو بكر (الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ج 04، ط 02، ص 315.

[7] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 11.

[8] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 182.

ويتضح من هذه الأقوال للفقهاء المسلمين القدامى أنها تنصب على معنى واحد مشترك وهو أن الخلع عقد اتفاقي بين الزوجين على الفرقة وحل عقدة النكاح.[1]

واستدل هذا الفريق على وجهة نظرهم بعدة أدلة من الكتاب والسنة والمعقول:

فمن الكتاب قوله تعالى: "**لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون**"[2]، ووجه الاستدلال أن الآية الكريمة أجازت الخلع بين الزوجين إذا خافا ألا يقيما حدود الله، فيحل بذلك للزوجة دفع البدل وللزوج أخذه، وليس فيها ما يدل على اجبار الزوج على قبول الخلع وقبول البدل[3]، كما ورد في الآية الكريمة قوله تعالى "**لا جناح**" وهي تفيد رفع الإثم، بمعنى أن الفدية على الطلاق مباحة وليست واجبة، ولكنها مقيدة بموافقة الزوج بعد أن يخاف ألا يقيم حدود الله، ولذا وجب في المخالعة رضا الزوجين واختيارهما.[4]

أما من السنة فاستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم **لامرأة قيس بن ثابت** "**أتردين عليه حديقته؟**"، فقالت "**نعم**" فقال صلى الله عليه وسلم للزوج "**خذها وفارقها**"، وما يدل على ذلك أنه لو كان الخلع يعود للسلطان (القاضي) دون الحاجة إلى موافقة الزوج لما خاطب الرسول الزوج بقوله "**فارقها**"، بل كان يخلعها منه ويرد عليه حديقته دون أن يسأله أو يأمره.

واستدلوا كذلك بحديث **لابن عباس** قال فيه: **أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال** "**يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها**"، **قال فصعد سول الله إلى المنبر فقال** "**يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، انما الطلاق لمن أخذ بالساق**"، أي

---

[1] **لتفاصيل أكثر أنظر:** منال (محمود المشني)، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص 42.

[2] سورة البقرة، الآية 229.

[3] عبد القادر عبد السلام، المرجع السابق، ص 594.

[4] كريم داودي، "رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الحضارة الاسلامية ، العدد 29، الجزائر، الجزائر، جوان 2016، ص 228.

الطلاق حق للزوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة، فهو ليس حق لا للمولى ولا للقاضي ولا حتى للزوجة بمفردها، فالزوج هو صاحب العصمة وهو الوحيد الذي يملك حل العقدة الزوجية، ولا يجوز أن يكره على الطلاق ولو خلعا.

ومن المعقول قال هذا الفريق أنه من القواعد الفقهية المتعارف عليها هي أن "التصرف في ملك الغير باطل"، وكذا "لا يقضى في ملك الغير بدون اذنه"، وعليه لابد من موافقة الزوج ورضاه على الخلع، فهو مالك العصمة وهو صاحب الحق في حلها، ولا يجوز للقاضي التصرف في قضية ليست من اختصاصه، لأن القاضي في الخلع ما هو إلا كاشف عن إرادة الزوجين وليس منشئ لها.[1]

- **الفريق الثاني:** وهم المالكية وبعض الفقهاء منهم ابن تيمية والصنعاني والشوكاني من القدامى، ومن المعاصرين الغزالي والمودودي وعبد الرحمان الصابوني وغيرهم، حيث ذهب هؤلاء إلى جواز الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة دون إذن وموافقة الزوج[2]، حيث اعتبر المالكية أن الزوج ملزم بالاستجابة لرغبة زوجته في طلب الخلع، وللمرأة كامل ارادتها بصورة منفردة في الحصول على الطلاق بالخلع وبإجبار الزوج عليه لوجوبه.[3]

استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ""**لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون**"[4]، ووجه الدلالة أن الله عز وجل أجاز للمرأة افتداء نفسها بمالها في الخلع دون أن يذكر ضرورة موافقة الزوج على ذلك، وبالتالي فهذا الفعل يتم بإرادتها المنفردة.

واستدلوا كذلك بالسنة بقصة **زوجة قيس بن ثابت** وقالوا أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لثابت "**اقبل الحديقة وطلقها تطليقا**"، وقالوا بأن هذا الأمر هو أمر ارشاد وإصلاح لا أمر ايجاب، ولم يذكر ما يدل

---

[1] علي أحمد عبد العال (الطنطاوي)، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ط 01، ص 30.

[2] كريم داودي، المرجع السابق، ص 229.

[3] محمد ابن أحمد أبو الوليد (ابن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1982، ج 02، د ط، ص 68.

[4] سورة البقرة، الآية 229.

عن صرف الأمر عن حقيقته، ومعنى ذلك أن المرأة إذا عرضت على زوجها افتداء نفسها مقابل أن يطلقها وجب عليه أن يطلقها، فإذا أبى طلقها السلطان (القاضي) جبرا عنه.[1]

كما استدلوا بقولهم أن مبدأ المساواة أقره القرآن والسنة الصحيحة بين الجنسين، لقوله تعالى: "**المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم**"[2]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**إنما النساء شقائق الرجال**"، وعليه فالقرآن والسنة لم يميزا بين الرجل والمرأة، بل ساويا بينهما في العديد من النصوص الموحية بذلك، ولا حرج بالتالي من المساواة بينهما في فك عقدة النكاح طالما فيه ضرر للمرأة.

كما استدل هذا الفريق بالقياس، فقاسوا النفور العاطفي على النفور الذي سببه مرض جنسي يُجامع الضرر الذي يلزم القاضي بإيقاع الخلع دون موافقة الزوج، فالضوابط التي ذكرها فقهاء الإسلام في مسألة الزوج المصاب بالجنون والجذام والبرص أصبح ضروريا – حسبهم – وجودها في الخلع حتى يحصل القاضي على السلطة المطلقة في خلع المرأة كذلك، وإلا وقعت النساء فريسة تلك المواقف التي لن يكون أمامهن فيها سوى أن يعشن حياة كلها شقاء، أو أن ينتحرن، أو تجبرهن غرائزهن على السقوط في مزالق الرذيلة والفحشاء، أو يضطررن للارتداد عن دينهن ليتحررن من قيد هذا الزواج.[3]

كما استدل هذا الفريق ببعض القواعد الفقهية، فقالوا أن طلب المرأة الافتراق مقابل الافتداء المسمى بالخلع إذا كان عن ضرر من جانب الزوج فمبرره القاعدة الشرعية "**الضرر يُزال**"، وإن لم يكن هناك ضرر وإنما طلبت الخلع لسبب من جهتها كبغضها لزوجها أو ضيقها من ظروفه فمبرره هو "**العدالة بين البشر**"، و"**تساوي جميع الناس في الحرية الإنسانية**"، على اعتبار أن للزوجة كذلك الحق في أن تحب وتبغض، وتطيع وترفض، وأن تعيش عمرها المحدود بصدق وصراحة بما يتفق ورغبتها وطموحها.[4]

---

[1] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 13.

[2] سورة التوبة، الآية 71.

[3] كريم داودي، المرجع السابق، ص 224-225-226.

[4] كريم داودي، المرجع نفسه، ص 227.

وبين هاذين الفريقين يمكن القول أن كلاهما ليسا على صواب، وتبقى أعدل الأقوال نسبيا في هذه المسألة هو قول شيخ الإسلام **ابن تيمية** – رحمه الله – على أساس أنه تضمن تفصيلا دقيقا جمع فيه بين الأدلة الشرعية، وراعى فيه مصلحة كلا الطرفين، واعترف بالخلع القضائي و الخلع الاتفاقي، ولكنه ميز بين حالتين بقوله: "**في الحالة الأولى إذا كان الزوج مقصرا في واجباته نحو زوجته، أو مضرا بها بغير حق، ورغم ذلك يرفض قبول الخلع جاز للقاضي أن يلزمه بذلك، ويكون الخلع في هذه الحالة بإرادة الزوجة المنفردة، أما في حالة الثانية: إذا ثبت للقاضي أن الزوج محسن لزوجته ولكنها رغم ذلك مبغضة له، امتنع على القاضي جبر الزوج على قبول الخلع، وإنما ينصحه على وجه الاستحباب بفراقها، ولا يلزمه بذلك أبدا إذا أبى هو عن ذلك، وإذا رفض أُلزمت الزوجة بالصبر عليه إذا لم يكن هناك ما يبيح الفسخ**"[1]، رغم أن هذا الرأي يبقى محل نظر كذلك.

الفقرة الثانية

اشتراط موافقة الزوج على الخلع بموجب قانون الأسرة 11/84

لقد كان المشرع الجزائري في ظل قانون الأسرة قبل تعديله، أي ذلك الصادر بموجب القانون 11/84 ينظم الخلع في مادة يتيمة ألا وهي المادة الرابعة والخمسون (54) منه، والتي كانت تنص على: "**يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإذا لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم**".[2]

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع لم يشر صراحة إلى وجوب موافقة الزوج على طلب زوجته في الخلع هذا من جهة، ولم يشر كذلك إلى انتفاء تلك الموافقة من جهة أخرى، أي أن الغموض كان سيد الموقف في نص المادة الرابعة والخمسون (54)من ق أ ج 11/84، كون المشرع لم يحسم صراحة في كون الخلع يتم باتفاق الزوجين، أو هو حق أصيل للزوجة تمارسه بإرادتها المنفردة متى شاءت وحتى دون الحصول على موافقة زوجها.

---

[1] تقي الدين أحمد (ابن تيمية)، مجموع الفتاوى، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1997، المجلد 16، ج 32، ص 179.

[2] القانون 11/84، السالف الذكر.

وأمام هذا السكوت عن تحديد طبيعة الخلع كحق أصيل للزوجة أو كعقد رضائي بين الزوجين اتجه غالبية الفقه القانونية في الجزائر أنداك إلى اعتبار الخلع عقد رضائي بين الزوجين، مقيدين حق الزوجة في الخلع بموافقة الزوج على ذلك، وفي حالة رفضه فلا يتم الخلع بأي حال من الأحوال[1]، لأن الخلع حسبهم ما هو إلا عقد رضائي اتفاقي ثنائي الأطراف، ينعقد عادة بدفع الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها، وقبول صريح من الزوج لهذا الخلع[2]، فتتخلص الزوجة بذلك من رباط الزوجية دون نزاع أو مخاصمة بتدخل القاضي في ذلك.[3]

وبذلك يكون الخلع في حقيقته القانونية – حسبهم – هو عقد ثنائي الطرف لا يتم إلا بالإيجاب والقبول.[4]

ونشير إلى أنه في مقابل هذه الفئة من شراح القانون التي تمثل الأغلبية، ظهرت فئة قليلة من الشراح تعتبر أن الغموض في نص المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج، وسكوت المشرع عن اشتراط موافقة الزوج صراحة، ما هو إلا تعبير عن إرادة المشرع في منح الزوجة حق الخلع بإرادتها المنفردة، ودون موافقة زوجها على ذلك، نظرا لحصوله هو على ذات الحق بالطلاق بإرادته المنفردة بموجب المادة الثامنة والأربعون (48) من ق أ ج، وذكروا كذلك أن المشرع قد ركز في نص المادة المتعلقة بالخلع على أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على المال كبدل للخلع، وفي حالة عدم الاتفاق يرجع الأمر إلى القاضي، دون أن يشير إلى الاتفاق على الخلع في حد ذاته[5]، وبالتالي يكون الخلع جائز للمرأة بإرادتها المنفردة عن طريق القضاء[6]، ولو

---

[1] نور الدين عماري، "الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة – بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين –"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، الجزائر، جوان 2015، ص 109.

[2] عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996، ط 03، ص 248.

[3] كمال لدرع، "الطلاق في قانون الأسرة – دراسة مقارنة –"، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 12، الجزائر، سبتمبر 2002، ص 135.

[4] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 263-264.

[5] لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، 2005، ج 01، ص 419.

[6] الغوثي (بن ملحة)، قانون الأسرة على ضوء الفقه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ط 01، ص 111.

كان المشرع – حسبهم – يشترط موافقة الزوج لذكر ذلك صراحة في نص المادة، فهو قال: "**يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها**"، وسكت، فلو كان يشترط ذلك لأكمل العبارة بقوله: "**بموافقة هذا الأخير**".[1]

وباعتبار أن الفقه يعد أحد المصادر التفسيرية للقانون، فإن تضارب شراح القانون حول تفسير غموض المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج 11/84 في مسألة كون الخلع عقد رضائي أو تصرف بالإرادة المنفردة للزوجة، أدى هذا بطبيعة الحال إلى تضارب الأحكام والقرارات القضائية في هذا الشأن، وباستقرائنا لموقف القضاء من هذه المسألة تبين أن القضاء الجزائري ظل لوقت ليس بالقصير يعتبر الخلع عقد رضائي تشترط فيه موافقة الزوج، مستندا في ذلك إلى آراء الفقهاء التي شكلت الأغلبية في هذا الرأي، غير أنه ظهر بعد ذلك اجتهاد مخالف يعتبر الخلع حق أصيل للزوجة، لا يخضع لرضا الزوج.

وبقي هذا الاختلاف القضائي سيد الموقف إلى حين تدخل المشرع الجزائري والفصل نهائيا في هذه المسألة بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 – كما سنوضحه لاحقا –.

هذا التضارب القضائي حول هذه المسألة في ظل سريان قانون الأسرة 11/84 نبينه من خلال تفحصنا لبعض قرارات المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا)، والتي كان بعضها موجود حتى قبل صدور القانون 11/84، كالآتي:

قرار صادر عن المجلس الأعلى جاء فيه: "الخلع ليس في القانون إلا طلاق صادر عن إرادة الزوج المنفردة، يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يُقدّر باتفاق الطرفين، غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخولها لأي حق، ولا أثر له على روابط الزوجية إذا لم يرض به الزوج".[2]

وجاء في قرار آخر: "من المقرر شرعا وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة...، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج".[3]

---

[1] زكية حميدو تشوار، "الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02، الجزائر، 2003، ص 13.

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، المؤرخ في 1969/03/12، م ق عدد 01، لسنة 1969، **نقلا عن:** نور الدين عماري، المرجع السابق، ص 111.

[3] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، المؤرخ في 1969/02/19، النشرة السنوية، وزارة العدل، الجزائر، لسنة 1969، ص 266.

وفي قرار آخر جاء: "الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرّع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها، فإن قبل تم الخلع وطلقت منه".[1]

وأيد هذا القرار قرار آخر جاء في مضمونه: "من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقد رضائي، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، وعليه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لأحكام الشريعة الإسلامية في الخلع".[2]

وذات التوجه حمله القرار الموالي: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالفة ذلك واقرار الخلع دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه".[3]

ليؤكد ذلك أيضا القرار الآتي: " من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون".[4]

إضافة إلى ما سبق جاء القرار الآتي سرده محددا لصور فك الرابطة الزوجية في صورتين فقط وهما الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والطلاق بالتراضي، ليندرج الخلع ضمنيا في الصورة الثانية، وبالتالي التأكيد على اشتراط موافقة الزوج عليه، وقد جاء نص القرار كالآتي: "من المقرر قانونا أن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين، ويثبت بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي، ومتى حصل الاتفاق

---

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، بالملف رقم 26709، المؤرخ في سنة 1982، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982، ص 258.

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، بالملف رقم 33652، المؤرخ في 1984/06/11، م ق عدد 03، لسنة 1989، ص 38.

[3] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، بالملف رقم 51728، المؤرخ في 1988/11/21، م ق عدد 03، لسنة 1990، ص 72.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 73885، المؤرخ في 1991/04/23، م ق عدد 02، لسنة 1993، ص 55.

بين الطرفين – كما في قضية الحال – فإن القاضي يصادق على شروطه، ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه، مما يستوجب رفض الطعن الحالي".[1]

ولعل السر في جنوح القضاء الجزائري وكذا شراح القانون لاعتبار الخلع عقد رضائي بين الزوجين، هو تفسير غموض المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج 11/84 بالاعتماد على موقف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، والمتمثل في ضرورة موافقة الزوج على الخلع، بالإضافة إلى أن الزوج هو مالك العصمة، وبالتالي فإن أي غموض يفسر لصالحه، فمنطقيا لا يُعقل حمله على حل هذه العصمة دون رضاه[2]، كما أن الخلع رغم كونه حق للزوجة، إلا أنه يبقى في النهاية احدى صور فك الرابطة الزوجية التي يكون فيها للزوج نصيب، كونه الطرف الثاني المكون لها، كما أن ازدواج الموافقة على الخلع يشكل حماية أكبر للعلاقة الزوجية من الفصم الأحادي الجانب من طرف الزوجة، هذه الأخيرة معروفة غالبا بسرعة الانفعال والاندفاع في اتخاذ القرارات.

ورغم هذا الاستقرار النسبي في موقف القضاء الجزائري من اعتبار الخلع طلاق بالتراضي بين الزوجين، إلا أنه ظهرت في ذات الفترة – أي في ظل ق أ 11/84 – قرارات قضائية مناقضة تماما لهذا الموقف، تعتبر الخلع طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة، لا يشترط فيه موافقة الزوج، وهو ما يثبت عدم استقرار القضاء على موقف واحد في هذه المسألة، وقد بقي هذا التأرجح والتناقض قائما على حاله إلى أن فصل المشرع في هذه المسألة صراحة بتعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 – كما سنفصله لاحقا –.

ومن القرارات التي اعتبرت الخلع حق أصيل للزوجة حتى في ظل قانون الأسرة 11/84، نجد قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه: "إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة، سواء رضي به الزوج أو لم يرض، فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى موافقة الزوج".[3]

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 138949، المؤرخ في سنة 1996، م ق عدد 02، لسنة 1996، ص 77.

[2] باديس (ذيابي)، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، د ط، ص 76.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 115118، المؤرخ في 1994/04/19، نشرة القضاة عدد 52، لسنة 1997، ص 106.

وأيد هذا القرار قرار آخر جاء فيه: "حيث أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا كما يزعم الطاعن في العريضة، وأن قاضي الحكم المطعون فيه عندما استجاب لطلب الزوجة المطعون ضدها في الطلاق خلعا وقضى لها به، انما طبق في ذلك قواعد الشريعة الإسلامية وما تنص عليه المادة 54 من قانون الأسرة".[1]

كما وافق سابقيه من القرارات القرار الموالي: "لكن حيث أنه بالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي، وهو ما عرضته الزوجة على الزوج بأن يكون هذا المبلغ كصداق المثل، مما يجعل ما قضى به قاضي الدرجة الأولى مطابقا نصا وروحا للمادة 54 من قانون الأسرة واجبة التطبيق على قضية الحال".[2]

كما ساند هذه القرارات القرار الموالي الذي حمل في مبدئه: "إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا، وذلك لمنع الابتزاز والاستغلال بين الجنسين".[3]

هذا التناقض في القرارات القضائية، والصراع بين شراح القانون، والتأرجح في تفسير المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج بين من يعتد بالخلع الاتفاقي الرضائي بين الزوجين، وبين من يعتبره قرار انفرادي للزوجة، بالإضافة إلى ضغوطات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على الحكومة الجزائرية من أجل تحقيق المساواة المطلقة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية حسب ما أوجبته المادة السادسة عشر(16) فقرة (01) (ج) من اتفاقية سيداو – وهو أهم دافع –، كلها دوافع جعلت المشرع الجزائري يعيد النظر في نص المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج بتعديلها بالأمر 02/05، ليضبطها أكثر على الأقل من هذه الناحية – اعتبار الخلع تصرف بالإرادة المنفردة للزوجة دون الحاجة لموافقة الزوج –، ويُبعدها بذلك عن التأويلات الفقهية والقضائية، مما أدى إلى توحيد موقف الفقه والاجتهاد القضائي بعد سنة 2005

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 141262، المؤرخ في 1996/07/30، م ق عدد 01، لسنة 1998، ص 122.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 216239، المؤرخ في 1999/03/16، م ق عدد خاص، لسنة 2001، ص 140.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 252994، المؤرخ في 2000/11/21، م ق عدد 01، لسنة 2001، ص 293.

حول هذه المسألة، وليتقوى مركز الزوجة أكثر في فك الرابطة الزوجية بانتقال الخلع من الرخصة الجوازية إلى الحق الأصيل لها يقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، وهو ما سنستعرضه في هذا الفرع الوالي.

الفرع الثاني

الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة بموجب الأمر 02/05

لقد تدخل المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 وعدل المادة الرابعة والخمسون (54) منه، واضعا بذلك حد لكل الصراعات الفقهية وتضارب الاجتهادات القضائية حول مسألة اشتراط موافقة الزوج من عدمها على الخلع، وهو الأمر الذي كان غامضا في ظل قانون الأسرة 11/84، معتبرا في ذلك الخلع حق أصيل للزوجة يتم بإرادتها المنفردة، ليكون موقف بذلك متماشيا تماما مع موقف اتفاقية سيداو، وعليه نقسم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لدراسة "أسباب تعديل الخلع من رخصة جوازية إلى حق أصيل للزوجة"، بينما نخصص الفقرة الثانية لدراسة "الخلع من منظور قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/15".

الفقرة الأولى

أسباب تعديل الخلع من رخصة جوازية إلى حق أصيل للزوجة

من المعلوم وكما أسلفنا الذكر أن المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ 11/84 كانت تطرح اشكالات كبيرة سواء في الساحة الفقهية أو القضائية، خاصة من حيث اشتراط موافقة الزوج على الخلع من عدمها، وذلك نظرا لسكوتها عن توضيح هذه المسألة، وهو ما أدى إلى تضارب الآراء حول ذلك على جميع الأصعدة، غير أن المشرع الجزائري قد تدخل بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 وعدل المادة الرابعة والخمسون (54) منه، هذه الأخيرة أصبحت تنص صراحة على أن الخلع يعتبر حق أصيل للزوجة يتم بإرادتها المنفردة دون موافقة زوجها، بقولها: "**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مال. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم**".[1]

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

هذا التعديل لم يأتي من العدم بطبيعة الحال، بل كان له العديد من المبررات والدوافع، نذكر أهمها:

- كان أهم مبرر لنقل المشرع الجزائري الخلع من رخصة جوازية إلى حق أصيل للزوجة هو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، هذه الأخير ألزمت الدول الأطراف فيها بتعديل قوانينهم الأسرية بحيث تمنح للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج، مثلما يملك الزوج هذا الحق على أساس المساواة المطلقة بين الزوجين[1]، وهو ما تبناه المشرع الجزائري فعلا بتعديل المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج، وذلك بمنح الزوجة حق فك عقدة النكاح عن طريق الخلع بإرادتها المنفردة، وهو ما أكدته ردود الجزائر على الملاحظات التي أبدتها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حول محدودية مبررات الطلاق للمرأة[2]، حيث جاء في هذه الردود ما يلي: "**إن الجزائر تعمل على تكريس المساواة بين الجنسين في جميع المجالات...، فبالنسبة لفسخ عقد الزواج بطلب من الزوجة، تنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي لا يتجاوز قيمة صداق المثل، وهو ما من شأنه أن يحقق هذه المساواة على أكمل وجه...**".[3]

---

[1] تنص المادة (16) فقرة (01) (ج) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على: "**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:**

(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه".

[2] حيث جاء في هذه الملاحظات ما يلي: "**تلاحظ اللجنة بقلق الاستمرار في تطبيق الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة للدولة الطرف – الجزائر –، وذلك بتكريسه مركزا قانونيا منقوصا للمرأة في عدة مجالات منها....، وكذا محدودية مبررات الطلاق، هذت من جهة، ومن جهة أخرى أوصت اللجنة في توصيتها رقم 47 بإلغاء القيود على حق المرأة في الطلاق في قانون الأسرة من باب المساواة بين الجنسين...**"، **أنظر**: التعليقات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير المجمعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف – الجزائر – 2012، المرجع السابق، ص 16، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 06.

[3] **أنظر**: ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع (CEDAW/C/DZ/A 3-4)، الدورة 51 من 13 إلى 02 مارس 2012، ص 31، موقع المفوضية السامية للأمم المتحدة **www.unhchr.ch**، أطلع عليه بتاريخ: 2020/03/03، على الساعة 22:20.

إذا هذه الفلسفة التشريعية في وضع الأحكام تدفع بالمشرع إلى تقرير نوع من التساوي بين الرجل والمرأة في الطلاق، بحيث سمح للزوج بأن يطلق قضائيا زوجته بإرادته المنفردة، وسمح في مقابل ذلك للزوجة أن تطلق زوجها خلعا عن طريق القضاء بإرادتها المنفردة ودون اشتراط موافقة الزوج، وهذا لا يعد إلا رضوخا منه لأحكام لاتفاقية سيداو.[1]

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد كان تأثير هذه الاتفاقية جليا على أحكام الطلاق بجميع صوره في قانون الأسرة الجزائري – بما في ذلك الخلع –، من أجل تكريس حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل في فسخ الزواج، وذلك بأن جعل المشرع الجزائري الأحكام الصادرة في قضايا الطلاق بأنواعه غير قابلة للاستئناف طبقا للمادة السابعة والخمسون (57) مكرر من ق أ ج[2]، والحكمة من هذا النص أوردتها الجزائر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المرفوع إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، والذي جاء فيه: "...**ولتجنب ممارسات الماضي المتمثلة في مناورات المماطلة التي يقوم بها الزوج الأول لمنع زوجته المطلقة من التزوج ثانية، فإن قرارات المحاكم الابتدائية بإيقاع الطلاق لا تقبل الطعن، ولا يقبل استئناف تلك الأحكام أمام محاكم الدرجة الثانية إلا فيما يتعلق بالجوانب المالية، وبمجرد أن تصدر إحدى المحاكم قرار الطلاق مهما كانت صورته، يتولى كاتبها تدوينه في سجلات الحالة المدنية**".[3]

- أيضا من مبررات التعديل أن المشرع الجزائري حينما كان لا يعترف بإرادة الزوجة المنفردة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، وكان يقرن ذلك دائما بموافقة الزوج، كان موقفه هذا ينتفي مع الحكمة من تشريع الخلع[4]، حيث كان يفتح باب الابتزاز والتعنت من طرف الزوج، هذا الأخير الذي كان يرفض الخلع

---

[1] زكية حميدو تشوار، "بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، الجزائر، العدد 12، 2011، ص 80.

[2] تنص المادة (57) مكرر من ق أ ج على: "**تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف**".

[3] **أنظر**: التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، المرجع السابق، ص 19، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

[4] عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص 26.

نكاية في الزوجة وإضرارا بها في بعض الحالات، خاصة عندما تكون الزوجة في حاجة ماسة له[1]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن اشتراط موافقة الزوج على الخلع يُحوّل هذا الأخير إلى ما يشبه طلاق بالتراضي، وبالتالي لا فائدة من الخلع حينها.

- بالإضافة إلى هذه الأسباب الرئيسية نجد بأن المشرع الجزائري وضع مبررات أخرى لتعديل المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج، وذلك ضمن عرضه للمشروع التمهيدي لقانون الأسرة على البرلمان الجزائري في سنة 2004، وذكر منها:

➢ إن التعديل المدخل على المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج يهدف إلى توضيح أحكام الخلع التي كانت مبهمة فيما سبق، مما أثار جدلا واسعا حولها، خاصة فيما يتعلق بموافقة الزوج على الخلع من عدمها.

➢ تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال المستقر عليه منذ تسعينات القرن الماضي، وتأكيد حق المرأة في خلع زوجها دون الحاجة إلى موافقة الزوج.

➢ عجز الكثير من النساء على اثبات الضرر في قضايا الشقاق والنزاع المرفوعة أمام القضاء للحصول على حكم التطليق، فكان بذلك الخلع دون موافقة الزوج حق أصيل لها.

➢ يكون الخلع دون موافقة الزوج أفضل وأضمن للمرأة وحقوقها، نظرا لكون اجراءات دعاوى التطليق تأخذ وقتا طويلا، مما يضر بالمرأة بالدرجة الأولى.[2]

➢ كما اعتبر المشرع الجزائري أن اعترافه للزوجة بحق الخلع بإرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج لم يخرج بذلك عن المرجعية الشرعية لقانون الأسرة الجزائري، كون هذا الموقف الذي تبناه هو موقف فقهاء

---

[1] راضية بشير و محمود لنكار، "حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، الجزائر، ديسمبر 2019، ص 341.

[2] المشروع التمهيدي لقانون الأسرة الجديد، منشور بجريدة الشروق اليومي الجزائرية، ليوم الاثنين 09 أوت 2004، العدد 1148، http://www.echoroukonline.com، أطلع عليه بتاريخ 2020/03/05، على الساعة 12:30، **لتفاصيل أكثر حول هذه المبررات أنظر:** حسن عبد المالك، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري الجديد – دراسة مقارنة –"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، العدد 13، الجزائر، جوان 2015، ص 371، **و** نظيرة عتيق، "الخلع بين الرخصة والحق الأصيل – دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي –"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، عدد 01، الجزائر، نوفمبر 2012، ص 205.

المالكية الذين أجازوا للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها، وهو ما أيده الفقهاء المعاصرين كالصابوني والغزالي والزيباري وغيره.[1]

ولكن يُرد على هذا القول بأن المشرع لم يأخذ بالرأي الكامل للمالكية في موقفهم من الخلع، فهم يجعلون للمرأة هذا الحق بعد عدة محاولات إصلاح وتحكيم جادة، كما يشترطون سبب جدي حتى تتمسك الزوجة بالخلع على أساسه، لأن الأصل في الزواج هو التأبيد، وحتى لا يُفتح الطريق واسعا أمام المرأة لفك الرابطة الزوجة لأتفه الأسباب أو حتى بدون أسباب – كما سمح به المشرع الجزائري –، فهذا مخالف لأصل تشريع الطلاق الذي ضيق الشارع من مجالاته، فكان الأولى لو قيد المشرع هذا الحق بمحاولات صلح وتحكيم جادة وليست شكلية فقط، بالإضافة إلى ضرورة اشتراط السبب الجدي لتمسك الزوجة بالخلع، وإلا تمت الاستهانة بعقد وصفه تعالى بالميثاق الغليظ لأهميته الكبرى.

الفقرة الثانية

الخلع من منظور قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05

من بين أهم التعديلات التي ألحقها المشرع الجزائري بقانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 تعديل لأحكام الخلع بموجب المادة الرابعة والخمسون (54) منه، والتي أصبحت تعتبر الخلع صراحة حق أصيل للزوجة يتم بإرادتها المنفردة دون موافقة الزوج، وذلك بعد أن كان مجرد رخصة جوازية تتطلب موافقة الزوج قضاءً، حيث جاء نص المادة المعدل كالآتي: "**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.**

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".[2]

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ساير نهج المحكمة العليا الذي استقرت عليه منذ التسعينات – كما أسلفنا الذكر –، وأكد صراحة على **عدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع**، ليرتقي بذلك حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من الرخصة إلى الحق الأصيل.

---

[1] راضية بشير ومحمود لنكار، المرجع السابق، ص 343.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

مع ملاحظة أن المشرع أعطى للزوجين مع ذلك حرية الاتفاق على المال الذي يكون كبدل للخلع، قليلا كان أو كثيرا، كما يتضح أيضا من عبارة "**المقابل المالي للخلع**" الواردة في نص المادة الرابعة والخمسون (54) ق أ ج أنه لابد أن يكون مقابل الخلع مالا وفقط، ومنه بمفهوم المخالفة فالحقوق لا يمكن أن تكون قانونا مقابلا للخلع بأي حال من الأحوال – وهو الأمر الذي أجازه فقهاء الشريعة الإسلامية كما رأينا سابقا –، فمثلا لا يمكن أن تكون الحضانة هي المقابل في الخلع، لأن الحضانة ليست حقا مستقلا للحاضنة، بل هو حق مقرر لمصلحة الأولاد بالدرجة الأولى، كما أنه حق لا يمكن تقويمه بمال، وبالتالي لا يصلح أن يكون بدلا للخلع اطلاقا.[1]

وفي سياق تحليل المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج نجد بأن المشرع الجزائري لم يأت بأي قيود أو شروط تتعلق بحق اللجوء إلى الخلع، سواء شروط في الزوج أو الزوجة أو غيرها، وبذلك يتضح أن المشرع كان أكثر ليونة فيما يخص الخلع، الأمر الذي جعل المسألة أكثر سهولة للمرأة بعد تعديلها مقارنة بالنص القديم.

ومنه فإن هذا التكريس القانوني لحق الزوجة الأصيل في فك الرابطة الزوجية بالخلع دون موافقة الزوج وحّد بعد ذلك الأحكام والقرارات القضائية حول هذه المسألة، الأمر الذي عزز الأمن القانوني والقضائي، وذلك بعد التضارب القضائي الكبير الذي كان موجود حول هذه المسألة في ظل قانون الأسرة 11/84.

ومن أبرز القرارات التي يمكن ذكرها بعد تعديل أحكام الخلع بالأمر 02/05 نجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "إن طعن الزوج في الخلع انتهى إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وهو ليس عقدا رضائيا بين الزوجين".[2]

---

[1] عادل عيساوي، المرجع السابق، ص 156.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، تحت رقم 85-09، المؤرخ في 2009/01/14، قرار غير منشور، **نقلا عن:** لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 173.

ليؤكد هذا الأمر قرار آخر جاء فيه: "حيث من المقرر قانونا وفقا للمادة 54 من قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، أن من حق الزوجة طلب الطلاق خلعا حتى دون موافقة الزوج، ومتى قضى القضاة بذلك فقد طبقوا صحيح القانون".[1]

وساند القرارات السابقة القرار الموالي: "حيث أن المادة 54 من قانون الأسرة تنص صراحة على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، ومن ثم فإن عدم موافقة الطاعن على الخلع الذي تطالب به المطعون ضدها وعلى المقابل المالي المقترح من قبلها لا يحرمها من مخالعة نفسها، ولا تحرمها أحكام الشريعة الإسلامية ولا القانون من ذلك مثلما يعتقد الطاعن خطأً".[2]

لتتوج المحكمة العليا سلسلة قراراتها بقرار صريح لا مجال معه للشك، يكرس إرادة المرأة وحدها في الخلع، وقد جاء فيه: "الخلع حق إرادي للزوجة، يقابله حق العصمة للزوج".[3]

وعلى ذلك، فبعد أن كان الخلع يأخذ حكم الرخصة الممنوحة للزوجة، ولا يمكن استخدامها إلا بموافقة الزوج، ارتقى قانونا وقضاء إلى مصاف الحق الأصيل، الذي يمنحها سلطة الاستئثار والتمسك به متى شاءت دون قيد أو شرط، ليصبح وفقا لذلك الصورة المقابلة والمجابهة لحق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة، وذلك بعد تغييب إرادة الزوج كليا فيه، مثلما تغيب تمام إرادة الزوجة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

ونضيف القول أنه صحيح أن الخلع جعله المشرع الجزائري حق أصيل للزوجة، لكن مع ذلك فهو ليس على إطلاقه، بل هناك قيود وضوابط معينة لابد أن تتوافر عند مطالبة الزوجة بالخلع، ومن أهم الضوابط التي استقر عليها الفقه والقضاء نجد:

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، تحت رقم 761، المؤرخ في 2009/06/10، قرار غير منشور، **نقلا عن:** لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة، المرجع نفسه، ص 176.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، تحت رقم 1067، المؤرخ في 2009/09/16، قرار غير منشور، **نقلا عن:** لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة، المرجع نفسه، ص 179.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 656259، المؤرخ في 2011/09/15، م م ع عدد 01، لسنة 2012، ص 318.

- **أن يكون الخلع لحاجة:** لقد تشدد الشارع الحكيم في الخلع، وذلك بأن جعله لحاجة، ويكون فقط للمرأة إذا كرهت زوجها لخُلقه أو خلقته[1]، منه فليس للمرأة أن تطلب الخلع من غير سبب أو لسبب تافه.

ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعلق الخلع على سبب معين، ولم يشترط حتى ابداء الزوجة لأية أسباب حتى تحصل على الخلع، إلا أن المحكمة العليا يبدوا أنها لم تستسغ هذا الأمر، وسارت على ذات منهج فقهاء الشريعة الاسلامية حيث اشترطت أن يكون للخلع سبب معين، كنفور الزوجة من زوجها وكرها له، إذ جاء في قرار لها: "إن 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".[2]

- **دفع المقابل المالي:** أو ما يطلق عليه ببدل الخلع، فكل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون بدلا في الخلع بإجماع الفقهاء.

وكتقييم للتعديل الذي أجراه المشرع الجزائري على المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج برفعه لحق الزوجة في الخلع من رخصة جوازية إلى حق أصيل لها تمارسه دون موافقة الزوج، يمكن القول أنه كان تعديل يحمل مجموعة من الايجابيات، وفي المقابل كان لها أيضا العديد من النقاط السلبية، وهو ما نوضحه فيما يأتي:

بالنسبة لإيجابيات التعديل هي:

- وضع حد لاختلال موقع المرأة وهشاشته في قانون الأسرة الجزائري، وذلك بالنظر لموقعها في القانون المدني، هذا الأخير الذي يعد أكثر صلابة وإحكام.
- تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، هذا المبدأ المكرس دوليا بموجب اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والمكرس دستوريا كذلك بموجب المادة الثانية والثلاثون (32) من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، والتي جاء في مضمونها: "**كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع**

[1] أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 1748.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 258613، المؤرخ في 2006/06/14، م م ع، عدد 02، لسنة 2006، ص 421.

بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".[1]

ومن ثم كان من الواجب على المشرع الجزائري إزالة هذا التناقض الموجود بين المادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج، وبين الدستور الذي يجب أن تتوافق معه جميع القوانين التي تدنوه درجة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إزالة التناقض بين المادة الرابعة والخمسون (54) ق أ ج والمادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ج) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تلزم الدول الأطراف منها الجزائر بتطبيق المساواة بين الجنسين في فسخ الزواج، لأن الجزائر صادقت على هذه الاتفاقية، وهي ملزمة ببنودها على اعتبار أن الاتفاقيات التي يصادق عليه رئيس الجمهورية طبقا للدستور تسمو على القانون، وهذا طبقا للمادة مائة وخمسون (150) من التعديل الدستوري لسنة 2016، والتي تنص على: "**المعاهدات التي يصادق عليه رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون**".[2]

- يعد الخلع دون رضا الزوج وسيلة لتجنب نشر أسرار الزوجية خصوصا فيما يتصل بالمحظور منها، كعجز الزوج أو انحرافه الجنسي ونحوهما، حيث تتفادى الكثير من النساء البوح بتفاصيل مثل هذه القضايا عن طريق دعاوى التطليق في ساحات القضاء لما في ذلك من حرج للزوجين.
- هذا الخلع يحمل الأزواج على ضبط تصرفاتهم اتجاه الزوجات.
- هذا الخلع من شأنه أن يقلل من جرائم الاعتداء على الزوجات، لأن الزوجات وجدن في الخلع مخرجا وحلا لمشكلاتهن حينما تصل العشرة بين الزوجين إلى حد كره وبغض الزوج الآخر، بما يستحيل معه مواصلة الزواج.[3]

أما عن سلبيات هذا التعديل يمكن إجمالها فيما يأتي:

---

[1] التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، السالف الذكر.

[2] التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المرجع نفسه.

[3] أحمد هيشور، الخلع بين الشريعة والتشريع، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة جيلالي اليابس – سيدي بلعباس، الجزائر، 2014، ص 354.

- هذا الخلع يجعل العصمة مشتركة بين الزوجين، رغم أن الزوج هو الذي من المفروض أن يملكها لوحده شرعا، باعتبار هو من تقع عليه تبعات البيت أكثر من المرأة، وهو أملك لنفسه وأملك لغضبه، مما يفتح الباب لأهواء النساء في اللعب بالعلاقة الزوجية.
- الرجل المخلوع يصبح بعد الخلع شخص مرفوض مجتمعيا، لأنه فقد هيبته، مما يجعل له صعوبة في إعادة الزواج بعد ذلك.
- الخلع الجبري دون موافقة الزوج يؤدي إلى التفكك الأسري في المجتمع، وذلك لاستقلال المرأة بإيقاعه، وسهولة الاجراءات المتبعة فيه أمام المحاكم وهذا عكس اجراءات التطليق المعقدة والتي تستهلك وقت ومال كبيرين.[1]
- هذا الخلع من شأنه منع الأزواج من تعدد الزوجات، كون الزوجة التي تعلم برغبة زوجها في التعدد فإنها تقوم بتهديده بالخلع مقابل التراجع عن قراره.
- الخلع دون موافقة الزوج هو خطوة من الخطوات المتبقية للوصول بقانون الأسرة إلى قانون مدني يسلخ الأسرة الجزائرية من هويتها الإسلامية، مما يحقق أهداف الغرب في عولمة قوانين الأحوال الشخصية في بلاد المسلمين.[2]
- كما أن تحريف المشرع الجزائري للمبادئ التي أقرتها الشريعة الإسلامية في الخلع فتح به باب الفتن، وساهم في فتح شهية النساء في المطالبة بالخلع، ومن ثم تهديد كيان الأسرة والمجتمع معا.[3]

---

[1] فقد أشارت دراسة جامعية أن عدد حالات الخلع في الجزائر كان في سنة 2005 مع صدور التعديل الجديد لقانون الأسرة 1170 حالة، لينحو كل سنة منحى تصاعدي ويصل في سنة 2013 إلى 8663 حالة خلع وقعت من طرف نساء معظمهن عاملات بحسب احصائيات وزارة العدل، **لتفاصيل أكثر أنظر:** أحمد هيشور، المرجع نفسه، ص 330، لتصل حالات الخلع إلى 13000 حالة في سنة 2017 من مجموع 65000 حالة طلاق مسجلة خلال نفس الفترة، لتحتل الجزائر بذلك المرتبة العاشرة عربيا (10) و المرتبة الثامنة والسبعون (78) دوليا في حالات الخلع، وهذا حسب تصريح وزيرة التضامن والأسرة أنداك "**غنية الدالية**" في ردها على استفسارات نواب البرلمان الجزائري حول هذا الموضوع، **لتفاصيل أكثر أنظر:** www.maghrebvoices.com، أطلع عليه بتاريخ 2020/04/05، على الساعة 12.00.

[2] كريم داودي، المرجع السابق، ص 221.

[3] عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص 170.

وأخيرا فمن خلال ما تقدم بخصوص انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أو بعبارة أخرى المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية نجد أن قانون الأسرة حافظ على حق الزوجين في الطلاق بالتراضي، كما أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة انطلاقا من العصمة الزوجية المكفولة له شرعا، وفي مقابل ذلك منح للزوجة أيضا الحق في فك الرابطة الزوجية بوسيلتين أخذت في الارتقاء إلى درجة ومرتبة الحق الأصيل، ولم تعد الزوجة تستعمل هذه الصور كرخصة لها تتوقف على إجازة الزوج أو القضاء، بحيث أصبحت هذه الصور تتطور شيئا فشيئا لتصل بالزوجة إلى التساوي مع الزوج في حق حل عقدة النكاح.

فلقد أصبح للزوجة امكانية **التطليق**، ووسع المشرع في دائرة المبررات التي يمكن للزوجة أن تستند لها في طلب التطليق، وذلك بموجب تعديل المادة الثالثة والخمسون (53) من قانون الأسرة الجزائري بالأمر 02/05، مما رفعها إلى عشرة (10) مبررات بعد أن كانت سبعة (07) فقط، هذا بالإضافة إلى **الخلع** الذي أصبح طبقا للمادة الرابعة والخمسون (54) من ق أ ج المعدلة حق أصيل للزوجة يجوز لها استعماله حتى دون موافقة الزوج، ليصلح تسميته بـ "**الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة**"، وبالتالي نجد أن هناك توجه تدريجي للمشرع الجزائري نحو جعل عقد الزواج عقد مدني تتساوى فيه حظوظ المرأة والرجل في فك الرابطة الزوجية.

وبهذا يبدوا جليا تأثر المشرع الجزائري ببنود اتفاقية سيداو، من خلال إدراجه لمجموعة من التعديلات في قانون الأسرة كان هدفها الأساسي تحقيق المساواة بين الزوجين في الطلاق، فماذا بشأن آثار هذا الطلاق؟، هذا ما نوضحه في الفصل الثاني من هذا الباب.

الفصل الثاني

انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على آثار الطلاق

يقصد بآثار الطلاق تلك النتائج المترتبة عن الفرقة الزوجية بأنواعها وصورها، إذ تترتب عن انتهاء العلاقة الزوجية مجموعة من الآثار تتعلق بكلا الزوجين وكذا بأطفالهما إن وجدوا.

وكما رأينا في الطلاق فإن الفقرة (01) (ج) من المادة السادسة عشر (16) من اتفاقية سيداو تمنح للزوجين نفس الحق في فسخ عقد الزواج، وذلك فيما يتعلق بصور هذا الفسخ وكذا بآثاره المالية وغير المالية، وعليه ما مدى مطابقة النصوص المتعلقة بآثار الطلاق الواردة في قانون الأسرة الجزائري لأحكام المادة السادسة عشر (16) من اتفاقية سيداو؟

لتبيان ذلك نقسم مضمون هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول لـ "انعكاسات الاتفاقية على الآثار غير المالية للطلاق"، بينما نخصص المبحث الثاني لدراسة "انعكاسات الاتفاقية على الآثار المالية للطلاق".

المبحث الأول

انعكاسات الاتفاقية على الآثار غير المالية للطلاق

من أهم الآثار غير المالية للطلاق نجد الحضانة والولاية على الأطفال، وهي حقوق للأبوين وكذا واجبات عليهم في ذات الوقت، ولمعرفة مدى تأثير اتفاقية سيداو على قانون الأسرة الجزائري في هذه المسائل نقسم مضمون هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول "الحضانة"، أما في المطلب الثاني نستعرض "الولاية" على الصغير كأثر من آثار الطلاق، كل ذلك في ميزان المساواة بين الجنسين.

المطلب الأول

في الحضانة

لدراسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء المساواة بين الجنسين الواردة في اتفاقية سيداو نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لـ "أحكام الحضانة"، بينما نخصص الفرع الثاني لـ "أولوية الأم في حضانة أطفالها".

الفرع الأول

أحكام الحضانة

قبل الولوج لدراسة الحضانة من منظور اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري ومعرفة مدى إعمال مبدأ المساواة بين الجنسين في هذه المسألة، كان لزاما الوقوف أولا على أحكام الحضانة باعتبارها تشكل قاعدة الدراسة، وذلك بتقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "مفهوم الحضانة"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "شروط الحضانة ومسقطاتها".

الفقرة الأولى

مفهوم الحضانة

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن، وهو ما دون الإبط، وحُضن الشيء جانبه، وحضن الطائر بيضه أي ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وكذلك المرأة إذا ضمت ولدها.[1]

أما اصطلاحا فالحضانة هي: "تربية الولد ممن له حق الحضانة"، أو هي: "تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل أو كبير مجنون، وذلك برعاية شؤونه، وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه، وغسل ثيابه، ونحوها".[2]

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري – وخلافا لما يسير عليه المشرع عادة– فإنه لم يترك مفهوم الحضانة للاجتهاد الفقهي أو القضائي، بل عرفها بموجب المادة الثانية والستين (62) منه، التي تنص على: "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**".[3]

وباستقراء هذه المادة يتضح بأن المشرع قد ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها، مع تحديد نطاقها وغاياتها الأساسية.

---

[1] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 661.

[2] وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 717، **لتفاصيل أكثر أنظر**: علاء الدين (الكاساني)، المرجع السابق، ص 455، **و** العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 255، **و** محمد (سمارة)، أحكام وآثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية–، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ط 03، ص 384.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

وانطلاق من كون تعريف المشرع الجزائري للحضانة قد اعتمد فيه على أهدافها، فإنه يتضح جليا أن الحضانة تتمثل أساسا في:

- **تعليم الولد:** ويقصد بذلك الدراسة الرسمية التي تعد حقا لكل طفل.[1]
- **تربية الولد على دين أبيه:** ساير المشرع الجزائري رأي فقهاء الشريعة الإسلامية القاضي بجواز تزوج المسلم بغير المسلمة، وهذا منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة الثلاثون (30) من ق أ ج المعدلة بالأمر 02/05[2]، أي أن الحاضنة الأم قد تكون غير مسلمة، وبالتالي في حالة الطلاق واكتسابها للحضانة فإنها تلزم بتربية الولد على مبادئ وقيم الإسلام، وهو دين الأب في تنشئة الطفل[3]، وهو ما جسده قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه...".[4]
- **السهر على حمايته:** لابد على الحاضن أن يسهر على حماية الطفل، فلا يكون عُرضة لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب...إلخ، أو عنف لفظي كترهيبه وتخويفه أو سبه...إلخ، بالشكل الذي قد ينجم عنه اضطراب نفسي أو جسدي للطفل.
- **حمايته خلقيا:** الحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليم الطفل، وحسن تأديبه، واعداده ليكون فردا صالحا وسويا في المجتمع.[5]
- **حمايته صحيا:** وذلك بالتكفل الصحي بالطفل، كصونه من الأمراض والأوبئة ونحوها، وعرضه على الطبيب كلما استدعى الأمر، واقتناء الأدوية له...إلخ.[6]

---

[1] باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، د ط، ص 51.

[2] تنص المادة (30) من ق أ ج المعدل بالأمر 02/05 على: "...**كما يحرم مؤقتا،...زواج المسلمة من غير المسلم**".

[3] باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع نفسه، ص 51.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 52221، المؤرخ في 1989/03/13، م ق عدد 01، لسنة 1993.

[5] بلقاسم أعراب، "مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي المقارن – دراسة تأصيلية –"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، عدد 01، 1994، ص 142.

[6] باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع نفسه، ص 53.

هذا عن تعريف الحضانة وأهدافها، أما عن حكمها، فهي واجبة بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية لأن المحضون يهلك بتركها، لذا وجب حفظه من الهلاك، ومن كل أذى قد يصيبه.[1]

أما عن مدة الحضانة فقد نصت عليها المادة الخامسة والستين (65) من ق أ ج بقولها: "**تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهاءها مصلحة المحضون**".[2]

إذ يُفهم من النص أن حضانة الطفل تبدأ منذ الولادة، مع اختلاف وقت انتهاءها بين الذكر والأنثى، وامكانية تمديدها بالنسبة للذكر إلى غاية بلوغه سن السادسة عشر (16)، هذا بالإضافة إلى أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي فقط من تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية هذا السن، وهذا ما من شأنه استبعاد حالات مشابهة لمجرد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم، مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون.[3]

الفقرة الثانية

شروط الحضانة ومسقطاتها

بالنسبة أولا لشروط الحضانة، نلاحظ بأن المشرع الجزائري كان مقتضبا جدا من حيث تحديد الشروط التي ينبغي أن تتوافر في الحاضن بشكل عام، إذ لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة، وهي

---

[1] العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 261، **للتفصيل أكثر في حكم الحضانة ومشروعيتها أنظر:** عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص 271 وما بعدها، **و** وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة –، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية، 1985، ص 427.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] **للاطلاع على موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مدة الحضانة أنظر:** العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 262 وما بعدها.

الفقرة (02) من المادة الثانية والستين (62) من ق أ ج، التي نصت على: "**ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**".[1]

والجدير بالذكر أن مصطلح "**أهلا**" المذكور في هذه الفقرة لا ينحصر في البلوغ والعقل فقط كشرط للحضانة، بل يتعدى ذلك لغيره من الشروط، وهو ما يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا لنص المادة (222) ق أ ج.[2]

وعليه فبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نجد أن للحضانة شروط عامة تخص الرجال والنساء معا، وشروط خاصة بالرجال، وأخرى خاصة بالنساء، وهو ما نعرضه باختصار نظرا لاختلاف الفقهاء حول ذلك، كالآتي:

- **بالنسبة للشروط العامة للحضانة:** هي شروط مجمع عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وهي تتمثل في:

➢ **العقل:** يجب على الحاضن أن يكون عاقلا، مُدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير، فليس باستطاعة المجنون أو ذلك الذي يعاني من الخرف أو البلاهة أو يقوم بالحضانة[3]، فالحضانة هي ولاية على النفس، وغير العاقل لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا تثبت له الولاية على غيره.[4]

➢ **البلوغ:** الحضانة مهمة صعبة وشاقة لا يتحمل تبعاتها إلا الكبار، وغايتها لا تتحقق بغير ذلك، فالصغير ولو كان مميزا يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره، وبالتالي ليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره.[5]

➢ **الأمانة:** يشترط في الحاضن أن يكون أمينا على المحضون، في تربيته وأدبه وأخلاقه، وفي نفسه، فلا تكون الحضانة لفاجر، أو فاجرة، أو راقصة، أو من يشرب الخمر، أو من يتعاطى المخدرات...إلخ.[6]

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] حيث تنص المادة 222 ق أ ج على: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

[3] باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 55.

[4] عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص 275.

[5] العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 259.

[6] رملة مليكة، دور قاضي شؤون الأسرة في حماية القصر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون أسرة، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2016-2017، ص 100.

- القدرة: يقصد بها القدرة على تربية المحضون وحفظه والقيام بمصالحه وشؤونه وعدم اهماله.[1]
- **الإسلام:** اختلف الفقهاء في هذا الشرط الوحيد من الشروط العامة، حيث قال الشافعية والحنابلة بعدم ثبوت حضانة الكافر على المسلم، أما المالكية والحنفية فلا يرون أن الإسلام في الحاضن أو الحاضنة شرط لممارسة الحضانة.[2]

- **أما الشروط الخاصة بالرجال:** فيجب أن تتوافر في الرجل الحاضن الشروط العامة السالفة الذكر، بالإضافة إلى شروط خاصة أخرى وهي:
  - أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى.
  - أن يكون عند هذا الحاضن سواء كان أبا أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة...إلخ – وهو شرط عند المالكية –.[3]
- **وبالنسبة للشروط الخاصة بالنساء:** فبالإضافة إلى الشروط العامة السالفة الذكر لابد أن تتوافر في المرأة الحاضنة شروط خاصة أخرى، هذه الأخيرة اختلف فيها الفقهاء كالآتي:
  - الحنفية: شروط المرأة الحاضنة لديهم هي العقل، البلوغ، الأمانة، الحرية، القدرة، عدم الردة، عدم الفسق بشكل يلزم فيه ضياع الولد، الخلو من زوج أجنبي عن الطفل.
  - المالكية: وضعوا شروط في المرأة الحاضنة وهي العقل، البلوغ، الأمانة، القدرة، والكفاءة، الخلو من الأمراض كالجذام و البرص وغيرها من الأمراض الضارة والمعدية، الخلو من زوج أجنبي، عدم السفر من البلد.
  - الشافعية: اشترطوا في المرأة العقل والبلوغ والحرية والأمانة والعفة، الإسلام، الخلو من الأمراض كالجذام والبرص، ألا تكون عمياء، ألا تكون مغفلة، أن تخلوا من زوج أجنبي من الطفل، الإقامة في البلد وعدم السفر، ألا تمتنع عن إرضاع المحضون إذا كان رضيعا وكان فيها لبنًا.

---

[1] محمد (سمارة)، المرجع السابق، ص 390.

[2] **للتفصيل أكثر أنظر:** رملة مليكة، المرجع نفسه، ص 101-102.

[3] وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 730، **لتفصيل أكثر أنظر كذلك:** محمد (سمارة)، المرجع السابق، ص 391.

- الحنابلة: لابد أن يتوافر في المرأة الحاضنة حسبهم شروط شرط العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والعفة، والعدالة، أن لا تكون معتوهة، أن لا تكون عمياء، الخلو من زوج أجنبي، القدرة على الحضانة، أن تكون خالية من الأمراض كالجذام والبرص.[1]

أما عن مسقطات الحضانة، فينبغي أن نشير أولا إلى أن الحضانة لا تثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هي أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بقيت له الحضانة إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهايتها، أما إذا أخل بالتزامات الحضانة، أو فقد شرطا من شروطها، سقطت عنه.

وسقوط الحضانة قد يكون لأسباب اختيارية تعود لإرادة الحاضن، وقد تكون لأسباب غير اختيارية تخرج عن إرادة هذا الحاضن، والملاحظ أن المشرع الجزائري عدد أسباب سقوط الحضانة في عدة نصوص ضمن قانون الأسرة لكنه لم يأت بترتيب واضح المعالم، أو تقسيم أو تصنيف دقيق لهذه الأسباب، بل قام باقتباس أحكام هذه النصوص من الفقه الإسلامي ولا سيما الفقه المالكي، ولكن دون أي تصنيف يُذكر، كالآتي:

تنص المادة السادسة والستين (66) من ق أ ج على: "**يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون**".

تنص المادة السابعة والستين (67) من ق أ ج على: "**تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون**".

تنص المادة الثامنة والستين (68) من ق أ ج على: "**إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها**".

تنص المادة التاسعة والستين (69) من ق أ ج على: "**إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في اثبات الحضانة له أو اسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**".

[1] وفاء معتوق حمزة فراش، المرجع السابق، ص 429 وما بعدها.

تنص المادة السبعون (70) من ق أ ج على: "**تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم**".[1]

هذا وجاء المشرع الجزائري في المادة الواحد والسبعون (71) من ق أ ج ونص على أن الحق في الحضانة إذا سقط لسبب غير اختياري كمرض الحاضن مثلا، ثم زال بعد ذلك هذا السبب، جاز للحاضن استرجاعها، أما إذا كان سبب سقوط الحضانة هو سبب اختياري فلا يعود بعد ذلك الحق في الحضانة لمن سقطت عنه اختياريا ولا بأي حال من الأحوال، كالأم الحاضنة التي تزوجت بغير قريب محرم وسقطت عنها الحضانة، فحتى ولو طُلقت بعد ذلك فلا تعود لها الحضانة أبدا.[2]

كما نص المشرع في المادة الثانية والسبعون (72) من ق أ ج على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما، وإذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن[3]، وقد حاول المشرع من خلال هذه المادة بعد تعديلها في سنة 2005 معالجة مشكل السكن وحماية الزوجة المطلقة الحاضنة التي لا تجد من يأويها في أغلب الحالات.

الفرع الثاني

أولوية الأم في حضانة أطفالها

إن ترتيب مستحقي الحضانة هو أمر أثار نزاع واسع سواء على المستوى الوطني أو حتى على المستوى الدولي، وذلك بالاعتماد على عدة معايير في هذا الترتيب، منها: الأحقية، القدرة، مصلحة المحضون، مبدأ المساواة بين الجنسين في حق الحضانة، وغيرها ، وهو ما نوضحه بتقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، تأتي الفقرة الأولى معنونه بـ "إلغاء التمييز بين الجنسين في ممارسة الحضانة من منظور اتفاقية سيداو"، بينما تأتي الفقرة الثانية بعنوان "تكريس المساواة بين الجنسين في ممارسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري استجابة لاتفاقية سيداو".

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] **أنظر**: المادة (71) من الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] **أنظر**: المادة (72) من الأمر 02/05، السالف الذكر.

الفقرة الأولى

إلغاء التمييز بين الجنسين في ممارسة الحضانة من منظور اتفاقية سيداو

نشير أولا إلى أن مسألة حضانة الأطفال ومن له الأولوية في استحقاقها هي مسألة لم تكن اتفاقية سيداو هي الصك الدولي الوحيد الذي نظمها، بل نجد صكوك أخرى أولت هذه المسألة جانب من الاهتمام، منها اتفاقية حقوق الطفل[1]، هذه الأخيرة حثت جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل في جميع القوانين والاجراءات المتعلقة بالأطفال، وحضانة الطفل هي من أهم الأولويات التي يجب على المجتمع مراعاتها، تحقيقا للتعهد الواقع على عاتق الدول بموجب المادة الثالثة (03) من هذه الاتفاقية، هذه الأخيرة أوصت بضرورة ضمان الحرية والرعاية اللازمين لرفاهية الطفل، مع مراعاة حقوق وواجبات الوالدين، والالتزام الواقع على كل دولة بأن تتخذ جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة لذلك.[2]

هذا وقد جاء أيضا في المادة الثالثة والعشرون (23) فقرة (04) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أنه على الدول الأعضاء في هذا العهد أن تتخذ التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهم عند ابرام عقد الزواج، وخلال قيامه، ولدى انحلاله، وفي هذه الحالة الأخيرة يتوجب اتخاذ التدابير الكفيلة لحماية الأولاد إن وجدوا.[3]

وبالرجوع إلى اتفاقية سيداو – وهي التي تهمنا –، نجدها قد بينت أحكام الحضانة ومستحقيها بالاعتماد على معيارين وهما: معيار المساواة بين الجنسين في الحضانة، ومعيار مصلحة المحضون، حيث نصت المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (د) منها على: "**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: (د) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية**

---

[1] اتفاقية حقوق الطفل أُعتمدت وعُرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، ودخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990.

[2] اتفاقية حقوق الطفل 1989، المرجع نفسه.

[3] العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، مرجع سابق.

والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حيث توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول".

كما تنص المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ح) من ذات الاتفاقية على: "**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: (ح) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول".**[1]

وعليه فبموجب هاذين النصين تُلزم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية – بما فيها الجزائر – بتحقيق المساواة المطلقة قانونا بين الزوجين، ودون أي تمييز ضد المرأة في كل أنظمة النيابة الشرعية على الأطفال التي يعترف بها قانون الدولة، بما في ذلك نظام الحضانة.

وهو الأمر الذي عملت الجزائر على تفعيله بموجب قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 – كما نفصله لاحقا –، وقد أكد على ذلك التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المرفوع من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، والذي جاء فيه: "**يستجيب التعديل المُدخل على قانون الأسرة إلى مبدأ الحرص على الطفل، وهكذا فإن الأب يأتي في المرتبة الثانية بعد الأم في حق الحضانة...**".[2]

وبهذا يتضح أن السبب الرئيس للتعديلات الواردة على ترتيب مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري هو اتفاقية سيداو التي ألزمت الدول الأطراف بتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في الحضانة، وحبذا حسبها إعطاء الأولوية للأم في ذلك، لأنها في الأخير اتفاقية تهدف إلى القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، أو بالأحرى تحقيق التمييز الإيجابي لصالح المرأة في كل المسائل التي تضمنتها من بينها الحضانة، وهي أولوية حسبها لا تعد تمييزا ضد الرجل (الأب)، كون الأم هي الأجدر بذلك لما لها من حنان وعطف وصبر وقدرة على تربية الطفل ورعايته أكثر من الأب، ولما في ذلك من تحقيق لمصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

---

[1] اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق.

[2] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، المرجع السابق، ص 20، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

الفقرة الثانية

تكريس المساواة بين الجنسين في ممارسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري استجابة لاتفاقية سيداو

يقول الإمام **أبو حامد الغزالي** في كتابه "**احياء علوم الدين**"، أن من الأمور الواجب مراعاتها في تربية الطفل عي أوائلها، ذلك أن الطفل بجوهره خلق قابلا للخير كما للشر، إنما أبواه من يميلان به إلى أحد الجانبين[1]، لذلك وحتى ينشأ الطفل نشأة سوية فيها صلاحه وخلاصه، وجب اختيار من يتولى رعايته، وذلك وفقا لموجب أساسي ألا وهو تحقيق مصلحة المحضون، على أن الدارس لموضوع الحضانة في خصوص مستحقيها ضمن أحكام الفقه الإسلامي يصل إلى أنه لا يوجد في النص الشرعي كتابا أو سنة تحديد لأصحاب الحق فيها، عدا الأم استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "...**أنت أحق به ما لم تنكحي**"، لذلك أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أولوية الأم في الحضانة، باعتبارها الأكثر حنانا وصبرا، وأهدى إلى التربية، وأشد ملازمة للأطفال.[2]

أما ماعدا الأم من مستحقي الحضانة فقد بقوا مسألة اجتهادية بالأساس ضابطها الرئيسي هو البحث في مصلحة المحضون.[3]

---

[1] أبو حامد (الغزالي)، احياء علوم الدين، دار الفكر، بيروت، لبنان، د س، م 03، د ط، ص 73.

[2] وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 718-719.

[3] بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من ترتيب الحاضنين، وممن له الأولوية في الحضانة، فقد اتفق المذاهب الأربعة على أن الأم أولى بحضانة ولدها، أما من يأتي بعدها من الحاضنين فقد اختلفوا فيه كالآتي:

- **الحنفية:** قالوا أن أولوية الحضانة هي للأم ثم أمها ثم أم أمها وإم علت، فإن تزوجت بغير محرم انتقل حق الحضانة إلى أم الأب وإن علت، وإن ماتت انتقل إلى الأخت الشقيقة (الخالة)، فإن ماتت أو تزوجت انتقل الحق إلى أخت الأب (العمة)، ومنه يتبين أن الحضانة لدى الحنفية تثبت للنساء فقط.
- **المالكية:** الأحق بالحضانة حسبهم هي الأم، ثم أم الأم (الجدة)، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم عمة الأم، ثم أم الأب، ثم أم أمه، وأم أبيه، والقريبة منهم تقدم على البعيدة، والتي من جهة الأم تقدم على التي من جهة الأب، ثم بعده الجدة من جهة الأب، ثم الأب ثم إلى الأخت....إلخ.
- **الحنابلة:** قالوا أن أحق الناس بالحضانة هي الأم، ثم أمها وهلم جرا، ثم الأب ثم أمهاته وإن علت، ثم الجد ثم أمهاته، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب...إلخ.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد غير موقفه فيه بالنسبة لمستحقي الحضانة ما بين القانون 11/84 والأمر 02/05، ففي ظل قانون الأسرة 11/84 كان المشرع ينص على ترتيب الحاضنين في المادة الرابعة والستين (64) منه بقوله: "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".[1]

وبذلك يكون المشرع الجزائري بهذا النص قد ساير عموم جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يقدمون جهة الإناث على جهة الذكور في ترتيب الحواضن، وذلك لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، كما أن المشرع لم يجعل من تراتبية أصحاب الحق في الحضانة بموجب هذا النص أمرا إلزاميا للمحكمة، ولم يجعلها من النظام العام، فالمعيار الضابط لإسناد الحضانة في جميع الأحوال هو مصلحة المحضون، فمتى تبين للقاضي أن مصلحة هذا الأخير مع أبيه مثلا تجاوز القاضي درجة الأم وأم الأم والخالة إلى أبيه مباشرة، طالما تأكد من خلال تحقيق اجتماعي أجراه هذا القاضي بأن الأب هو الأصلح للحضانة.

غير أنه ونظرا للواقع الذي تعيشه الأسرة الجزائرية لا سيما فيما يتعلق بأحقية ممارسة الحضانة بسبب الطلاق أو الوفاة، ونظرا كذلك لكون الأب في ظل قانون الأسرة 11/84 كان يعتبر حقه مهضوما على أساس أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها، وتحقيقا كذلك لمبدأ المساواة بين الأم والأب في الحضانة الذي طالبت به السيداو، تدخل المشرع الجزائري وأحدث انقلاب في ترتيب

- **الشافعية:** قالوا أن للمستحقين في الحضانة ثلاثة أحوال، في الحالة الأولى يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث، وفي الحالة الثانية يجتمع الإناث فقط، وفي الحالة الثالثة يجتمع الذكور فقط، وذلك على النحو الآتي:

- **الحالة الأولى:** تقدم الأم على الأب، ثم أم الأم وإن علت بشرط أن تكون وارثة، ثم بعدهن الأب، ثم أمه، ثم أم أمه وإن علت...
- **الحالة الثانية:** الأم، ثم أمهاتها، ثم أمهات الأب، ثم الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة...
- **الحالة الثالثة:** يقدم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم الأخ لأم...

أنظر: وهبة (الزحيلي)، المرجع نفسه، ص 722-723-724، **لتفاصيل أكثر أنظر:** عبد الرحمان ابن محمد عوض (الجزيري)، الفقه على المذاهب الأربعة، الدار العالمية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ط 02، ص 1016-1017.

[1] القانون 11/84، السالف الذكر.

الحاضنين بموجب المادة الرابعة والستين (64)، وذلك بتعديلها بالأمر 02/05، فأصبح نصها كالآتي: "**الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".[1]

وأول ما يلاحظ على هذا النص هو أن المشرع الجزائري قد خرج عن رأي المالكية وحتى عن رأي بقية المذاهب في ترتيب الحاضنين، فلم يتبع أي منهم، بل جاء بترتيب جديد لم يرد لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، حاول فيه أن يساوي بين جهة الأم والأب، وإن أبقى الأولوية لجهة الأم على جهة الأب، وذلك بالاعتماد على مبدأ التداول[2]، فالمشرع بترتيبه للحاضنين بهذا الشكل يكون قد نظر للحضانة على أنها حق للحاضن قبل أن تكون واجبا عليه[3]، ورغم ذلك وتحقيقا لكون الحضانة حق وواجب للحاضن من جهة، وحق المحضون من جهة أخرى، فإن المشرع استمر في هذا التعديل بالاعتماد أيضا على معيار مصلحة المحضون في اسناد الحضانة، وهو ما يُبقي ترتيب الحاضنين حتى بعد تعديل نص المادة الرابعة والستين (64) من ق أ ج خارج عن النظام العام، ولا إلزام للقاضي فيه، بل الالتزام الوحيد الذي يقع على عاتق القاضي في اسناد الحضانة هو تحقيق مصلحة المحضون في النهاية.

ورغم التأييد الواسع الذي حضي به هذا التعديل، إلا أن المادة الرابعة والستين (64) من ق أ ج تبقى قاصرة من عدة نواحي:

- أن المشرع لم يوضح فيها المقصود بالأقربون درجة؟.
- وما هو الحل إذا تعدد مستحقي الحضانة من درجة واحدة، كالأخوات أو الخالات أو العمات مثلا؟.
- وما هو الحل إذا تخلى صاحب الحق في الحضانة عنها ولم يتقدم أحد الأقربون درجة بطلب للمحكمة للحصول عليها؟.

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 205.

[3] وهو ما يترجمه نص المادة (66) من ق أ ج التي نصت على جواز التنازل عن حق الحضانة ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون، والتنازل بالتالي لا يكون إلا في الحق الذي يملكه الشخص.

- وهل يجوز إجبار الحاضن على الحضانة باعتبارها واجب عليه، أم لا يجوز اجباره عليها لأنها حق له كذلك والحق يجوز التخلي والتنازل عنه؟.
- المشرع كذلك لم يلزم القاضي بإجراء تحقيق اجتماعي للتأكد مع أي من الحاضنين تكمن مصلحة المحضون، فهل يمكن للقاضي معرفة ذلك دون تحقيق اجتماعي؟.
- كما أن المشرع لم يبين مفهوم مصلحة المحضون، رغم أهمية ذلك، كون مصلحة المحضون هو المعيار الذي تقوم عليه جميع أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فوضع مفهوم له هو أمر أكثر من لازم[1]، أو على الأقل كان على المشرع تبيان حدود هذه المصلحة وعناصرها إذ قلنا بأن مفهوم مصلحة المحضون هو مفهوم فقهي يصعب إفراغه في مادة قانونية شأنه شأن قواعد النظام العام والآداب العامة وحسن النية وغيرها.[2]

كما أن المادة الرابعة والستين (64) من ق أج وإن كانت واضحة المعالم بشأن المراكز القانونية للحاضنين التي تنشأ بعد صدور تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، فإنه يظل الإشكال قائما حول المراكز القانونية التي نشأت في ظل قانون قديم، ولم تكتمل إلا بصدور هذا القانون الجديد، وهي التي تسمى بـ "**المراكز القانونية المخضرمة**".

فإذا ما نازع الأب الجدة لأم من أجل اسناد حضانة ولده له أثناء سريان قانون الأسرة القديم، وحُكم لصالح الجدة لأم في ممارسة الحضانة، وبعدها بأيام صدر تعديل قانون الأسرة الجديد الذي يمنح للأب مرتبة أسبق من الجدة لأم في الحضانة، فعاود الأب تأسيسا على ذلك رفع دعوى للمطالبة بإسناد حضانة الابن له، هنا هل يخضع النزاع لقانون الأسرة القديم، أم للتعديل الجديد؟.

[1] **للتفصيل في معيار مصلحة المحضون أنظر**: كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث في تشريعات الأسرة، المرجع السابق، ص 132-133-134.

[2] أحمد هلتالي، "استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، الجزائر، سبتمبر 2018، ص 382-383.

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي البحث في تنازع القوانين من حيث الزمان، وهو ما يخضع في هذه الإشكالية إلى مبدأين معروفين وهما: مبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي، ومبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.

وبالاعتماد على هاذين المبدأين، فإذا أجبنا بالقول أن تمام تشكل المركز يخضع للقانون القديم الذي نشأ في ظله، فإن معنى ذلك أن دعوى الأب ترفض، ويبقى حق ممارسة الحضانة من نصيب الجدة لأم طبقا لما قضى به القانون الذي أنشأ للجدة لأم هذا المركز.

فلو اعتمدنا هذا القول معنى ذلك أننا جعلنا للقانون القديم أثرا مستمرا يصطدم مع الأثر الفوري للقانون الجديد، وفي نفس الوقت يتناقض هذا الحل مع الهدف الذي توخاه المشرع الجزائري من إعطاء الأب فرصة ممارسة حقه في رعاية الأولاد وحمايتهم بعد أمهم، وذلك بمناسبة الانفصال.

أما إذا أجبنا على هذا التساؤل بالقول أن تمام شكل أو انقضاء المركز القانوني المستمر يخضع للأثر الفوري للقانون الجديد – وهو الجواب القانوني الصحيح –، فمن ثم على القاضي أن يسقط حق الحضانة عن الجدة لأم ويسندها للأب، لأن مركز الجدة لأم الذي تشكل في ظل القانون القديم لم يكتمل إلا في ظل القانون الجديد، والاكتمال المقصود هنا هو انقضاء الحضانة ببلوغ المحضون السن المحددة قانونا لذلك.[1]

وبالرجوع إلى اسناد الحضانة ننوه إلى أن صاحب الحق فيها لابد عليه أن يرفع دعوى قضائية من أجل حصوله على الحضانة، وذلك وفقا للإجراءات العادية المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مرفقا بالوثائق الآتية:

- وثائق الموضوع المثبتة لطلبه.
- وثائق الحالة المدنية المثبتة لصفته (أي قرابته بالمطلوب حضانته)، كشهادة ميلاد القاصر، وشهادة ميلاده، أو شهادة ميلاد أم القاصر...إلخ.

[1] باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 81-83.

- الوثائق المثبتة لانحلال الرابطة الزوجية، وبالتالي ثبوت الحضانة كأثر لها، أو الحكم المتنازع فيه حول أحقية الحضانة والقاضي بإسنادها – هذا في حالة الطعن –، أو شهادة وفاة الحاضن الأول أو من له الحق في الحضانة، لأن هذه الأخيرة ليست أثر مترتب عن الطلاق فقط، بل هي أثر يترتب على الوفاة أيضا، وهذا ما قررته المحكمة العليا في أحد قراراتها التي جاء فيها: "حيث أن قضاة المجلس ابتعدوا عن جادة الصواب عندما اعتبروا بأن الحضانة هي أثر من آثار الطلاق فقط، ولا تأتي كأثر للوفاة".[1]

ويخضع كل ذلك إلى تقدير قاضي شؤون الأسرة، باعتبار هذا الأخير صاحب الاختصاص النوعي في النظر في مسائل الحضانة[2]، مراعيا في ذلك الترتيب الوارد في نص المادة الرابعة والستين (64) من ق أ ج، مع ضمان قبل كل ذلك مصلحة المحضون بالدرجة الأولى، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أنه وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس قضوا بتأييد الحكم المستأنف الذي أسند حضانة الولد للجدة لأم على أساس أن المبررات والحجج التي تقدم بها المستأنف ليست كافية لإسقاط الحضانة عن الجدة لأم، وذلك دون مناقشة مصلحة المحضون...، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه، والإحالة لنفس المجلس".[3]

وجاء في قرار آخر: "حيث من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع لها مانع، كما لها من الصبر والوقت والحنان والعطف والرحمة ما لا يمكن أن يتوفر لدر غيرها من أقارب الطفل، وأن قضاة الموضوع لما راعوا في اسناد حضانة الطفل لأمه، فإنهم أقاموا قضائهم على أساس قانوني وهو مصلحة المحضون، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن".[4]

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 511644، المؤرخ في 2009/09/16، م م ع، عدد 01، لسنة 2010، ص 229.

[2] **أنظر** المادة (423) فقرة (02) من ق إ م إ ج، التي تنص على: "**ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: 2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة**".

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 332324، المؤرخ في 2005/07/13نشرة القضاة، عدد 59، لسنة 2006، ص 238.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، تحت رقم 450، المؤرخ في 2006/06/14، قرار غير منشور، **نقلا عن:** لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 213.

وقد أيد هذه القرارات قرار آخر جاء فيه: "...لكن وفي مثل هذه الدعاوى فإن العامل الذي يؤخذ بعين الاعتبار هو مراعاة مصلحة المحضون أولا وأخيرا، وأن قضاة الموضوع لمجلس قضاء البليدة لم يبرزوا أين تكمن تلك المصلحة...، ولما قضوا دون العمل بما ذكر أعلاه فإن قضائهم جاء مشوبا بالقصور مما يجعله عرضة للنقض والابطال".[1]

وجاء في مضمون قرار آخر: "حيث بالفعل وبالاطلاع مجددا على القرار المطعون فيه، يتضح منه أن قضاة الموضوع اكتفوا في أسباب قرارهم المنتقد والذي بموجبه أسقطوا الحضانة عن الأم وأسندوها من جديد إلى الأب مستندين في ذلك إلى الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة دون البحث عن من هو الأجدر، وأين تكمن مصلحة البنتان، فإنهم بذلك قد قصروا في قضائهم ويتعين نقض القرار المطعون فيه".[2]

ونشير أخيرا إلى أن أولوية الأم في حضانة أطفالها دائما ما ترتبط بمسألة عمل المرأة، الأمر الذي فصل فيه المشرع الجزائري بموجب الفقرة (02) من المادة السابعة والستين (67) من ق أ ج بقوله: "**ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون**".[3]

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 364850، المؤرخ في 2006/05/17، م م ع، عدد 02، لسنة 2007، ص 440-441.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 497457، المؤرخ في 2009/05/13، م م ع، عدد 01، لسنة 2009، ص 300، **هذا بالإضافة إلى العديد من القرارات التي تصب في ذات هذا المنحى، اطلع على:**

قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 564787، المؤرخ في 2010/07/15، م م ع، عدد 02، لسنة 2010، ص 266.

قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 613469، المؤرخ في 2011/03/10، م م ع، عدد 01، لسنة 2012، ص 287-288.

قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 650014، المؤرخ في 2011/10/13، م م ع، عدد 01، لسنة 2012، ص 317.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

ويمكن القول عن ذلك أن المشرع جاء بهذا النص لسببين: **الأول** هو التأكيد على حق المرأة في العمل حتى ولو كانت متزوجة أو أم أو حاضنة، آخذا في ذلك بنصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي نادت بحق المرأة في العمل مساواة مع الرجل دون أي عراقيل في ذلك مهما كان نوعها، وهذا طبقا للمادة الحادي عشر (11) منها التي ألزمت الدول الأطراف فيها – منها الجزائر – بضرورة اتخاذ جميع التدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل، وخاصة منع أي تمييز ضدها في العمل بسبب الزواج أو الأمومة.[1]

وعليه وحسب المادة الحادي عشر (11) من الاتفاقية، والمادة السابعة والستين (67) من ق أ ج، فإن الأمومة وممارسة الحضانة لا تمنع المرأة من العمل، وهو ما أقره كذلك التقرير الدوري للجزائر الذي جاء فيه: "...**وأخيرا فإن ممارسة الأم لعمل ما لم يعد يسمح بإسقاط حقها في الحضانة...**".[2]

أما **ثاني** سبب لهذا النص هو مصلحة المحضون، فبالرغم من أن المادة جاءت رغبة من المشرع في تكريس حق المرأة في العمل ومساواتها مع الرجل في ذلك، ألا أنه تبقى مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، وهو ما عبر عنه المشرع بقوله: "...**غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون**"[3]، وتقدير ذلك يعود إلى القاضي المختص، فإذا رأى هذا الأخير أن خروج المرأة الحاضنة للعمل وكذا طبيعة عملها لا يضر بمصلحة المحضون، فإنه يقضي لها بالحضانة، أما إذا رأى ما يخالف ذلك فإنه ينزع منها الحق في حضانة الطفل.

---

[1] تنص المادة (11) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979 على: "**1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل، لكي تكفل لها على أساس المساواة بين المرأة والرجل نفس الحقوق، لا سيما....**

2- **توخيا لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة، ضمانا لحقها الفعلي في العمل، تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة...**".

[2] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، المرجع السابق، ص 20، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

[3] **أنظر**: المادة (67) من الأمر 02/05، السالف الذكر.

وانطلاقا مما سبق تفصيله نخلص إلى أن تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الحضانة جاء مطابقا لنصوص اتفاقية سيداو، خاصة فيما يتعلق بترجيح مصلحة الطفل، وكذا تحقيق المساواة بين الجنسين في ممارسة الحضانة، فهل تحقق ذلك أيضا في الولاية على الأطفال بعد الطلاق أم لا؟، هذا ما نوضحه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

في الولاية

تعتبر فئة القصر من أكثر الفئات التي أجمعت التشريعات الوطنية والصكوك الدولية على ضرورة حمايتها، هذه المسألة بُني تنظيمها وطنيا ودوليا كذلك على عدة معايير منها: مصلحة القاصر – تحقيق المساواة بين الأب والأم في الولاية على أطفالهم...إلخ، وهذا المعيار الأخير هو الذي يكتسي الأهمية الكبرى في هذه الدراسة، ولتوضيح مدى تحقيق المشرع للمساواة بين الأبوين في الولاية على الأطفال بعد الطلاق اعمالا لبنود اتفاقية سيداو نقسم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، يأتي الفرع الأول تحت عنوان "أحكام الولاية على القاصر"، بينما يرد الفرع الثاني بعنوان "المساواة بين الأبوين في الولاية على أطفالهم".

الفرع الأول

أحكام الولاية على القاصر

شرع الإسلام أحكاما تتعلق بتصرفات الإنسان إذا كان غير كامل الأهلية (قاصر)، وهي أحكام تُشبه الحضانة لكن لا تطابقها، بل هي أوسع منها، وهو ما يعرف بـ "نظام الولاية على القصر"، وقبل الحديث عن نسبية المساواة بين الأبوين في الولاية على أطفالهم من منظور اتفاقية سيداو وكذا قانون الأسرة الجزائري، كان لابد من التعرض أولا إلى أحكام هذه الولاية باعتبارها تشكل قاعدة الدراسة، وذلك بتقسيم هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لتبيان "مفهوم الولاية"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "شروط الولاية".

الفقرة الأولى

مفهوم الولاية

الولاية في اللغة، مأخوذة من الولي (بفتح الواو وسكون اللام)، وهي تعني: القرب والدنو والتصرف، والولاية (بفتح الواو) تعني المحبة والتوكيل والحفظ والنصرة، ولهذا قيل: وَلّى الشيء أي ملك أمره وقام به.[1]

أما في اصطلاح الفقهاء فالولاية هي: "سلطة شرعية على الغير، شاء هذا الغير أم أبى"[2]، أو هي "تدبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية، والقاصر هو من لم يستكمل أهلية الأداء سواء كان مميزا أوفاقدا للتمييز".[3]

والولاية نوعان: ولاية على النفس، وولاية على المال.

فالولاية على المال هي: "الاشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات مالية كالبيع والايجار والرهن وغيرها"[4]، **أما الولاية على النفس فهي:** "الاشراف على شؤون القاصر الشخصية، من صيانة وحفظ وتأديب وتزويج"[5]، فصلاحيات ولي النفس هي تتمة لصلاحيات الحاضن في الحضانة.

وتبدأ مرحلة الولاية بتجاوز الصغير سن الحضانة، وهي بلوغ الذكر حدا يستقل فيه بخدمة نفسه، كأن يصبح قادرا على الأكل وحده، والنوم لوحده، وارتداء ملابسه بمفرده...إلخ، وقد قدر بعض علماء الشريعة الإسلامية بداية الولاية على الذكر بسبع (07) سنوات، وقدرها آخرون بتسع (09) سنوات، أما بالنسبة للأنثى فقيل أنها تبدأ ببلوغها سن المراهقة وهي تسع (09) سنوات، وقال آخرون ببلوغ الأنثى احدى عشر (11) سنة.[6]

أما عن انتهاء الولاية فهي تستمر حتى يبلغ القاصر سن الرشد، فإذا بلغه أصبح رشيدا، ومن ثم انتهت الولاية عليه، إلا إذا طرأ على عقله آفة الجنون أو العته، فقد رأى فقهاء المالكية والحنابلة أن الولاية

---

[1] ابراهيم (مصطفى) وآخرون، معجم اللغة العربية: المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د س، ج 02، د ط، ص 1075.

[2] العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 275.

[3] وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 746.

[4] وهبة (الزحيلي)، المرجع نفسه، ص 746.

[5] محمد (أبو زهرة)، المرجع السابق، ص 459.

[6] العربي (بختي)، المرجع نفسه، ص 281.

في هذه الحالة تعود إلى القاضي، ولا تعود إلى من كانت له قبل انتهائها، وأضاف المالكية أن الولاية تنتهي على الذكر بزوال سببها المتمثل في الصغر أو الجنون أو العته، أما الأنثى فلا تنتهي الولاية عليها إلا بالزواج ودخول زوجها بها، أما الحنفية فيرون أن الولاية تنتهي على الذكر ببلوغه خمسة عشر (15) سنة أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية/ ما لم تمتد إلى ما بعد ذلك لجنون أو عته، أما الأنثى فتنتهي الولاية عليها بزواجها، وحينئذ ينتقل حق الولاية عليها لزوجها، أما إذا لم تتزوج فإنها ستظل في ولاية من له حق الولاية عليها إلى أن تصير عجوزا مسنة مأمونة على نفسها و لا يرغب فيها أحد من الرجال.[1]

الفقرة الثانية

شروط الولاية

بالنسبة لشروط الولاية شرعا، فقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في الولي شروطا معتبرة تضمن سلامة تصرفاته على نفس ومال القاصر، كل ذلك من أجل تحقيق منفعة الصغير وحفظة من المضار، ومن الشروط التي أوجبوها نجد:

- **الذكورة:** إذ أنه لا تثبت الولاية على النفس – ولاية الزواج خصوصًا – للأنثى مطلقا، لأن المرأة لا تثبت لها الولاية على نفسها، ومن ثم فمن باب أولى لا تثبت لها الولاية على غيرها.[2]
- **الإسلام:** فهو شرط في الولي بالإجماع، سواء في الولاية بصفة عامة أو في الولاية على النفس[3]، وذلك لقوله تعالى: "**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**".[4]
- **البلوغ والعقل:** أي أن يكون الولي بالغا عاقلا راشدا، غير قاصر أو مجنون أو معتوه، لأنه إذا كان كذلك فهو نفسه يحتاج إلى ولاية غيره عليه، لا أن يكون هو ولي على غيره.
- **القدرة والكفاءة:** ويقصد بها أن يكون كفئا وقادرا على تحمل مشاق الولاية، سواء كانت قدرة جسدية أو عقلية.

---

[1] العربي (بختي)، المرجع نفسه، ص 281-282.

[2] وهبة (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 196.

[3] محمد (أبو زهرة)، المرجع السابق، ص 461.

[4] سورة النساء، الآية 141.

- **الأمانة والعدالة:** أي أن يكون أمينا عادلا يؤتمن على نفس ومال القاصر.[1]

الفرع الثاني

المساواة بين الأبوين في الولاية على أطفالهم

لقد أحدث المشرع الجزائري انقلاب في أحكام الولاية على الأطفال في قانون الأسرة الجزائري ما بين القانون 11/84 والأمر 02/05، وقد كان السبب الأول لهذا التعديل هو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وهو ما نوضحه في هذا الفرع بتقسيم مضمونه إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لدراسة "المساواة المطلقة بين الأبوين في الولاية على أطفالهم بموجب اتفاقية سيداو"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "نسبية المساواة بين الأبوين في الولاية على أطفالهم بموجب قانون الأسرة الجزائري".

الفقرة الأولى

المساواة المطلقة بين الأبوين في الولاية على أطفالهم بموجب اتفاقية سيداو

لقد نصت المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (د) من اتفاقية سيداو على: "**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: (د) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حيث توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول**".

كما تنص المادة السادسة عشر (16) فقرة (01) (ح) من ذات الاتفاقية على: "**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: (ح) نفس الحقوق**

[1] العربي (بختي)، المرجع السابق، ص 284-285.

والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول".[1]

وعليه فبموجب هاذين النصين – وخصوصا النص الأول الذي جاء أكثر وضوحا –، تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية – منها الجزائر – بتحقيق المساواة المطلقة قانونا بين الزوجين ودون أي تمييز ضد المرأة في كل أنظمة النيابة الشرعية التي يعترف بها قانون الدولة، ولا سيما نظام الولاية على الأطفال.

الفقرة الثانية

تداول ولاية الأبوين على أطفالهم بموجب قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده نص على أحكام الولاية عموما في المواد من (87) إلى (91) منه، وما يهمنا في هذا الموضوع هو المادة السابعة والثمانون (87) التي تنص على: "**يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد**".[2]

وعليه فحسب هذا النص فإن الأب هو الولي على أولاده القصر أثناء قيام العلاقة الزوجية، مع منح المشرع الأم الحق في الولاية على أطفالها في حالة غياب الأب، وهو ما يتوافق لحد الآن مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وما يهمنا في هذا النص هو ما جاء به المشرع في الفقرة (02) منه المستحدثة بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، والتي فصلت في مسألة الولاية على الأطفال بعد الطلاق، مما يُنبئ على أن الأمر بعد الطلاق يُصبح مختلف عما كان عليه أثناء قيام العلاقة الزوجية، فقد جاء نص هذه الفقرة واضحا وصريحا، وذلك بأن منح الولاية في حالة الطلاق لمن أُسندت له حضانة الأطفال، بغض النظر عن جنسه.

---

[1] اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، مرجع سابق.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

وكما سبق وأن رأينا فالحضانة يمكن أن تكون للأب أو للأم أو غيرهم من الأقربون، وأن قانون الأسرة الجزائري قد جعل الأم أولى بحضانة أطفالها، وبعدها يأتي الأب ثانيا، وعليه فإنه في أغلب الأحوال تُسند الحضانة للأم، وبالتالي تسند لها الولاية أيضا تبعا لذلك بقوة القانون، وتسقط هذه الولاية عن الأب (الذي كان له الحق فيها حتى بعد الطلاق في ظل قانون الأسرة 11/84)، وهو ما يعد تطبيق نسبي للمساواة التي نادت بها السيداو بين الأبوين في نظام الولاية.

وهو الأمر الذي استنكره العديد من القانونيين في الجزائر، حيث اعتبروا أن اسناد الولاية للأم بالإضافة إلى اسناد الحضانة لها بعد الطلاق – وهو الشائع – يعد قطع لكل صلة قد تربط الأب بأطفاله، فبذلك لم تعد له أي سلطة عليهم وأصبح شأنه شأن الأجنبي بالنسبة لهم، بينما اعتبر البعض الآخر من القانونيين أن اسناد الولاية لمن أسندت له الحضانة – ولو كان ذلك للأم – هو أمر محبب ومحبذ من أجل توحيد مصدر السلطة بالنسبة للأبناء، فلا يتشتتون بين الحاضن والولي، والتكفل بشواغلهم في أقصر وقت وبأقل اجراءات وتكاليف.

وبالرجوع إلى نص المادة السابعة والثمانون (87) من ق أ ج، نجد بأن المشرع الجزائري لم يحدد ما إذا كانت الولاية التي تُمنح للحاضن هي ولاية على المال، أو ولاية على النفس، أم كليهما، فلا إشكال يطرح نسبيا إذا كانت الولاية المقصودة هي ولاية على المال، أما إذا كان المشرع يقصد الولاية على النفس أو الولاية بنوعيها فهذا يطرح اشكالا كبيرا، لأنه في ذلك خرق لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالولاية، فكيف يمكن أن تتولى المرأة زواج محضونها؟ وهو الأمر الذي يبقى المشرع الجزائري مطالبا بتوضيحه بموجب تعديل آخر يُلحق بالمادة السابعة والثمانون (87) من ق أ ج.

وأمام هذا يمكن القول أن المشرع الجزائري بإسناده للولاية لمن أسندت له الحضانة، وبمنحه الأولوية في الحضانة للمرأة – الأم –، فكنتيجة منطقية فقد منح الأولوية في الولاية لامرأة كذلك وهي الأم، وهو ما يساير اتفاقية سيداو شكلا ومضمونا، فإعمال المساواة واضح من خلال منح الأب الحق في الولاية أثناء قيام العلاقة الزوجية، غير أنه في حالة فك هذه العلاقة بالطلاق منح الأم الحق في هذه الولاية إذا ما أسندت لها الحضانة، وبالتالي فسياسة المشرع في التقدم نحو التطبيق الكلي للمساواة بين الجنسين في الطلاق وآثاره واضحة، وهو ما أكده التقرير الدوري المرفوع من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، والذي

جاء فيه: "**سجلت الجزائر تقدم ملحوظ في مجال الوصاية، إذ أصبح للأم الآن الحق في حالة الطلاق في الولاية على أطفالها الذين أسندت حضانتهم لها**".[1]

والجدير بالذكر أن القضاء الجزائري أيضا كرس العمل بالمادة السابعة والثمانون (87) فقرة (02) من ق أ ج، وذلك بأن منح للمرأة الولاية على المحضون، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث متى طالبت الطاعنة أمام محكمة الدرجة الأولى وأمام المجلس أن تسند حضانة طفلها البالغ من العمر سبعة وثلاثون (37) شهرا، وكذا مطالبتها وتمسكها بالولاية عليه، حيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل (ع) لها دون منحها الولاية عليه، فإنهم قد خالفوا أحكام المادة (87) من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بالولاية...".[2]

وجاء في قرار آخر: "...لكن حيث أن قضاة المجلس سببوا قرارهم تسبيبا كافيا لما استندوا إلى انعدام الدليل لإسقاط الولاية عن الأم المطعون ضدها، خاصة وأن لها بنت أصغر من الابن موضوع طلب اسقاط الولاية، ولم تقدم الطاعنة ما يثبت ما هو منسوب للمطعون ضدها، ولا يعقل اسقاط الولاية عن الأم استنادا إلى مجرد تصريحات لا ترقى إلى مرتبة الدليل...".[3]

وانطلاقا مما ورد في هذا المبحث يمكن القول أن المشرع الجزائري قد تراجع نوعا ما عن التحفظ الذي كان يتمسك به على المادة السادسة عشر (16) من اتفاقية سيداو، وذلك بإدراج المساواة – النسبية إن صح التعبير – بين الرجل والمرأة في الآثار غير المالية للطلاق مع حماية حقوق المرأة في الحضانة والولاية خصوصًا، لكن بترجيح مصلحة الأطفال في جميع الأحوال، هذا من جهة، غير أنه ومن جهة أخرى لم يساير المشرع الاتفاقية فيما يخص آثار غير مالية أخرى للطلاق، خاصة منها العدة، حيث بقى المشرع مستندا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في موضوع العدة.

---

[1] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، المرجع السابق، ص 20، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 476515، م م ع، عدد 01، لسنة 2009، ص 267.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، تحت رقم 1410-12، المؤرخ في 11/ 10 / 2012، قرار غير منشور، **نقلا عن:** لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 300-301.

إذ نجد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة قد نادت بالمساواة بين الجنسين في العدة، لأنها ترى أن نظام العدة هو ظلم للمرأة وإعنات غير مبرر لها، لأنه عليها الانتظار فترة حتى تستطيع الزواج مرة أخرى، ومنه يجب إلغاء هذه العدة في الطلاق، واستبراء الرحم يمكن أن يكون بالأساليب العلمية الحديثة.

أما في حالة وفاة الزوج، فيجب ترك الحرية للمرأة في أن تختار بمحض إرادتها الحرة إن كانت تريد الحداد عليه، أم أن عشرته السيئة لها كانت سببًا في فرحها للخلاص منه بموته، وأنه لا يستحق منها الحداد والحزن، والتأكد من عدم الحمل هنا يتم عن طريق الوسائل الطبية الحديثة، ولا داعي إلى الانتظار لأشهر عديدة.

وأضافت اللجنة أن الإسلام يلزم المرأة على العدة بعد الطلاق، وعلى الحداد على زوجها المتوفي، بينما لا يلزم الرجل بذلك، وهذا تمييز واضح وخرق صريح لمبدأ المساواة. وكذلك يلزم المرأة الحامل أن تعتد تسع أشهر **(09)** لتضع حملها، ولا تستطيع الزواج مرة أخرى خلال الحمل، وهو تعنت وظلم للمرأة وحرمان لها من استئناف حياة زوجية جديدة مع زوج آخر، لأنه وبما أن المرأة حامل فلا يمكن أن تحمل مرة أخرى، وبذلك تنتفى حجة اختلاط الأنساب.[1]

وهي أمور خطيرة تدعوا إليها الاتفاقية ولجنتها، وعلى ما يبدوا فهي لا تعي مقاصد الإسلام من تشريع العدة وإلزام المرأة بها، وهذا ما يفسر تمسك المشرع الجزائري بالتحفظات الواردة على العديد من مواد الاتفاقية، خاصة المادة السادسة عشر (16) منها، حيث نظم المشرع أحكام العدة صراحة في المواد من (58) إلى (61) من ق أ ج، حيث جاء في المادة الثامنة والخمسون (58) تنظيم لأحكام عدة الطلاق، فنصت هذه المادة على: "**تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق**"، بينما نصت المادة التاسعة والخمسون (59) من ذات القانون على عدة المتوفى عنها زوجها بقولها: "**تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة**

[1] **أنظر**: التوصية رقم (21) للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة – المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية – لسنة 1992، مرجع سابق، ص 23، **لتفاصيل أكثر في الموضوع أنظر**: عبد الحليم بوشكيوة، أثر تكريس المساواة التامة بين الزوجين في الاتفاقيات والمواثيق الدولية على حماية مقومات الأسرة المسلمة في التشريعات الوطنية، الملتقى الدولي التاسع بعنوان: "قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة على ضوء أصول ومقاصد التشريعات الإسلامية والتشريعات العربية"، جامعة الحاج لخضر – باتنة، الجزائر، 27-28 نوفمبر 2018، ص 16-17.

المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، هذا ونصت المادة الستين (60) من ق أ ج على: "**عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة للحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة**"، فيما نصت المادة الواحد والستين (61) على حق المعتدة في السكن والنفقة بقولها: "**لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق**".[1]

هذا بالنسبة للآثار غير المالية للطلاق، فماذا بشأن الآثار المالية؟ هذا ما نوضحه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

انعكاسات الاتفاقية على الآثار المالية للطلاق

يترتب على الطلاق بالإضافة إلى الآثار المعنوية السالفة الذكر آثار مالية لا تقل أهمية عن سابقتها، ولمعرفة مدى تحقيق المشرع الجزائري للمساواة بين الجنسين في هذه الآثار استنادا إلى اتفاقية سيداو، ارتأينا تقسيم مضمون هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نخصص المطلب الأول لـ "حق المطلقة في التعويض"، بينما نخصص المطلب الثاني لـ "حق المطلقة الحاضنة في السكن"، في حين نخصص المطلب الثالث لـ "حق المطلقة في مستحقات صندوق النفقة".

المطلب الأول

حق المطلقة في التعويض

الطلاق وإن كان أبغض الحلال عند الله فإنه يجوز ايقاعه بمقتضى الشرع والقانون، طالما كان مقيد بأسبابه ودواعيه، لكن هذا الطلاق قد يُحدث ضرر بالمرأة المطلقة، لهذا قرر لها القانون الحق في التعويض عن هذا الضرر، ومن المعلوم أن للطلاق عدة صور، لذا من المنطقي أن يكون للتعويض عن الطلاق عدة صور كذلك، هذا ما نوضحه بتقسيم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة "التعويض عن الطلاق التعسفي"، بينما نخصص الفرع الثاني لـ "التعويض عن حالة التطليق وحالة النشوز".

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

الفرع الأول

التعويض عن الطلاق التعسفي

هذا النوع من التعويض هو ناتج عن تعسف الزوج في ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ولدراسة هذا النوع من التعويض ارتأينا تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "شروط التعويض عن الطلاق التعسفي ومسقطاته".

الفقرة الأولى

مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

قبل التطرق إلى مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي لابد أولا من معرفة مفهوم العنصر الذي يستوجب التعويض من أجل وقوعه، ألا وهو الضرر.

ففي اللغة الضَرُ و الضُرُ مختلفان، فالضَرُ هو الهزال وسوء الحال، والضُرُ ضد النفع.[1]

أما الضرر اصطلاحا فهو: "المساس بحق أو مصلحة مشروعة للنفس أو للغير تترتب عنه مفسدة معتبرة".[2]

ومن خلال هذه المفاهيم يمكن تقسيم الضرر إلى: ضرر مادي، وآخر معنوي، **فالضرر المادي** هو كل ايذاء يصيب الإنسان في جسده أو ماله، ويمكن أن يشمل الضرر المادي كل ما يلحق الشخص من خسارة وما يفوته من كسب، أما **الضرر المعنوي** فهو الألم والحزن والأسى الذي يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه[3]، ولا شك أن الضرر الناجم عن الطلاق هو يشمل النوعين معا.

---

[1] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 482-483.

[2] سعيد (مقدم)، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، د ط، ص 35.

[3] محمد (الزحيلي)، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1998، ط 01، ص 50.

هذا بالنسبة للضرر، أما بالنسبة للتعويض فهو مأخوذ **لغة** من عوض يعوض تعويضا تعوض، أخذ العوض، أي أخذ البدل والخلف[1]، أما اصطلاحا فالتعويض هو: "المال الذي يُحكم به على من أوقع ضررا لغيره بهدف اصلاحه بأداء نقدي أو عيني".[2]

أما عن مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي فهو: "فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج دون رضا الزوجة، ودون سبب معقول أو شرعي يبرر ذلك قصد الاضرار بالزوجة"[3]، أو هو "مناقضة قصد الشارع من ايقاع الطلاق ورفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص"، والمقصود بـ "مناقضة قصد الشارع" هو مضادة ومخالفة قصد الله عز وجل من ايجاز ايقاع الطلاق، فقصد الشارع من ذلك هو انهاء العلاقة الزوجية التي لا تستقيم معها مصالح الأسرة، فتكون عبئا وضررا على كلا الزوجين، وجحيم لا يطاق، ففي حالة كهذه يكون الطلاق محتما لما يترتب عليه من أضرار، وذلك لدفع الضرر الأشد والأكبر، وبالتالي فكل طلاق مناقض لقصد الشارع منه هو طلاق غير مشروع وتعسفي ويستوجب التعويض.[4]

وتجدر الإشارة إلى أن الحكم أو المقاصد من الطلاق والتي يمكن من خلالها تبيُن الطلاق التعسفي من غيره يمكن ارجاعها إلى معيارين، **معيار موضوعي** وذلك بأن يتم الطلاق لأحد الأسباب العامة التي يشترك فيها معظم الناس كعدم الانجاب مثلا، **ومعيار شخصي أو ذاتي** ينبع من نظرة شخصية يبينها المطلق للقاضي أو للناس، كعدم التفاهم والانسجام، أو البغض والكراهية، وغيرها مما يراه الشخص جوهريا وخطيرا، ولا تستقيم الحياة الزوجية معه.

---

[1] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 192.

[2] محمد (الزحيلي)، المرجع نفسه، ص 48، **أنظر أيضا:** وهبة (الزحيلي)، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1982، د ط، ص 15.

[3] آسيا بوخاتم، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2007، ص 44.

[4] رشيد عمري، "التعسف في استعمال حق الطلاق"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 19، العدد 01، الجزائر، أبريل 2018، ص 243.

وبالتالي فكل طلاق له سبب موضوعي أو شخصي فهو طلاق مقبول، وكل ما عداه فهو طلاق تعسفي[1]، هذا ويمكن إجمال صور الطلاق التعسفي التي تستوجب التعويض في ثلاثة، وهي:

- إذا أوقع الزوج الطلاق بنية الإضرار بالزوجة، كما لو طلقها في مرض الموت بنية حرمانها من الميراث[2]، غير أن معرفة النية في هذه الحالة ليس بالأمر الهين، وهو يرجع لسلطة القاضي التقديرية، مما يقتضي ضرورة الاستعانة بمعايير مادية لإثبات النية.
- عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها، كما لو كان الطلاق من أجل الانتقام من أخ الزوجة أو أحد أفراد عائلتها.
- إذا كان الهدف من الطلاق هو الحصول على فائدة أقل من الضرر الناتج عن الطلاق والذي يلحق بالزوجة،[3] فإذا كانت مصلحة الأسرة مقدمة وأهم من مصلحة الزوج في ايقاع الطلاق أعتبر الزوج متعسفا وكان طلاقه طلاقا تعسفيا[4]، كمل لو طلق الرجل زوجته لأنها تنجب الإناث دون الذكور.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد نص على حق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة الثانية والخمسون (52) من ق أ ج، التي نصت على: "**إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".[5]

---

[1] محمد (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 41-42.

[2] رشيد عمري، المرجع نفسه، ص 245.

[3] إن الحصول على فائدة قليلة مقابل الضرر الناتج للغير هي صورة خاصة للتعسف في استعمال الحق، أوردها المشرع الجزائري ضمن المادة (124) مكرر من القانون المدني الجزائري، التي نصت على: "**يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:**

- **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.**
- **إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.**
- **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة**".

[4] صالح حمليل، "نفقة المتعة والتعويض بين الفقه والقضاء"، مجلة الحقيقة، عدد 04، الجزائر، 2004، ص 41.

[5] الأمر 02/05، السالف الذكر.

وكما هو واضح فتنظيم المشرع الجزائري لمسألة تعويض المرأة المطلقة عن الطلاق التعسفي جاء بمادة يتيمة ومقتضبة جدا، فهو لم يبين نوع الضرر المستوجب للتعويض، ولا متى يكون الزوج متعسفا، ولا ما هي صور التعسف، ولا مقدار التعويض.

وبالتالي فسكوت المشرع عن هذه المسائل هو يعترف ضمنيا بإسنادها للقاضي إعمالا لسلطته التقديرية، هذا الأخير الذي يجوز له الرجوع في كل ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية تأسيسا على نص المادة (222) ق أ ج.[1]

ومن التطبيقات القضائية التي أجابت على هذه المسائل، نجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله، ومتى في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي على الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج

[1] وعلى ذكر الشريعة الإسلامية، فقد انقسم الفقه الإسلامي حول مسألة تعويض المرأة المطلقة عن الطلاق التعسفي إلى قولين، وهما:

القول الأول: هو قول الجمهور الذين ذهبوا إلى القول بأن الطلاق هو حق مشروع للزوج، وهو تصرف انفرادي له، والإنسان إذا تصرف بحقه فلا ضمان عليه ولا مسؤولية، ولكن إذا أساء الشخص في استعمال حقه، وتعسف فيه، وتجاوز الحدود المرسومة له، واستغل هذا الحق في ايذاء غيره، والحاق الضرر به، فإن الشرع لا يقره على ذلك بل يؤاخذه عليه، ويفرض عليه الضمان والتعويض بناء على نظرية التعسف في استعمال الحق، وهي نظرية اسلامية أصيلة، وهو ما ينطبق على التعسف في استعمال الطلاق من طرف الزوج.

وقد استدل هذا الفريق بكون الطلاق فيه ضياع لمستقبل الزوجة، وتفويت لفرصة الزواج عليها التي قد لا تعود لها مجددا، ومن ثم ينبغي تعويضها هن هذا الضرر الكبير اللاحق بها، وهو الرأي الراجح.

أما القول الثاني: فكان لثلة من فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث يرون أنه يجوز للزوج الطلاق بالإرادة المنفردة، ولو كان متعسفا، والمطلقة لا تستحق التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك لكون هذا الطلاق حقا مباحا للزوج في الشريعة الإسلامية، غير مقيد في استعماله بوجود الحاجة التي تدعوا إليه، ومن الظلم مساءلة أحد عن استعمال حقه، خصوصا وأن للمطلق أسبابه التي ليس من الحكمة عرضها وكشفها، مما يؤدي إلى الإضرار بالزوجين معا، **أنظر:** بدران (أبو العينين بدران)، المرجع السابق، ص 311، **لتفاصيل أكثر أنظر:** محمد (الزحيلي)، المرجع السابق، ص 31-32.

اللذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير لم يطبقوا صحيح القانون".[1]

وفي سياق القضاء دائما نجد هذا الأخير اعتبر أن طلاق الزوج لزوجته بسبب عقمها، أو امتناعها عن السكن مع أقاربه، أو عدم عذريتها، يعد طلاقا تعسفيا، وأن هذه الأسباب ليست بمبرر شرعي لطلاقه لها، مما يستوجب تقرير حق الزوجة في التعويض، حيث ورد في قرار للمحكمة العليا: "إن عقد الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظليم الزوجة".[2]

وجاء في قرار آخر: "إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا، وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفيا في حقها، وتستحق التعويض جبرا للضرر".[3]

أما بالنسبة لعدم العذرية فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي، ما دام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة".[4]

وجاء في قرار آخر يتعلق بالطلاق في مرض الموت: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من ايقاع الطلاق، ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت هو حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة وتعويضها قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان الأمر كذلك رُفض الطعن".[5]

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 223019، المؤرخ في 1999/09/15، م ق عدد خاص، لسنة 2001، ص 103.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 373707، المؤرخ في 2006/11/15، م ق عدد 01، لسنة 2007، ص 499.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 251682، المؤرخ في 2000/11/21، م ق عدد 01، لسنة 2001، ص 290.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 480264، المؤرخ في 2004/02/11، م ق عدد 01، لسنة 2009، ص 283.

[5] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 179696، المؤرخ في 1998/03/17، م ق عدد خاص، لسنة 1999، ص 98.

كما أن تقدير تعسف الزوج، وكذا تحديد مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي، يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع حتما[1]، هو ما أكده قرار للمحكمة العليا، جاء في: "إن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"[2]، وتقدير التعويض يتم بالاعتماد على عدة معايير، من أهمها: الدخل الشهري للمطلق، ظروف المعيشة، عمل المرأة من عدمه، عدد سنوات الزواج، نوع المبرر، عدد الأطفال، وغيرها.

وتجدر الإشارة في سياق متصل إلى أن غموض وقصور نص المادة الثانية والخمسون (52) من ق أ ج أحدث خلطا سواء على مستوى الفقه أو حتى على مستوى القضاء بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، وهذا ما لابد أن يتم توضيحه كون كل من الفقه والقضاء قد أدلى بدلوه في هذه المسألة، وبالشكل الذي يدعم رأيه واجتهاده، على النحو الآتي:

- **المتعة كأثر للطلاق قبل الدخول:** أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، ولم يفرض لها صداقا، وجبت عليه المتعة تعويضا لها عما فاتها، وهذا نوع من التسريح الجميل، والتسريح بإحسان[3]، فقال تعالى: "**فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**"[4]، وقد أجمع الفقهاء على أن التي لم يفرض لها مهر ولم يُدخل بها لا شيء لها غير المتعة، والمتعة تختلف باختلاف ثروة الرجل، وليس لها حد معين[5]، لقوله تعالى: "**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين**".[6]

فالمتعة إذا تجب في حالة الطلاق قبل الدخول أو الطلاق قبل فرض المهر، وبمفهوم المخالفة فالدخول بالزوجة أو تسمية المهر يحولان دون حصول المطلقة على المتعة من زوجها.[7]

---

[1] نبيل (صقر)، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، د ط، ص 331.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 368660، المؤرخ في 2006/07/12، م ق عدد 01، لسنة 2006، ص 483.

[3] السيد (سابق)، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، 1365 هـ، د ط، ص 107.

[4] سورة البقرة، الآية 229.

[5] السيد (سابق)، المرجع نفسه، ص 107.

[6] سورة البقرة، الآية 236.

[7] باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 23.

- **المتعة كأثر للطلاق بعد الدخول:** لم يقل الفقهاء أبدا باستحقاق المطلقة للمتعة بعد الدخول بها، أما على مستوى التشريع الجزائري فنجد بأن قانون الأسرة لم يتطرق إلى نفقة المتعة كأثر من آثار الطلاق لا قبل الدخول ولا بعده، فهو لم يتطرق لها مطلقا، وهذا خلافا لبعض التشريعات الأخرى، ولعل أهمها هو القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، والذي نص في مادته السادسة والتسعون (96) على: "أ- **تستحق المطلقة المدخول بها المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلق.**

ب- للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق".

وعليه فما يلاحظ على المشرع العربي في مشروعه هذا هو اعتباره للمتعة كأثر مالي للطلاق تستحقه المطلقة – بالإضافة للتعويض عن الطلاق التعسفي – بعد الدخول، وليس قبله، وذلك خلافا للرأي الأول الذي أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية والذي اعتبر المتعة أثر للطلاق قبل الدخول فقط أو قبل فرض المهر.[1]

أما عن موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة، نجد أن سكوت المشرع عنها أدى إلى اجتهاد القضاة فيها، هذا الاجتهاد ونظرا لغياب أساس موحد يستند إليه أدى إلى جعل المتعة قضاءً مسألة دون اجتهاد واحد ودون نسق واحد، ولو نظرنا إلى الواقع العملي نجد أن أغلب القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال، ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الضرر الذي لحقها من الطلاق، وذلك تحت تسميات مختلفة، فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به بالمتعة، ومرة يصفونه بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رغم الفرق الكبير بينهما.

فالرأي الأول من القضاة يعتبرون المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي وجهان لعملة واحدة، مثلما جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معا، فلا سبيل إذا لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة".[2]

---

[1] باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع نفسه، ص 24، **لتفاصيل أكثر أنظر**: كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، المرجع السابق، ص 115-116.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 39731، المؤرخ في 1986/01/27، م ق عدد 04، لسنة 1993، ص 61.

واضح من القرار أن القضاة اعتبروا المتعة تعويضا عن طلاق غير مبرر، وألزموا منحها للزوجة ولو كانت تتحمل جزء من مسؤولية الضرر.

وعلى نقيض هذا الرأي الأول الذي اعتبر المتعة هي ذاتها التعويض عن الطلاق التعسفي، فإن جانبا من القضاء الجزائري سلك مسلكا آخر بالاعتماد على الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، فكل مستقل عن الآخر، وله آثاره وأحكامه الخاصة، وهذا ما جسدته المحكمة العليا في أحد قراراتها قائلة: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا: نفقة العدة، نفقة الإهمال، نفقة المتعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح الزوجة مبلغا اجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي".[1]

ورغم غياب الاجماع الفقهي وكذا القضائي حول علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وكونها شيء واحد أم مختلفان، يمكن القول بأن استعمال كلمة متعة في الشريعة الإسلامية أضيق كثيرا مما هي عليه في القوانين الوضعية، ذلك نظرا لكون المتعة مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة من ألم فراق زوجها، ويراعى في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناها ولا لأقصاها حد معين، أما التعويض يجوز استعماله لجبر أي فعل غير مشروع، ويراعي القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز له أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو يقل عنه.[2]

غير أن هذا القول يصح في الحالة العكسية أيضا، لو قلنا أن المتعة يجوز أن تصبح أوسع من التعويض، فالمتعة هي جبر لخاطر الزوجة المطلقة عن ألم فراق زوجها، سواء كان الزوج متعسفا في ايقاع الطلاق أم لا، أما التعويض فهو جبر لخاطر الزوجة المطلقة من ألم فراق زوجها لكن فقط في حالة تعسفه في ايقاع هذا الطلاق، فلو أوقع الطلاق ولم يتعسف فيه، فلا حاجة لتعويض الزوجة ما دام يمارس حقه الشرعي الذي أجازته له الشريعة الإسلامية، ويجوز أن تحصل الزوجة على المتعة في هذه الحالة.

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 41560، المؤرخ في 1986/04/07، م ق عدد 02، لسنة 1989، ص 69.

[2] عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 309-310، **لتفاصيل أكثر أنظر:** عبد القادر بن داود، "الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري – الإشكالات وحلها –"، مجلة المعيار، عدد 09، الجزائر، 2004، ص 02 وما بعدها.

الفقرة الثانية

شروط التعويض عن الطلاق التعسفي ومسقطاته

لكي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا، لابد أن تتوافر مجموعة من الشروط، وهي: أن تكون الزوجية كانت قائمة بين الزوجين، أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة، أن يكون الزوج متعسفا في طلبه الرامي إلى إيقاع الطلاق، ونفصل في هذه الشروط كالآتي:

- **أن تكون الزوجية كانت قائمة بين الزوجين:** إن الحديث عن تعويض الزوجة المطلقة عن طلاق تعسفي لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت هناك زوجية قائمة فعليا بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقدا بدون دخول، بل يجب أن يتم الدخول وتتحقق المعاشرة الزوجية، ومعنى ذلك أن تسلم الزوجة نفسها لزوجها، فإذا لم تمكنه من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض عن طلاقها تعسفيا.[1]

فلا تعويض عن طلاق تعسفي إلا بتمام الدخول، وأن ما يحكم به القاضي من تعويض قبل الدخول إنما هو متعة فقط، وليس ذلك من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي في شيء.[2]

وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها التي جاء فيها: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة، وأن عدم اتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها عن الطلاق التعسفي لم يطبقوا صحيح القانون".[3]

- **أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة:** إن العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج، فله أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة، لأنه هو من أخذ بالساق مصداقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم.[4]

---

[1] باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 08-09.

[2] السيد (سابق)، المرجع السابق، ص 229-230.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، سالف الذكر.

[4] بختة بلبولة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج والطلاق، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2004-2005، ص 111.

وفكرة أحقية الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاه زوجته، والتي تصنف إلى واجبات مالية وأخرى غير مالية، وبالتالي فهو الأحرس على بقاء الزوجية نظرا لما بذله في سبيل ذلك. [1]

غير أنه إذا طلق الزوج زوجته بإرادته المنفردة ودون مبرر مقنع يجير له ذلك، كان طلاقه تعسفيا وألزم بالتعويض، أما إذا كانت الزوجة هي التي طلبت الطلاق وطلقها زوجها فلا يكون لها الحق في التعويض عن الطلاق التعسفي، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها التي جاء فيها: "متى كان من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفيا زوجته، ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها بالتعويض، فهذا الحكم غير شرعي، ومن ثم فالقضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون".[2]

ونشير إلا أن القاضي لا يحكم بما لم يطلبه الأطراف، بمعنى أنه إذا طلق الزوج زوجته طلاقا تعسفيا بإرادته المنفردة، هنا ينشأ لها قانونا الحق في الحصول على التعويض عن هذا الطلاق التعسفي، غير أنه لابد أن تطلب هيا ذلك، فلا يمكن للقاضي أن يحكم لها بهذا التعويض من دون أن تطلبه، فإذا لم تتقدم به سقط حقها في الحصول عليه.

- **أن يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق:** يعد هذا الشرط من بين أهم الشروط الواجب توافرها حتى نكون أما تعويض للمطلقة عن طلاق غير مبرر، ويكون الزوج متعسفا في طلاقة لزوجته في ثلاث صور وهي:

- إذا كان الطلاق بقصد الإضرار بالزوجة.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة مقابل الضرر الذي سينشأ للزوجة.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

هذا بالنسبة لشروط التعويض عن الطلاق التعسفي، أما بالنسبة لسقوط الحق في التعويض عن الطلاق التعسفي، فيمكن القول أن المطلقة تُحرم من التعويض عن الطلاق التعسفي إذا تأكد القاضي بأنها

[1] باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 10-13.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم، 853017، المؤرخ في 1989/03/27، م ق عدد 01، لسنة 1991، ص 56.

هي المتسببة في الطلاق، كما في حالة نشوزها مثلا، أو كذلك في حالة اثبات الزوج عدم تعسفه في إيقاع الطلاق بإبداء أسباب معقولة ومقنعة دفعته إلى انهاء الرابطة الزوجية.

هذا بالنسبة لحق المطلقة في التعويض عن الطلاق التعسفي إذا كان زوجها هو من طلقها بإرادته المنفردة، والذي يعد فعلا حمايةً للمرأة خلال مرحلة فسخ الزواج بالصورة التي كرستها اتفاقية سيداو، والتساؤل الذي يطرح بعد ذلك هو: إذا كانت الزوجة هي من طلبت الطلاق فهل يحق لها الحصول على التعويض أم لا؟، نعم أجاز المشرع الجزائري ذلك وأسماه بـ "التعويض عن حالة التطليق"، بالإضافة إلى اقرار المشرع لنوع ثالث من التعويض حق فيه المساواة المطلقة بين الجنسين، إذ يمكن أن تحصل عليه الزوجة بعد الطلاق، كما يمكن أن يحصل عليه الزوج كذلك بعد فك الرابطة الزوجية – وهي الحالة الوحيدة في قانون الأسرة الجزائري التي يحصل فيها المطلق على تعويض من طليقته – وهي الحالة التي أسماها المشرع بـ "التعويض عن النشوز"، كل هذا نفصل فيه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

التعويض عن حالة التطليق وحالة النشوز

للتفصيل في هاذين النوعين من التعويض نقسم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "التعويض عن حالة التطليق"، بينما نخصص الفرع الثاني لـ "التعويض عن حالة النشوز".

الفقرة الأولى

التعويض عن حالة التطليق

لقد سبق لنا التفصيل في التطليق كأحد الصور الممنوحة للزوجة لفك الرابطة الزوجية، حيث أن المادة الثالثة والخمسون (53) من ق أ ج منحت للزوجة عشرة (10) أسباب يمكن أن تستند إليها في طلب التطليق، وهي: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، مخالفة الأحكام الواردة في المادة (08) من ق أ ج والمتعلقة بتعدد الزوجات، ارتكاب فاحشة مبينة، الشقاق المستمر بين الزوجين، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، كل ضرر معتبر شرعا.[1]

[1] **أنظر**: المادة (53) من الأمر 02/05، السالف الذكر.

ورغبة من المشرع الجزائري في تكريس المساواة بين الجنسين في فك الرابطة الزوجية وحماية حقوق المرأة في هذه الحالة، فلم يكتفي بتوسيع أسباب التطليق هذه لمنح الزوجة فرص أخرى لفك الرابطة الزوجية، بل عزز حماية المرأة أكثر بإقرار حق المطلقة في التعويض جراء ما أصابها من ضرر رغم أنها هي من بادرت بالتطليق و فك الرابطة الزوجية، وهو الأمر الذي استحدثه المشرع بتعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 بإضافة المادة الثالثة والخمسون (53) مكرر من ق أ ج، والتي تنص على: "**يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".[1]

وبهذا النص الجديد وضع المشرع الجزائري حدا للغموض الذي كان موجود في قانون الأسرة 11/84 بشأن استحقاق الزوجة التعويض من عدمه في حالة التطليق.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها، والملاحظ أن هناك العديد من القرارات التي كانت تقضي للزوجة بالتعويض في حالة التطليق حتى قبل اقراره بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، ومن هذه القرارات نذكر:

قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "لكن بمراجعة القرار المطعون فيه، فإن الطرفان زوجان بموجب عقد رسمي، وأن الطاعن تماطل في الدخول، مما سبب ضرر للزوجة فطلبت التطليق، وأن انتظارها هذه المدة ألحق بها ضررا معنويا تستحق بموجبه التعويض طبقا للقانون...".[2]

وأيد هذا القرار قرار آخر جاء فيه: "حيث بالفعل فالقرار المنتقد اعتبر الطاعنة لا تستحق التعويض على أساس كونها هي التي طلبت الطلاق، ولم ينظر للضرر الذي لحقها بسبب الضرب والجرح، وعليه فالوجه مؤسس الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص التعويض وبدون احالة...".[3]

وتجدر الملاحظة إلى أنه ليس كل تطليق لابد أن يصاحبه تعويض، بل يجوز للقاضي الحكم للزوجة بالتطليق دون تعويض، خاصة إذا كان الضرر الذي لحق بالزوجة لم يتسبب فيه الزوج بإرادته، وقد ضربت لنا المحكمة العليا مثالا على ذلك في أحد قراراتها، جاء فيه: "وحيث أن مرض العقم وعدم القدرة على

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم، 135435، المؤرخ في 1996/04/23، م ق عدد 01، لسنة 1998، ص 131.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم، 245159، المؤرخ في 2000/06/20، م ق عدد 01، لسنة 2001، ص 260.

الانجاب، وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطليق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، ويخول للزوجة الحق في المطالبة به، فهو لا يحمل الزوج المصاب به أية مسؤولية عن دفع التعويض لها عنه، لأنه لا دخل لإرادته فيه، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعن بأن يدفع للمطعون ضدها مبلغ 80000 دج تعويضا عن التطليق، استنادا فقط إلى مجرد الضرر الناتج عن ذلك العقم بغض النظر عن مصدره سواء كان بإرادة الطاعن أم بغير إرادته، فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون، وعجزوا عن إعطاء تسبيب مقنع لقرارهم، الأمر الذي يجعل الوجهين المثارين من قبل الطاعن مؤسسين، ويتعين استنادا إليهما القضاء بنقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مسؤولية التطليق والتعويض عنه، وإحالة القضية والطرفان إلى نفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون".[1]

الفقرة الثانية

التعويض عن حالة النشوز

تنص المادة الخامسة والخمسون (55) من ق أ ج على أنه: "**عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**".[2]

وكما هو ملاحظ على نص المادة أن المشرع لم يتعرض لمفهوم النشوز، بل اكتفى فقط بالنص على امكانية احداث الفرقة بين الزوجين بسبب النشوز مع التعويض، وما يُفهم من المادة أن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج، لذا وجب معرفة مفهوم النشوز أولا.

النشوز لغة معناه الارتفاع والعلو، يقال أرض ناشز أي مرتفعة، ومنه سميت المرأة ناشز إذا علت وارتفعت وتكبرت على زوجها.[3]

أما اصطلاحا فمعنى نشوز الزوجة هو: "معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته، فهي ناشز لأنها ارتفعت وتعالت عما فرض الله عليها من طاعته".[4]

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم، 596191، المؤرخ في 2011/01/13، م م ع عدد 02، لسنة 2011، ص 272.

[2] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[3] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 125.

[4] أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المرجع السابق، ص 259.

أو هو: "جحود الزوجة لغير سبب شرعي".[1]

أما عن نشوز الزوج، ففي تفسير الجلالين لقوله تعالى: "**وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا**"[2]، معناه هو ترفعه عليها بترك مضاجعتها، والتقصير في كل نفقتها أو بعضها، أو طموح عينيه إلى من هي أجمل منها.[3]

والنشوز قانونا هو: "عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك، وكما يكون النشوز من الزوجة كأن تمتنع عن الالتحاق ببيت الزوجية، أو تغادر هذا البيت دون سبب مشروع أو ترفض مضاجعة زوجها...إلخ، فإنه قد يكون أيضا من الزوج، كأن يغادر هو أيضا بيت الزوجية دون مبرر، أو يتخلى عن واجباته الزوجية، أو يرفض مضاجعة زوجته، أو أن يتماطل في ارجاع زوجته إذا صدر حكم بذلك، وكذا عدم توفيره للمسكن الشرعي...إلخ.[4]

ومن خلال هذه المفاهيم يمكن القول أن النشوز يكون في حال عدم قيام أحد الزوجين بواجباته اتجاه الزوج الآخر، سواء كانت واجبات شرعية أو قانونية.[5]

وأما هذا فقد أجاز قانون الأسرة الجزائري طبقا للمادة الخامسة والخمسون (55) أعلاه للزوج المتضرر من نشوز الزوج الآخر أن يطلب الطلاق للنشوز، وذلك بأن يكون للزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة مؤسسا دعواه على نشوز الزوجة، وله الحق في التعويض في هذه الحالة – وهي الحالة الوحيدة في قانون الأسرة الجزائري التي فيها امكانية حصول الزوج على تعويض من زوجته عن فك الرابطة الزوجية – وهذا طبقا للمادتين (48) و (55) من ق أ ج، أما الزوجة فتلجأ إلى طلب التطليق للضرر الذي أصابها من نشوز زوجها، تأسيسا على المادتين (53) فقرة (10) و (55) من ق أ ج.

وبالتالي فللزوجة – وعلى خلاف الزوج – الحق في الحصول على تعويض في أغلب صور فك الرابطة الزوجية – ما عدا في الخلع –، فيمكن أن تحصل على تعويض عن طلاق زوجها لها طلاقا تعسفيا طبقا للمادة (52) من ق أ ج، ويمكن أن تحصل على تعويض في حالة طلبها للتطليق طبقا للمادة (53)

---

[1] محمد (أبو زهرة)، المرجع السابق، ص 277.

[2] سورة النساء، الآية 128.

[3] محمد (أبو زهرة)، المرجع نفسه، ص 278.

[4] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 309 – 310.

[5] لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 183.

مكرر من ق أ ج، كما يمكن أن تحصل على تعويض في حالة طلبها التطليق لنشوز الزوج طبقا للمادة (55) من ق أ ج.

ونلاحظ من ذلك ترجيح المشرع الجزائري لكفة الزوجة على كفة الزوج في التعويض بشتى أنواعه، وهو ما يُعمل التمييز الايجابي لصالح المرأة الذي نادت به السيداو ولجنتها، وذلك فيما يخص التعويض عن الطلاق التعسفي والتعويض عن حالة التطليق، أما فيما يخص التعويض عن حالة النشوز فقد حقق فيه المشرع المساواة بين المرأة والرجل، وهي مساواة مطابقة لتلك التي نادت بها الاتفاقية بين الجنسين في فسخ الزواج وآثاره.

وهو ما أكدته الجزائر في تقريرها الدوري المرفوع إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 2009، والذي جاء فيه: "...**كل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبر الضرر خاصة للمرأة، ويترتب على عدم تنفيذ حكم التعويض ملاحقات جنائية لا مناص منها، ولا سيما ضد الزوج المتعنت، والسوابق القضائية للمحاكم الجنائية صارمة جدا في هذا الشأن**".[1]

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري نجده قد ضرب لنا العديد من الأمثلة عن نشوز الزوجين والتعويض عن ذلك، اخترنا أهمها كالآتي:

قرار صادر عن المحكمة العليا، جاء فيه: "لكن حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين بأن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه من طرف الزوج، فالتطليق وحده بالتالي غير كاف لجبر الضرر، وتعويضها مقابل هذا الضرر متروك تقديره لقضاة الموضوع تأسيسا على المادة 55 من قانون الأسرة التي تجعل الأمر بيد القاضي في تقدير التعويض للطرف المتضرر من الزوجين، ولما كان الزوج في قضية الحال مبالغا في إلحاق الضرر بالزوجة، فاستحقت هذه الأخيرة التعويض طبقا للمادة 55 أعلاه، وبذلك يكون القرار مسببا تسبيبا كافيا، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن".[2]

وجاء في قرار آخر: "إن القرار المنتقد قضى بطلاق المطعون ضدها، بعد نشوز الطاعن وامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به لها حسب محضر الامتناع المؤرخ في 1995/06/10، وهذا يعتبر

---

[1] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، المرجع السابق، ص 19، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 181648، المؤرخ في 1997/12/23، م ق عدد 01، لسنة 1997، ص 51.

نشوزا طبقا للمادة 55 من قانون الأسرة، مما يستلزم التطليق مع التعويض للزوجة، وعليه فالوجه غير مؤسس...".[1]

وورد في قرا آخر: "حيث أن الطاعة الواجبة على الزوجة لزوجا لا تتنافى مع حقها في السكن المستقل، وبالتالي فهي لا تعد ناشزا...".[2]

وقد أوجب قرار آخر اثبات نشوز الزوجة بمحضر حتى يتم الحكم بالطلاق للنشوز مع التعويض، حيث جاء في مضمونه: "حيث أن القرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما يخص مسؤولية الطلاق على أساس أن الطاعن هو الذي تمسك بالطلاق، بحجة أن زوجته ناشز، لكنه لم يقدم أي محضر بالنشوز لتبرير ذلك، مع العلم أن النشوز يثبت بموجب محضر امتناع عن الرجوع وهذا بعدم تنفيذ حكم يقضي بالرجوع، مما يجعل الوجه غير مؤسس، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن...".[3]

وجاء في قرار مشابه: "...لكن بالرجوع إلى محضر الامتناع المشار إليه والمؤرخ في 2008/04/19، لا يتبين منه أن الطاعن وفر لزوجته المسكن المستقل أثاثا ومضجعا عن أهل الزوج وفق مقتضيات القرار المؤرخ في 2008/02/27، وأن استخلاص حالة النشوز من عدمها من هذا المحضر يؤول للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وأن النعي عليهم بمخالفة القانون في غير محله، مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض...".[4]

ونلاحظ أخيرا بناء على ما سبق ترجيح المشرع الجزائري لكفة الزوجة على كفة الزوج في التعويض بعد الطلاق بشتى أنواعه، وهو ما يُعمل التمييز الايجابي لصالح المرأة الذي نادت به اتفاقية سيداو ولجنتها، وذلك فيما يخص التعويض عن الطلاق التعسفي والتعويض عن حالة التطليق، أما فيما يخص التعويض عن

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 189226، المؤرخ في 1998/04/21، م ق عدد خاص، لسنة 2001، ص 145.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 218754، المؤرخ في 1999/02/16، م ق عددخاص1، لسنة 2001، ص 223.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 339353، المؤرخ في 2005/10/12، ن ق عدد 63، لسنة 2008، ص 341.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 653323، المؤرخ في 2011/11/10، م م ع عدد 02، لسنة 2012، ص 237.

حالة النشوز فقد حقق فيه المشرع المساواة بين المرأة والرجل، وهي مساواة مطابقة لتلك التي نادت بها الاتفاقية بين الجنسين في فسخ الزواج وآثاره.

وهو ما أكدته الجزائر في تقريرها الدوري المرفوع إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 2009، والذي جاء فيه: "...**كل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبر الضرر خاصة للمرأة، ويترتب على عدم تنفيذ حكم التعويض ملاحقات جنائية لا مناص منها، ولا سيما ضد الزوج المتعنت، والسوابق القضائية للمحاكم الجنائية صارمة جدا في هذا الشأن**".[1]

هذا بشأن حق المطلقة في التعويض، فماذا بشأن حق المطلقة الحاضنة في السكن؟.

المطلب الثاني

حق المطلقة الحاضنة في السكن

يعتبر حق المطلقة الحاضنة في السكن من أهم الآثار المالية الناتجة عن الطلاق الذي يتمخض عنه أطفال، وتسند حضانتهم للأم، وهو يعتبر صورة من صور تكريس حقوق المرأة والطفل خلال مرحلة ما بعد الطلاق، ولمعرفة موقف المشرع الجزائري من حق المطلقة الحاضنة في السكن على ضوء اتفاقية سيداو نقسم مضمون هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لتبيان "مفهوم مسكن الحضانة وشروطه" باعتباره السكن يشكل قاعدة هذه الدراسة، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة "إقرار المشرع الجزائري لحق المطلقة الحاضنة في السكن استنادًا إلى أحكام اتفاقية سيداو".

الفرع الأول

مفهوم مسكن الحضانة وشروطه

لدراسة ذلك نقسم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "مفهوم مسكن الحضانة"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "شروط مسكن الحضانة".

الفقرة الأولى

مفهوم مسكن الحضانة

[1] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، المرجع السابق، ص 19، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

السكن لغة مأخوذ من سَكَنَ، والسكون هو ضد الحركة، يقال سكن الشيء يسكن سكونا أي ذهبت حركته، وكل ما هدأ فقد سكن كالريح والحر والبرد ونحو ذلك، والسَكَنُ كل ما سكنت إليه واطمأننت به من أهل وغيرهم[1]، لقوله تعالى: "**هو الذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه**".[2]

أما اصطلاحا فالسكن عموما هو: "المحل المنفرد المعين بذاته الذي يخص الإنسان، ولا يشاركه أحد فيه إلا برضاه، وله غلق يخصه، ومرافق سواء كانت في البيت أو في الدار، وهذا في غير الفقراء الذي يشتركون في بعض المرافق.[3]

وانطلاقا من هذا المفهوم يمكن تعريف مسكن الحضانة بأنه: "ذلك المحل المنفرد، الذي يتوافر على كل المرافق الضرورية، والذي يكون آمنا وصالحا للعيش، والذي يتم تخصيصه من طرف الأب لحاضنة أبناءه، وذلك لممارسة الحضانة ورعاية الأولاد فيه، وذلك بشروط معينة حددها القانون".

هذا وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسكن الحضانة من حيث مدى أحقية الحاضنة فيه من عدمه، فظهر رأيان:

- **رأي الفقه الحنفي:** انقسم مجموع الفقه الحنفي حول مسكن الحضانة إلى فريقين:

- **الفريق الأول:** يري بأنه لا يجب للحاضنة مسكن الحضانة مطلقا، ولا التزام على الأب في ذلك، فهو لا يجبر على توفير مسكن الحضانة ولا حتى أجرته، ويبقى ملزما فقط بنفقة المحضون، والحاضنة توفر السكن لممارسة الحضانة من تلك النفقة.

- **الفريق الثاني:** يرون أنه يجب للحاضنة مسكن لتمارس فيه حضانة ورعاية وتربية المحضون، وهذا العبء يقع على عاتق أب المحضون، بشرط أن لا يكون للحاضنة مسكن، لأن وجوب أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر للحاضنة بل على وجوب النفقة على الولد المحضون، فالسكن من النفقة، والنفقة واجبة على الأب، وهذا هو الرأي الراجح لدى فقهاء الترجيح في مذهب الحنفية، منهم **الحفصي وابن عابدين وغيرهم**، فحينما سُئل **أبي حفص** عن من لها الحق في المسكن عند امساك الولد قال: "**على الأب سكناها**".

ويرى هذا الفريق من الحنفية كذلك أنه إذا لم يكن للأب مسكن يمنحه للحاضنة لممارسة الحضانة، وكان عاجزا أيضا عن توفير بدل ايجار هذا السكن، انتقل واجب السكن إلى قريبه الموسر إن وجد، فإذا لم

---

[1] جمال الدين (ابن منظور)، المرجع السابق، ص 211.

[2] سورة يونس، الآية 67.

[3] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 174.

يوجد وجب السكن على الحاكم – الدولة –، أما إذا كان للحاضنة مسكن لائق يمكن أن تحتضن فيه المحضون، فلا يجب لها المسكن ولا أجرته، لأن الولد ليس محتاجا في هذه الحالة.

- رأي الفقه المالكي: لم يفرق فقهاء المذهب المالكي بين الحاضنة التي لها مسكن، وتلك التي ليس لها مسكن، وأجمع جمهورهم على أن مسكن الصغير هو واجب يقع على من تجب عليه نفقته، لأن مسكن الحضانة متعلق بالنفقة على الولد، فلزم بالتالي على من يقوم بالإنفاق على الولد – وهو الأب في غالب الأحيان – أن يوفره سواء كان للحاضنة مسكن أم لا.[1]

الفقرة الثانية

شروط مسكن الحضانة

لمسكن ممارسة الحضانة الذي يجب على الأب توفيره للحاضنة والمحضون مجموعة من الشروط الضرورية، حتى يكون صالحا للعيش فيه، وهذه الشروط هي:

- أن يكون مسكنا لائقا، وصالحا للعيش والحياة.
- أن يكون مسكنا آمنا على نفس ومال الساكن، فلا خطر ولا ضرر يلحقه فيه.
- أن يكون مسكنا مغلقا يُمنع على الغير دخوله بغير رضا الساكن.
- أن يكون مسكنا يتوافر على كل المرافق الضرورية للحياة، كالحمام والمطبخ وغيرهما، بالإضافة إلى احتوائه على أواني وأفرشة...إلخ[2]، فلا يقبل أن يكون مجرد سقف وحيطان.
- أن يكون مسكنا خاصا بممارسة الحضانة، لا يمكن للغير الوصول فيه لأغراض الحاضنة أو المحضون أو مستنداتهم أو أدواتهم وغيرها.
- أن يسكنه المحضون والحاضنة فقط طالما كانوا يتضررون من مشاركة غيرهم فيه، إلا إذا اختاروا ذلك وأجازوه، لأنهم بهذا الاختيار قد رضوا بالانتقاص من حقهم هذا[3].
- يكون سكن الحضانة بحسب حال الأب من غنى وفقر، وحسب العرف والعادة أيضا.[4]

---

[1] محمد (بلتاجي)، دراسات في الأحوال الشخصية، دار الإسلام للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2006، ط 01، ص 197 – 198 – 199.

[2] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 175.

[3] علاء الدين أبو بكر (الكاساني)، المرجع السابق، ص 23.

[4] بلقاسم شتوان، "حق الزوجة في السكن شرعا وقانونا"، مجلة المعيار، العدد 05، الجزائر، 2003، ص 02.

الفرع الثاني

إقرار المشرع الجزائري لحق المطلقة الحاضنة في السكن استنادًا إلى أحكام اتفاقية سيداو

لتبيان موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة على ضوء أحكام اتفاقية سيداو ارتأينا تقسيم مضمون هذا الفرع إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى لـ "موقف المشرع الجزائري من حق المطلقة الحاضنة في السكن بموجب القانون 11/84"، بينما نخصص الفقرة الثانية لـ "موقف المشرع الجزائري من حق المطلقة الحاضنة في السكن بموجب الأمر 02/05".

الفقرة الأولى

موقف المشرع الجزائري من حق المطلقة الحاضنة في السكن بموجب القانون 11/84

حديثنا عن موقف المشرع الجزائري من حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة، وكذا شروط استحقاق الحاضنة لهذا المسكن مرهون بفترتين زمنيتين، الأولى كانت في عهد قانون الأسرة قبل التعديل 11/84 – أي من سنة 1984 إلى سنة 2005 –، والثانية امتدت من تعديل هذا القانون في سنة 2005 بالأمر 02/05 إلى يومنا هذا، وهو تعديل يمكن أن يوصف بأنه جذري.

حيث كان المشرع الجزائري بداية ينص على حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة بموجب المادة الثانية والخمسون (52) من ق أ ج 11/84، والتي كان نصها كالآتي: "...**وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يُضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها**".[1]

وعليه فإن حصول المطلقة الحاضنة على مسكن الحضانة بموجب القانون 11/84 كان مرهون بمجموعة من الشروط، وهي:

- **أن يحكم القضاء للمطلقة بالحضانة:** أي أن الحاضنة التي تستفيد من الحق في السكن هي أم المحضون فقط دون سواها من الحاضنات.
- **ألا يوجد ولي يقبل إيوائها:** أي أن لا يكون للحاضنة ولي يقبل ايوائها، وليس لها غيره يستقبلها أو يؤمن لها مسكنا.

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

- **تعدد المحضونين:** أوجبت المادة المذكورة أعلاه تعدد الأطفال اللذين هم تحت الحضانة حتى تستفيد الحاضنة من مسكن الحضانة، وهو ما يُفهم من صيغة الجمع الواردة في المادة: "...**يضمن حقها في السكن مع محضونيها...**"، غير أن المشرع لم يبين في هذا النص عدد الأطفال بالضبط الذين بموجبهم تستفيد الحاضنة من السكن، لكن يمكن القول أن التعدد هذا معناه طفلين فأكثر – على اعتبار أن التعدد في اللغة العربية معناه اثنين فما فوق –، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ضيق من حق المطلقة الحاضنة في السكن، لأن المطلقة الحاضنة ذات الطفل الواحد لا حق لها في مسكن الحضانة ولو توافر الشرطان الأوليان.

وقد ثار حول هذه المسألة خلاف فقهي واسع، حيث ذهب البعض إلى القول بأنه لا يجب أن يقل عدد الأطفال الذين هم تحت الحضانة عن **ثلاثة (03)** حتى يتم منح الحاضنة المسكن[1]، غير أن هناك من يرى بأن التعدد لا يعتبر شرط من شروط ثبوت حق المطلقة الحاضنة في السكن، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم، فمنهم من رأى أنه يحق للأم الحاضنة في السكن سواء قل عدد المحضونين أو كثر[2]، ومنهم من ذهب إلى ضرورة التشدد في ضمان السكن للمطلقة في حال كثر عدد الأطفال الذين هم تحت الحضانة.[3]

إلا أنه لا يمكن التسليم بالرأي الأول، وذلك لأن مصلحة المحضونين مرتبطة بحق الحاضنة في المسكن، والأخذ بهذا الرأي يكون ضد مصلحة المحضون التي أكد عليها المشرع الجزائري في كل مناسبة تستدعي ذلك، لذا من غير المنطقي الأخذ به.[4]

هذا التضارب الفقهي في ظل قانون الأسرة 11/84 أدى كذلك إلى تضارب قضائي، فقد تناقضت القرارات القضائية، منها ما منح السكن للحاضنة بوجود طفل واحد محضون فقط، مع اعتبار شرط أكثر من محضون إساءة في تطبيق القانون، وذلك حسب قرار للمجلس الأعلى، جاء فيه: "من المقرر أن نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا، أما إذا تعذر فعليه أجرته، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس قد أسسوا قرارهم المنتقد على أساس أن الطاعنة لا يحق

---

[1] عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 307.

[2] العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 240.

[3] فضيل (سعد)، شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج والطلاق –، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ج 01، ص 336.

[4] لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 444.

لها المطالبة بسكن إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون، وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته".[1]

وأيد هذا القرار قرار آخر جاء في نصه: "السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة".[2]

إلا أن القضاء كان له موقف آخر من خلال قرارين لم يعترف فيهما للمطلقة الحاضنة بحق السكن ولا بحق الإيجار إلا إذا كان لها ثلاثة أطفال فأكثر، وذلك حسب القرار المؤرخ في 1984/04/18، والقرار المؤرخ في 1985/10/07.[3]

ووافق هذه القرارات قرار آخر جاء فيه: "...إن للحاضنة الحق في البقاء في المسكن الزوجي وذلك عملا بمصلحة المحضونين المتعددين الأربعة، مما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن".[4]

- **قدرة الزوج على ضمان السكن:** هذا الشرط يُستشف من نص المادة أعلاه بقولها "...**حسب وسع الزوج**..."، وعليه فإن المشرع ربط حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة بحالة الزوج المادية، ومدى قدرته على توفير هذا المسكن.
- **أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا:** إذ يجب حسب المادة الثانية والخمسون (52) أعلاه أن يكون للزوج أكثر من مسكن واحد حتى يمنح أحدهما لممارسة الحضانة فيه، فلا يعقل أن يكون له مسكن وحيد يمنحه للحاضنة ويبقى هو في الشارع، وهذا ما أكد عليه القضاء الجزائري في العديد من قراراته، حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى: "إن القضاة برفضهم طلب تخصيص السكن الزوجي للطاعنة

---

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 112705، المؤرخ في 1994/11/29، م ق عدد 01، لسنة 1995، ص 140.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 276760، المؤرخ في 2002/03/13، م ق عدد 01، لسنة 2004، ص 267.

[3] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 34630، المؤرخ في 1984،/04/18، وقرار آخر صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 38095، المؤرخ في 1985/10/07، ، قرارين غير منشورين، **نقلا عن:** لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 242-243.

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 223834، المؤرخ في 1999/01/15، م ق عدد خاص، لسنة 2001، ص 226.

من أجل الحضانة رغم توفر سكن آخر للزوج بذات البلدية حسب اعترافه، ليكون بذلك حائز على مسكنين، فإنهم قد خرقوا أحكام المادة 52 من قانون الأسرة، الشيء الذي ينجر عنه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفض طلب الطاعنة الرامي إلى تخصيص مسكن حسب وسع الأب بما يضمن حق المحضون في الرعاية بالمسكن الملائم...".[1]

- **عدم زواج المطلقة ثانية وعدم ثبوت انحرافها:** هذا الشرط جاءت به الفقرة (03) من المادة (52) من ق أ ج المذكورة أعلاه، وطبقا لذلك تُحرم الحاضنة قانونا من حقها في مسكن الحضانة إذا تزوجت مرة أخرى بعد طلاقها، أو ثبت انحرافها، أي أصبحت تمارس الأفعال المخلة بالحياء والتي من شأنها التأثير على تربية وأخلاق وسمعة الأطفال الذين هم تحت حضانتها، والملاحظ أن هذا السببان هما مبرران لإسقاط الحضانة ككل، وليس فقط لإسقاط الحق في مسكن الحضانة.

كانت هذه هي شروط حصول الحاضنة على مسكن الحضانة طبقا لقانون الأسرة 11/84، ونشير إلى أن هذه الشروط يتم اعمالها في جميع صور الفرقة الزوجية، أي سواء كانت بإرادة الزوج المنفردة، أو كانت بالخلع أو التطليق من طرف الزوجة، أو كانت بالتراضي بين الزوجين، لأن مسكن الحضانة في النهاية هو حق المحضون الذي لا يد له في هذه الفرقة.

وأبرز ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الجزائري قد كان متشددا في هذه الشروط تشددا كبيرا، كما يلاحظ أن المادة الثانية والخمسون (52) من ق أ ج المذكورة أعلاه قد جاءت لإقامة التوازن بين الحقوق والواجبات الخاصة بكل من الرجل والمرأة بعد انتهاء الحياة الزوجية، حسب ما أوجبته اتفاقية سيداو، ولكن توزيع الأعباء فيما يتعلق بمسكن الحضانة جاء توزيعا عادلا أكثر منه توزيعا مساويا، لأن المساواة أحيانا قد لا تكون عادلة، وقد تضر بمصلحة المحضون، فالمحضون لا يمكن أن يقتسمه الأب والأم، كما لا يمكن أن يُحضن مدة معينة عند الأم وأخرى عند الأب، بل العقل والمنطق يقتضيان أن يكون المحضون لدى أحد الأبوين، ويلتزم الآخر في مقابل ذلك ببعض الواجبات، وهو النهج الذي اعتمده المشرع الجزائري.

ففي الوقت الذي تتولى فيه الأم الحضانة، يتولى فيه الأب العديد من الواجبات والتي منها توفير مسكن لممارسة الحضانة، أما إذا انتقلت الحضانة للأب، فإن الأم لا تنتقل إليها هذه الواجبات التي كانت على عاتق الأب، بل تبقى على عاتق هذا الأخير، ولا تلزم المرأة – وإن كانت أم المحضون – بتوفير مسكن

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 105366، المؤرخ في 1993/04/27، م ق عدد 02، لسنة 1994، ص 93-94.

لممارسة الحضانة، وفي هذا إكرام وتقدير كبيرين أقرهما المشرع الجزائري للمرأة استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، قبل أن يكون ذلك استناد إلى مبادئ اتفاقية سيداو تحت شعار "**التمييز الإيجابي لصالح المرأة**".

إلا أن المادة الثانية والخمسون (52) من ق أ ج أثارت العديد من الإشكالات والتناقضات خاصة في ساحة القضاء، حيث وصفها البعض بالقاصرة كونها لم تتناول مثلا مسألة المطلقة الحاضنة التي لا ولي لها، أو تلك التي لها ولي لكن هذا الأخير لا يقبل ايواء المطلقة وأولادها – وهذا في الغالب –، مما يدفع بالمطلقة إلى التنازل عن حضانة أولادها، لأن الولي قد يقبل ابنته لكن لا يقبل أولادها[1]، كما وُصفت هذه المادة بالمادة التمييزية كون فيها ميل كبير لصالح الرجل المطلق، فتشديد المشرع لشروط حصول المطلقة الحاضنة على مسكن الحضانة يؤدي بالمطلقة إلى أن تجد نفسها أمام وضعية لا تليق بكرامتها، وهي القائها في الشارع، وتعرضها للبؤس والرذيلة بانعدام من يحميها أو يعيلها[2]، هذا ما دفع بالمشرع إلى تعديل أحكام مسكن الحضانة بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، بالشكل الذي يضمن حقوق المطلقة والمحضون معا، وذلك بشروط أقل حدة عن سابقتها، كما نفصله فيما يأتي.

الفقرة الثانية

موقف المشرع الجزائري من حق المطلقة الحاضنة في السكن بموجب الأمر 02/05

محاولة من المشرع الجزائري لتوفير حماية قانونية أكثر للزوجة المطلقة الحاضنة فيما يتعلق بحقها وحق المحضون في مسكن الحضانة، قام بإلغاء نص المادة الثانية والخمسون (52) من قانون الأسرة 11/84، وتعويضها بالمادة المستحدثة وهي المادة الثانية والسبعون (72) من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05، والتي جاء نصها كالآتي: "**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**".[3]

وأول ما يلاحظ على هذه المادة المعدلة أنها جاءت أكثر وضوحا وصرامة من سابقتها، وإن نصت هي الأخرى على السكن لكن أسلوبها لم يكن بالوضوح الكافي.

---

[1] ربيحة إلغات، المرجع السابق، ص 180.

[2] كمال لدرع، "الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 17، العدد 02، الجزائر، يناير 2004، ص 140-141.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

هذا الحرص التشريعي على ضرورة توفير الأب للأم الحاضنة مسكن لممارسة الحضانة ترجمته الجزائر في تقريرها الدوري المرفوع إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في سنة 2009، معتبرة ذلك تدعيم لمبدأ المساواة ومبدأ عدم التمييز وحماية حقوق المرأة داخل الأسرة أثناء وبعد الزواج المقررين بموجب اتفاقية سيداو، حيث جاء في التقرير: "...**إن الأب مطالب وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري بتوفير مسكن لائق، أو عوضا عن ذلك بدفع منحة سكن تسمح بتغطية تكاليف إيجار مسكن، وذلك حتى تتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المسند إليها في ظروف مقبولة**".[1]

ولإمكانية تطبيق المادة الثانية والسبعون (72) من ق أ ج تطبيقا سليما، وامكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب للممارسة الحضانة، يجب أن تتوافر الشروط الآتية:

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها، يتضمن إسناد الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحد أو أكثر.
- أن تكون الحاضنة هي أم الحضون حتى يكون لها الحق في مسكن الحضانة، ذلك أنه لو كانت الحاضنة التي أسند لها القضاء الحضانة هي غير أم المحضون كالجدة أو العمة أو الخالة مثلا، فإنه لا يكون لها الحق في مسكن الحضانة ولا ايجاره، وذلك لإمكانية نقل المحضون إلى مسكن هذه الحاضنة دون إلزام الأب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة[2]، وهذه ما يستنتج ضمنيا من نص المادة الثانية والسبعون (72) أعلاه حينما أشار المشرع فيها إلى أن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، والقول ببقائها يعني أنها كانت موجودة فيه من قبل، وهذا يقتضي أن الحاضنة في هذه الحالة هي نفسها الزوجة المطلقة، كما نجد المادة الواحد والستين (61) من ق أ ج تنص على: "**لا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة...**"[3]، فهذا النص أيضا يؤكد على حق الزوجة المطلقة في البقاء في بيت الزوجية حتى وإن لم تكن حاضنة مادامت في عدتها، فمن باب أولى إذا أن تبقى فيه إذا كانت حاضنة، وهذا إلى غاية تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن.

---

[1] التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة 2009، المرجع السابق، ص 20، **لتفاصيل أكثر أنظر**: الملحق رقم 05.

[2] عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 145-146.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه للمطلقة لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، ذلك أنه إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فإنه يجب عليه في هذه الحالة أن يدفع لها ما يساوي قيمة ايجار مسكن حالة زوجها لمثلها[1]، ولم يشترط المشرع في ذلك أن لا يكون للحاضنة سكن، وبالتالي يلزم الأب بتوفير مسكن للحضانة ولو كان للأم الحاضنة مسكن خاص بها.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: "لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتباره من مشمولات النفقة، حتى ولو كان للحاضنة سكن"[2]، والملاحظ أن هذا القرار صدر في سنة 2002 أي قبل تعديل قانون الأسرة في سنة 2005، وعليه يمكن القول أن تبني القضاء لمسائل كهذه حتى قبل التعديل كانت أحد أهم الأسباب التي دفعت بالمشرع إلى إدخال تعديلات جوهرية على حق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة، مسايرة منه لموقف القضاء، وتوحيدا للاجتهادات القضائية في هذا الشأن.

غير أننا نعيب على المشرع منحه لحق مسكن الحضانة للأم وحدها دون غيرها من الحاضنات، لأن تبنيه لأمر كهذا معناه أنه اعتبر أن مسكن الحضانة هو حق للمطلقة الحاضنة وليس حق للمحضون، وهذا خطأ فمسكن الحضانة في الحقيقة حق للمحضون وبالتالي كان لابد أن يحصل عليه بغض النظر عن حاضنته، سواء كانت أم أو غيرها، كما أن تبني المشرع لهذا القول هو تناقض مع نصوص قانونية أخرى واردة في قانون الأسرة ذاته، فنجد المادة الثامنة والسبعون (78) منه تنص على: "**تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**"، كما تنص المادة والخامسة والسبعون (75) من ذات القانون على: "**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال**"[3]، ومعنى هذا أن الولد المحضون نفقته واجبة على أبيه، ومن ضمن النفقة نجد السكن، فإذا وفر له الأب سكن فإن الحاضنة ولو كانت غير الأم تستفيد أيضا من هذا السكن، وعليه يمكن القول أن الحاضنة غير الأم إذا لم تستحق المسكن باعتبارها حاضنة، فإنها تستحقه تبعا لكونه حق المحضون.

أيضا نشير من باب النقد أن المادة الثانية والسبعون (72) من ق أ ج – المذكورة أعلاه – وإن كانت تُظهر أن المشرع حاول جاهدا أن يضمن حق الأم في السكن لممارسة الحضانة، غير أن اعتماده

---

[1] عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 146.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 288072، المؤرخ في 2002/07/31، م ق عدد 01، لسنة 2004، ص 285.

[3] الأمر 02/05، السالف الذكر.

لبقاء الحاضنة في مسكن الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بمسكن الحضانة هو تكريس لاجتهاد غير صائب من قبل المشرع الجزائري، وإلا كيف يُطلب من المطلقة الحاضنة أن تبقى مع زوجها السابق الذي صار أجنبيا عنها في مسكن واحد، فإن كان ذلك جائز في عدة الطلاق الرجعي فهو غير جائز إذا كان الطلاق بائنا، ومن المعلوم أن الطلاق حسب قانون الأسرة الجزائري لا يكون إلا بحكم[1]، وبالتالي فالطلاق بعد الحكم هو طلاق بائن، ذلك أن المشرع لم يلزم حتى المطلق بمغادرة بيت الزوجية وقت وجود المطلقة رفقة أبناءه فيه، فسكوت المشرع عن مسألة مهمة كهذه سيفتح باب التأويل، مما سيؤدي إلى تعارض الأحكام والقرارات القضائية التي تدور حول ذات الموضوع، وهو أمر غير مقبول حتما.

وبالتالي فهذا القول التشريعي ليس له ما يبرره، وليس هناك أي أساس شرعي يقوم عليه، بل هو قول في حقيقته يحمل الكثير من عدم الدقة، ولم يكن المشرع بالتالي موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن وعدم الخروج منه، لكون الصياغة التي جاءت بها المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب.

كما أنه ومن جانب آخر فحق المطلقة الحاضنة في مسكن الحضانة وإن كان ضمانة مهمة لحقوق المرأة والأطفال بعد الطلاق، إلا أنها ضمانة خالية من الحماية القانونية والاجرائية في حالة رفض الزوج إسكان الحاضنة وأولادها، كما أنه لا وجود لحماية جزائية في حالة الإخفاء العمدي للزوج المطلق للسكنات المملوكة له بغرض حرمان الزوجة المطلقة مع محضونيها من هذا السكن.

بالإضافة إلى أن صيغة الإلزام والوجوب التي جاءت بها المادة الثانية والسبعون (72) أعلاه هي غير منطقية وغير معقولة نوعا ما، وكأن المشرع نظر إلى كل الأزواج في الأسر الجزائرية على أن حالتهم ميسورة ولهم عدة مساكن يستطيعون بالتالي تخصيص أحدها لممارسة الحضانة، أو لهم القدرة كأضعف الإيمان على توفير بدل إيجار هذا السكن، وهو الأمر الذي يفنده المنطق والعقل في تطبيق هذه المادة المستحدثة.

ونضيف القول أن المشرع في ذات المادة أغفل عمدا النص على أسباب سقوط حق الحاضنة في مسكن الحضانة، وهي التي كان يقرها قبل تعديل قانون الأسرة بموجب المادة الثانية والخمسون (52) منه، وهي زواج الحاضنة بزوج آخر، أو ثبوت انحرافها، وإن كان السبب الأول لا يثير اشكالات على أساس أن زواج الحاضنة بزوج آخر يؤدي إلى اسقاط الحضانة ككل عنها وبالتبعية اسقاط حقها في مسكن الحضانة،

[1] حيث تنص المادة (49) فقرة (01) من قانون الأسرة الجزائري على: "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**".

فإن السبب الثاني يثير اشكالات كبيرة لعدم النص عليه كسبب صريح في اسقاط الحضانة، مما يفتح التأويلات حول امكانية اعتباره كسبب لسقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن، نظرا لسكوت المشرع عنه في كلتا الحالتين.

وبعيدا عن النقد تجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري أجاز بموجب المادة السابعة والخمسون (57) مكرر من ق أ ج للقاضي الفصل على وجه الاستعجال في مسألة مسكن الحضانة، واعتبره من التدابير التحفظية المؤقتة التي يفصل فيها القاضي بموجب أمر على عريضة، فجاء نص المادة كالآتي: "**يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن**".[1]

وبالرجوع للقضاء الجزائري، وباعتبار التشريع هو المصدر الرسمي الأول له، فقد تبنى بدوره ما جاءت به المادة الثانية والسبعون (72) من ق أ ج، وذلك في العديد من قراراته، نذكر البعض من أهمها، حيث جاء في أحد هذه القرارات ما يلي: "حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف ولم يخرق المادة 72 من قانون الأسرة، لكون الحاضنة تستحق أن يوفر لها أب المحضون سكنا لكي تمارس فيه الحضانة، وعند تعذر ذلك عليه أن يدفع لها بدل الإيجار عوضا عنه".[2]

وأيد هذا القرار قرار آخر جاء فيه: "حيث من الثابت قانونا أن للحاضنة الحق في المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو بدل الايجار في حالة تعذر ذلك، ...وبالتالي فإن محاولة الطاعن التخلص من هذا الالتزام بدعوى أن المطعون ضدها موظفة، وأن ذويها يملكون مسكنا لإيوائها، هذا ليس سببا قانونيا لإعفائه من هذا الواجب المفروض عليه قانونا، ولما صادق قضاة الموضوع على الحكم القاضي للطاعنة ببدل الايجار استنادا للمادة 72 من قانون الأسرة فإنهم طبقوا صحيح القانون...".[3]

وأكد قرار آخر على حق المطلقة الحاضنة في السكن ولو كانت حاضنة لطفل واحد، حيث جاء فيه: "حيث متى كانت المطعون ضدها حاضنة لطفل واحد فإنها تستحق السكن أو بدل الإيجار بغض النظر عن

---

[1] الأمر 02/05، السالف الذكر.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 348956، المؤرخ في 2005/11/16، م م ع عدد 02، لسنة 2005، ص 427-428.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 339617، المؤرخ في 2005/07/13، ن ق عدد 63، لسنة 2008، ص 345.

عدد الأطفال المحضونين، ولما حكم للحاضنة ببدل الإيجار فإن قضاة الموضوع قد طبقوا القانون بطريقة سليمة، مما يتعين رفض هذا الوجه لعدم قانونيته...".[1]

فيما نوه قرار آخر إلى مسألة أغفلتها المادة الثانية والسبعون (72) من ق أ ج، ألا وهي مسألة ممارسة الحضانة خارج الوطن، ومدى إلزامية الأب بتوفير مسكن للحضانة أو دفع بدل الإيجار في هذه الحالة، حيث جاء نص القرار كالآتي: "...حيث بخصوص الشق الثاني من الوجه المتعلق ببدل الإيجار، فيتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه بأن قضاة المجلس قضوا بإلزام الطاعن بتوفير المسكن لممارسة الحضانة، ويكون في حالة التعذر ملزما بدفع الايجار بالدينار الجزائري، والحال أن الأب إذا كان ملزما بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الايجار وفقا للمادتين 72 و 78 من قانون الأسرة، فإن ذلك مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزائر، لا في الخارج، ومتى كانت الحاضنة تمارس الحضانة بفرنسا فإن الأب لا يكون ملزما بتوفير السكن ولا بدل الإيجار، مما يجعل الوجه سديدا في هذا الشق ويستجاب له فيه...".[2]

المطلب الثالث

حق المطلقة الحاضنة في مستحقات صندوق النفقة

إن دراسة هذا المطلب تقتضي تقسيمه إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لـ "أسباب إنشاء المشرع الجزائري لصندوق النفقة"، بينما نخصص الفرع الثاني لـ "شروط واجراءات الاستفادة من صندوق النفقة".

الفرع الأول

أسباب إنشاء المشرع الجزائري لصندوق النفقة

نشير بداية إلى أن النفقة تعد أثر ذو بُعد مزدوج، فهي من جهة تعد أثر من آثار الزواج – كما سبق لنا تفصيله –، وهي من جهة أخرى تعد أثر من آثار الطلاق، ولها في كلتا المرحلتين ذات الأحكام العامة، غير أننا نضيف القول في النفقة كأثر مالي للطلاق أنها تجب على الأب اتجاه أولاده – أنظر المواد من

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 481857، المؤرخ في 2009/01/14، م م ع عدد 02، لسنة 2009، ص 294.

[2] قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 622754، المؤرخ في 2011/05/12، م م ع عدد 01، لسنة 2012، ص 306-307.

(75) إلى (80) من قانون الأسرة الجزائري –، أما نفقة الرجل على المرأة فهي تجب أثناء الزواج فقط، أما بعد فك الرابطة الزوجة بالطلاق يسقط واجب الرجل (المطلق) بالإنفاق على المرأة التي كانت زوجته، وذلك كونها أصبحت أجنبية عنه، إلا استثناء يبقى المطلق ملزما بالإنفاق على مطلقته في فترة عدة الطلاق، وهو ما يسمى بـ "**نفقة العدة**"، وهذه النفقة حق للزوجة تحصل عليها مهما كان نوع الفرقة، ويعود تقديرها لقاضي الموضوع حسب سلطته التقديرية.[1]

ونضيف القول أيضا أنه إذا ثبت خلال الفرقة الزوجية وجود إهمال من الزوج لزوجته، جاز لها شرعا وقانونا بمجرد الحكم لها بالطلاق أن تطالب بالحصول على ما يسمى بـ "**نفقة الإهمال**"، وتستحق المطلقة هذه النفقة في حالة مغادرتها لمنزل الزوجية لفترة زمنية معتبرة قبل النطق بالطلاق دون الإنفاق عليها من طرف الزوج، وبالتالي يكون لها في هذه الحالة الحق في المطالبة بنفقة الإهمال في ذات دعوى الطلاق، وعليه فلا يُحكم للمطلقة بهذه النفقة إلا إذا طالبت بها، فالقاضي لا يحكم بما لم يطلبه الأطراف، ولا بأكثر مما طلبه الأطراف.[2]

وبالرجوع للحديث عن صندوق النفقة، فتكريسًا من الجزائر لأحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة القاضية بحق المرأة في الإنفاق عليها، وضرورة حماية كل حقوقها بعد الطلاق بما في ذلك حقها في النفقة، تدخلت الدولة بذاتها لكفالة هذا الحق إذا لم تؤدي السبل القانونية هدفها في تحصيل النفقة المستحقة للمطلقة وأولادها، وذلك من خلال إنشاء ما يسمى بـ "**صندوق النفقة**".

هذا الصندوق أنشأه المشرع الجزائري بموجب القانون 01/15 المؤرخ في 2015/01/04[3]، وهذا القانون رافقه إطار قانوني مدعم ومنظم له، تمثل في:

- قانون المالية لسنة 2015، المادة (124) منه.
- قانون رقن 01/15 المؤرخ في 2015/01/04، المتضمن إنشاء صندوق النفقة.
- مرسوم تنفيذي رقم 107/15 المؤرخ في 2015/04/21، المحدد لكيفيات تسيير حساب التخصص الخاص رقم 142–302، الذي عنوانه "صندوق النفقة".

---

[1] **لتفاصيل أكثر أنظر**: عبد الفتاح (تقية)، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها، **و** باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 47 وما بعدها.

[2] **لتفاصيل أكثر أنظر**: عبد الفتاح (تقية)، المرجع نفسه، ص 179 وما بعدها.

[3] الجريدة الرسمية عدد 01، المؤرخة في 07 يناير 2015.

- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2015/06/18، المحدد للوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

وعن أسباب إنشاء هذا الصندوق، فنظرا للظروف الصعبة التي ترافق عملية المطالبة بالنفقة، كان لابد من إيجاد حلول عملية لكثير من الحالات الأسرية التي تحصل المرأة فيها على حكم بالنفقة من المحكمة وتصطدم بعد ذلك بواقع صعوبة تنفيذ هذا الحكم، خاصة إذا كان الزوج معسرا أو متهربا أو متعنتا، وقد يقبل في بعض الحالات الحكم عليه بالسجن عن جريمة عدم تسديد نفقة ولا يدفع هذه النفقة المقررة قضاء في ذمته، تاركا المرأة تطارده من أجل الحصول على لقمة العيش هي وأولادها، لهذا كان لابد من إيجاد حلول عملية استثنائية للمحافظة على كيان الأسرة، ولا سيما المطلقة والأولاد، كان من بين أهمها إنشاء "صندوق النفقة".[1]

كما أن هذا الصندوق يهدف إلى حماية الأم وأولادها من التشرد، وضمان العيش الكريم لهم، خاصة إذا كانت لا دخل لها وتعيش على صدقات المحسنين والجمعيات الخيرية.

وعليه فإن النفقة التي يضمنها هذا الصندوق هي النفقة التي يفرضها القضاء على الزوج، ويثبت تماطل هذا الأخير عن دفعها لمطلقته وأولاده بعد صدور حكم بفك الرابطة الزوجية، وهي لا تخرج عن حالتين: إما نفقة عدة أو إهمال مقررة للمطلقة، وإما نفقة الأولاد.

الفرع الثاني

شروط واجراءات الاستفادة من صندوق النفقة

بالنسبة لشروط الاستفادة من صندوق النفقة، فقد حددتها المادة الثالثة (03) من القانون 01/15، وهي:

- صدور حكم استعجالي، أو حكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو حكم نهائي، يقضي بالنفقة للأطفال و / أو للمرأة المطلقة.
- تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي الذي حكم بالنفقة، بسبب امتناع المدين عن الدفع، أو عجزه عن ذلك، أو عدم معرفة محل إقامته، ويثبت تعذر التنفيذ بمحضر يحرره محضر قضائي

[1] رملة مليكة، المرجع السابق، ص 234.

بعد التبليغ الرسمي للمنفذ عليه وتكليفه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوم المقررة للتنفيذ الاختياري قانونا.[1]

وعن إجراءات الاستفادة من صندوق النفقة أوردها ذات القانون، نذكرها باختصار:

- إيداع طلب الاستفادة من صندوق النفقة مرفق بكل الوثائق الثبوتية المذكورة أعلاه.
- يقدم الطلب إلى القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا، ويكون مرفقا بكل الوثائق.[2]
- على القاضي أن يبت في هذا الطلب في أجل أقصاه خمسة (05) أيام من تاريخ إخطاره بأمر ولائي[3]، وهذا مراعاة من المشرع الجزائري للطابع الاستعجالي للنفقة.
- يبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى كل من المدين والدائن بالنفقة والمصالح المختصة في أجل أقصاه ثمان وأربعون (48) ساعة من تاريخ صدوره، وبالتالي لا يتحمل المستفيد أي مصاريف للاستفادة من صندوق النفقة.
- هذا الأمر القاضي بالاستفادة من صندوق النفقة غير قابل لأي طريق من طرق الطعن.[4]
- غير أنه يتعين على المستفيد أو الدائن بعد ذلك إعلام القاضي المختص بأي تغيير يطرأ على حالتهما الاجتماعية أو القانونية من شأنه احتمال التأثير في استحقاق النفقة، وذلك خلال عشرة (10) أيام من تاريخ حدوثه، ليفصل القاضي المختص في هذا التغيير ومدى تأثيره على استحقاق النفقة بأمر ولائي بأمر ولائي يبلغ للمعنيين والمصالح المختصة عن طريق أمانة الضبط في أجل أقصاه ثمان وأربعون (48) ساعة من تاريخ صدوره.[5]
- بعد الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، تتولى المصالح المختصة الأمر بصرفها للمستفيد، وذلك في أجل أقصاه خمسة وعشرون (25) يوما من تاريخ تبليغ الأمر للمعنيين، وذلك إما عن طريق تحويل بنكي أو بريدي، وتستمر هذه المصالح المختصة في صرف هذه المستحقات للمستفيد شهريا إلى حين سقوط الاستفادة منها – وذلك بانتهاء فترة الحضانة أو بانتهاء سببها كانتهاء العدة أو انتهاء أشهر

---

[1] **أنظر**: المادة (03) من القانون 01/15، السالف الذكر.

[2] **أنظر**: المادة (04) من القانون 01/15، السالف الذكر.

[3] **أنظر**: المادة (05) من القانون 01/15، السالف الذكر.

[4] **أنظر**: المادة (12) من القانون 01/15، السالف الذكر.

[5] **أنظر**: المادة (07) من القانون 01/15، السالف الذكر.

الإهمال –، هذا ويعتبر وزير التضامن الوطني هو الآمر بالصرف الرئيسي للمستحقات المالية لصندوق النفقة، ومدير النشاط الاجتماعي على مستوى الولاية هو الآمر بالصرف الثانوي.

- وتجدر الإشارة إلى أن قيام صندوق النفقة بدفع مبلغ النفقة المحكوم به للأطفال و / أو المرأة المطلقة لا يبرأ ذمة المدين بالنفقة (الأب أو الزوج السابق) الذي يبقى ملزما بدفع هذا المبلغ لصندوق النفقة[1]، ويتم ذلك إما بالتحصيل الودي، أو التحصيل الجبري من قبل المصالح المؤهلة التابعة لوزارة المالية، وذلك وفقا للإجراءات والآجال المنصوص عليها والمعمول بها في التشريع الساري المفعول ولا سيما قانون المحاسبة العمومية.

ويطرح التساؤل حول موارد تمويل صندوق النفقة، الأمر الذي وضحته المادة العاشرة (10) من ذات القانون 01/05، ونصت على أنه يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقمه 142–302 وعنوانه "صندوق النفقة"، ويقيد في هذا الحساب باب للإيرادات، يضم: مخصصات ميزانية الدولة – مبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدين بها مع الرسوم الضريبية أو شبه الضريبية المضافة – الهبات والوصاية – وكل الموارد الأخرى.[2]

[1] **أنظر**: المادة (09) من القانون 01/15، السالف الذكر.

[2] **أنظر**: المادة (10) من القانون 01/15، السالف الذكر.

ملخص الباب الثاني

لقد جاء الباب الثاني من هذه الدراسة معنون بـ "**انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الطلاق وآثاره**"، حاولنا من خلاله تبيان كيف تأثر قانون الأسرة في تعديله الأخير الصادر بالأمر 02/05 بنصوص هذه الاتفاقية، خاصة فيما يتعلق بأحكام فك الرابطة الزوجية وآثارها.

وبالفعل فقد كان للاتفاقية أثر واضح على إعادة تنظيم المشرع لأحكام وآثار الطلاق بتعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 02/05، حيث حاول المشرع خصوصًا إدراج الفكرة التي أكدت عليها الاتفاقية ولجنتها في العديد من المناسبات وهي تحقيق التساوي المطلق بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية، الأمر الذي عمل المشرع على تفعيله وذلك بأن أبقى على صورة الطلاق بالتراضي باعتبارها تشكل الصورة المُثلى للمساواة بين الزوجين في حل عقدة النكاح، كما أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة باعتباره مالك العصمة شرعًا، لكن في مقابل ذلك وسع من سلطة الزوجة في الطلاق وذلك بأن وسع في أسباب التطليق، حيث أصبح لها عشرة (10) أسباب يمكن أن تستند إليها في ذلك بعد أن كانت سبعة (07) أسباب في ظل قانون الأسرة 11/84، كما فُتح الباب للزوجة في السبب العاشر للتطليق بناءً على أي فعل أو سلوك صادر من الزوج تراه يشكل ضررا لها، ليذهب المشرع إلى أبعد من ذلك بتقرير حق الزوجة في الطلاق بإرادتها المنفردة وذلك تحت مسمى الخلع الذي أصبح بموجب تعديل قانون الأسرة في سنة 2005 لا يشترط موافقة الزوج بتاتا، وللزوجة أن توقعه ولو دون إبداء أية أسباب طالما كانت مستعدة لدفع بدله، ليرتقي المشرع بذلك في الخلع من رخصة جوازيه للزوجة إلى حق أصيل لها يتوقف إيقاعه على إرادتها المنفردة، وهو ما يشكل مساواة مطلقة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية حسب ما نادت به الاتفاقية ولجنتها.

أما عن آثار الطلاق فقد ساير المشرع في ذلك نصوص الاتفاقية بأن أسند الحضانة للأم طالما أن مصلحة المحضون معها، وجعل الأب في المرتبة الثانية مباشرة، مما يحقق التساوي بين الأبوين في سلطتهم على الأبناء، كما أسند الولاية لمن تسند له الحضانة ولو كان هو الأم، مما يُسقط التفاضل بين الأبوين في ذلك، لأن الولاية في ظل قانون الأسرة 11/84 كان يحوزها الأب ولو بعد الطلاق.

كما قرر المشرع للزوجة تعويضا ماليا عن جميع صور الطلاق ما عدا الفرقة بالخلع، وذلك جبرا لها عن الضرر الذي قد يصيبها من جراء ذلك، وإذا كانت حاضنة فقد قرر لها الحق في مسكن الحضانة أو أجرته، وهو الالتزام الذي يقع على عاتق الأب المطلق، كما وضع المشرع الدولة موضع الأب المقصّر بدفع النفقة وألزمها بإنشاء صندوقًا يضمن حقوق المرأة المطلقة والأولاد معًا في النفقة.

الخاتمة

الـخـاتـمـة

سنقتصر في الخاتمة على سرد أهم النتائج التي تم التوصل إليها في الموضوع، والتي تمثل في ذات الوقت عرض لانعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على قانون الأسرة الجزائري، مع ذكر النقائص والعيوب التي شابت تكريس المشرع الجزائري للحقوق الأسرية للمرأة على ضوء هذه الاتفاقية، وما يقابلها من اقتراحات لتصحيح هذه العيوب وسد تلك الثغرات.

فتتمثل أهم النتائج التي تم التوصل إليها في:

- بداية يتضح جليا من خلال تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 02/05 رغبة المشرع في تفعيل المساواة بين الجنسين في الزواج والطلاق وكافة العلاقات العائلية، وذلك تماشيا مع أحكام المادة السادسة عشر (16) من اتفاقية سيداو التي توجب ذلك، وصحيح أن الجزائر تحفظت على هذه المادة، ولكن تفعيلها بصورة شبه كلية في قانون الأسرة إن دل على شيء فهو يدل على استعداد الجزائر لرفع تحفظها عليها، الأمر الذي يعد ذو خطورة بالغة على الأسرة الجزائرية المسلمة وذلك نظرا لتعارض أحكامها ليس فقط مع الشريعة الإسلامية، بل حتى مع الفطرة الإنسانية.
- ومنه ففيما يتعلق بالزواج، فقد جاء المشرع في تعديل قانون الأسرة في سنة 2005 بمواد مستحدثة تدعم مركز المرأة القانوني وكذا الاجتماعي، فحاول تكريس المساواة بينها وبين الرجل في ذلك، بداية من الخطبة، حيث جعل لكلا الجنسين الحق في المبادرة بها والإعلان عنها، كما ساوى بينهما في حق العدول عنها وحتى آثار هذا العدول.
- كما جعل المشرع من الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج وبقية الأركان حولها إلى شروط، وهو ما يتماشى حسبه ومبدأ سلطان الإرادة، والمرأة الراشدة لها كامل الإرادة في اختيار الزوج وكذا اختيار وليها الذي يحضر زواجها، ولا مجال لإجبار القاصرة على التزوج بمن لا ترغب فيه كزوج لها، فالولي ينفذ ارادتها لا أكثر.
- كما ساوى المشرع بين الجنسين في أهلية الزواج، حيث حدد سن الزواج بتسعة عشر (19) سنة لكل من الرجل والمرأة تماشيا مع سن الرشد المدني، واستجابة لمطالب لجنة الاتفاقية والجمعيات النسوية المطالبة

بالمساواة في الجزائر، كما رخص بالزواج لمن هم دون السن القانونية بحسب ما تطلبه المصلحة وتقتضيه الضرورة، وذلك بعد الحصول على ترخيص من القاضي استنادا إلى سلطته التقديرية.

- كما أوجب المشرع الفحص الطبي قبل الزواج تحقيقا لمقاصد الشريعة الإسلامية من هذا الميثاق الغليظ.

- كما منح المشرع للزوجين حق الاشتراط في عقد الزواج بما يحفظ حقوق الطرفين، مع التأكيد على حق المرأة في اشتراط العمل وعدم التزوج عليها.

- وبضغط من لجنة الاتفاقية وحد المشرع بين الزوجين في الحقوق والواجبات، وأوجب التشاور بينهما في كل ما يخص الأسرة، وأسقط في مقابل ذلك حق القوامة والطاعة والتأديب الممنوح للزوج على زوجته.

- كما قيد المشرع تعدد الزوجات بقيود صارمة، موفقا بذلك بين اتفاقية سيداو ا ولجنتها المطالبة بإلغاء التعدد وإسقاطه باعتباره تمييز ضد المرأة وانتهاك لحقوقها، وبين الشريعة الإسلامية التي تجيز التعدد في حدود معينة، وبالتالي أباحه المشرع مع تقييده بقيود يصعب على الرجل تحقيقها، خاصة ما تعلق منها بموافقة الزوجة الأولى والحصول على ترخيص من القضاء بذلك.

- أيضا كرس المشرع الاستقلالية في الذمة المالية بين الزوجين، غير أنه أجاز لهما الاتفاق على نظام مالي مشترك.

- أما فيما يتعلق بالطلاق، فلاحظنا أن المشرع جاء بنصوص جديدة بغية تقوية مركز المرأة في فك ميثاق الزواج، وهذا بتقييد الممارسات التعسفية للرجل في الطلاق، وتعزيز آلية الصلح مع ضمان حق المطلق في التعويض في حالة تعسف المطلق في الطلاق، مع حصولها على كافة حقوقها خاصة النفقة والمسكن في حالة إسناد الحضانة لها، كما تسند لها الولاية تبعا لإسناد الحضانة، كما وسع المشرع من جهة أخرى في الحالات التي يمكن أن تستند إليها الزوجة في طلب التطليق أمام القضاء، هذه الفلسفة العامة للمشرع في التوجه التدريجي نحو تحقيق المساواة المطلقة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية قامت بإرسائها صراحة المادة الرابعة والخمسون (54) ق أ المعدلة بالأمر 02/05، والتي ارتقت بالخلع من رخصة جوازيه للمرأة تتطلب موافقة الزوج، إلى حق أصيل لها توقعه ولو دون موافقة الزوج، وهو يقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة.

- كما نجد أن المشرع عمل بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 على الموازنة بين الجنسين في الحضانة على الأطفال بعد الطلاق، حيث جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة، ويستمر ترتيب الحاضنين بعد ذلك مرة من جهة الأم ومرة من جهة الأب، مع تأكيد المشرع على أن عمل المرأة لا يسقط حقها في الحضانة طالما هو لا يمس بمصلحة المحضون.

- أما فيما يتعلق بالعدة والنفقة فقد أبقى عليهما المشرع الجزائري دون أن تؤثر الاتفاقية ولجنتها على موقف المشرع من أحكامهما، فلازالت نفقة الزوجة واجبة على زوجها، ولا تلزم الزوجة بالإنفاق على زوجها من باب المساواة ولو كانت عاملة أو ذات مال، كما أبقى المشرع على العدة ولم يلغيها لا في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة رغم مطالبة لجنة الاتفاقية بذلك في العديد من المرات، مما يؤكد أن المشرع اتجه في هاتين المسألتين إلى تغليب كفة الشريعة الإسلامية على كفة التزاماته الدولية.

غير أن كل هذه التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون الأسرة بغية تعزيز مركز المرأة فيه وتحقيق المساواة بين الجنسين في الزواج والطلاق استنادا إلى اتفاقية سيداو، قد أثارت جدلا واسعا نظرا للثغرات العديدة التي تضمنتها، والتي نعرضها فيما يأتي مع ما يقابلها من اقتراحات بغية سدها:

- بداية نعيب على المشرع الجزائري في تعديله لأحكام الخطبة بموجب الأمر 02/05 إدراجه للمادة الرابعة (04) التي تعرف الزواج وتحدد أهدافه ضمن القسم الأول الذي تضمن أحكام الخطبة وجاء تحت عنوان **– في الخطبة –**، وهو أمر لا يتماشى والترتيب المنطقي والموضوعي لمواد هذا القانون، حيث كان من الأجدر أن تدرج هذه المادة ضمن القسم الثاني الذي جاء تحت عنوان **– في الزواج –** وذلك قبل المادة السابعة (07) التي تحدثت عن أهلية الزواج.

- كما نلاحظ أن قانون الأسرة من جهة اعتبر الخطبة وعد بالزواج، ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها، وهو بذلك قد خالف القاعدة المقررة في القانون المدني التي تفيد أن الوعد بالتعاقد ملزم لأطرافه، وتطبيق النصوص القانونية بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، لأن توحيد المصطلحات القانونية في القوانين هي مسألة مهمة جدا من الناحية التطبيقية القضائية، وبالتالي كان لابد على المشرع أن يجد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد، مع تحقيق ذات الغرض المقصود، مثل استبدال لفظ **الوعد** بلفظ **تمهيد** ليصبح النص على النحو الآتي: "**الخطبة تمهيد للزواج، ولكل طرف العدول عنها**".

- كما نعيب على المشرع في تحديده لسن الزواج أنه أجاز للقاضي الترخيص بالزواج قبل بلوغ (19) سنة ولكنه لم يسعى إلى تحديد السن الأدنى للزواج الذي لا يمكن أن ينزل عنه القاضي في منح الترخيص، وهو ما يخالف نص المادة السادسة عشر (16) فقرة (02) من اتفاقية سيداو والتي ألزمت الدول الأطراف بتحديد السن الأدنى للزواج، الأمر الذي يجعل من حكمه المطلق هذا عاملاً في خلق حالة زواج الصغار، خاصة بأن القاضي يتمتع بامتياز منح الإذن بالزواج، ولا رقابة عليه في ذلك، لهذا فقد يتحول الاستثناء إلى قاعدة، وكان من الأجدر بالمشرع تحديد هذا الاستثناء بسنة أو سنتين على الأكثر قبل بلوغ سن الزواج المحدد قانونا.

- كما أن المساواة القانونية بين الرجل والمرأة في سن الزواج تبقى مساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية، خاصة وأننا نعلم جميعا بأن المشكلة التي يعاني منها المجتمع الجزائري ليست هي مشكلة الزواج المبكر، بل هي مشكلة العنوسة لدى النساء، ومشكلة العجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل، أليس من الأجدر بالقانون أن يتدخل لحل هاته المشاكل.

- أيضا قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 لم ينص تماما على مسألة الجزاء المترتب على تخلف السن القانوني للزواج، رغم تحديده له في المادة السابعة (07)، هذا وقد اعتبر المشرع الأهلية شرط من شروط الزواج، كما أن المواد 35/34/33/32 من ق أ نصت على جزاء تخلف ركن الرضا، وشرط الولي والصداق والشاهدان، وكذا حالة وجود مانع من الموانع الشرعية، دون أن ينص المشرع على جزاء تخلف الأهلية، وكان من المفروض أن يوضح ذلك طالما قد اعتبرها شرط من شروط عقد الزواج بموجب المادة التاسعة (09) من ق أ ج، وهو أمر غريب من المشرع حينما ينص على جزاء تخلف كل شروط الزواج، يستثني شرط الأهلية من ذلك، وقد كان موقف القضاء الجزائري واضح وصريح حول تخلف شرط السن وهو بطلان العقد، وعليه كان لابد على المشرع الجزائري أن يواكب هذا التوجه الفقهي والقضائي، وذلك بتعديل المادة الثالثة والثلاثون (33) ليصبح نصها كالآتي: "**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون أهلية أو شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل**".

- وما يعاب أيضا على المشرع الجزائري في تنظيمه لمسألة الفحص الطبي قبل الزواج هو عدم تحديد للأمراض المعنية بالفحص قبل الزواج، وعدم ذكره لبعضها على الأقل ولو على سبيل المثال، ومنحه في

ذلك سلطة التقدير للطبيب الفاحص، وهو ما نراه خطأً خاصة إذا لم يلتزم الطبيب بأخلاقيات المهنة ولم يكن في مستوى المهمة التي أوكلها له المشرع، فقد يحدث حتى في بعض الأحيان تسليم هذه الشهادة الطبية دون إجراء فحص طبي فعلي، كما قد يتآمر الطبيب ضد أحد المقبلين على الزواج، وهو ما يجعل هذا الإجراء دون فائدة، كما أن مدة الثلاثة أشهر المقررة لصلاحية هذه الشهادة هي مدة طويلة جدا، فقد تحصل مثلا خلال هذه المدة علاقة غير شرعية من الممكن أن ينتج عنها أمراض عديدة، ومنه كان من المستحسن أن لا يزيد تاريخ الشهادة عن أسبوع أو أسبوعين على الأكثر، كما أن المشرع لم ينص على أي جزاء يترتب على عدم قيام المقبلين على الزواج بهذا الفحص.

- أما عن موقف المشرع من الولاية في الزواج فقد جاء غامضا، فلا هو أبقاها كما هي شرعا، ولا هو ألغاها تماما كما نادت الاتفاقية، فما الفائدة من جعله الولي يكون من اختيار المرأة ثم يكون دوره بعد ذلك مجرد الحضور فقط، وهو ما يفصح عن نية المشرع الجزائري في التوجه شيئا فشيئا نحو إلغاء الولي تماما من عقد زواج المرأة استجابة منه للمساواة بين الجنسين في عقد الزواج التي نادت بها السيداو ولجنتها، وهو ما نعيب فيه على المشرع، فالولاية ليست بالحجر القانوني على المرأة كما صورتها هذه الاتفاقية، كما أن سببها لا يرجع إلى نقص أهلية المرأة، بل على العكس من ذلك فما شرعت الولاية في زواج المرأة إلا حفاظا على سمعتها وكرامتها وانسانيتها، وحتى لو تحجج المشرع في تهميش الولي من عقد زواج المرأة برغبته في تحقيق المساواة بين الجنسين في ذلك، فإن هذا لابد أن يكون في إطار البعد الإنساني والحضاري، وليس على أساس الإباحية المطلقة الرامية إلى التلاعب بالمرأة تحت شعارات واهية، خصوصا وأنه بالحد من مركز الولي في عقد زواج المرأة هو لم يحقق المساواة بين الجنسين بقدر ما وضع المرأة في غير مأمن، متى لم تتحقق الغايات المرجوة من الزواج، فلو أساءت المرأة الاختيار مثلا بحكم قلة تجربتها لتعذر عليها بعد ذلك اللجوء إلى أبيها احتماءً به، طالما أنها أقصته كولي على زواجها واختارت وليا غيره تحت ذريعة القانون، فهذا التحامل على نظام الولاية في عقد زواج المرأة لا أساس قانوني له، هو نظام يحمي المرأة ويحفظ ميثاق الزواج لعقود طويلة من الفساد الذي طاله اليوم بعد إلغاء و تهميش دور الولي فيه.

- أما عن مسألة تعدد الزوجات، وذلك بأن قيده بشروط تعجيزية فلا هو أبقاه ولا هو ألغاه تماما، فهذا لا يعد قفزة نوعية من المشرع في تحقيق التوازن بين التزاماته الدولية المفروضة عليه خصوصا بموجب اتفاقية سيداو وبين أحكام الشريعة الإسلامية التي لا يمكن للمشرع أن يخالفها، بل يكون المشرع بذلك قد فتح

على نفسه أبواب يصعب سدها، على أساس أن إباحة التعدد قانونا مع تقييده بشروط تعجيزية سيؤدي حتما إلى التعدد العرفي، وحتى ولو التجأ الملتزمون للتعدد العرفي، فإن غيرهم سيلجئون إلى الزنا والعلاقات غير الشرعية، وسيجدون في مبرر تقييد التعدد بشروط تعجيزية أكبر ذريعة لهذا الفجور، كما سيؤدي ذلك إلى ارتفاع معدلات الطلاق لأن الرجل سيجد نفسه مضطرا باسم القانون لتطليق زوجته الأولى إذا لم ترضى بزوجته الثانية، وما شُرع التعدد إلا لعدم تطليق الزوجة الأولى، لذا من الأجدر على المشرع العودة لتنظيم التعدد مثلما هو منظم شرعا، فمقصد التعدد شرعا أكثر اقناعا من مقصد المساواة.

- وبخصوص إسقاط المشرع لحق الزوج في القوامة، فهم لم يُصب في ذلك، لأن هذا من شأنه توسيع الصراع بين الزوجين حول من يملك السلطة في رئاسة العائلة، كما أن الله عز وجل حينما فرض قوامة الرجال على النساء فهو أعلم بمحاسنها، وبضرورة وجودها، فلم تكن يوما قوامة الرجل على المرأة تمييزا ضدها، بل على العكس من ذلك فما هي إلا تشريف لها وحفظ لحقوقها وكرامتها، إلا إذا تعسف الرجل في استعمال هذا الحق هنا يتدخل القاضي أو ولي الأمر أو الحاكم لإعادة هذا الحق إلى حده الشرعي المعقول، وعليه فالقوامة هي رعاية وحفظ وصيانة وليست سلطة وتحكم، والرئاسة في البيت هي رئاسة شورية لا استبدادية، لذا لابد على المشرع أن يعيد للقوامة مكانتها في التشريع الأسري الجزائري.

- وعن اعتراض الاتفاقية ولجنتها على إعطاء الزوج حق الطاعة ومركز رب الأسرة وهو أشبه ما يكون أن تعترض على إعطاء رئيس الدولة صفة الحاكم، ثم نطلب من أفراد المجتمع عدم طاعته على أساس المساواة، حيث ينبغي أن يكون الحاكم والمحكوم متساوون في الحقوق والواجبات، إذ أن أمر كهذا من شأنه أن يفسد 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، وبالتالي تجب له الطاعة، وبإسقاط المشرع لحق الزوج في طاعة زوجته يكون قد وافق اتفاقية سيداو في ذلك، مرجحا كفة التزاماته الدولية، وضاربا بأحكام الشريعة الإسلامية عرض الحائط، فالطاعة ليست كما يصورها أنصار التحرر على أنها خضوع للمرأة، ومحو لشخصيتها ورأيها، وهدم لأفكارها وتوجهاتها، بل هي في حقيقتها واجب على الزوجة تستقيم به الحياة الزوجية، فلا نتصور أن يعيش أفراد تحت سقف واحد دون احترام بينهم، ودون تقدير لمشاعر المرأة وشخصية الرجل، لقوله تعالى: "**ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة**"، وعليه فلا اجتهاد مع صراحة القرآن شاء معترضي الطاعة أم أبو، فالأفضلية موجودة بحكم القرآن، ولا مجال

لرفع الشعارات الواهية في بلاد المسلمين، والتنديد بإنقاص قيمة الرجل بدعوى المساواة، فقد تكون المساواة في العلم، في الوظيفة...إلخ، لا في الرجولة والأنوثة، فكل في مجاله فاضل، وإذا كان هناك من الرجال من هو متعسف في حق الطاعة وشاذ، فلا يمكن التعميم على الكل، والشاذ يحفظ ولا يقاس عليه.

- وبالنسبة لحق الزوج في التأديب، نلاحظ أن اتفاقية سيداو وحتى المشرع يخلطان بين وضرب وتعنيف الزوجات الذي يشكل جريمة قانونا وتمييزا ضد المرأة من جهة، وبين الوعظ والهجر والضرب الخفيف الذي يكون بغرض تأديب الزوجة الناشز من جهة أخرى، فالأمران شتان، وهذا الخلط كان نتيجة الفهم الخاطئ للنصوص الشرعية والتشريعية، وكذا نتيجة عادات وتقاليد تحيد عن جادة الصواب، وبعيدة كل البعد عن الإسلام الذي كان السباق في تكريم المرأة وإعلاء شأنها.

- أيضا رغم استحسان الخطوة الهامة التي أخذها المشرع الجزائري بالنص والتأكيد على مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين وإجازة التشارك المالي بينهما، إلا أن ما يعاب عليه أنه وضع لنا مبدأ دون أن يبين الأحكام المفصلة له، وهذا فراغ تشريعي ينبغي تداركه، وذلك بإدراج نصوص أخرى تابعة لذات المادة، لأن مبدأ بهذا القدر من الأهمية لا يكفي النص عليه في مجرد مادة واحدة ومنفردة، فهو لا يعدوا أن يكون نشازا وعقما تشريعيا لا أكثر، وأيضا كان لابد على المشرع أن يحدد ما إذا كانت هذه الأحكام المسكوت عنها يُرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة 222 ق أ ج، أم هي إحالة ضمنية لنصوص القانون المدني باعتباره قانون ينظم العلاقات المالية بين الأفراد، غير أننا نشير إلى أنه في الحقيقة تبقى المطالب الدولية والقوانين الوضعية شيء، والواقع شيء آخر، لأنه في الواقع تتعقد الأمور، ذلك أنه في غالب الأحيان تُحرم الزوجة من حقها في تسيير أموالها والتصرف فيها، وتولى زوجها إدارة أموالها، ليبقى الأمر على حاله إلى حين امتلاك المرأة الوعي والقوة اللازمين للدفاع عن حقوقها.

- أما بالنسبة لحق الزوجة في التطليق، فصحيح أن المشرع وسع في حالاته من باب تكريس المساواة بين الجنسين في إيقاع الطلاق، إلا أنه ما يعاب عليه أن هذه الحالات جاءت غامضة في بعض جزئياتها، فمثلا بالنسبة للتطليق لعدم الإنفاق لم يبين المدة التي يجب أن تنتظرها الزوجة بعد صدور حكم ضد الزوج بعدم الانفاق لتطلب هي التطليق، وفي التطليق للعيوب لم يبين ما إذا كانت الزوجة عالمة بالعيب قبل الزواج من عدمه، وإذا كانت عالمة به فهل يسقط حقها في التطليق على أساسه بعد ذلك مثلما هو الأمر في التطليق لعدم الإنفاق أو لا، كما أن حق الزوجة في التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، هي فقرة

جاءت مقتضبة رغم أن السياق العام يدل على أنها مفهومة، إلا أن الواقع يثبت العكس، لأن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدر رسمي لقانون الأسرة الجزائري، وفي الشريعة يستعمل لفظ الهجر للدلالة على التأديب، وهو حق للزوج على زوجته الناشز، لكن المشرع أجاز التطليق للهجر ولو كان سببه هو التأديب، كما أن المشرع اشترط أن يكون الهجر فوق أربعة (04) أشهر، والمعلوم شرعا أن الإيلاء هو الذي يكون إلى مدة أربعة (04) أشهر وليس الهجر، فهذا الأخير غير محدد بمدة زمنية كما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، كما أن التطليق للحكم على الزوج بعقوبة سالبة عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فإن الإشكال المطروح فيها هو أنه إذا أمكن للقاضي معرفة الجرائم الماسة بشرف الأسرة، فإن تقدير استمرار الحياة الزوجية من عدمه هو أمر يخص الزوجة، وهو يختلف من زوجة لأخرى، فهل يأخذ القاضي بتقديرها، أم أن التقدير تقديره طالما أن النص لم يمنح الزوجة سلطة التقدير؛ كما أن التطليق لارتكاب الزوج فاحشة، فإن هذه الأخيرة صعبة الإثبات، خصوصًا وأن المشرع لم يشترط صدور حكم قضائي يدين الزوج بهذه الفاحشة، مما يجعل الزوجة لا تستفيد منها كسبب للتطليق في حقيقة الأمر، وبالنسبة للتطليق للشقاق نجد بأن المشرع لم يبين كيفية اثبات الشقاق، ولا ضرورة اثبات استمراره، ولا المتسبب فيه، بل اكتفى بمنح الزوجة حق التطليق للشقاق ولو كانت هي المتسبب فيه.

- أما بالنسبة للخلع وعدم اشتراط المشرع لموافقة الزوج عليه تأييدا منه لما جاءت به اتفاقية سيداو وأوصت به لجنتها، يكون بذلك قد حاد عن جادة الصواب، فهو أولا خالف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يشترطون موافقة الزوج على الخلع، وثانيا فإن هذا الخلع الذي تبناه المشرع يجعل العصمة مشتركة بين الزوجين، رغم أن الزوج هو الذي من المفروض أن يملكها لوحده شرعا، مما يفتح الباب للأهواء واللعب بالعلاقة الزوجية، وثالثا فهو يؤدي إلى التفكك الأسري في المجتمع، وذلك لاستقلال المرأة بإيقاعه، وسهولة الاجراءات المتبعة فيه أمام المحاكم وهذا عكس اجراءات التطليق المعقدة والتي تستهلك وقت ومال كبيرين، وبالتالي نرى أن الخلع دون موافقة الزوج هو خطوة من الخطوات المتبقية للوصول بقانون الأسرة إلى قانون مدني يسلخ الأسرة الجزائرية من هويتها الإسلامية، مما يحقق أهداف الغرب في عولمة قوانين الأسرة في بلاد المسلمين، وهو ما قد يفتح باب الفتن، ويهدد كيان الأسرة والمجتمع معا.

- أما بالنسبة للحضانة فموازنة المشرع بين الجنسين في ذلك كان لا غبار عليه، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة السابعة والثمانون (87) من ق أ ج، نجد بأن المشرع إعمالا لبنود اتفاقية سيداو أسند الولاية لمن أسندت له الحضانة، والحضانة غالبا تسند للأم، وهو بذلك يقطع الصلة كليا بين الأب وأبناءه في حالة

الطلاق، كما أنه حتى لم يحدد ما إذا كانت الولاية التي تُمنح للحاضن هي ولاية على المال، أو ولاية على النفس، أم كليهما، فلا إشكال يطرح نسبيا إذا كانت الولاية المقصودة هي ولاية على المال، أما إذا كان المشرع يقصد حتى الولاية على النفس فهذا يطرح اشكالا كبيرا، لأنه في ذلك خرق لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالولاية، فكيف يمكن أن تتولى المرأة زواج المحضون؟، وهو الأمر الذي يبقى المشرع الجزائري مطالبا بتوضيحه بموجب تعديل آخر يُلحق بالمادة السابعة والثمانون (87) من ق أ ج.

وعليه يتضح لنا أن أغلب التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون في تعديله بموجب الأمر 02/05 كان مصدرها المادي هو اتفاقية سيداو، وقد أُدخلت بضغط من لجنتها، هذا على الرغم من تحفظ المشرع على المادة السادسة عشر (16) من الاتفاقية التي تُعني بالحقوق الأسرية للمرأة، لكن اتضح لنا أن هذا التحفظ هو مجرد تحفظ شكلي، كون المشرع قد قام تقريبا بتفعيل أغلب بنود هذه المادة في قانون الأسرة الجزائري، مما يُنبئ بتحضير الجزائر لسحبها لتحفظها على هذه المادة، وما يثبت ذلك هو تقارير الجزائر الأربعة المرفوعة إلى لجنة الاتفاقية، والتي تحاول الجزائر من خلالها في كل مرة أن تبرر عدم سحب تحفظاتها تبريرا سلبيا، أي بمعنى أنها تطلب من اللجنة الصبر عليها في مسألة سحب تحفظاتها ريثما تروض الشعب الجزائري على الخصوصيات العالمية الدخيلة عليه، فهي تصطدم دائما بمعارضة الأغلبية الكبيرة للإجراءات المستحدثة لتعزيز المساواة المطلقة بين الجنسين، وبالتالي لا مناص من اتباع سياسة الخطوة بخطوة في سحب هذه التحفظات.

أخيرا نشير إلى أنه كان يتوجب على المشرع الجزائري التمسك بمبادئه الثابتة والراسخة في الدفاع عن أمنه القانوني، نعم لمسايرة المواثيق الدولية ولكن في حدود ما يتماشى مع دين الدولة ونظامها العام وثقافتها المجتمعية، وندعو المشرع إلى أن يحتكم إلى الحكمة والرصانة في تعديل قانون الأسرة، فصحيح نحن في مجتمع دولي تحكمه الاتفاقيات الدولية واحترامها واجب على كل دول العالم وهو أمر لا مفر منه، ولكن مع ذلك لا بد أن يسير المشرع في مواجهتها بإعمال ميزان الاحترام و التحفظ معا، وهو ما يساعده في تحقيق التوازن بين التزاماته الدولية وأحكام الشريعة الإسلامية في تكريس حقوق المرأة والقضاء على التمييز ضدها داخل الأسرة.

وفي نهاية هذا البحث نأمل أن نكون قد قدمنا عملا نساهم به في اثراء المكتبة القانونية في الجزائر ولو بشيء بسيط، ونعتذر عن أي نقص أو خطأ قد اعتراه فهو في النهاية عمل بشري قد يشوبه النقص وقد يتخلله الخطأ.

ختاماً نسأل الله عز وجل السداد والتوفيق فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأً فمن أنفسنا ومن الشيطان، قال تـــــعالى:

﴿ وما أوتـــــيتم من الـــــعلم إلاَّ قلـــــيلاً ﴾.

الملاحق

الأمم المتحدة

CEDAW

Distr.
GENERAL

CEDAW/C/DZA/1
1 September 1998
ARABIC
ORIGINAL: FRENCH

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة

النظر في التقارير المقدمة من الدول الأطراف بموجب المادة ١٨ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

التقارير الأولية المقدمة من الدول الأطراف

الجزائر*

* هذا التقرير لم ينقح.

مقدمة

صدقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها ١٨٠/٣٤ المؤرخ ١٨ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٧٩، في ٢٢ كانون الثاني/يناير ١٩٩٦ (المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٥١). ويقضي الدستور الجزائري الصادر في عام ١٩٨٩، في مادته ١٢٢، بالفعل، بأن المعاهدات المبرمة بشأن القوانين المتعلقة بالأشخاص تصدق من رئيس الجمهورية بعد إقرارها الصريح من المجلس الشعبي الوطني. وتحتفظ المادة ١٣١ من الدستور المعدل، في ٢٨ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٦، بنفس المبدأ.

ودخلت أحكام هذا الصك الدولي حيز التنفيذ في الجزائر، في ١٩ حزيران/يونيه ١٩٩٦، وأصبحت تشكل جزءا من التشريع الوطني منذ ذلك التاريخ.

ويعرض هذا التقرير الأولي، الصادر بموجب المادة ١٨ من الاتفاقية، مختلف الأعمال المتخذة من جانب السلطات العامة بشأن تعزيز حقوق المرأة في الجزائر. ويقصد أن يقدم إلى اللجنة خلاصة عن الحالة الواقعية للمرأة الجزائرية، والتدابير العملية المتخذة منذ إنفاذ الاتفاقية. وقامت عدة أقسام وزارية، ومؤسسات في إعداد هذا التقرير.

وطبقا لمختلف تعليمات اللجنة، يتألف هذا التقرير من فرعين. خصص الفرع الأول للإطار العام الذي يجري بموجبه مكافحة التمييز ضد المرأة في الجزائر، وينصب الفرع الثاني على المعلومات المحددة المطلوبة بشأن تطبيق كل مادة من مواد الاتفاقية.

٥ - خصائص الحالة العامة للمرأة في الجزائر

٥-١ إن الحالة العامة للمرأة الجزائرية منذ عام ١٩٩٢ لا يمكن أن تنفصل عن تطور الأوضاع في البلد على الصعد السياسية والاقتصادية والثقافية.

وشأنها شأن جميع المجتمعات التي تنتسب إلى العالم العربي الإسلامي، فإن حالة المرأة القانونية في الجزائر تتميز بالازدواجية. وهكذا فإن المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الجنسين محترم بدقة على صعيد الحقوق المدنية والسياسية. وهو يمنح المرأة صفة المواطنة على قدم المساواة الكاملة. وبقدر ما يتعلق بالأحوال الشخصية فإنها منظمة بقانون الأسرة الذي يستلهم الشريعة جزئيا.

ولا توجد أي أحكام تنص على التمييز بين الرجل والمرأة في الجزائر، سواء في القانون المدني أو في القانون الجنائي. وأسوة بالرجل تتمتع المرأة بحقوق قضائية كاملة. وهي تستخدم بحرية تلك القدرة وفقا للمادة ٤٠ من القانون المدني، كما سيرد ذكره في الفرع الثاني من هذا التقرير. وتمنح هذه المادة للمرأة الحق في التملك والإدارة، والتمتع بحيازة أي مال وحق إبرام العقود والتصرفات التجارية. وفي حالة زواجها، تظل حقوقها المكتسبة سارية، وتبقى أموالها الخاصة ونواتج عملها تحت تصرفها بالكامل. وفي القانون الجنائي ليس هناك أي نص من شأنه أن يميز بين المرأة والرجل؛ بل على العكس، فإن بعض العقوبات ترد مخففة على المرأة.

وعلى صعيد الأحوال الشخصية، يكشف قانون الأسرة، الصادر في عام ١٩٨٤، عن ازدواجية أشير إليها أعلاه. ومن أحكامه التي تلقى أشد المعارضة من حركات الجمعيات هي:

- مواصلة الاعتراف الشرعي بتعدد الزوجات (المادة ٨ التي تقضي بإجازة عقد الزواج بأكثر من زوجة)؛

- السمة الرسمية للالتزام برضا الفتاة في زواجها الأول (تفيد المادة ١١ بأن إبرام عقد زواج المرأة يقع على عاتق وصيها الشرعي الذي يكون إما أبيها أو أحد أقربائها الأقربين. ويعتبر القاضي وصيا شرعيا للشخص الذي ليس له وصي. وتفيد المادة ١٢ بأن للأب أن يعترض على زواج ابنته البكر، الشابة المؤهلة للزواج، إذا كان ذلك في صالح الفتاة.

ويعتبر المهر، الذي هو بمثابة هبة من جانب واحد إلى زوجة المستقبل عند توقيع عقد الزواج، عنصرا منشئا للزواج وفقا لقانون الأسرة. (تقضي المادة ٣٣ بأن عقد الزواج يعتبر غير ملزم وباطل، إذا لم يقترن بالمهر). وانطلاقا من ممارسة مقبولة رضائيا وثابتة بدافع ديني، فإن الحركات النسائية في الجزائر لا تثير الشكوك بشأن المبدأ، ولا تعتبره مثالا للتمييز ضد المرأة، بل تطالب بأن تكون قيمته الواردة في القانون مذكورة بصفة رمزية.

ولا ينبغي التقليل من شأن هذه التناقضات الظاهرة، كما لا ينبغي المبالغة في حقيقتها الفعلية. بل يجب أن تعالج في ضوء عنصر أساسي هام ينصب على مكانة ودور القانون الإسلامي في إعداد الأعمال القانونية والقضائية في الجزائر. ويمكن اعتبار أن هذه المكانة أو هذا الدور، ليس محدودا جدا وحسب، بل يتضاءل باستمرار من جراء تعقد المشاكل المطروحة في هذا العصر وتداخل الثقافات والعمليات العلمانية الجارية في المجتمع الجزائري. ومنذ استقلال الجزائر، فإن التشريع الوحيد الذي تعود مرجعيته إلى الشريعة هو قانون الأسرة، الذي بالرغم من تمسكه حرفيا بقواعد معينة تقتضيها الشريعة، فإنه، سواء من حيث شكله أو من حيث بعض الحلول التي يقضي بها، يعتبر محاولة تهدف إلى تحديد دورها.

إن تطور المجتمع الجزائري وجهود السلطات الرسمية بغية تحرير المرأة الجزائرية على أوسع نطاق، يتيحان تحقيق التقدم بهذا الشأن بالتأكيد.

ومع أن السلطات الرسمية تعتبر أن تجاوز الممارسات البطريركية هدفا حقيقيا إلا أن ذلك يتطلب الحذر والمثابرة. إن الفرض العنيف للقواعد القانونية غير القابلة للتطبيق بسبب تعارضها الصارخ مع القواعد الاجتماعية المألوفة يؤدي إلى إبطال الغرض من القانون، ويدفع إلى تكريس عدم الثقة التي تسفر عن النزاع بين المشرع والمواطن، بل حتى إلى عدم احترام السلطة العامة بحجة أولوية القانون الإلهي. ويؤدي هذا الأمر إلى إثارة مشكلة ينبغي عدم التقليل من أهميتها، ويتطلب، في الواقع، إعادة تفسير دور الدين في المجتمع، الأمر الذي يتعذر تحقيقه إلا بالأناة ومرور الوقت ومع رفع المستوى الثقافي بوجه عام. ولهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية. وتعتمد صحة وحصافة هذا النهج على المنجزات المكتسبة غير القابلة للتراجع، في قضية المرأة، خاصة في مجال حق العمل.

ويدخل تصديق الجزائر على هذه الاتفاقية في إطار إرادة التحرير التدريجي هذه. وقد أسفر هذا التصديق عن حدوث هيجان داخل المجتمع الجزائري مصحوبا بحركات معارضة متناقضة، من الأوساط المحافظة من جهة، ومن الأوساط لتي تنحو إلى الحصول على مزيد من المكتسبات في مجال تحرير المرأة من جهة أخرى. وانصب موقف الحكومة على الانضمام إلى الاتفاقية، مع وضع بعض التحفظات، التي لا تمس، كما نرى، جوهر الاتفاقية بالذات، مما يؤدي ضمنا إلى الاستفادة من الانضمام إلى هذه الاتفاقية، وإلى غيرها من الاتفاقيات من نفس النمط باعتبارها بيّنة لصالح التطور الاجتماعي والقانوني. إن نضوج هذا التطور، إزائها بالذات يسفر عن رفع هذه التحفظات. وأدى هذا الانضمام بالحكومة إلى مواجهة إجراء تعديلات على قانون الأسرة.

وبهذه الروح قام مجلس الوزراء باعتماد مشروع قانون لتعديل قانون الأسرة في ٢٤ أيار/ مايو ١٩٩٨. وستعرض التعديلات الجديدة على البرلمان خلال فترة انعقاده.

المادة ١٦: المساواة في الحقوق في الأسرة

١ - انعقاد الزواج

إن توافق إرادة الزوجين هو أحد الشروط الأساسية لانعقاد الزواج (المادتان ٩ و ١٠ من قانون الأسرة).

وتفيد المادة ٩ من قانون الأسرة أن الزواج ينعقد برضاء الشخصين المقبلين على الزواج، وبحضور ولي الزواج وشاهدين، فضلا عن تعيين المهر.

وتضيف المادة ١٠ من هذا القانون أن الرضاء (أو توافق الإرادتين) يتم بطلب أحد الطرفين وبموافقة الطرف الآخر (أي بالإيجاب والقبول).

يضاف إلى ذلك، أن طلب وموافقة المعاق (أو المعاقة) في الزواج، يمكن أن يحصلان عن طريق الكتابة أو الإشارة التي تفيد الزواج.

وفيما يتعلق بأحكام الاتفاقية المتعلقة بالسن الأدنى للزواج وبتسجيله إلزاميا فإنها تلقى أصولها على الصعيد الداخلي، في المواد ٧ و ١٨ و ٢١ من قانون الأسرة والمادة ٧٣ من قانون الأحوال المدنية.

وتفيد المادة ٧ من قانون الأسرة أن أهلية عقد الزواج تعتبر صحيحة لدى الرجل عند بلوغه ٢١ سنة كاملة، ولدى المرأة عند بلوغها ١٨ سنة كاملة.

وتقضي المادة ١٨ بدورها بأن أحكام قانون الأحوال المدنية تطبق في مجال إجراءات تسجيل عقد الزواج.

وتفيد المادة ٧٣ من قانون الأحوال المدنية أنه لدى عقد الزواج أمام موظف الأحوال المدنية، يقوم هذا الأخير بتحرير العقد فورا ويثبته في سجلاته، مع تسليم الزوجين دفتر الأسرة. ولدى عقد الزواج أمام كاتب العدل، يقوم هذا الأخير بتحرير العقد ويسلم الزوجين شهادة عقد الزواج؛ وتجري إحالة صورة العقد إلى موظف الأحوال المدنية، خلال ثلاثة أيام، حيث يقوم بتدوينه في سجلات الأحوال المدنية.

٢ - فسخ عقد الزواج

وفي مجال الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج ولدى فسخ عقد الزواج، يجدر التأكيد أن الطلاق يتم بإرادة الزوج، أو بالرضا المتبادل، أو بطلب الزوجة (المادة ٤٨ من قانون الأسرة) ولا يتم الطلاق إلا بحكم تسبقه محاولة المصالحة من جانب القاضي (المادة ٢٩ من قانون الأسرة).

إذا لاحظ القاضي أن الزوج متعسف في طلب الطلاق فإنه يقرر للزوجة تعويضات لإصلاح الضرر الذي أصابها من جراء الطلاق (المادة ٥٢ من قانون الأسرة).

وبموجب المادة ٥٣ من قانون الأسرة يحق للزوجة طلب الطلاق للأسباب التالية:

(أ) عدم تأمين الاحتياجات المعاشية للزوجة، إلا إذا كانت هذه على علم بعوز زوجها عند الزواج، مع مراعاة المواد ٧٨ و ٧٩ و ٨٠ من هذا القانون؛

(ب) إصابة الزوج بعاهة تحول دون تحقيق الغرض من الزواج؛

(ج) رفض الزوج مشاركة الزوجة في فراش الزوجية خلال فترة تزيد على أربعة أشهر؛

(د) إدانة الزوج بتهمة مخلة بالشرف وبعقوبة سالبة للحرية لفترة تتجاوز العام، من شأنها أن تخزي الأسرة وتؤدي إلى استحالة استئناف الحياة المشتركة واستعادة الحياة الزوجية؛

(هـ) غياب الزوج لفترة تتجاوز السنة دون عذر مشروع أو دون أن يتكفل بنفقة الإعالة؛

(و) تحقق أي ضرر معترف به على هذا النحو، وخاصة بسبب انتهاك الأحكام الواردة في المادتين ٨ و ٣٧؛

(ز) ارتكاب أي ذنب لا أخلاقي جدير بالعقوبة الصارمة.

وبالإضافة إلى الأسباب الواردة في المادة المذكورة، والتي تمنح الزوجة حق طلب الطلاق، يجيز لها القانون، فضلا عن ذلك، أن تطلب الانفصال عن زوجها دون اللجوء إلى تبرير هذا القرار، وبذلك تضع حدا للعلاقة الزوجية التي تربطها بزوجها.

وهكذا فإن المادة ٥٤ من قانون الأسرة، التي تفتح للمرأة المتزوجة هذه الإمكانية، تفيد بأن للمرأة أن تنفصل عن زوجها بواسطة تعويض الخلعة بعد الاتفاق عليها. ولدى الاختلاف بشأن ذلك، يأمر القاضي بأن تدفع الزوجة مبلغا لا يتجاوز قيمة المهر المكافئ وقت صدور الحكم. وهكذا، فإن هذا الحكم يجيز للزوجة الانفصال عن زوجها عن طريق دفع مبلغ للزوج للتعويض عن الضرر الذي يتحمله نتيجة هذا الانفصال.

٣ - حرية اختيار الزوج وتنظيم الأسرة

لا يوجد أي نص في التشريعات الجزائرية يمنع المرأة من تحديد عدد أولادها، ولا القيام بتعيين فترات الولادة.

وتقوم السلطات العامة مع هذا، إدراكا منها بأن المرأة المتعلمة تشعر بالمسؤولية، بتعزيز سياسة تثقيفية للمرأة على الدوام والاضطلاع بأنشطة توعية بشأن الفترات الفاصلة بين الولادات.

A/54/38/Rev.1

الأمم المتحدة

تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة

الدورة العشرون (١٩ كانون الثاني/يناير - ٥ شباط/فبراير ١٩٩٩)
الدورة الحادية والعشرون (٧ - ٢٥ حزيران/يونيه ١٩٩٩)

الجمعية العامة
الوثائق الرسمية: الدورة الرابعة والخمسون
الملحق رقم ٣٨ (A/54/38/Rev.1)

الفصل الرابع

النظر في التقارير المقدمة من الدول الأطراف بموجب المادة ١٨ من الاتفاقية

ألف - مقدمة

٣٩ - نظرت اللجنة، في أثناء دورتها العشرين، في تقارير سبعة بلدان مقدمة بموجب المادة ١٨ من الاتفاقية، وهي: ثلاثة تقارير أولية؛ وتقريران دوريان يتألف كل منهما من تقريرين ثان وثالث مجمعين؛ وتقرير دوري يتألف من تقريرين ثالث ورابع مجمعين؛ وتقرير دوري رابع واحد.

٤٠ - وأعدت اللجنة، وفقا لما قررته في دورتها الثالثة عشرة المعقودة في ١٩٩٤، تعليقات ختامية على كل تقرير تم النظر فيه. وترد أدناه التعليقات الختامية للجنة على تقارير الدول الأطراف، بالصيغة التي أعدها بها أعضاء اللجنة، وموجز للعروض الاستهلالية التي قدمها ممثلو الدول الأطراف.

باء - النظر في تقارير الدول الأطراف

١ - التقارير الأولية

الجزائر

٤١ - نظرت اللجنة في تقرير الجزائر الأولي (CEDAW/C/DZA/1 و Corr.1 و Add.1) في جلساتها ٤٠٦ و ٤٠٧ و ٤١٢ المعقودة يومي ٢١ و ٢٦ كانون الثاني/يناير ١٩٩٩ (انظر CEDAW/C/SR.406 و SR.407).

التقديم من جانب الدولة الطرف

٤٢ - أكد ممثل الجزائر، وهو يعرض التقرير، أن بلده قد قدم تقريره الأولي بعد مضي سنتين فحسب على انضمامه إلى الاتفاقية، رغم الحالة الصعبة التي يواجهها حاليا. وأضاف قائلا إن هذا دليل على التزام حكومته الصادق بحقوق الإنسان وبالنهوض بالمرأة.

٤٣ - وأشار الممثل إلى أن الدستور الجزائري الثاني الذي سن في عام ١٩٧٦، بعد ١٣ سنة من الاستقلال، يكفل المساواة أمام القانون لأول مرة. أما دستور عام ١٩٨٩، المنقح في عام ١٩٩٦، فهو يعزز مبادئ حقوق الإنسان العالمية التي من قبيل حرية الرأي وحرية الانتخاب. كما تؤكد المادة ١٢٣ أسبقية جميع المعاهدات الدولية التي صدقت عليها الجزائر على القانون الوطني، وهو ما أكده المجلس الدستوري في ٢٠ آب/أغسطس ١٩٩٨. وذكر أن القانون المدني وقانون العقوبات والقانون الإداري والقانون التجاري تتطابق جميعها مع أحكام الدستور ومبادئ المساواة بين الرجل والمرأة. إلا أنه رغم التقدم السريع فيما يتعلق بالمساواة القانونية لم تتحقق المساواة الفعلية بسبب المواقف النمطية الجامدة الموجودة في المجتمع.

٥٠ - وأضاف أن خدمات تنظيم الأسرة تمثل جزءا لا يتجزأ من البرنامج الصحي وأنها قد وُسعت منذ عام ١٩٧٤. واليوم، يعي ٩٩ في المائة من النساء أساليب تنظيم الأسرة، وانخفض معدل الخصوبة، لا سيما في الفئات العمرية الأصغر، انخفاضا مشهودا.

٥١ - وأكد ممثل الجزائر في ختام بيانه أنه ينبغي النظر إلى التصديق على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سياق الإرادة السياسية المتجهة إلى التشجيع على تحرير المرأة تدريجيا. وأضاف قائلا إن الانضمام إلى الاتفاقية قد أثار في البلد نقاشا، وأنه على الرغم من اقتران الانضمام بتحفظات ينبغي اعتباره خطوة نحو تطورات اجتماعية ومعيارية تؤدي إلى سحب التحفظات. وعلى وجه التحديد، فإنه نتيجة للانضمام إلى الاتفاقية يجري الآن تنقيح قانون الأسرة لسنة ١٩٨٤ وظهرت إلى الوجود تعديلات مقترحة، يمكن أن تسفر عن إزالة التحفظات، وذلك نتيجة لمطالبات الجماعات النسائية ولتطور المجتمع الجزائري.

التعليقات الختامية للجنة

مقدمة

٥٢ - تشكر اللجنة حكومة الجزائر على العرض الممتاز لتقريرها الأولي الذي احترم المبادئ التوجيهية التي وضعتها اللجنة. وتدل حقيقة أن حكومة الجزائر قدمت تقريرها الأول بعد مرور سنتين فقط على انضمامها، ورغم الظروف الصعبة التي تشهدها البلاد، على عزمها السياسي على النهوض بمركز المرأة وعلى اهتمامها بتحررها.

٥٣ - وتشكر اللجنة الحكومة على المستوى الرفيع والحجم الكبير لوفدها الذي ترأسه الممثل الدائم لدى الأمم المتحدة، والذي أقام حوارا بنّاء وصريحا ونزيها مع أعضاء اللجنة، وقدم من خلال تقريره الشفوي معلومات إضافية محددة وموضوعية وبيانات إحصائية سمحت للجنة بتقييم حالة المرأة الجزائرية بحكم القانون وفي الواقع.

٥٤ - وتعرب اللجنة عن تضامنها مع المرأة الجزائرية في الكفاح الذي تخوضه ضد جميع أشكال الأصولية والإرهاب. وبالرغم من أعمال العنف القصوى التي تعرضت إليها، وبمساعدة من حركة تجمعية نشطة جدا، تمكنت المرأة الجزائرية من إدراج احترام حقوق المرأة وتنقيح قانون الأسرة ضمن الأولويات العليا في جدول الأعمال السياسي.

الجوانب الايجابية

٥٥ - ترحب اللجنة باستعداد حكومة الجزائر لاستعراض التحفظات على الاتفاقية في ضوء تطور المجتمع الجزائري.

٥٦ - وتحيط اللجنة علما، مع الارتياح، بأن الدستور الجزائري لعام ١٩٩٦، الذي يعطي للمعاهدات الدولية المصدق عليها المنشورة في الجريدة الرسمية، بما فيها الاتفاقية، أولوية على القانون الجزائري.

٥٧ - وتلاحظ اللجنة أن دستور الجزائر يضمن المساواة بين الجنسين، في جميع ميادين الحياة.

٥٨ - وتلاحظ اللجنة، مع الارتياح، أن تصديق الجزائر على الاتفاقية قد أثر ايجابيا على حياة المرأة الجزائرية والمجتمع الجزائري. وقد قامت الحكومة أيضا باتخاذ تدابير مؤسسية شملت إنشاء مجلس وطني للمرأة، ومجلس لصون الأسرة والنهوض بها، ووزارة مسؤولة عن التضامن الوطني والأسرة. وتمثل تلك الوزارة، التي ترأسها امرأة، مركز التنسيق لجميع الأنشطة المضطلع بها في ميداني النهوض بالمرأة، وشؤون الأسرة. وتلاحظ اللجنة، أن الحكومة تنظر أيضا حاليا في اتخاذ تدابير قانونية، بما في ذلك تعديل قانون الأسرة.

٥٩ - وترحب اللجنة بجهود المنظمات غير الحكومية للنساء الجزائريات في توعية الرأي العام وتعزيز اهتمام الحكومة والمشرعين بقضايا المرأة. وتشيد اللجنة أيضا بمساهمتها الثمينة التي تقدمها المنظمات غير الحكومية النسائية في إعداد قانون الأسرة.

٦٠ - وتحيط اللجنة علما مع الارتياح بأن قانون العمل الجزائري يتضمن أحكاما محددة متصلة بإجازات الأمومة وساعات الإرضاع، تحمي المرأة من التمييز ضدهن بسبب واجباتهن كأمهات.

٦١ - وتقر الحكومة بالخطوات التي اتخذتها الدولة الطرف بخصوص ضحايا العنف الإرهابي من خلال إقامة مراكز لمعالجة الضحايا ووضع برنامج وطني مشترك بين القطاعات للوفاء باحتياجات ضحايا العنف الذين يعانون من صدمات، فضلا عن توفير تعويض لورثة الضحايا الذين ماتوا، وللأشخاص الذين يعانون من إصابات جسدية ومادية، ولضحايا الحوادث التي تقع في سياق العنف الإرهابي. وتلاحظ اللجنة أيضا العمل الذي تقوم به منظمات المجتمع المحلي في تقديم المساعدة النفسانية وغيرها لهؤلاء الضحايا.

٦٢ - وترحب اللجنة بإلغاء ممارسة الاقتراع بالإنابة التي كانت تسمح للرجل بأن يصوت مكان زوجته.

٦٣ - وتلاحظ اللجنة مع الارتياح أن دخول المرأة الحياة العامة والسياسية دون تمييز بحكم القانون قد تحقق حيث أصبح لها وجود في تلك الأوساط. وتحيط اللجنة علما مع الارتياح بوجود عدد كبير من النساء في سلك القضاء في جميع المستويات وبأن أكثر من ربع مجموع القضاة نساء.

٦٤ - وتلاحظ اللجنة مع الارتياح أن التدابير المحددة العديدة التي اتخذتها الحكومة لتمكين المرأة من المساواة في الحصول على التعليم والتدريب تشكل عاملا حاسما في عملية تحرر المرأة.

٦٥ - وتحيط اللجنة علما مع الارتياح بأن صحة المرأة تعتبر أولوية في السياسات والبرامج الصحية للبلد.

العوامل التي تعوق تنفيذ الاتفاقية

٦٦ - تلاحظ اللجنة أن بروز ظاهرة الأصولية، والعنف الإرهابي الذي يواكبها، قد أثرا، طيلة سنوات عديدة، في جميع طبقات المجتمع، بما في ذلك النساء والأطفال، وشكلا عقبة أمام التنفيذ الفعال للاتفاقية.

٦٧ - وتلاحظ اللجنة أيضا أن التحفظات العديدة التي أبدتها الدولة الطرف على المادة ٢، والفقرة ٢ من المادة ٩ والفقرة ٤ من المادة ١٥، والمادة ١٦ تشكل عراقيل تحول دون تنفيذ الاتفاقية تنفيذا كاملا.

٦٨ - وتلاحظ اللجنة أن الأحكام التمييزية العديدة في قانون الأسرة، فضلا عن استمرار وجود الآراء المسبقة وممارسات خضوع الأسرة لسلطة الرجل، رغم أن الدستور يضمن المساواة بين المرأة والرجل وتفوق أحكام الاتفاقية على القانون الوطني، تتعارض على الصعيد العملي مع مبادئ الاتفاقية.

دواعي القلق الرئيسية والتوصيات

٦٩ - تكرر اللجنة الإعراب عن انشغالها بالتحفظات التي أبدتها الدولة الطرف.

٧٠ - وتحث اللجنة الدولة الطرف على التعجيل باتخاذ الخطوات اللازمة لسحب تحفظاتها.

٧١ - واللجنة منشغلة باستناد الدولة الطرف الثابت إلى المبادئ الدينية والخصائص المميزة الثقافية لتبرير التأخير المسجل على صعيد مركز المرأة بالمقارنة مع تطور المجتمع عموما.

٧٢ - وتوصي اللجنة بأن تتخذ الدولة الطرف تدابير لتأمين أن الأنماط الدينية والثقافية لن تعوق النهوض بمكانة المرأة في المجتمع الجزائري.

٧٣ - واللجنة منشغلة بالضغوط الاجتماعية التي ما زالت قائمة في المجتمع الجزائري والتي تبقي مركز المرأة في مستوى أدنى من مركز الرجل وليست مواتية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

٧٤ - وتحث اللجنة الحكومة، على أن تواصل جهودها الرامية إلى إلغاء القوانين التي لا تحقق المساواة، وذلك من أجل جعل تشريعها متمشيا مع أحكام الاتفاقية. وهي تحث أيضا الحكومة، والمنظمات غير الحكومية، والمثقفين، ووسائط الإعلام، على تشجيع المواقف المستنيرة وتعجيل عملية تحرر المرأة بواسطة حملات إعلام وتوعية للرأي العام.

٧٥ - وتلاحظ اللجنة علما، مع القلق، استمرار وجود القوالب النمطية الثقافية وقيم السلطة الأبوية فضلا عن تعدد الزوجات، وهو ما ينتهك حقوق المرأة.

٧٦ - واللجنة، إذ تحيط علما باعتزام الحكومة إدخال تعديلات تشريعية من أجل تنفيذ الاتفاقية، توصي بإعداد وتنفيذ استراتيجية للتثقيف القانوني والتدريب على كافة مستويات المجتمع، للتصدي للمعايير الثقافية والمواقف التمييزية.

٧٧ - ويساور اللجنة بالغ القلق من العدد الهام من النساء اللائي قامت المجموعات الإرهابية باغتيالهن، واغتصابهن، واختطافهن، وإلحاق أضرار جسدية بالغة بهن، في السنوات الأخيرة.

٨٨ - وتوصي اللجنة بتطبيق الفقرة ١ من المادة ٤ من الاتفاقية باتخاذ تدابير مؤقتة حفازة ومحددة ذات أهداف مبينة بالأرقام لتحسين تشغيل المرأة في القطاعين العام والخاص. وتوصي اللجنة بإنشاء عدد كاف من مراكز رعاية الأطفال ورياض الأطفال للسماح للمرأة بالتوفيق بين مسؤولياتها العائلية والمهنية. وتوصي اللجنة أيضا بإشراك النساء العاطلات عن العمل في دورات تدريبية ودورات للتدريب المهني التكميلي، وأن يشمل ذلك التدريب على المهن غير التقليدية، وتمكين المرأة من الاستفادة من التدابير المتخذة لإنشاء العمالة، على نحو متناسب مع معدل بطالة المرأة.

٨٩ - واللجنة منشغلة بكون المعلومات التي قدمت إليها غير كافية فيما يتعلق بالمرأة الريفية والفوائد التي جنتها تلك المرأة من الإجراءات الانمائية المضطلع بها في المناطق الريفية.

٩٠ - وتشجع اللجنة الحكومة على إيلاء العناية الواجبة لاحتياجات المرأة الريفية، وذلك بتعزيز دورها الفاعل والتعاوني في تصميم وتنفيذ ومتابعة السياسات والبرامج التي تؤثر فيها، ولا سيما في ميادين الائتمان السكني، والمشاريع المدرة للدخل، والضمان الاجتماعي.

٩١ - ويساور اللجنة بالغ الانشغال لأن قانون الأسرة ما زال يتضمن أحكام تمييزية عديدة تحرم المرأة الجزائرية من حقوقها الأساسية ولا سيما حقها في الموافقة الحرة على الزواج، وحقها في الطلاق على أساس المساواة وفي تقاسم المسؤوليات داخل الأسرة وفي تربية الأطفال، وفي مقاسمة الوالد الحق في الوصاية على الأطفال، وحقها في الكرامة واحترام الذات، وبصورة خاصة إلغاء نظام تعدد الزوجات.

٩٢ - وتحث اللجنة الحكومة على أن تعتبر التعديلات المقترحة والتي تغير بعض أحكام قانون الأسرة خطوة أولية في عملية يتعين أن تتواصل لكي تصبح كافة أحكام قانون الأسرة متناغمة مع نص الاتفاقية ومع مبدأ المساواة الوارد في الدستور الجزائري.

٩٣ - وتطلب اللجنة إلى حكومة الجزائر أن تقدم معلومات تطرق الانشغالات المعرب عنها في هذه التعليقات الختامية في تقريرها المرحلي المقبل المطلوب تقديمه بموجب المادة ١٨ من الاتفاقية.

٩٤ - وتطلب اللجنة أن تنشر استنتاجاتها على نطاق واسع في الجزائر لتعريف الشعب الجزائري، ولا سيما أفراد الإدارة العامة والأوساط السياسية، بالتدابير المتخذة لأجل تحقيق المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة والتدابير التكميلية الواجب اتخاذها في هذا الصدد. وتطلب اللجنة إلى الحكومة أن تواصل نشر نص الاتفاقية، والتوصيات العامة للجنة، وإعلان ومنهاج عمل بيجين، وذلك على نطاق واسع ولا سيما لدى المنظمات النسائية ومنظمات حقوق الإنسان.

قيرغيزستان

٩٥ - نظرت اللجنة في التقرير الأولي لقيرغيزستان (CEDAW/C/KGZ/1) في جلساتها ٤٠٨، و ٤٠٩، و ٤١٣ المعقودة في ٢٢ و ٢٧ كانون الثاني/يناير ١٩٩٩ (انظر CEDAW/C/SR.408، 409 و 413).

الأمم المتحدة

CEDAW/C/DZA/2

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

Distr.: General
5 February 2003
Arabic
Original: French

اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة

النظر في التقارير المقدمة من الدول الأطراف بموجب المادة ١٨ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

التقارير الدورية الثانية للدول الأطراف

الجزائر*

* هذا التقرير صادر بصيغته التي ورد بها دون تحرير رسمي. وللاطلاع على التقرير الأولي المقدم من حكومة الجزائر انظر CEDAW/C/DZA/1؛ وللاطلاع على النظر فيه من جانب اللجنة انظر CEDAW/C/SR.406 و 407 و 412 والوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والخمسين، الملحق رقم ٣٨ (A/54/38/Rev.1).

03-24751 (A)
0324751

مقدمة

صدقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (المرسوم رقم ٩٦-٥١) في ٢٢ كانون الثاني/يناير ١٩٩٦. وعند عرض التقرير الأولي (CE-DAW/C/DZA/1) في ٢١ و ٢٦ كانون الثاني/يناير ١٩٩٩ ذكر الوفد الجزائر أنه على الرغم من الظروف الصعبة التي تواجهها الجزائر فإنها قد حرصت على تقديم هذا التقرير بعد انضمامها إلى الاتفاقية بعامين فقط، وهذا يشهد على تمسك والتزام الحكومة الجزائرية بالدفاع عن حقوق الإنسان ولا سيما حقوق المرأة، حسبما حددتها الاتفاقية. وفي هذا التقديم عرض الوفد الجزائري برنامج الإصلاحات السياسية والاقتصادية الذي شن منذ اعتماد الدستور في ٢٣ شباط/فبراير ١٩٨٩ بهدف إنشاء مؤسسات جديدة قائمة على التعددية السياسية، والفصل بين السلطات، واستقلال السلطة القضائية، وحرية التعبير عن الرأي وخيار اتباع الاقتصاد السوقي. كما أكد الوفد أن السلطات الجزائرية متمسكة على المستوى الدولي بالتعجيل بعملية الانضمام إلى الصكوك الدولية المختلفة المتعلقة بحقوق الإنسان.

ومنذ تقديم التقرير الأولي واصلت السلطات العامة الجزائرية مهمتها المتمثلة في توطيد سيادة القانون والديمقراطية التعددية وتعزيز وحماية حقوق الإنسان على الرغم من المشاكل المرتبطة بالإجرام الإرهابي. وعلى هذا النحو أنشئت مؤسسات جديدة بفضل تعديل دستوري أجري في ٢٨ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٦، ودعمت آليات تعزيز حقوق الإنسان القائمة فعلا، وكيفت جوانب عديدة من التشريع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي حسب حقائق الواقع الجديد. وحصل قانون الوفاق الوطني الذي اعتمده البرلمان بمجلسيه، في الاستفتاء الذي أجري في ١٦ أيلول/سبتمبر ١٩٩٩، على أغلبية ٩٨,٦٣ في المائة من الأصوات المدلى بها. وفي إطار هذا النشاط الرامي إلى استمرار سيادة القانون وترسيخ الديمقراطية كان القضاء والتعليم ومؤسسات ومهام الدولة محل إصلاحات بعدية المدى عهد بها إلى لجان وطنية، مؤلفة من عدد من أصحاب المهن الحرة والشخصيات المستقلة. ومنذ ذلك الحين تغذي توصيات هذه اللجان العمل الذي تقوم به الحكومة. وأخيرا استمر تطور حركة تكوين الجمعيات التي تشجع بشكل متزايد.

ويتتبع هذا التقرير الدوري، المقدم تنفيذا للمادة ١٨ من الاتفاقية، الأعمال المختلفة التي قامت بها السلطات الحكومية لتعزيز حقوق المرأة في الجزائر. وهو يرمي إلى إعطاء اللجنة صورة للحالة الحقيقية للمرأة الجزائرية والتدابير العملية المتخذة منذ دخول الاتفاقية حيز النفاذ. وقد شاركت إدارات وزارية ومؤسسات عديدة في إعداد هذا التقرير.

بحقوقهم المدنية والسياسية الحق في أن يختاروا بحرية محل إقامتهم والحق في التنقل في الإقليم الوطني.

كما أن الحق في دخول الإقليم الوطني والخروج منه مضمون. وهذه المادة تنطبق عموما على الرجل والمرأة على حد سواء دون أي شكل من أشكال التمييز.

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أنه على الرغم من أنه قد كانت توجد في لحظة معينة عدة قيود محل اعتراض كانت مفروضة على الرجال وعلى النساء على حد سواء فإن حرية التنقل كاملة اليوم سواء في الإقليم الوطني أو الانتقال إلى جهة في الخارج. وفي استطاعة المرأة اليوم السفر بمفردها أو بصحبة أسرتها إلى جميع المقاصد لأسباب خاصة أو مهنية.

المادة ١٦: المساواة في الحقوق داخل الأسرة

يتضمن القانون رقم ٨٤-١١ الصادر في ٩ حزيران/يونيه ١٩٨٤ مدونة الأسرة التي تحتوي على القواعد القانونية المنظمة لشؤون الأسرة. وهذا القانون الذي يستمد أساسه من الدستور وينص بصفة خاصة على أن "الإسلام هو دين الدولة" يحدد القواعد القانونية لتكوين وعمل الأسرة التي تعتبر "الخلية الأساسية للمجتمع". وهكذا تحددت بصفة خاصة شروط العلاقة الزوجية والعلاقة الأموية ونظام التوارث.

وفيما يتعلق بالعلاقة الزوجية تحدد الزواج بوصفه عقدا يحرر ويسجل بقيد في السجل المدني، وبذلك ألغيت في نفس الوقت الطريقة الشفوية التقليدية للزواج. ورفع سن الزواج وحدده بسن الثامنة عشرة للأنثى وسن الحادية والعشرين للذكر. ورضا الطرفين عنصر أساسي ومكون للزواج.

وتتم معظم حالات الزواج تقريبا اليوم خارج نطاق الدوائر التقليدية. فعندما يتصل بالأسرة لطلب يد ابنتها للزواج لا تفعل الأسرة سوى الموافقة على اختيار الابنة. وفيما يتعلق بالحقوق والواجبات المتبادلة في إطار الزواج تنص المادة ٣٦ على عدة حقوق وواجبات يرد بينها بصفة خاصة "المحافظة على العلاقات الزوجية وواجبات الحياة المشتركة".

وفيما يتعلق بالذمة المالية فإن للمرأة سيطرة تامة على إيراداتها الخاصة و "تتصرف في أموالها بمطلق الحرية"، وذلك بموجب أحكام المادة ٣٨.

وفيما يتعلق بالطلاق فإنه لا يتم إلا بحكم قضائي، واستبعد بذلك أي شكل من أشكال الطلاق الانفرادي بقرار شفوي من الزوج. والحق في الطلاق هو على هذا النحو،

وحسب أحكام المادة ٤٨، متاح للزوج والزوجة على قدم المساواة أو بناء على رغبتهما المشتركة.

وعلاوة على ذلك تسمح مدونة الأسرة للمرأة، في المادة ٨٧ منها، بالوصاية على أولادها بعد وفاة زوجها؛ وهذا يمثل مكسبا مهما إزاء عقبات اجتماعية وتحفظ يفرضه العرف يقضي بأن الوصاية حق خالص للذكور.

ويراعي القانون المساواة بين الزوجين في الحقوق الشخصية، بما في ذلك الأمور المتعلقة باختيار اللقب والمهنة والحرفة. ولا يوجد أي حكم يفرض قيدا على ممارسة المرأة لهذه الحقوق. ونفس هذا القول يسري على الحقوق المالية للزوجين التي تنص بشأنها المادة ٣٨ من مدونة الأسرة على أن "للزوجة الحق في التصرف في أموالها بمطلق الحرية".

أما مدونة التجارة فإنها لا تنص على أي تمييز بين التاجر والتاجرة. ولذا تنص مدونة الأسرة ومدونة التجارة على تمتع المرأة التام بأموالها التي يمكن التصرف فيها بحرية دون رضا الزوج.

الحق في تنظيم الأسرة

الحق في تنظيم الأسرة مدرج في قانون الصحة الساري منذ عام ١٩٨٥. وأكد هذا المبدأ مجددا في إطار الاستراتيجية الوطنية في مجال السكان حتى سنة ٢٠١٠، التي اعتمدها مجلس الوزراء في كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠١. والواقع هو أنه بين المبادئ الأساسية التي يقوم عليها تنفيذ السياسة الوطنية المتعلقة بالسكان يعترف بما يلي:

- "الحق في الحصول على المعلومات وعلى خدمات الصحة التناسلية المتضمنة في الحق الدستوري في الصحة. ومجانية الرعاية والخدمات المتعلقة بالصحة التناسلية مكفولة للمواطنين المعوزين.
- ويرتكز الوصول إلى تنظيم الأسرة على مبدأ التقيد الطوعي والاختيار الشخصي. ولا يسمح بأي شكل من أشكال القسر في الإيصاء باتباع أساليب منع الحمل أو الحد من عدد الولادات."

وتمثل عمليات الإعلام والتثقيف والتوعية جزءا لا ينفصل عن أولويات السياسة الوطنية المتعلقة بالسكان بهدف دعم اعتماد أشكال السلوك الصحيح الذي ينم عن تقدير للمسؤولية في مجال الإنجاب، بما في ذلك بين الأجيال الناشئة. وأشكال السلوك في هذا المجال تشهد تطورا واضحا. وقد بين استبيان أجري في أواخر سنة ١٩٩٩، وشارك فيه ٢ ٥٠٠ مراهقا ومراهقة ما يلي:

أن ٩٥ في المائة منهم يعتقدون أنه من الصعب تقديم تعليم جيد لجميع الأولاد في أسرة كبيرة العدد؛

أن ٨٤ في المائة منهم يعتقدون أنه ينبغي للأسر الإسهام في التنظيم الديموغرافي بتنظيم الأسرة؛

أن ٤٤,٥ في المائة من الشباب الذين سئلوا يرغبون في إنجاب ولدين فيما بعد ، و ٦٥ في المائة يرغبون في إنجاب ثلاثة أولاد على الأكثر (٧٠ في المائة من الفتيات و ٦٠ في المائة من الفتية).

15 February 2005
Arabic
Original: French

اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة
الدورة الثانية والثلاثون
10-28 كانون الثاني/يناير 2005

التعليقات الختامية: الجزائر

1 - نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2) في جلستيها 667 و668 المعقودتين في 11 كانون الثاني/يناير 2005 (انظر CEDAW/C/SR.667 و668).

عرض الدولة الطرف للتقرير

2 - ذكر الممثل، في العرض الذي قدمه، أن الجزائر في عام 2005 تختلف عما كانت عليه في عام 1999، تاريخ تقديم التقرير الأولي. فقد عاش البلد عقدا طويلا من المحن المتمثلة في الإجرام والإرهاب، والتي استهدفت النساء بوجه خاص. ومع اعتماد سياسة الوفاق المدني التي شرعت عملية تطبيع الحالة الأمنية، فإن الإرهاب الآخذ في التراجع لم يعد يشكل اليوم تهديدا خطيرا للمؤسسات والسكان.

3 - وأشار الممثل إلى أن مبدأ المساواة بين المرأة والرجل يكفله الدستور ومختلف القوانين. فلا يوجد على سبيل المثال، أي حكم تشريعي أو تنظيمي يمنع أو يقيد مشاركة المرأة في الحياة السياسية. وشهدت انتخابات عام 2002 زيادة في عدد المترشحات. ونظرا لإلغاء ممارسة التصويت بالوكالة، وتقلص العنف الإرهابي وتوافر إرادة قوية للتعبير عن المواطَنة بالاقتراع، لوحظت في الانتخابات الرئاسية التي جرت مؤخرا مشاركة كبيرة من جانب النساء. كما تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من انخفاض عدد النساء المنتخبات، فإن عدد اللواتي يشغلن مناصب عليا في الدولة قد سجّل زيادة كبيرة.

05-23914 (A)
0523914

4 - والتعليم المجاني إلزامي بدون تمييز على أساس نوع الجنس، وهو من الأسس التي يقوم عليها تحرر المرأة. وقد ارتفعت مشاركة الفتيات في المعاهد والمدارس الكبرى من 39.5 في المائة في عام 1990 إلى 55.4 في المائة في عام 2003. وجرى تنقيح الكتب المدرسية. ويلاحظ تحول تدريجي في السلوك الاجتماعي- الثقافي وتراجع في العقليات والقوالب النمطية السلبية إزاء المرأة.

5 - وفيما يتصل بالعمل والتحرر الاقتصادي، أشار إلى أن عدد النساء العاملات بأجر سجل زيادة هائلة شملت الوسط الريفي، بالرغم من أن النسبة العامة لهؤلاء لا تزال ضعيفة. والمرأة ممثلة بأعداد كبيرة في مجالات التعليم والتربية والطب والصيدلة والعدالة. ومبدأ المساواة بين الجنسين هو المتبع عادة فيما يخص الضمان الاجتماعي والتقاعد. وأضاف الممثل أن حماية الأم والطفل متطورة. ولاحظ أن السياسة المطبقة في مجال تنظيم الأسرة أفضت إلى زيادة سنتين في معدل العمر المتوقع للمرأة ومكّنت من تقليص وفيات الرضع والنوافس وخفض معدل خصوبة الأزواج.

6 - ولم يعد موضوع العنف المترلي من المحرمات العرفية. وقد تضاعفت المعلومات المتصلة به وشبكات الاستماع إلى النساء الضحايا. وأُدرج التحرش الجنسي في قانون العقوبات المنقح. وأصبحت تتوافر للضحايا وسيلة للمطالبة بحقوقهن. كما أشار الممثل إلى أن الحكومة الجزائرية قررت توجيه دعوة إلى المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة.

7 - وأضاف أنه أصبح من الضروري إدخال تعديلات على قانون الأسرة نظرا للتحولات التي طرأت في المجتمع وللتصديق على اتفاقيات دولية منها خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وفي 8 آذار/مارس 2004، طلب رئيس الجمهورية من الحكومة اتخاذ إجراءات لمواءمة التشريعات الوطنية مع تطور القانون الدولي، وإعادة النظر في وجاهة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية.

8 - وتجري حاليا مراجعة قانون الجنسية للاستجابة للشواغل التي أعرب عنها المجتمع الجزائري، وكذلك لمواءمة التشريع ذي الصلة مع الاتفاقيات الدولية المصدق عليها. واقترحت الحكومة مشروع قانون يعدل ويكمل قانون الأسرة ويكرس المساواة بين المرأة والرجل.

9 - وأشار الممثل إلى أن قانون الأسرة يشكل الأداة الأساسية لتنظيم العلاقات الأسرية؛ وقد تحتمت مراجعته لأنه لم يشهد أي تعديل منذ عام 1984 . وفي عام 2003، استهل رئيس الجمهورية مراجعة ترمي إلى تعزيز مجموعة القوانين المعمول بها لتمكين المرأة من مجابهة التحديات الاجتماعية والتمتع التام والفعلي بالحقوق التي يكفلها الدستور. ومن المنتظر أن

مراجعة قانون الأسرة وقانون الجنسية ستمكّن من رفع عدد هام من التحفظات التي أبـــدتها 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 أجـــل حمايـــة أفضل للأطفال.

10 - وخلص الممثل إلى أن الجزائر ملتزمة التزاما راسخا بمواكبة العصر وتحقيـــق التقـــدم. وأشار إلى أن من أولويات بلده الموءامة التدريجية لتشريعاته الوطنية مع أحكام الاتفاقية.

التعليقات الختامية للجنة

مقدمة

11 - تعرب اللجنة عن تقديرها للدولة الطرف على تقريرها الدوري الثـــاني، والـــردود الخطية على قائمة القضايا والمسائل التي أثارها الفريق العامل لما قبـــل الـــدورة، والعـــرض الشفوي الذي قُدم إجابة عن الأسئلة التي طرحتها اللجنة.

12 - وترحب اللجنة بوفد الدولة الطرف المؤلف من ممثلين عن مختلف الـــوزارات الـــتي تشمل مسؤوليتها العديد من مجالات الاتفاقية، وهي تقدر الحوار البنّاء الذي جرى بين الوفد وأعضاء اللجنة.

الجوانب الإيجابية

13 - تعرب اللجنة عن تقديرها للتقدم المحرز في مجال صحة المرأة، بما في ذلـــك خفـــض وفيات النوافس والرضع وزيادة معدل العمر المتوقع للمرأة.

14 - وتلاحظ اللجنة بارتياح زيادة قيد النساء في مؤسسات التعليم العالي، التي ارتفعـــت من 39.5 في المائة في عام 1990 إلى قرابة 55.4 في المائة في عام 2003. كما تعـــرب عن تقديرها لكون الفتيات أصبحن يشكلن 57.53 في المائة من تلاميذ التعليم الثانوي.

15 - وترحب اللجنة بزيادة عدد النساء في سلك القضاء، حيث يشـــكلن قرابـــة ثلـــث القضاة، وفي المناصب القيادية مثل رئاسة مجلس الدولة والهيئات القضائية والمحاكم.

16 - وتلاحظ اللجنة تحسُّن مشاركة المرأة في الحياة العامة، وترحب بتعيين أربع وزيرات في الحكومة الحالية.

17 - وتثني اللجنة على الدولة الطرف لإدراج جريمة التحرش الجنسي في قانون العقوبات المنقح.

مجالات القلق الرئيسية والتوصيات

18 - تلاحظ اللجنة أن الدولة الطرف ملزمة بتنفيذ جميع أحكام الاتفاقية بشكل منتظم ومستمر. وفي الوقت ذاته، ترى اللجنة أن الشواغل والتوصيات المبينة في هذه التعليقات الختامية تقتضي من الدولة الطرف أولوية الاهتمام من الآن حتى تقديم التقرير الدوري المقبل. وعليه، تدعو اللجنة الدولة الطرف إلى التركيز على هذه المجالات عند تنفيذها للأنشطة، والإبلاغ عن الإجراءات المتخذة والنتائج المحققة في تقريرها الدوري المقبل. وتدعو الدولة الطرف إلى تقديم التعليقات الختامية هذه إلى جميع الوزارات ذات الصلة إلى البرلمان لضمان تنفيذها تنفيذا كاملا.

19 - وتأسف اللجنة لأن الدولة الطرف لم تتخذ خطوات كافية لتنفيذ التوصيات المتصلة ببعض الشواغل التي أثيرت في تعليقاتها الختامية السابقة المعتمدة في عام 1999 (A/54/38/Rev.1). وعلى وجه الخصوص، ترى أن الدولة الطرف لم تعالج بالقدر الكافي ما أعربت عنه اللجنة من قلق في الفقرة 77 بشأن آثار العنف الجسدي الذي تتعرض له المرأة على أيدي الجماعات الإرهابية، وفي الفقرة 81 بشأن حالة زوجات المفقودين.

20 - وتعيد اللجنة تأكيد تلك الشواغل والتوصيات وتحث الدولة الطرف على تنفيذ التوصيات بدون تأخير، وعلى إجراء دراسات شاملة بشأن آثار الإرهاب على النساء والفتيات.

21 - وتلاحظ اللجنة أن الدستور ينص في مادتيه 29 و31 على المساواة أمام القانون بدون تمييز، بما في ذلك على أساس نوع الجنس، ويساورها القلق لأن تشريعات الدولة الطرف لا تتضمن تعريفا للتمييز وفقا للمادة 1 من الاتفاقية، أو أحكاما بشأن الحقوق المتساوية للمرأة، تمشيا مع المادة 2 (أ) من الاتفاقية.

22 - وتوصي اللجنة بأن يُدرج في الدستور أو في غيره من التشريعات الملائمة تعريف للتمييز تمشيا مع المادة 1 من الاتفاقية، فضلا عن أحكام بشأن الحقوق المتساوية للمرأة، تمشيا مع المادة 2 (أ) من الاتفاقية.

23 - وتعيد اللجنة تأكيد ما يساورها من قلق إزاء تمسك الدولة الطرف بتحفظاتها على المواد 2 و9 (2) و15 (4) و16. وتلاحظ اللجنة أن التحفظات على المادتين 2 و16 تتعارض مع هدف الاتفاقية ومقصدها.

24 - وتحث اللجنة الدولة الطرف على الإسراع بإصلاحها التشريعي، ولا سيما إصلاح قانون الأسرة، حتى يتسنى لها الشروع في سحب تحفظاتها على الاتفاقية في غضون مهلة زمنية محددة.

25 - ويساور اللجنة القلق إزاء عدم التقدم في مراجعة التشريعات التمييزية. وتعرب عن قلقها خاصة إزاء عدم إتمام مراجعة قانون الجنسية الجزائرية الذي اعتُمد بموجب الأمر رقم 70-86 المؤرخ 15 كانون الأول/ديسمبر 1970، وقانون الأسرة لسنة 1984، مما يديم الأحكام التمييزية التي تحرم المرأة من الحقوق المساوية لحقوق الرجل في إعطاء الجنسية لأطفالها، وكذلك التمييز في مسائل متصلة بالزواج والحياة الأسرية، منها الطلاق وحضانة الأطفال. كما تعرب عن القلق لأن التعديلات المقترح إدخالها على قانون الأسرة لا تشمل إلغاء تعدد الزوجات وحق المرأة في الوصاية القانونية.

26 - وتحث اللجنة الدولة الطرف على إعطاء أولوية عالية لتنفيذ الإصلاحات التشريعية وحفز عملية مراجعة قانون الجنسية الجزائرية وقانون الأسرة قصد الإسراع بمواءمتهما مع المادتين 9 و16 من الاتفاقية. ولهذا الغرض، تطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تحدد إطارا زمنيا واضحا لمراجعة هذين القانونين من جانب مجلس الوزراء وإحالتهما إلى المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وأن تكثف جهودها من أجل توعية الرأي العام بأهمية الإصلاح القانوني.

27 - ويساور اللجنة قلق لأن القانون وإن كان يضمن فرص وصول المرأة إلى العدالة، فإن قدرة المرأة عمليا على ممارسة هذا الحق وعرض قضايا التمييز على المحاكم محدودة.

28 - وتطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تزيل العقبات التي قد تواجهها المرأة في الوصول إلى العدالة، وذلك بوسائل منها التوعية بسبل الانتصاف القانونية المتاحة ضد التمييز وأن ترصد نتائج تلك الجهود.

29 - وتلاحظ اللجنة قلة المعلومات المرتكزة على النتائج في التقرير، بما فيها البيانات المبوبة حسب نوع الجنس.

30 - وتوصي اللجنة بوضع منهجية شاملة لتجميع البيانات وتحث الدولة الطرف على إدراج الإحصاءات ذات الصلة والمبوبة حسب نوع الجنس حتى يتأتى تقييم توجهات وأثر البرامج على الإناث من ا لسكان وإدراج تلك البيانات والتحليلات ذات الصلة في تقريرها الدوري المقبل.

31 - ويساور اللجنة قلق إزاء كثرة حالات العنف المرتكب ضد المرأة بما فيه العنف المنزلي، وإزاء استمرار انعدام تشريع محدد يعالج العنف ضد المرأة ويقضي عليه.

32 - وعلى ضوء توصيتها العامة 19، تحث اللجنة الدولة الطرف على أن تولي الأولوية القصوى لصوغ واعتماد تشريع لمكافحة العنف ضد المرأة، بما فيه العنف المنزلي، الذي يعد شكلا من أشكال التمييز ضد المرأة وانتهاكا لحقوق الإنسان الواجبة لها. وتوصي اللجنة الدولة الطرف بأن تنفذ التدابير الرامية إلى منع كافة أشكال العنف

المرتكب ضد المرأة، بما فيه العنف المترلي، عن طريق تثقيف وتوعية المسؤولين عن إنفاذ القوانين والجهاز القضائي وموظفي الرعاية الصحية والمساعدين الاجتماعيين وعامة الجمهور. كما توصي باحداث تدابير لتوفير المساعدة الطبية والنفسية والقانونية لضحايا العنف.

33 - ويساور اللجنة قلق أيضا حيال قلة التقدم المحرز في تحقيق المساواة الفعلية بين المرأة والرجل في كافة القطاعات، وإزاء ما أبدته الدولة من عدم فهم للغرض من التدابير الخاصة المؤقتة وأسباب تطبيقها.

34 - وتوصي اللجنة الدولة الطرف بأن تتخذ تدابير ملموسة، بما فيها التدابير الخاصة المؤقتة وفقا للفقرة 1 من المادة 4 من الاتفاقية والتوصية العامة 25 في كافة القطاعات لضمان تمتع المرأة بالمساواة الفعلية مع الرجل.

35 - وتعرب اللجنة عن قلقها إزاء استمرار الممارسات التمييزية وقوة المواقف المقولبة بشأن أدوار ومسؤوليات المرأة والرجل في الأسرة والمجتمع، مما يؤثر سلبا على تمتع المرأة بحقوقها ويعيق التطبيق الكامل للاتفاقية.

36 - وتحث اللجنة الدولة الطرف على زيادة جهودها الرامية إلى تصميم وتنفيذ برامج التوعية الشاملة للتشجيع على زيادة فهم ودعم المساواة بين الرجل والمرأة على جميع مستويات المجتمع. وينبغي أن ترمي تلك الجهود إلى تغيير المواقف المقولبة والقواعد التقليدية المتعلقة بمسؤوليات وأدوار المرأة والرجل في الأسرة والمجتمع وتعزيز الدعم المجتمعي للمساواة بين المرأة والرجل.

37 - ولئن كانت اللجنة ترحب بالتقدم المحرز مع مرور الوقت في المشاركة السياسية للمرأة، فإنها تظل قلقة إزاء انخفاض مستوى تمثيل المرأة في مناصب اتخاذ القرار، لا سيما تمثيلها السياسي على كافة المستويات، وتمثيلها في الإدارة والسلك الدبلوماسي.

38 - وتشجع اللجنة الدولة الطرف على أن تتخذ تدابير دؤوبة، بما في ذلك تدابير خاصة مؤقتة وفقا للفقرة 1 من المادة 4 من الاتفاقية والتوصية العامة 25 للجنة للإسراع في زيادة تمثيل المرأة في الهيئات المنتخبة والهيئات المعينة في جميع مجالات الحياة العامة. كما تقترح اللجنة أن تنفذ الدولة الطرف برامج تدريبية على القيادة وأن تقوم بحملات توعية بأهمية مشاركة المرأة في اتخاذ القرار، وتقييم أثر تلك التدابير.

39 - وتلاحظ اللجنة غياب معلومات عن حالة المرأة في القطاع غير النظامي، وتعرب عن قلقها لكون المرأة لا تشكل إلا 14.18 في المائة من مجموع السكان العاملين.

40 - وتطلب اللجنة إلى الدولة الطرف أن تقوم بدراسات لتقييم حالة المرأة العاملة في القطاع غير النظامي وتقدم في تقريرها المقبل معلومات مفصلة في ذلك الصدد.

الأمم المتحدة

CEDAW/C/DZA/3-4

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

Distr.: General
24 May 2010
Arabic
Original: French

اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة
النظر في التقارير المقدمة من الـ٥٩ول الأطراف بموجب المادة ١٨ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

التقارير الدورية المجمّعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف

الجزائر*

* هذا التقرير صادر بصيغته التي ورد بها دون تحرير رسمي.

030610 030610 10-28818X (A)

الرجاء إعادة الاستعمال

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية والشعبية

التقريران الدوريان الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

١٨ أيار/مايو ٢٠٠٩

10-28818

مقدمة

صدّقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في ٢٢ كانون الثاني/يناير ١٩٩٦ بموجب الأمر الرئاسي ٩٦-٥١. وقد صدر هذا التصديق في العدد ٦ من الرائد الرسمي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية والشعبية بتاريخ ٢٤ كانون الثاني/يناير ١٩٩٦.

وعملا بالمادة ١٨ من الاتفاقية، قدّمت الجزائر إلى اللجنة حتى الآن تقريرين:

- تقريرها الأولي (CEDAW/C/DZA/1) في ٢١ و ٢٦ كانون الثاني/يناير ١٩٩٩،
- تقريرها الدوري الثاني (CEDAW/C/DZA/2) في ١١ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٥.

وقدّم الوفد الجزائري لدى عرض تقريره الدوري الأخير، استعراضا للإنجازات التي تم تحقيقها لفائدة المرأة منذ تاريخ النظر في تقريره الأولي. وأبرز الوفد التحديات التي تعرقل الإعمال الكامل لتلك الحقوق وبيّن التدابير التي اتخذتها السلطات العمومية لتخطيها.

وأعلن الوفد الجزائري كذلك أن سلطات بلده قد حرصت، على الصعيد الدولي، على مواصلة عملية الانضمام إلى مختلف الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وهي عملية تجعل من الجزائر بلدا موقّعا على كل هذه الاتفاقيات تقريبا.

وأبدى أعضاء اللجنة، من جهتهم، عددا من الملاحظات والتعليقات سيقدم هذا التقرير بشأنها ردود الحكومة الجزائرية، كما سيعرض التوضيحات اللازمة بشأن التغييرات المستجدة منذ ذلك الحين.

ووفقا للتوجيهات المتعلقة بإعداد التقارير من جانب الدول الأطراف فإن هذا التقرير الدوري موحّد، إذ يتضمن التقريرين الثالث والرابع مجمّعين في وثيقة واحدة. وهو يتكون من جزأين رئيسيين:

- يعرض الجزء الأول المعنون "معلومات عامة وردود الحكومة الجزائرية على انشغالات وتوصيات اللجنة" الهيكل السياسي العام للبلد، كما يذكّر بالإطار الذي يتحقق فيه تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها. ويتضمن هذا الجزء كذلك ردود الحكومة الجزائرية على الملاحظات والتعليقات التي أبداها أعضاء اللجنة لدى تقديم التقرير الدوري الثاني في كانون الثاني/يناير ٢٠٠٥؛
- ويتضمن الجزء الثاني معلومات متعلقة بالأحكام الجوهرية للاتفاقية التي أجريت التغييرات وفقا لها.

"...لا يمكنه أن يمارس القضاء في منطقة قرينه إن كان هذا الأخير يمارس مهنة المحاماة فيها". وتنطوي هذه الحالة على الاستحالة القانونية للتعايش.

وبخصوص العازبة الراشدة، فإنه لا يوجد أي حكم قانوني أو تنظيمي يمنعها من حرّية اختيار مكان سكنها أو إقامتها. وهذا قانون دستوري راسخ (مبدأ حرية التنقل داخل حدود الإقليم الوطني).

الرد على التوصيتين ٢٥ و ٢٦

١ - مجلة الأسرة

صدرت مجلة الأسرة بموجب القانون ٨٤-١١ المؤرخ ٩ حزيران/يونية ١٩٨٤ ولم يُدخل عليها أي تعديل منذ صدورها.

وقد وجب تعديلها وفقا للتحوّلات التي شهدها المجتمع الجزائري ومطالبات العديد من شرائح المجتمع من جهة، وبغية مواءمتها مع الاتفاقيات الدولية، ولا سيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة واتفاقية حقوق الطفل من جهة أخرى.

ذلك هو المنظور الذي تقرر وفقا له وضع مشروع قانون يستجيب للانشغالات المرتبطة بمجلة الأسرة ووضع المرأة في المجتمع.

وقد لاحظت اللجنة الوطنية المنشأة لذلك الغرض أن الأسرة الجزائرية تطوّرت من أسرة يرأسها الزوج إلى وحدة عائلية تقوم على أساس تقاسم المهام والتعاون فيما بين الرجل والمرأة.

وهكذا فإن التغييرات الرئيسية التي أُدخلت بموجب المرسوم ٠٥-٢ المؤرخ ٢٧ شباط/فبراير ٢٠٠٥ على القانون ٨٤-١١ المؤرخ ٩ حزيران/يونية ١٩٨٤ والمتضمّن لمجلة الأسرة تتناول ما يلي:

(أ) الزواج

أصبح الزواج يُعتبر في قانون الأسرة **عقدا توافقيا** يتطلب موافقة زوجي المستقبل. وقد ترتّب على ذلك الإلغاء التام لممارسة **الزواج بالإنابة**. وبالفعل، فإن المادة ٩ تنص على أن "عقد الزواج يُبرم بموافقة الزوجين معا".

وتُعتبر **الموافقة** بحكم القانون "**عنصرا مؤسسا** للزواج. وفي صورة عدم الحصول على موافقة أحد الطرفين أو الطرفين معا يكون الزواج عرضة للإلغاء وبإمكان أي شخص معني، بمن في ذلك الطرفين، أن يطلب إبطاله عن طريق العدالة.

وبخصوص هذه النقطة، يجب إبراز الدور الذي يؤديه المدعي العام في مجال الأحوال الشخصية التي يعتبرها القانون الجزائري مشمولة بأحكام النظام العام. وبهذه الصورة، يجوز لوكيل الجمهورية أن يستعمل جميع السبل القانونية المتاحة لتصحيح الأوضاع وفقا للقانون في الحالات المعروضة عليه.

وهكذا فإن المادة ٣ مكررا من المرسوم ٠٥-٠٦ المؤرخ ٢٧ شباط/فبراير ٢٠٠٥ الذي عدّل وأكمل القانون ٨٤-١١ المؤرخ ٩ حزيران/يونية ١٩٨٤ المتضمّن لمجلة الأسرة ينص على أن "المدعي العام طرف رئيسي في جميع القضايا الرامية إلى إعمال أحكام هذا القانون".

وتنص المادة ١٣ من المرسوم ذاته على أنه "ممنوع على الولي، سواء كان الأب أو شخصا آخر، أن يُرغم على الزواج الشخص القاصر الموجود في كفالته، كما أنه لا يمكنه تزويجه بدون رضاه". وفضلا عن الموافقة، يجب أن تتوفّر في الطرفين في الزواج القدرة الكاملة على عقد القران.

وقد حُدّدت السن القانونية لتوفّر القدرة على عقد الزواج **بتسع عشرة (١٩) سنة كاملة**، وفي هذا شكل من أشكال الضمان لصون حقوق الشخص المعني، ولا سيما المرأة، الذي يمكنه هكذا أن يبدي موافقته عن دراية.

وتعرّف مجلة الأسرة الجديدة، في مادتها ٣٦، الحقوق والواجبات التي يجب أن يلتزم بها القرينان. وهكذا فإن مفاهيم طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قد حُذفت ولم يحلّ مكانها سوى حقوق وواجبات متبادلة فيما بين الزوجين، ولا سيما "الحفاظ على العلاقات الزوجية والتعايش في وئام واحترام متبادل...".

وفيما يلي نص المادة ٣٦:

"فيما يلي التزامات الزوجين:

- الحفاظ على علاقات الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،
- التعايش في وئام واحترام متبادل وحسن المعاملة،
- المساهمة معا في الحفاظ على مصالح الأسرة، وحماية الأطفال وتربيتهم تربية سليمة،
- التشاور فيما بينهما بشأن إدارة شؤون الأسرة وبخصوص الفترات الفاصلة بين الولادات،
- احترام والدي كل من الزوجين وأقاربهما وزيارتهم،
- الحفاظ على صلات القرابة والعلاقات الطيبة مع الوالدين والأقارب،

- لكل واحد من الزوجين الحق في أن يزور والديه وأقاربه وأن يستقبلهم ويُحسن معاملتهم".

(ب) تعدد الزوجات

يشكل تعدد الزوجات حالة استثنائية في المجتمع الجزائري.

وقد أضاف المشرّع اشتراطات مشدّدة زادت من صعوبة ممارسته. وبالفعل، فإن المرسوم المؤرخ ٢٧ شباط/فبراير ٢٠٠٥ فرض قواعد جديدة يتحتّم على الزوج احترامها.

يتحتّم على الزوج أن يحصل على موافقة صريحة من زوجته الأولى وكذلك من زوجته المقبلة لكي يتمكن من عقد زواج جديد والحصول على إذن من رئيس المحكمة. والقاضي مطالب بالتحقق من أن الطلب المقدّم له ما يبرّره وأن الزوج له القدرة على تحقيق المساواة والظروف اللازمة للحياة الزوجية بالنسبة للزوجتين.

وفي حالة ارتكاب غش أو تدليس، يمكن لأي زوجة أن ترفع دعوى في الطلاق ضد الزوج (المادة ٨ مكررا). ويتقرّر إبطال الزواج الجديد، قبل الدخول، في حالة عدم حصول الزوج على الإذن من القاضي (المادة ٨ مكررا-١).

(ج) الطلاق

بموجب أحكام القانون الجديد، تم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها بحيث أصبح بإمكان هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية، ولا سيما بسبب عدم التوافق المستمرّ مع زوجها أو بسبب انتهاك أحكام منصوص عليها في عقد الزواج أو في عقد مبرم لاحقا.

وكل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبر الضرر. وتترتّب على عدم تنفيذ حكم بالتعويض ملاحقات جنائية لا مناص منها، ولا سيما ضد الزوج المتعنّت. والسوابق القضائية للمحاكم الجنائية الجزائرية صارمة جدا في هذا الشأن.

ولتجنّب ممارسات الماضي المتمثلة في مناورات المماطلة التي يقوم بها الزوج الأول لمنع الزوجة المطلّقة من التزوّج ثانية، فإن قرارات المحاكم الابتدائية بإيقاع الطلاق لا تقبل الطعن. ولايُقبل استئناف تلك الأحكام أمام محاكم الدرجة الثانية إلا فيما يتعلق بالجوانب المالية. وبمجرّد أن تصدر إحدى المحاكم قرار الطلاق، يتولى كاتبها تدوينه في سجلاّت الحالة المدنية.

(د) **حق الحضانة:**

يستجيب التعديل المدخل على مجلة الأسرة إلى مبدأ الحرص على مصلحة الطفل. وهكذا فإن الأب يأتي في المرتبة الثانية بعد الأم.

وتمنح المحاكم المدنية الجزائرية في الغالبية الكبرى من الحالات حضانة الطفل أو الأطفال للأم. وتبعا لذلك، فإن الأب مطالب، وفقا للأحكام الجديدة، بتوفير مسكن لائق أو، عوضا عن ذلك، بدفع منحة سكن تسمح بتغطية تكاليف إيجار مسكن لكي تتمكن الأم من ممارسة حق الحضانة المسندة إليها، في ظروف مقبولة. وأخيرا، فإن ممارسة الأم لعمل لم يعد يسمح بإسقاط حقها في الحضانة (الفقرة الفرعية ٢ من المادة ٦٧).

(هـ) **الوصاية**

سُجل تقدّم ملحوظ في مجال الوصاية، إذ أصبح للأم الآن:

- الحق في أن تنوب الأب، في الحالات الطارئة، في القيام بأعمال معيّنة في الحياة المدنية (الإجراءات الإدارية، تعليم الأطفال) إذا كان الأب غائبا أو عاجزا عن القيام بتلك الأعمال؛
- الحق، في حالة الطلاق، في الوصاية على أطفالها الذين أسندت حضانتهم لها.

(و) **القواعد الإجرائية الجديدة**

- الإدعاء العام طرف في الدعاوي الرامية إلى تنفيذ أحكام مجلة الأسرة إذ أن القضايا التي تمس الأسرة تتعلق بالنظام العام، وأنه يجب ضمان حماية الأسرة؛
- التسجيل الإلزامي لأحكام إثبات عقود الزواج والطلاق في سجلات الحالة المدنية تحت عناية النيابة العامة؛
- إلزام القاضي بإجراء محاولات جادة عديدة للتوفيق بين القرينين قبل إصدار حكم الطلاق بغية تمكين الطرفين من تسوية خلافاتهما؛
- إعطاء رئيس المحكمة صلاحية إصدار قرار بناء على الطلب بشأن اجراءات مؤقتة متعلقة بالنفقة وحضانة الأطفال وحق الزيارة والسكن.

٢ - التعديلات الجوهرية لقانون الجنسية

يشكل قانون الجنسية الجديد تطوّرا ملحوظا في هذا المجال، ولا سيما بخصوص طرائق الاكتساب، والفقدان والاسقاط. وهكذا فإنه:

Distr.: General
23 March 2012
Arabic
Original: English

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة
الدورة الحادية والخمسون
١٣ شباط/فبراير - ٢ آذار/مارس ٢٠١٢

الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة

الجزائر

١- نظرت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر (CEDAW/C/DZA/3-4) في جلستيها ١٠٣١ و١٠٣٢ المعقودتين في ٢٢ شباط/فبراير ٢٠١٢ (CEDAW/C/SR.1031 وCEDAW/C/SR.1032). وترد قائمة اللجنة بالقضايا والأسئلة المطروحة في الوثيقة CEDAW/C/DZA/Q/4، وترد ردود حكومة الجزائر عليها في الوثيقة CEDAW/C/DZA/Q/3-4/Add.1.

ألف- مقدمة

٢- ترحب اللجنة بالتقرير الموحَّد الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدَّم من الدولة الطرف، الذي جاء مفصلاً وممتثلاً بوجهٍ عام للمبادئ التوجيهية التي وضعتها اللجنة في ما يتعلق بإعداد التقارير، على الرغم من افتقاره لشيء من البيانات المحددة المفصَّلة بحسب نوع الجنس.

٣- وتلاحظ اللجنة اتباع نهج تشاركي في إعداد التقرير، الذي تولى تنسيقه فريق عامل مشترك بين الوزارات ضم ممثلين عن شتى الوزارات والجمعيات الوطنية والمحلية العاملة في مجال حقوق الإنسان. بيد أنه لا توجد دلائل تثبت أو تنفي عرض التقرير على البرلمان، ولا دلائل تثبت أو تنفيذ أن إسهامات قد قدمت من منظمات غير حكومية، على الرغم من التوصيات التي أوردتها اللجنة بهذا الخصوص في ملاحظاتها الختامية السابقة (A/60/38، الجزء أولاً، الفقرتان ١٦٢ و١٦٧).

(A) GE.12-41404 160412 180412

الرجاء إعادة الاستعمال

٤- وتُعرب اللجنة عن تقديرها للدولة الطرف للبيان الشفوي الذي أدلى به رئيس الوفد، إدريس الجزائري، السفير والمندوب الدائم للجزائر لدى الأمم المتحدة والمنظمات الدولية في جنيف، وللردود الخطية على قائمة القضايا والأسئلة التي طرحها فريقها العامل لما قبل الدورة، وكذلك للإجابات الخطية الإضافية التي قدمت بعد النظر في التقرير. وتشيد اللجنة بالدولة الطرف لشمولية وفدها، الذي ضم ممثلين لعدة إدارات حكومية. وتقدِّر اللجنة الحوار البنَّاء الذي دار بين الوفد وأعضائها.

٥- وتلاحظ اللجنة التزام الدولة الطرف بمواصلة تحسين تشريعاتها وسياساتها من أجل تنفيذ أحكام الاتفاقية تنفيذاً كاملاً، وهو ما يقتضي، في جملة أمور أخرى، مراجعة قانون الأسرة لعام ١٩٨٤ وتعديله بما يتوافق والتزامات الدولة الطرف بموجب الاتفاقية، وسحب الدولة الطرف تحفظاتها على المادة ٢ والفقرة ٤ من المادة ١٥ والمادة ١٦ من الاتفاقية.

باء- الجوانب الإيجابية

٦- ترحب اللجنة بتصديق الدولة الطرف وانضمامها، منذ أن نظرت اللجنة في تقريرها الدوري الثاني في كانون الثاني/يناير ٢٠٠٥، إلى المعاهدات الدولية التالية لحقوق الإنسان:

(أ) الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، في عام ٢٠٠٥؛

(ب) البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، في عام ٢٠٠٦؛

(ج) البروتوكولان الاختياريان الملحقان باتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة، وبشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، في عام ٢٠٠٩؛

(د) اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، في عام ٢٠٠٩.

٧- وتلاحظ اللجنة مع التقدير أن الدولة الطرف قد سحبت تحفظها على الفقرة ٢ من المادة ٩، تبعاً لتعديل قانون الجنسية في عام ٢٠٠٥ قضى بمنح المرأة الجزائرية الحق في نقل جنسيتها لأبنائها المولودين لأب أجانبي.

٨- وترحب اللجنة بإصدار الدولة الطرف، منذ عام ٢٠٠٥، تدابير تشريعية ترمي إلى القضاء على التمييز ضد المرأة، ومنها ما يلي:

(أ) تعديل الدستور في عام ٢٠٠٨، قضى بإعادة التأكيد، في المادة ٣١ مكرراً منه، على التزام الدولة بالعمل على "ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة"؛

(ب) تعديل قانون الجنسية في عام ٢٠٠٥، قضى بتمكين الأبناء من اكتساب جنسية الأم، تماشياً مع مبدأ المساواة بين الجنسين (المادة ٦) وتمكين الرجل المتزوج من جزائرية من اكتساب الجنسية الجزائرية (المادة ٩ مكرراً)؛

(ج) التعديلات على قانون الأسرة بموجب الأمر رقم ٠٥-٠٢، المؤرخ ٢٧ شباط/فبراير ٢٠٠٥، قضت بأن الوليّ، أباً كان أو من الأقارب، لا يجوز له إكراه القاصرة، التي هي في ولايته، على الزواج؛

(د) التعديلات على قانون العقوبات، ولا سيما المادة ٣٤١ مكرراً التي تعتبر التحرش الجنسي جريمة؛

(هـ) اعتماد القانون رقم ٠٩-٠١، المؤرخ ٢٥ شباط/فبراير ٢٠٠٩، الذي قضى بتعديل وتكميل قانون العقوبات وذلك بإدراج مواد تجرم الاتجار بالأشخاص.

٩- كما تلاحظ اللجنة مع التقدير اعتماد الدولة الطرف تدابير مؤسسية وسياساتية متنوعة، ولا سيما التدابير التالية:

(أ) إنشاء آليات مؤسسية للنهوض بالمرأة، ومن ذلك بالأخص إنشاء المجلس الوطني للأسرة والمرأة بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم ٠٦-٤٢١ المؤرخ ٢٢ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٦، يتألف من لجنتين داخليتين بشأن المرأة وبشأن الأسرة، ويضم نحو ٥٠ ممثلاً عن مختلف المؤسسات الوطنية العاملة على الصعيدين الوطني والمحلي؛

(ب) وضع الاستراتيجية الوطنية لترقية وإدماج المرأة في عام ٢٠٠٨، بما في ذلك إنشاء اللجنة المشتركة بين الوزارات ومن ثم وضع خطة عمل وطنية لتنفيذ الاستراتيجية الوطنية للفترة ٢٠١٠-٢٠١٤، والتي ترمي إلى استحداث قاعدة بيانات تضم معلومات مصنفة بحسب الجنس وإلى بناء القدرات لتعزيز المساواة بين الجنسين والنهوض بالمرأة؛

(ج) وضع برنامج تعزيز الدور القيادي للمرأة ومشاركتها في الحياة السياسية والعامة، والهادف إلى إجراء البحوث وتعزيز الحوار وإشراك أصحاب المصلحة الرئيسيين في المبادرات الرامية إلى تعزيز مشاركة المرأة في اتخاذ القرارات السياسية؛

(د) وضع البرنامج المشترك لتعزيز المساواة بين الجنسين وتمكين المرأة، الذي يركز على تحسين فرص المرأة للحصول على العمل بتقديم دعم هادف للآليات القائمة لاستحداث فرص العمل.

جيم- دواعي القلق الرئيسية والتوصيات

١٠- تشير اللجنة إلى التزام الدولة الطرف بأن تنفّذ بشكل منهجي ومستمر جميع أحكام الاتفاقية وتنظر في دواعي القلق والتوصيات المحدّدة في هذه الملاحظات الختامية

(ج) واعتماد خطة عمل وطنية شاملة لتحقيق المساواة بين الجنسين تكون كفيلة بإدماج الاستراتيجيات القطاعية الراهنة مع الأخذ بعين الاعتبار الواجب أحكام الاتفاقية والملاحظات الختامية الموجهة إلى الجزائر.

التدابير الخاصّة المؤقتة

٢٥- بينما تشير اللجنة إلى توصيتها العامة رقم ٢٣(١٩٩٧) بشأن المرأة والحياة السياسية وتوصيتها العامة رقم ٢٥(٢٠٠٤) بشأن التدابير الخاصة المؤقتة، تعرب عن قلقها إزاء انخفاض عدد التدابير الخاصّة المؤقتة التي اتخذتها الدولة الطرف لمعالجة قضايا المساواة بين الجنسين. وتحيط اللجنة علماً بتصريح الوفد بأنه صحيح أن حصصاً قد حددت لكفالة التمثيل الأدنى للمرأة في القوائم الانتخابية الخاصة بانتخابات المجلس الشعبي الوطني والمجالس الإقليمية والبلدية، وفقاً للقانون العضوي رقم ١٢-٠٣ المؤرخ ١٢ كانون الثاني/يناير ٢٠١٢، فلا يوجد تمثيل محدد أو حصة محددة فيما يتعلق بتمثيل المرأة في تلك الهيئات المنتخبة أو بشأن توظيف المرأة في القطاع الخاص والمناصب الإدارية الأعلى.

٢٦- تحث اللجنة الدولة الطرف على اتخاذ الخطوات اللازمة لتحقيق المساواة الموضوعية بين الرجل والمرأة باتباع سبل منها اعتماد تدابير خاصّة مؤقتة وفقاً للفقرة ١ من المادة ٤ من الاتفاقية والتوصية العامة رقم ٢٥ للجنة. وعلى وجه الخصوص، توصي اللجنة الدولة الطرف بالنظر في اعتماد تدابير خاصّة من قبيل إقرار نظام الحصص أو المعاملة التفضيلية للإسراع في تحقيق مشاركة المرأة في الحياة العامة والحياة السياسية، بما في ذلك باتخاذ تدابير لتمكين المرأة من شغل المناصب العامة وأداء كافة الوظائف على جميع المستويات الحكومية، ومنها الوظائف الدبلوماسية والدولية، فضلاً عن توظيف المرأة في القطاع الخاص.

القوالب النمطية

٢٧- تسلم اللجنة بجهود الدولة الطرف في سبيل القضاء على القولبة النمطية القائمة على أساس جنساني وذلك بإدخال تعديلات على المقررات الدراسية بالنسبة للتعليم الثانوي وإتاحة برامج التدريب والتأهيل للنهوض بتكافؤ الفرص بالنسبة للمرأة ومعاملتها على قدم المساواة مع الرجل في مجال الوظائف والمهن. بيد أن اللجنة تلاحظ مع القلق أنه بالرغم من جهود الدولة الطرف في سبيل إذكاء الوعي بمسألة تحقيق المساواة للمرأة، ما زالت القيم ذات الصلة بسلطة الأب والمواقف المبنية على قوالب نمطية سائدة في الدولة الطرف فيما يخص الأدوار والمسؤوليات المنوطة بالمرأة والرجل في المجتمع وداخل الأسرة حيث يجري التشديد بشكل مبالغ فيه على دور المرأة باعتبارها زوجة وأماً. وتلاحظ اللجنة مع القلق، علاوة على ذلك، أن المقررات الدراسية المعمول بها في المراحل الأولى من الدراسة تسهم هي الأخرى في شيوع الدور المنمّط المنوط بكل من الرجل وبالمرأة وأن هناك نقصاً في المعلومات المتعلقة بالدور الذي تؤديه وسائط الإعلام ويؤديه رجال الدين وقادة المجتمع والمنظمات غير

الحكومية في مكافحة التنميط السلبي والمواقف الاجتماعية السلبية تجاه المرأة والبنت. وتلاحظ اللجنة أيضاً أن برامج التوعية الموجهة لموظفي الجهاز القضائي بشأن ضمان التقيد بالمادة ٥ من الاتفاقية لم يكن لها سوى أثر محدود.

٢٨- **توصي اللجنة الدولة الطرف بما يلي:**

(أ) **استعراض وتنقيح برامج إذكاء الوعي والدراسات الرامية إلى النهوض الفعال بالمساواة بين الجنسين والقضاء على المواقف المبنية على السلطة الأبوية والقوالب النمطية التمييزية المتجذرة بشأن الأدوار والمسؤوليات المنوطة بكل من الرجل والمرأة في الأسرة وفي المجتمع وإبلاغ اللجنة بأثر تلك التدابير في التقرير الدوري المقبل؛**

(ب) **اتخاذ إجراءات عاجلة واستباقية سعياً لتغيير النظرة المجتمعية إلى بعض أنواع الوظائف والمهن التي تعتبر تقليدياً على أن شاغليها هم من الرجال أو من النساء، وذلك لتعزيز تكافؤ الفرص المتاحة للمرأة ومساواتها بالرجل في المعاملة فيما يتعلق بالوظائف والمهن؛**

(ج) **تعديل المقررات الدراسية الخاصة بالسنوات الأولى من الدراسة للحيلولة دون نقل صور نمطية عن أدوار النساء والرجال؛**

(د) **اتخاذ إجراءات ممنهجة من أجل انخراط وسائط الإعلام والمجتمع المحلي والقادة الدينيين والمنظمات غير الحكومية في مكافحة التنميط السلبي والمواقف الاجتماعية؛**

(هـ) **تنفيذ برنامج شامل لإذكاء الوعي في أوساط موظفي القضاء من أجل ضمان التقيّد بالمادة ٥ من الاتفاقية للقضاء على الصور النمطية لأدوار النساء والرجال.**

العنف ضد المرأة

٢٩- تظل اللجنة تشعر بالقلق لعدم وجود قانون محدد متعلق بالعنف ضد المرأة، بما في ذلك العنف المترلي، بالرغم من التوصية الواردة في هذا المضمار في الملاحظات الختامية السابقة الصادرة عن اللجنة (A/60/38، الجزء الأول، الفقرة ١٥٠). وفيما تحيط اللجنة علماً ببيان الدولة الطرف أن الاغتصاب اعتبر، في سوابقها القضائية، جريمة تنطوي على العنف البدني والنفسي ضد المرأة، تعرب عن قلقها إزاء خلو قانون العقوبات الجزائري من تعريف للاغتصاب يشمل الاغتصاب الزوجي وغير ذلك من الجرائم الجنسية التي ينبغي تأويلها على أنها جرائم جنسية ترتكب دون موافقة الشخص المعني. وتعرب اللجنة، بالإضافة إلى ذلك، عن قلقها لعدم وجود بيانات عن الحالات المبلغ عنها المتعلقة بالعنف المترلي والعنف الجنسي ضد المرأة وعن التحقيقات الجنائية والمحاكمات والعقوبات المتعلقة بهذه الحالات وسبل الانتصاف، بما في ذلك التعويضات، التي قدمت للضحايا منذ عام ٢٠٠٥. وتذكّر اللجنة، علاوة على ذلك، بضرورة كفالة حقوق الإنسان لكافة النساء ضحايا العنف واللائي هن في وضع هش، ولا سيما الحق في أن تمثل المرأة بمحام وفي تلقيها العناية الطبية والنفسية فضلاً عن توفير المأوى لها بغية تحقيق اندماجها في المجتمع وفي الاقتصاد.

(د) التأكد من تمكن اللاجئين وملتمسي اللجوء من الحصول على خدمات الرعاية الصحية الضرورية، بما في ذلك العلاج في المستشفيات العامة، دون تمييز ولا خوف من تسليمهم إلى الشرطة؛

(هـ) ضمان استصدار شهادات ميلاد لجميع الأطفال المولودين في الجزائر، بمن فيهم الأطفال اللاجئين وعديمي الجنسية، من أجل منع حالات انعدام الجنسية وإتاحة حصول جميع الأطفال على الخدمات الاجتماعية؛

(و) النظر في إمكانية الانضمام إلى اتفاقية عام ١٩٦١ بشأن خفض حالات انعدام الجنسية.

الزواج والعلاقات الأسرية

٤٦- تلاحظ اللجنة بقلق الاستمرار في تطبيق الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة للدولة الطرف، بتكريسه مركزاً قانونياً منقوصاً للمرأة في عدة مجالات منها ما يلي:

(أ) احتياج المرأة الراشدة إلى وليها لعقد زواجها؛

(ب) إباحة تعدد الزوجات، رغم خضوعه لقيود معينة (المادة ٨ من القانون)؛

(ج) محدودية مبررات الطلاق، التي غالباً ما يصعب إثباتها أمام المحاكم، ومنها عدم الإنفاق، أو العجز أو عدم الأداء الجنسي، أو الإدانة بارتكاب جريمة، أو الغياب المطول، أو ارتكاب فاحشة مبينة (المادة ٥٣ من القانون)؛

(د) الإمكانية المحدودة للمرأة لتحل محل الأب كولي قانوني للأطفال في الحالات الطارئة، مثل في حال غياب الزوج أو عدم قدرته على القيام بدور الولي، وعدم إمكانية نقل الولاية إلى الزوجة إلا في حالة وفاة الزوج أو في حالة الطلاق (المادة ٨٧)؛

(هـ) الميراث، لأحقية الابن في الحصول على ضعف ما تحصل عليه البنت من التركة.

٤٧- توصي اللجنة الدولة الطرف بمراجعة وتعديل الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة، وبأن تقوم بوجه خاص بما يلي:

(أ) استعراض أثر شرط حضور الولي عند زواج امرأة بلغت سن الرشد؛

(ب) التشبيط على عدم تعدد الزوجات وحظر التعدد ممارسةً وقانوناً، وفقاً للتوصية العامة رقم ٢١ الصادرة عن اللجنة؛

(ج) إلغاء القيود على حق المرأة في الطلاق وإقرار حق كلا الطرفين في طلب الطلاق دون تحديد الأسباب؛

(د) ضمان إمكانية ممارسة الآباء والأمهات حقوق الحضانة والوصاية على أبنائهم القاصرين على قدم المساواة في جميع مناحي الحياة، وفقاً لمعيار مصلحة الطفل العليا الوارد في اتفاقية حقوق الطفل، التي انضمت إليها الجزائر، والمادة ١٦ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛

(هـ) النظر في إمكانية إدراج أحكام قانونية لضمان تمتع المرأة، لدى حل روابط الزوجية، بحقوق متساوية مع حقوق الرجل في الملكية المكتسبة أثناء الزواج، بما يتفق مع أحكام الفقرة ١(ح) من المادة ١٦ من الاتفاقية والتوصية العامة رقم ٢١ الصادرة عن اللجنة؛

(و) النظر في قانون الميراث مع مراعاة تجارب بلدان أخرى لديها خلفيات ثقافية ونظم قانونية مماثلة كانت عدّلت قوانينها لتمكين المرأة من الميراث على قدم المساواة مع الرجل.

المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان

٤٨- ترحب اللجنة بإنشاء مؤسسة وطنية مستقلة لحقوق الإنسان، هي اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، وفقاً للمبادئ المتعلقة بمركز المؤسسات الوطنية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان (مبادئ باريس)، ولكنها تلاحظ عدم وضوح الخطوات المحددة التي اتخذتها الدولة الطرف لضمان توافق مركز اللجنة الوطنية مع مبادئ باريس توافقاً كاملاً.

٤٩- توصي اللجنة الدولة الطرف باتخاذ تدابير عاجلة تكفل توافق مركز اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان مع مبادئ باريس توافقاً كاملاً.

البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية

٥٠- في ضوء التوصيات المقدمة في الملاحظات الختامية السابقة للجنة، تشجع اللجنة الدولة الطرف على تسريع عملية تصديقها على البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية من أجل تيسير التمتع الكامل بالحقوق المكفولة بموجب الاتفاقية.

تعديل الفقرة ١ من المادة ٢٠ من الاتفاقية

٥١- تشجع اللجنة الدولة الطرف أيضاً على التسريع بقبولها بالفقرة ١ من المادة ٢٠ من الاتفاقية من أجل تيسير أداء الولاية المنوطة باللجنة أداءً فعالاً.

إعلان ومنهاج عمل بيجين

٥٢- تحثّ اللجنة الدولة الطرف على الاستعانة بشكل كامل، لدى تنفيذ التزاماتها بموجب الاتفاقية، بإعلان ومنهاج عمل بيجين اللذين يعزّزان أحكام الاتفاقية، وتطلب إلى الدولة الطرف تضمين معلومات عن ذلك في تقريرها الدوري المقبل.

قائمة المراجع

قائـمـة الـمراجـع

أولا – الـكتـب

أ – باللـغة الـعربيـــة:

1. ابراهيم (مصطفى) وآخرون، معجم اللغة العربية: المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د س، ج 02، د ط.
2. ابراهيم رفعت (الجمال)، الحقوق غير المادية بين الزوجين – دراسة فقهية مقارنة –، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، د ط.
3. أبي بكر (الجصاص)، أحكام القرآن، دار الإحياء للتراث العربي، بيروت، لبنان، ج 02، د ط.
4. أبو حامد (الغزالي)، احياء علوم الدين، دار الفكر، بيروت، لبنان، د س، م 03، د ط.
5. أبو محمد موقف الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، د ط.
6. أبو عبد الله اسماعيل (البخاري)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، المشهور بصحيح البخاري –باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح–، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، 1979، ط 01.
7. أحسن (بوسقيعة)، الوجيز في القانون الجزائي الخاص – الجرائم ضد الأشخاص والأموال –، دار هومة، الجزائر، 2008، ج 01، ط 08.
8. أحمد (اسكندري)، محاضرات في القانون الدولي العام – المبادئ والمصادر –، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، د ط.
9. أحمد (آباش)، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ط 01.
10. أحمد حسن (فراج)، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، د ط.
11. أحمد سالم (الأحمر)، علم اجتماع الأسرة – بين التنظير والواقع المتغير –، دار الكتاب الجديد، بيروت، لبنان، 2004، ط 01.

12. أحمد محمد علي (داود)، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ط01.

13. أحمد عبد اللطيف (أبو سعد)، و سامي محسن (الختاتنة)، سيكولوجية المشكلات الأسرية، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2011، ط 01.

14. الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمدين عبد الرحمان (المغربي)، مواهب الجليل لشرح مختصر الشيخ خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ج 03، ط 03.

15. السيد (أبو الخير)، نصوص المواثيق والاعلانات والاتفاقيات لحقوق الانسان، دار ايتراك للنشر والطباعة والتوزيع، مصر، 2005، ط 01.

16. السيد (سابق)، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، 1365 هـ، د ط.

17. العربي (بلحاج)، المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، د ط.

18. العربي (بلحاج)، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، د ط.

19. العربي (بلحاج)، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ط01.

20. العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –وفقًا لآخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا –، د م ج، الجزائر، 2012، ط 06.

21. العربي (بلحاج)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية –، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ج 01، ط 04.

22. العربي (بختي)، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري –، دار كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ط 01.

23. الغوثي (ابن ملحة)، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ط 03.

24. الغوثي (ابن ملحة)، قانون الأسرة على ضوء الفقه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ط 01.

25. أكرم رضى (مرسي)، قواعد تكوين البيت المسلم – أسس البناء وسبل التحصيل –، دار التوزيع والنشر الإسلامية، مصر، 2004.

26. أمير فرج (يوسف)، العنف الأسري ضد النساء والأطفال ومكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، عمان، الأردن، 2011، د ط.

27. ايناس (محمد البهجي) ويوسف (المصري)، القانون الدولي العام وعلاقته بالشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013، ط 01.

28. باديس (ذيابي)، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، د ط.

29. باديس (ذيابي)، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، د ط.

30. بدران أبو العينين (بدران)، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967، د ط.

31. بلقاسم (شتوان)، الخطبة والزواج في الفقه المالكي – دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري –، دار الغجر للطباعة والنشر، الجزائر، د ت.

32. تقي الدين أحمد (ابن تيمية)، مجموع الفتاوى، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1997، المجلد 16، ج 32.

33. جمال الدين (بن منظور)، لسان العرب المحيط، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1988، ج 14.

34. جمال الدين (ابن منظور)، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994، ج 01، ط 03.

35. جمال عبد الوهاب (عبد الغفار)، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، د ط.

36. جمال نجيمي، القتل العمد وأعمال العنف في التشريع الجزائري، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2013.

37. جميل فخري محمد (جانم)، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون المقارن، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ط 01.

38. جميل فخري محمد (جانم)، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

39. جيلالي (تشوار)، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، د ط.

40. حبيب الله (طاهري)، مشاكل الأسرة وطرق حلها، دار الهادي، بيروت، لبنان، 1997، ط 01.

41. حسن صلاح الصغير (عبد الله)، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، د ط.

42. حسن عبد الغاني(أبو رغدة)، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها – دراسة شرعية اجتماعية –، الرشد للنشر والتوزيع، السعودية، 2005.

43. خالد مصطفى (فهمي)، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الاسلامية والتشريع الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، د ط.

44. راسم شحدة (سدر)، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، د ط.

45. رشاد (حسن خليل)، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، دار الفاروق للنشر، مصر، 2007، ج 01، ط 01.

46. رشدي شحاته (أبو زيد)، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، د ط.

47. رشدي شحاته (أبو زيد)، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2009، ط 01.

48. رعد مقداد (الحمداني)، النظام المالي للزوجين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ط 02.

49. زبير مصطفى (حسين)، الطبيعة القانونية لعقد الزواج – دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني –، دار الكتب القانونية، مصر، د ت، ط01.

50. سمير عبد السيد (تناغو)، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، د ت، د ط.

51. سعيد (مقدم)، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، د ط.

52. سهيل حسين (الفتلاوي)، حقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ط 01.

53. صفوان محمد (غضيبات)، الفحص الطبي قبل الزواج – دراسة شرعية قانونية تطبيقية –، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، د ط.

54. طارق (كمال)، الأسرة ومشاكل الحياة العائلية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، 2005، د ط.

55. طلعت ابراهيم (لطفي)، مدخل إلى علم الاجتماع، دار غريب للطباعة، القاهرة، مصر، 1993، ط 01.

56. عاطفة (تيمجردين)، من أجل مساواة بدون تحفظ – قراءة في مسار الجمعيات النسائية من أجل رفع التحفظات على اتفاقية سيداو –، د ن، المغرب، د س.

57. عباسية (لعسيري)، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، د ط.

58. عباس محمود (العقاد)، المرأة في القرآن، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2008، ط 06.

59. عبد الرحمان ابن محمد عوض (الجزيري)، الفقه على المذاهب الأربعة، الدار العالمية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ط 02.

60. عبد الرحمان (العيسوي)، علم النفس الأسري، دار أسامة للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2004.

61. عبد الرزاق (السنهوري)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي – مقارنة بالفقه الغربي –، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ج 01، د ط.

62. عبد الرزاق (السنهوري)، الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية –، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ج 08، ط 03.

63. عبد الفتاح (تقية)، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار تالة، الجزائر، 1999، د ط.

64. عبد العزيز (سعد)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996، ط 03.

65. عبد العزيز (سعد)، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل –، دار هومة، الجزائر. 2007، د ط.

66. عبد العزيز (عزة)، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ط 01.

67. عبد الغني (بسيوني عبد الله)، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ط 02.

68. عبد القادر (القصير)، الأسرة المتغيرة في مجتمع المدينة العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1996، ط 1.

69. عبد القادر (حرز الله)، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ط 01.

70. عبد القادر (داودي)، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، د ط.

71. عبد المجيد (سيد منصور) و زكريا أحمد (الشربيني)، الأسرة على مشارف القرن الواحد والعشرين، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ت، ط 01.

72. علاء الدين أبو بكر (الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ج 04، ط 02.

73. علي أحمد عبد العال (الطنطاوي)، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ط 01.

74. علي أبو أحمد ابن صالح بن سعيد (ابن حزم)، المحلى بالآثار، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1929، ج 10، د ط.

75. على محمد (اسماعيل)، الوجيز في المنظمات الدولية، دار الكتاب الجامعي، مصر، 1982، د ط.

76. عمار (بوضياف)، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2019، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ط 01.

77. عمار (مساعدي)، مبدأ المساواة وحماية حقوق الإنسان في أحكام القرآن ومواد الإعلان، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ط 01.

78. عمر صلاح الحافظ مهدي (العزاوي)، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ط 01.

79. عيسى (حداد)، عقد الزواج – دراسة مقارنة –، منشورات جامعة باجي مختار – عنابة، الجزائر، 2006.

80. غازي حسن (صباريني)، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.

81. فاتن (البوعيشي الكيلاني)، الفحوصات الطبية للزوجين قبل ابرام عقد الزواج – أسانيدها ومقاصدها –، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ط 01.

82. فضيل (سعد)، شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج والطلاق –، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ج 01، د ط.

83. كريمة (محروق)، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث في تشريعات الأسرة، دار ألفا للوثائق، الجزائر، 2019، ط 01.

84. كريمة (محروق)، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع – دراسة مقارنة –، دار ألفا للوثائق، الجزائر، 2019، ط 01.

85. كريمة (محروق)، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد – دراسة تحليلية مقارنة –، دار ألفا للوثائق للنشر، الجزائر، 2019، ط 01.

86. لحسين بن شيخ (آث ملويا)، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، 2005، ج 01.

87. لحسين بن شيخ (آث ملويا)، رسالة في طلاق الخلع، دار هومة، الجزائر، 2013، د ط.

88. لحسين (بن شيخ أث ملويا)، المرشد في قانون الأسرة – مدعم باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014 –، دار هومة، الجزائر، 2015، ط 02.

89. لينا (الطبال)، الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010، د ط.

90. محمد ابن أحمد أبو الوليد (ابن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1982، ج 02، د ط.

91. محمد (أبو زهرة)، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، د ت، ط 01.

92. محمد ابن ادريس (الشافعي)، الأم –أخرج أحاديثه وعلق عليه محمد مطرجي –، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، ج 03، ط 01.

93. محمد ابراهيم (الحفناوي)، الطلاق، مكتبة الإيمان، مصر، 2005، ط 02.

94. مصطفى (ابن العدوى)، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1988.

95. محمد الأمين (ابن عابدين)، حاشية رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1979، د ط.

96. محمد (الزحيلي)، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1998، ط 01.

97. محمد جمال (أبو سنينة) و حسين مطوع (الترتوري)، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ط 01.

98. محمد الخطيب (الشربيني)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت، ج 03، د ط.

99. محمد (بلتاجي)، دراسات في الأحوال الشخصية، دار الإسلام للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2006، ط 01.

100. محمد عاطف (غيث)، قاموس علم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية، مصر، د ت، ط 1.

101. محمد علي السالم عياد (الحلبي)، مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، د ط.

102. محمد يوسف (علوان)، مبدأ المساواة ومبدأ عدم التمييز – دراسة في القانون الدولي والأردني –، دار الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، د س، د ط.

103. مسعود (شيهوب)، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، د ط.

104. محمد (سمارة)، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ط01.

105. محمد (سمارة)، أحكام وآثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية –، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ط 03.

106. محمد (محدة)، الخطبة والزواج مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، د ن، الجزائر، 1994، ج 01، ط 02.

107. محمد رأفت (عثمان)، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2011، د ط.

108. محمد راشد على (أبو زيد)، المباحث الجلية في طرق وضوابط انهاء الزوجية للزوجين، دار آمون للطباعة، مصر، 2003، د ط.

109. محمد لمين (لوعيل)، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، د ط.

110. محمد مصطفى (شلبي)، أحكام الأسرة في الإسلام – دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون –، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ط 4.

111. منال (محمود المشني)، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.

112. منال (محمود المشني)، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ط 01.

113. منتصر سعيد (حمودة)، الحماية الدولية للمرأة –دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية–، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007، ط 01.

114. منصور يوسف (البهوتي)، شرح منتهى الارادات، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000، ج 05، د ط.

115. ناجي بلقاسم (علالي)، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، د ط.

116. ناصر أحمد (الخولدة) و رسمي عبد المالك (رستم)، الأسرة وتربية الطفل، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010، ط 01.

117. نبيل (صقر)، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، د ط.

118. نبيل عبد الرحمان (ناصر الدين)، ضمانات حقوق الإنسان وحمايتها وفقا للقانون الدولي والتشريع الوطني، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، د ط.

119. نهى (القاطرجي)، المرأة في منظومة الأمم المتحدة (رؤية إسلامية)، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2006، ط 01.

120. نور الدين (أبو لحية)، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، دار الكتاب الحديث، مصر، د ت، د ط.

121. هالة (سعيد التبسي)، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2011، ط 01.

122. هيفاء (أبو غزالة)، مؤشرات كمية ونوعية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، د ن، مصر، 2009، ط 01.

123. وهبة (الزحيلي)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، 1985، ج 07، ط 02.

124. وهبة (الزحيلي)، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1982، د ط.

ب – باللـغـة الـفرنـسـية:

1. C F Dominique Carreau, droit international, 06 ème édition, paris, France, 1999.

2. CARBONNIER GEAN, flexible droit LG.D.G, , paris, France, 03 ème édit, 1976.

ثانيا – الرسائل والأطروحات

أ – أطروحات الدكتوراه:

1. أحمد وافي، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2011/2010.

2. حليمة مشوات، حق الزوجة في النفقة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أحمد بن بله – وهران، الجزائر، 2012–2013.

3. ربيحةّ إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2011.

4. سعاد رابح، الجزائر والقانون الدولي لحقوق الإنسان، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، 2017/2016.

5. صحبيه (حمداد)، المشاركة السياسية للمرأة الجزائرية في المجتمع المحلي –مدينة وهران نموذجا، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم السياسية، جامعة وهران 02، الجزائر، 2015–2016.

6. عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2015/2014.

7. عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج – دراسة مقارنة –، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2012-2013.

8. كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014-2015.

9. محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في ابرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2015-2016.

ب- مذكرات الماجستير:

1. أسامة ذيب سعد مسعود، أثر الإكراه في عقد النكاح – دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.

2. إلهام بنت فريج بنت سعيد العويضي، أثر استخدام الانترنت على العلاقات الأسرية بين أفراد الأسرة السعودية في محافظة جدة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد المنزلي، كلية التربية للاقتصاد المنزلي والتربية النفسية، بجدة، السعودية، 2004.

3. اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2003.

4. بختة بلبولة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج والطلاق، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2004-2005.

5. بيداء علي ولي، نظرات في اتفاقية سيداو وموقف الشريعة الإسلامية منها، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، القادسية، الكويت، 2010-2011.

6. جيلالي (وحياني)، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد–تلمسان، الجزائر، 2010–2011.

7. دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري – دراسة سوسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005 –، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع القانوني، جامعة الحاج لخضر – باتنة، الجزائر، 2013–2014.

8. رملة مليكة، دور قاضي شؤون الأسرة في حماية القصر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون أسرة، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2016–2017.

9. سامية رحماني، حجم الأسرة وتأثيره على التحصيل الدراسي للطفل، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في علم الاجتماع، جامعة محمد خيضر – بسكرة، الجزائر، 2015–2016.

10. سرور طالبي، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الانسان – الظروف العادية –، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 1999–2000.

11. شمامة (بوترعة)، الحقوق السياسية للمرأة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري– قسنطينة، الجزائر، 2010–2011.

12. فاطنة (ديب)، الحقوق السياسية للمرأة في الجزائر بين القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الداخلي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، جامعة أبي بكر بلقايد–تلمسان، الجزائر، 2014–2015.

13. عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير تخصص قانون عقود، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2015.

14. علا شكيب باشي، التحفظ على المعاهدات الدولية متعددة الأطراف، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، عمان، الأردن، 2008.

15. ماحادو الأسان، أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارنا بالشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2007.

16. مصطفى كرغلي، التحفظ في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة أحمد بوقرة – بومرداس، الجزائر، 2006/2005.

17. نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2005-2006.

18. وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة –، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية، 1985.

ثالثـا: المـقـالات

1. ابراهيم عماري و أمينة عبيشات، "الضمانات القانونية لحماية الأسرة – قراءة في بعض التجارب الدستورية –"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 06، العدد 01، الجزائر، 2019.

2. أحمد رباج، "من الأحوال الشخصية إلى الأسرة – دراسة في المصطلح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي –"، مجلة الصراط، المجلد 21، العدد 02، الجزائر، سبتمبر 2019.

3. أحمد هلتالي، "استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، الجزائر، سبتمبر 2018.

4. أسية بوخاتم، "آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج – دراسة على ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية –"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 02، الجزائر، جوان 2017.

5. أبو بكر الصديق بن يحي و عبد القادر ضامن، "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري – دراسة نقدية –"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 01، العدد 03، الجزائر، سبتمبر 2016.

6. الرشيد بن شويخ، "الخطبة في الزواج – دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء –"، مجلة كلية العلوم الإسلامية– الصراط–، العدد 14، الجزائر، ديسمبر 2006.

7. أسماء بن تركي، "الأسرة بين التشريع الإسلامي والفكر الوضعي"، مجلة المجتمع والرياضة، المجلد 01، العدد 02، الجزائر، ديسمبر 2018.

8. الصادق فربوي، "الولاية في الزواج"، مجلة التواصل، العدد 02، الجزائر، يناير 1997.

9. العربي (بلحاج)، "الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، الجزائر، 2007.

10. العربي بلحاج، "ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضور قانون الأسرة الجزائري الجديد"، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل ، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، سبتمبر 2016.

11. أعمر سعيد شابحة و عيسى أمعيزة، "المركز القانوني للمرأة في ابرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 09، الجزائر، 2015.

12. آمال ينون، "تحسين الصحة الإنجابية للمرأة ضمن الأهداف الإنمائية للألفية – المرأة الجزائرية نموذجا –"، مجلة دراسات، المجلد 1، العدد 02، الجزائر، ديسمبر 2017.

13. أمينة عشيبات وابراهيم عماري، "اشكالية تعدد الزوجات بين الإباحة والتقييد في تشريعات الأسرة المقارنة"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 04، الجزائر، نوفمبر 2017.

14. آمنة تازير، "حماية الزوجة من جميع أشكال العنف – على ضوء التعديل الجديد لقانون العقوبات – "، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، الجزائر، أبريل 2019.

15. الزهراء بن عمار، "النفقة من المنظور الإسلامي"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 15، الجزائر، 2011.

16. اليزيد عيسات، "تعدد الزوجات بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 01، المجلد 17، الجزائر، 2018.

17. إيمان معمري و مفيدة ميدون، "اشتراط الشهادة الطبية وأثرها في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، سنة 2019.

18. الطيب شتوح، "تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 01، عدد 02، الجزائر، مارس 2020.

19. بلقاسم أعراب، "مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي المقارن – دراسة تأصيلية –"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، عدد 01، 1994.

20. بلقاسم شتوان، "حق الزوجة في السكن شرعا وقانونا"، مجلة المعيار، العدد 05، الجزائر، 2003.

21. حسان مجبري وخليل العقاب، "التحليل السوسيولوجي لتطور الأسرة الجزائرية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا"، مجلة سوسيولوجيا، المجلد 01، العدد 03، الجزائر، 2019.

22. حسن عالي، "الأسرة وعملية التنشئة الاجتماعية"، مجلة الإنسان والمجال، مجلد 04، عدد 08، الجزائر، ديسمبر 2018.

23. حسن عبد المالك، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري الجديد – دراسة مقارنة –"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، العدد 13، الجزائر، جوان 2015.

24. حكيمة حفيظي، "حقوق المرأة في ظل الفهم السليم لنصوص السنة النبوية مقارنة باتفاقية سيداو"، مجلة المعيار، قسنطينة، الجزائر، الجزء 02، العدد 28، ديسمبر 2011.

25. جيلالي تشوار، "تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك"، مجلة العلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، تلمسان، الجزائر، عدد 12، لسنة 2011.

26. جيلالي تشوار، "خواطر حول اضطراب الاجتهاد القضائي في مسألتي الخطبة والاشتراط في عقد الزواج"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 02، العدد 01، الجزائر، نوفمبر 2019.

27. خليل عمرو، "الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 52، العدد 02، الجزائر، جوان 2015.

28. خليل درش و عبد الله سلايم، "متاع بيت الزوجية بين النص الخاص والقاعدة العامة نظريًا وعمليًا"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 12، الجزائر، أكتوبر 2019.

29. دليلة تريكي المولودة آيت شاوش، "التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية –"، المجلة الأكاديمية للبحوث القضائية ، المجلد 01، العدد 01، الجزائر، يوليو 2010.

30. رابح بن غريب، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية –"، مجلة تاريخ العلوم، العدد 07، الجزائر، مارس 2017.

31. رائف محمد النعيم، "التنظير الفقهي لضرر العدول عن الخطبة – دراسة مقصديه في ضوء الشريعة والقانون الليبي –"، مجلة المعارف، المجلد 04، العدد 06، الجزائر، 2009.

32. راضية بشير و محمود لنكار، "حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، الجزائر، ديسمبر 2019.

33. ربيعة حزاب و فتيحة يعقوبي، "أحكام نكاح القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 05، الجزائر، جوان 2018.

34. رشيد مسعودي، "الشهادة الطبية قبل الزواج – دراسة مقارنة –"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، معسكر، الجزائر، عدد 01، 2008.

35. رشيد عمري، "التعسف في استعمال حق الطلاق"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 19، العدد 01، الجزائر، أبريل 2018.

36. رشيد طبال، "الأسرة بين الثابت والمتغير"، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 27، الجزائر، ديسمبر 2019.

37. زبيدة إقروفة، "النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأكاديمية للبحوث القضائية، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، ديسمبر 2012.

38. زكية حميدو تشوار، "الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02، الجزائر، 2003.

39. زكية حميدو تشوار، "بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، الجزائر، العدد 12، 2011.

40. زهرة نعار، "حماية حقوق المرأة وفقا لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة"، مجلة الدراسات الحقوقية، الجزائر، العدد 01، ديسمبر 2018.

41. سعاد سطحي، "التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة"، مجلة المعيار، المجلد 06، العدد 12، الجزائر، ديسمبر 2006.

42. سليمان ولد خسال، حق المساواة في الفقه الإسلامي والمواثيق الدولية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، الجزائر، العدد 04، جوان 2013.

43. سمية بوكايس، "مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 02، العدد 02، الجزائر، جوان 2018.

44. سميحة (لعقابي)، "مبدأ التمييز الإيجابي لصالح المرأة كإجراء استثنائي لتفعيل حقوقها"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، الجزائر، يناير 2018.

45. سمير عبدو، "الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الإحياء، العدد 14، الجزائر، ديسمبر 2010.

46. سارة بن شويخ، "الجوانب العملية للتراضي حول الخلع في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 04، الجزائر، 2019.

47. شكيرين ديلمي، "حماية الأسرة في المواثيق الدولية"، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، الجزائر، مارس 2020.

48. شوقي بناسي، "الاشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 01، الجزائر، مارس 2019.

49. صالح حمليل، "نفقة المتعة والتعويض بين الفقه والقضاء"، مجلة الحقيقة، عدد 04، الجزائر، 2004.

50. صورية غربي، "دراسة حول المادة 07 مكرر من قانون الأسرة بين الأصل الشرعي وضرورة التعديل"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، عدد 04، الجزائر، جوان 2015.

51. عادل لموشي، "الكشف الطبي قبل الزواج وأثره على الرضا وفق قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 53، العدد 05، الجزائر، جوان 2016.

52. عادل عيساوي، "عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 10، الجزائر، ديسمبر 2016.

53. عبد القادر حوبة، مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة – بين مفهوم المنظومة القانونية الدولية وخصوصيات المجتمعات الإسلامية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، الجزائر، العدد 06، جوان 2015.

54. عبد القادر قاسم العيد، "السن في الزواج وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 08، العدد 10، الجزائر، أبريل 2004.

55. عبد القادر قاسم العيد، "الأهلية في الزواج وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المعيار، المجلد 05، العدد 09، الجزائر، 2004.

56. عبد القادر بن داود، "الطلاق بإرادة الزوجة حال ما تكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز – غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي –"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 08، العدد 09، الجزائر، يناير 2004.

57. عبد القادر بن داود، "الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري – الإشكالات وحلها –"، مجلة المعيار، عدد 09، الجزائر، 2004.

58. عبد العالي عشاري، "الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديد"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 09، الجزائر، جوان 2018.

59. عبد الله طرابزون، "مفهوم الأسرة في الإسلام ومكانتها"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 02، الجزائر، 2019.

60. عتيقة حرايرية ونعيمة طبال، "مراحل وخصائص تطور الأسرة الجزائرية – من أجل فهم وتفسير التحولات الحاصلة –"، مجلة هيرودوت للعلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 06، الجزائر، جوان 2018.

61. عدلان مطروح، "الولاية على الراشدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، جوان 2013.

62. عبد الله بن عبد الرحمان بن عثمان الدهش، "العضل في الخلع – أسبابه وأثاره –"، مجلة العدل، العدد 01، السعودية، محرم 1420 هـ.

63. عبد السلام عبد القادر، "الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة"، مجلة الإحياء، المجلد 10، العدد 01، الجزائر، ديسمبر 2008.

64. عبد الكريم حامدي، "التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 17، الجزائر، نوفمبر 2009.

65. عزيزة بن جميل، "آليات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة (**CEDAW**) لحماية حقوق المرأة"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، العدد 01، جوان 2017.

66. عمر عباس، "الأسرة الجزائرية والتغير الاجتماعي"، مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، العدد 28، الجزائر، 2018.

67. فاطمة الزهراء قلواز وأحمد رباحي، "دراسة تطبيقية لأحكام نص المادة 07 مكرر من ق أ ج"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 02، العدد 01، الجزائر، جوان 2016.

68. فاطمة الزهراء لقشيري، "المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق – دراسة في المطلب والمبررات –"، مجلة دراسات وأبحاث، العدد 09، الجزائر، 2012.

69. فيصل بوطوب، "الأسرة والقيم – مقاربة سوسيولوجية لمسألة تغير القيم في الأسرة الجزائرية–"، مجلة آفاق فكرية، العدد 06، الجزائر، يناير 2017.

70. كاملة طواهرية، "أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة المعيار ، المجلد 20، العدد 39، الجزائر، مارس 2017.

71. كريمة جيدل، "الذمة المالية للزوجين – قراءة في نص المادة 37 من قانون الأسرة –"، مجلة المعيار ، المجلد 06، العدد 02، الجزائر، ديسمبر 2019.

72. كريمة محروق، "قيود تعدد الزوجات واشكالاتها – قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا –"، مجلة العلوم الانسانية، عدد 48، الجزائر، ديسمبر 2017.

73. كريم داودي، "رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الحضارة الاسلامية ، العدد 29، الجزائر، جوان 2016.

74. كمال بعالجية و أمال حبار، "إكراه الزوج زوجته على الخلع"، المجلة الجزائرية للمخطوطات، المجلد 13، العدد 02، الجزائر، ديسمبر 2018.

75. كمال لدرع، "الطلاق في قانون الأسرة – دراسة مقارنة –"، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 12، الجزائر، سبتمبر 2002.

76. كمال لدرع، "الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 17، العدد 02، الجزائر، يناير 2004.

77. ليلى جمعي، "ضبط حقيقة الزواج بالفاتحة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 13، العدد 17، الجزائر، نوفمبر 2012.

78. محمد باوني، "الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعًا وقانونًا – دراسة مقارنة –"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 19، العدد 01، الجزائر، 2004.

79. محمد تازي، "الأسرة وعوامل تغيرها الاجتماعي"، مجلة علوم الإنسان والمجتمع، المجلد 09، العدد 04، الجزائر، أكتوبر 2020.

80. محمد جغام وفايزة دحموش، "تكريس استقلالية الذمة المالية للزوجة في التشريع الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 11، العدد 02، الجزائر، جوان 2019.

81. محمد درفوف، "المرجعية الفقهية المعاصرة للخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة المعيار، المجلد 06، العدد 01، جوان 2018.

82. محمد رشيد بوغزالة، "طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون – "، مجلة البحوث والدراسات، عدد 08، الجزائر، جوان 2009.

83. محمد راشد سالم المري، "الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية القطري"، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 09، العدد 02، الجزائر، يناير 2020.

84. محمد سميح الخالدي، "الولي واشتراطه في عقد زواج المرأة بين الفقهاء (الأئمة الأربعة) وقوانين الأخوال الشخصية"، مجلة الدراسات الإسلامية والعربية، عدد 496، الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر 2014.

85. مزوز بركو، "التنشئة الاجتماعية في الأسرة الجزائرية"، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، العدد 21، الجزائر، 2009.

86. مسعود فلوسي، "الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في التشريعات الإسلامية"، مجلة المعيار، العدد 09، الجزائر، يوليو 2004.

87. مصطفى مناصريه، "ثنائية الأصالة والحداثة في قانون الأسرة الجزائري – دراسة حول التعديلات التي تضمنها الأمر 05-02 –"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، الجزائر، يناير 2018.

88. منصور رحماني، "عبقرية التشريع في مسألتي الطلاق وتعدد الزوجات"، مجلة المعيار، المجلد 05، العدد 09، الجزائر، جويلية 2004.

89. موسى مرمون، "الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم له"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 41، الجزائر، جوان 2014.

90. نوارة العشي، "تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 11، العدد 02، الجزائر، جوان 2019.

91. نذير حمادو، "طبيعة الخطبة وتكييفها في الفقه الإسلامي"، مجلة المعيار، المجلد 08، العدد 16، الجزائر، 2008.

92. نظيرة عتيق، "الخلع بين الرخصة والحق الأصيل – دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي –"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، عدد 01، الجزائر، نوفمبر 2012.

93. نور الدين عماري، "الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة – بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين –"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، الجزائر، جوان.

94. وفاء عبد العزيز السويلم، "مسقطات القوامة – دراسة فقهية مقارنة –"، مجلة العدل، العدد 62، الكويت، ربيع الأول 1435 هـ.

95. هجيرة خدام، "حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون"، مجلة المعيار، المجلد 06، العدد 01، الجزائر، ديسمبر 2017.

96. ياسين حجاب وفاطمة حداد، "الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 02، العدد 05، الجزائر، ديسمبر 2017.

رابعا – النصوص القانونية

أ – باللغة العربية:

1- النصوص القانونية الجزائرية:

1. دستور الجزائر لسنة 1976، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

2. دستور الجزائر لسنة 1989، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 09 المؤرخة في 01 مارس 1989.

3. التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

4. القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن المصادقة على تعديل دستور الجزائر لسنة 2016، ج ر عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

5. القانون العضوي رقم 11/05 المؤرخ في 17 يوليو 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد 51 المؤرخة في 2005/07/20.

6. القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 يوليو 2011، الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج ر عدد 42 المؤرخة في 2011/07/31.

7. القانون رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق لـ 19 فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 بالجريدة الرسمية عدد 49.

8. القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 44، المؤرخة في 26 يونيو 2005.

9. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يناير 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2005.

10. القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 17، المؤرخة في 25 أبريل 1990.

11. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، المعدل والمتمم للقانون 80/71 المؤرخ في 1971/12/29، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

12. القانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 يوليو 2018، المتضمن قانون الصحة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 46، المؤرخة في 29 يوليو 2018.

13. القانون 01/15 المؤرخ في 2015/01/04، المتضمن إنشاء صندوق النفقة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 01 المؤرخة في 07 يناير 2015.

14. قانون المالية لسنة 2015.

15. القانون العضوي رقم 03/12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المحدد لكيفيات تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 01، المؤرخة في 14 يناير 2012.

16. الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم بالقانون 06/20 المؤرخ في 28 أبريل 2020، ج ر عدد 25 المؤرخة في 29 أبريل 2020.

17. الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 105 المؤرخة في 18 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

18. الأمر 15/74 المؤرخ في 12 يوليو 1974، المتمم للقانون رقم 218/63 المؤرخ في 18 يوليو 1963، والمتضمن إنشاء المجلس الأعلى، ج ر عدد 58 المؤرخة في 1974/7/19.

19. الأمر رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996، المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، ج ر عدد 06 المؤرخة في 24 يناير 1996.

20. المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 11 ديسمبر 1992، المتضمن مصادقة الجزائر مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، ج ر عدد 91، المؤرخة في 23 ديسمبر 1992.

21. المرسوم الرئاسي رقم 426/08 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008، المتضمن رفع التحفظ على المادة **(09)** فقرة **(02)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 05 المؤرخة في 21 يناير 2009.

22. المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 ماي 2006، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 31، المؤرخ في 14 ماي 2006.

23. مرسوم تنفيذي رقم 107/15 المؤرخ في 2015/04/21، المحدد لكيفيات تسيير حساب التخصص الخاص رقم 142-302، الذي عنوانه "صندوق النفقة".

24. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2015/06/18، المحدد للوثائق التي يتشكل منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

2 - النصوص القانونية العربية:

1. مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بالأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956، المعدل والمتمم.

2. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975.

3. القانون 70.03، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المحين في 25 يناير 2016، الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 6433.

4. قانون الأحوال الشخصية السوداني.

5. مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

6. مشروع القانون الخليجي الموحد للأحوال الشخصية.

ب - باللغة الأجنبية:

1. code civil français, dernière modification, Dalloz, le 14 février 2020.

خامسا – القرارات القضائية

1. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، المؤرخ في 07 ديسمبر 1966، م ق عدد 01، لسنة 1968.

2. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، المؤرخ في 1969/03/12، م ق عدد 01، لسنة 1969.

3. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، المؤرخ في 1969/02/19، النشرة السنوية لوزارة العدل، الجزائر، لسنة 1969.

4. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، بالملف رقم 26709، المؤرخ في سنة 1982، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982.

5. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، بالملف رقم 33652، المؤرخ في 1984/06/11، م ق عدد 03، لسنة 1989.

6. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 43784، بتاريخ 1984/11/19، م ق عدد 03، لسنة 1989.

7. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 34438، المؤرخ في 24 سبتمبر 1984، م ق عدد 01، لسنة 1989.

8. قرار الصادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 39065، المؤرخ في 1985/12/20، م ق عد 01 لسنة 1986.

9. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 35891، المؤرخ في 1985/02/25، م ق عدد 01، لسنة 1989.

10. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 36414، المؤرخ في 1985/05/20، م ق عدد 02، لسنة 1990.

11. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 40429، المؤرخ في 1986/05/05، م ق عدد 04، لسنة 1989.

12. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 39394، المؤرخ في 1986/02/10، م ق عدد 01 لسنة 1989.

13. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 39731، المؤرخ في 1986/01/27، م ق عدد 04، لسنة 1993.

14. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 41560، المؤرخ في 1986/04/07، م ق عدد 02، لسنة 1989.

15. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ ق خ، بالملف رقم 51728، المؤرخ في 1988/11/21، م ق عدد 03، لسنة 1990.

16. قرار الصادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 56097، المؤرخ في 1989/12/25، م ق عد 01 لسنة 1999.

17. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 52850، بتاريخ 1989/03/13، م ق عدد 02، لسنة 1995.

18. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم، 853017، المؤرخ في 1989/03/27، م ق عدد 01، لسنة 1991.

19. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، المؤرخ في 1989/01/02، م ق عدد 04، لسنة 1991.

20. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 52221، المؤرخ في 1989/03/13، م ق عدد 01، لسنة 1993.

21. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 75588، المؤرخ في 20 فيفري 1991، م ق عدد 04، لسنة 1993.

22. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 73885، المؤرخ في 1991/04/23، م ق عدد 02، لسنة 1993.

23. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 81129، المؤرخ في 1992/03/17، م ق عدد 02 لسنة 1992.

24. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 87301، بتاريخ 1992/12/22، م ق عدد 02، لسنة 1995.

25. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 105366، المؤرخ في 1993/04/27، م ق عدد 02، لسنة 1994.

26. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 115118، المؤرخ في 1994/04/19، نشرة القضاة عدد 52، لسنة 1997.

27. قرار صادر عن المجلس الأعلى، غ أ ش، بالملف رقم 112705، المؤرخ في 1994/11/29، م ق عدد 01، لسنة 1995.

28. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 118475، المؤرخ في 1995/05/02، نشرة القضاة عدد 49، لسنة 1996.

29. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 125059، المؤرخ في 1995/10/14، نشرة القضاة عدد 53، لسنة 1998.

30. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 122443، المؤرخ في 1995/09/26، نشرة القضاة عدد 55، لسنة 1996.

31. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 141262، المؤرخ في 1996/07/30، م ق عدد 01، لسنة 1998.

32. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 237148، المؤرخ في 1996/09/24، م ق عدد 01، لسنة 2001.

33. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 138949، المؤرخ في سنة 1996، م ق عدد 02، لسنة 1996.

34. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم، 135435، المؤرخ في 1996/04/23، م ق عدد 01، لسنة 1998.

35. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 181648، المؤرخ في 1997/12/23، م ق عدد 01، لسنة 1997.

36. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 189226، المؤرخ في 1998/04/21، م ق عدد خاص، لسنة 2001.

37. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 179696، المؤرخ في 1998/03/17، م ق عدد خاص، لسنة 1999.

38. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 217179، المؤرخ في 16 مارس 1999، عدد خاص لسنة 2000.

39. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 213571، بتاريخ 1999/02/16، م ق عدد خاص، لسنة 2001.

40. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 224655، المؤرخ في 1999/06/15، م ق عدد 01، لسنة 2001.

41. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 223834، المؤرخ في 1999/01/15، م ق عدد خاص، لسنة 2001.

42. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أش، بالملف رقم 216239، المؤرخ في 1999/03/16، م ق عدد خاص، لسنة 2001.

43. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 223019، المؤرخ في 1999/09/15، م ق عدد خاص، لسنة 2001.

44. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 216239، المؤرخ في 1999/03/16، م ق عدد خاص، لسنة 2001.

45. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 218754، المؤرخ في 1999/02/16، م ق عددخاص1، لسنة 2001.

46. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 252994، المؤرخ في 2000/11/21، م ق عدد 01، لسنة 2001.

47. قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 821942، المؤرخ في 18 جويلية 2000، م ق عدد 02، لسنة 2003.

48. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 251682، المؤرخ في 2000/11/21، م ق عدد 01، لسنة 2001.

49. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم، 245159، المؤرخ في 2000/06/20، م ق عدد 01، لسنة 2001.

50. قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 255711، المؤرخ في 21 فيفري 2001، م ق عدد 02، لسنة 2002.

51. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أش، بالملف رقم 255711، المؤرخ في 21 فيفري 2001، م ق عدد 02، لسنة 2002.

52. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 276760، المؤرخ في 2002/03/13، م ق عدد 01، لسنة 2004.

53. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أش، بالملف رقم 261925، المؤرخ في 03 جويلية 2002، م ق عدد 02، لسنة 2003.

54. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 279878، المؤرخ في 2002/04/10، م ق عدد 01، لسنة 2003.

55. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 288072، المؤرخ في 2002/07/31، م ق عدد 01، لسنة 2004.

56. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 480264، المؤرخ في 2004/02/11، م ق عدد 01، لسنة 2009.

57. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 334060، المؤرخ في 2005/01/19، م ق عدد 01، لسنة 2005.

58. القرار الصادر عن م ع، غ أ ش، بالملف رقم 335858، المؤرخ في 2005/10/12، نشرة القضاة، العدد 63، لسنة 2008.

59. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 339353، المؤرخ في 2005/10/12، ن ق عدد 63، لسنة 2008.

60. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 348956، المؤرخ في 2005/11/16، م م ع عدد 02، لسنة 2005.

61. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 339617، المؤرخ في 2005/07/13، ن ق عدد 63، لسنة 2008.

62. قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 372290، المؤرخ في 15 نوفمبر 2006، م ق عدد 01، لسنة 2007.

63. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 356997، المؤرخ في 2006/01/12، م م ع عدد 02، لسنة 2006.

64. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 356997، المؤرخ في 2006/07/12، م م ع عدد 02، لسنة 2006.

65. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 258613، المؤرخ في 2006/06/14، م م ع، عدد 02، لسنة 2006.

66. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 373707، المؤرخ في 2006/11/15، م ق عدد 01، لسنة 2007.

67. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 368660، المؤرخ في 2006/07/12، م ق عدد 01، لسنة 2006.

68. قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 321514، المؤرخ في 12 مارس 2008، م ق عدد 01، لسنة 2008.

69. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 511644، المؤرخ في 2009/09/16، م م ع، عدد 01، لسنة 2010.

70. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 476515، م م ع، عدد 01، لسنة 2009.

71. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 654972، المؤرخ في 2011/09/15، م م ع عدد 02، لسنة 2011.

72. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 624622، المؤرخ في 2011/07/14، م ق عدد 02، لسنة 2012.

73. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 656259، المؤرخ في 2011/09/15، م م ع عدد 01، لسنة 2012.

74. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 332324، المؤرخ في 2005/07/13 نشرة القضاة، عدد 59، لسنة 2006.

75. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 364850، المؤرخ في 2006/05/17، م م ع، عدد 02، لسنة 2007.

76. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 497457، المؤرخ في 2009/05/13، م م ع، عدد 01، لسنة 2009.

77. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 481857، المؤرخ في 2009/01/14، م م ع عدد 02، لسنة 2009.

78. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 564787، المؤرخ في 2010/07/15، م م ع، عدد 02، لسنة 2010.

79. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 613469، المؤرخ في 2011/03/10، م م ع، عدد 01، لسنة 2012.

80. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 650014، المؤرخ في 2011/10/13، م م ع، عدد 01، لسنة 2012.

81. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم، 596191، المؤرخ في 2011/01/13، م م ع عدد 02، لسنة 2011.

82. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 653323، المؤرخ في 2011/11/10، م م ع عدد 02، لسنة 2012.

83. قرار صادر عن المحكمة العليا، غ أ ش، بالملف رقم 622754، المؤرخ في 2011/05/12، م م ع عدد 01، لسنة 2012.

سادسا – الصكوك والمواثيق الدولية

1. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 المؤرخ في 1948/12/10، المتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

2. اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 1763 د- 17، المؤرخ في 07 نوفمبر 1962، والتي دخلت حيز النفاذ في 09 ديسمبر 1964.

3. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.

4. العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.

5. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 2287 المؤرخ في 06 كانون الأول/ديسمبر 1967، المتضمن اعتماد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

6. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979، المتضمن اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة -**CEDAW**- وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام.

7. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1981.

8. اتفاقية حقوق الطفل أُعتمدت وعُرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، ودخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990.

9. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثالثة والأربعون **(43)**، المؤرخ في 06 أكتوبر 1999، المتضمن اعتماد البروتوكول الاختياري الملحق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، والذي دخل حيز التنفيذ في 2000/12/22.

10. التقرير الأولي المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، 1998، **CEDAW/DZA/01/11/09/1998**.

11. ردود لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الأولية المقدمة من الدول الأطراف – الجزائر –، الدورة العشرون من 19 كانون الثاني/يناير إلى 05 شباط/فبراير 1999، والدورة الحادية والعشرون من 07 إلى 25 حزيران/يونيو 1999، من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، في دورتها الرابعة والخمسون، نيويورك، 1999، **CEDAW/C/SR-406/1/ADD-1**.

12. التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، في 05 فبراير 2003، **CEDAW/C/DZA/2/05/02/2003**.

13. الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 2004/05/22، والذي دخل حيز التنفيذ في 2008/03/05.

14. التعليقات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير الدورية الثانية للدول الأطراف – الجزائر –، الدورة الثانية والثلاثون من 10 إلى 28 كانون الثاني/يناير 2005، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة ستون لسنة 2005، نيويورك، 2005، **CEDAW/C/SR/667/668**.

15. التقرير الدوري الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع المقدم من الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، 2009، **CEDAW/C/DZA/CO/3-4/24/05/2009**.

16. التعليقات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة على التقارير المجمعة الثالثة والرابعة للدول الأطراف – الجزائر –، الدورة الحادية والخمسون، 13 شباط/فبراير إلى 02 آذار/مارس 2012، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السادسة وستون، نيويورك، 2012، **CEDAW/C/SR/1031/1032**.

17. التوصية رقم (21) المقدمة من لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حول المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، الدورة الثالثة عشر، لسنة 1992.

18. التوصية رقم واحد وعشرون (23) للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، في جلستها الثالثة عشر (13)، لسنة 1994.

19. التوصية العامة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة رقم **(29)** بشأن المادة **(16)** من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الصادرة بتاريخ 2013/10/30.

20. إعلان ومناهج عمل بكين، القرار رقم 01 للمؤتمر العالمي المعني بالمرأة المتعقد في بكين في الفترة 04 و05 سبتمبر 1995.

سابعـا – الـمداخـلات

1. ابراهيم (رحماني) وهاني (بوجعدار)، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وآثارها على مقومات الأسرة، الملتقى الدولي الثاني "المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة"، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي، الجزائر، 25/24 أكتوبر 2018.

2. حفيظة فضلة، نظام انفصال الذمة المالية للزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ملتقى وطني حول "الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري المقارن"، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 08 – 09 ديسمبر 2015.

3. جيلالي تشوار وزكريا برياح، أحكام الخلع في ظل قانون الأسرة الجزائري بين التمسك بالأصول الشرعية وتعزيز مظاهر المساواة بين الزوجين – دراسة مقارنة –، الملتقى الدولي الثاني بعنوان: "المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة"، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، 24–25 أكتوبر 2018.

4. عبد الحليم بوشكيوه، أثر تكريس المساواة التامة بين الزوجين في الاتفاقيات والمواثيق الدولية على حماية مقومات الأسرة المسلمة في التشريعات الوطنية، الملتقى الدولي التاسع بعنوان "قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية"، جامعة الحاج لخضر – باتنة، الجزائر، 27–28 نوفمبر 2018.

5. محمد حيدرة، مركز المرأة والرجل في الحياة الأسرية – دراسة شرعية لمبدأ المساواة –، الملتقى الدولي الأول حول "التطور التشريعي لأحكام الأسرة – بين الثابت والمتغير –"، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف، الجزائر، 25–26 نوفمبر 2015.

ثامنا – المواقع الإلكترونية

1. www.unicef.or
2. www.roayahnews.com.
3. www.startimes.com
4. www.wikipedia.com
5. www.unhchr.ch
6. www.unescwa.org
7. www.fiqhacademy.org.sa
8. www.emary.edu/ifl/somalia-htmt
9. www.islamweb.net

10. www.echoroukonline.com
11. www.maghrebvoices.com
12. http//www.djazairess.com/akhbarelyoum/139479.
13. www.anaajah.net
14. www.ma3reefa.com
15. www.educapsy.com
16. www.momahidat.org/uploaded/mawathiq-osra/pdf
17. www.idsb.org/ar/faaliyetl/er/from-idsb/icerik/1415.

فهرس

الموضوعات

فـهـرس الموضـوعات

العنوان	صفحته
إهداء	–
شكر وتقدير	–
المختصرات	–
مقدمة	1 – 8
الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وقانون الأسرة الجزائري	9
المبحث الأول: ماهية اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة	9
المطلب الأول: مفهوم اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة	10
الفرع الأول: تعريف الاتفاقية وتقييمها	10
الفقرة الأولى: تعريف اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة	10
الفقرة الثانية: تقييم اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة	15
أولا: مزايا الاتفاقية	15
ثانيا: عيوب الاتفاقية	17
الفرع الثاني: المبادئ الأساسية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة	19
الفقرة الأولى: مبدأ المساواة	20
أولا: مفهوم مبدأ المساواة	20
ثانيا: تمييز المساواة عن الجندر	24
الفقرة الثانية: مبدأ عدم التمييز	26
أولا: مفهوم مبدأ عدم التمييز	27
ثانيا: مبدأ عدم التمييز بموجب اتفاقية سيداو	28
المطلب الثاني: الآليات التنفيذية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد	31

المرأة	
الفرع الأول: التوقيع على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتحفظات الواردة عليها	31
الفقرة الأولى: التوقيع على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة	32
الفقرة الثانية: التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة	36
الفرع الثاني: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة	42
الفقرة الأولى: إنشاء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة كآلية لمراقبة تنفيذ الاتفاقية	42
الفقرة الثانية: مهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة	45
أولا: مهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المحددة بموجب اتفاقية سيداو 1979	45
ثانيا: مهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المنصوص عليها بموجب البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية 1999	51
المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي لقانون الأسرة الجزائري	54
المطلب الأول: مفهوم الأسرة	54
الفرع الأول: تعريف الأسرة وأشكالها	54
الفقرة الأولى: تعريف الأسرة	55
الفقرة الثانية: أشكال الأسرة	59
الفرع الثاني: الأسرة في الإسلام والمواثيق الدولية	62
الفقرة الأولى: الأسرة في الإسلام	62
الفقرة الثانية: الأسرة في المواثيق الدولية	65
المطلب الثاني: مفهوم قانون الأسرة الجزائري	69
الفرع الأول: تعريف قانون الأسرة ومواضيعه	69
الفقرة الأولى: تعريف قانون الأسرة	69
الفقرة الثانية: مواضيع قانون الأسرة الجزائري	73

الفرع الثاني: التطور التاريخي لقانون الأسرة الجزائري	74
الفقرة الأولى: مرحلة قانون الأسرة لسنة 1984	75
الفقرة الثانية: مرحلة تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02	78
الباب الأول: انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الزواج وآثاره	84
الفصل الأول: انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الزواج	85
المبحث الأول: انعكاسات الاتفاقية على مقدمات الزواج	85
المطلب الأول: في أحكام الخطبة	85
الفرع الأول: مفهوم الخطبة	86
الفقرة الأولى: تعريف الخطبة وحكمها	86
الفقرة الثانية: شروط صحة الخطبة	89
الفرع الثاني: اقرار التساوي بين الجنسين في إعلان الخطبة بموجب اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري	91
الفقرة الأولى: المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة بموجب اتفاقية سيداو	91
الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري من المساواة بين الجنسين في إعلان الخطبة	92
المطلب الثاني: في العدول عن الخطبة	97
الفرع الأول: جواز العدول عن الخطبة	98
الفقرة الأولى : الخطبة عقد لا يجوز العدول عنه	98
الفقرة الثانية: الخطبة وعد يجوز العدول عنه	99
الفرع الثاني: إلغاء التفاضل بين الجنسين في آثار العدول عن الخطبة	103
الفقرة الأولى: المساواة بين الجنسين في حق العدول عن الخطبة	104
الفقرة الثانية: المساواة في التعويض عن ضرر العدول	105
الفقرة الثالثة: المساواة في رد الهدايا	109

المبحث الثاني: انعكاسات الاتفاقية على ركن الزواج وشروطه	113
المطلب الأول: تحقيق التساوي بين الزوجين في الرضا وأهلية الزواج	114
الفرع الأول: المساواة بين الزوجين في الرضا بالزواج	114
الفقرة الأولى: المساواة بين الزوجين في الرضا بالزواج على ضوء اتفاقية سيداو	115
الفقرة الثانية: المساواة في الرضا بالزواج في قانون الأسرة الجزائري تكريسا لاتفاقية سيداو	118
الفرع الثاني: إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال توحيد سن الزواج	122
الفقرة الأولى: توحيد سن الزواج بين الجنسين بموجب اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري	123
الفقرة الثانية: الجزاء المترتب على مخالفة السن القانوني للزواج	129
الفرع الثالث: تحسين الصحة الإنجابية للجنسين بإقرار المساواة في الفحص الطبي قبل الزواج	133
الفقرة الأولى: الإطار المفاهيمي للفحص الطبي قبل الزواج	133
الفقرة الثانية: الإطار القانوني للفحص الطبي قبل الزواج	136
المطلب الثاني: إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال إسقاط ركن الولي الشرعي من عقد زواج المرأة	142
الفرع الأول: مفهوم الولاية	142
الفقرة الأولى: تعريف الولاية	143
الفقرة الثانية: شروط الولاية	144
الفرع الثاني: إلغاء التمييز بين الزوجين في اتفاقية سيداو بإسقاط ركن الولي	146
الفرع الثالث: إلغاء ركن الولي الشرعي في قانون الأسرة الجزائري تكريسا لاتفاقية سيداو	148
المطلب الثالث: إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال المساواة في إعمال الإرادة في اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري	154
الفرع الأول: تضييق إرادة الزوج في تعدد الزوجات كمظهر لإلغاء التمييز ضد	154

الزوجة	
الفقرة الأولى: إلغاء التمييز ضد الزوجة بإسقاط نظام تعدد الزوجات في اتفاقية سيداو	155
الفقرة الثانية: تقييد تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري تكريسا لاتفاقية سيداو	156
الفرع الثاني: إلغاء التمييز بين الزوجين بتكريس المساواة في الاشتراط في عقد الزواج	160
الفقرة الأولى: موقف الفقه الإسلامي من الاشتراط في عقد الزواج	160
الفقرة الثانية: تكريس المساواة بين الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج في اتفاقية سيداو	162
الفقرة الثالثة: تأثر قانون الأسرة الجزائري باتفاقية سيداو من خلال تجسيد المساواة بين الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج	163
الفصل الثاني: انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على آثار عقد الزواج	166
المبحث الأول: انعكاسات الاتفاقية على الآثار غير المالية للزواج	166
المطلب الأول: إلغاء التمييز بين الزوجين من خلال توحيد الحقوق والواجبات المعنوية بينهما	166
الفرع الأول: توحيد الحقوق والواجبات المعنوية بين الزوجين بموجب اتفاقية سيداو	167
الفرع الثاني: المساواة في الحقوق والواجبات المعنوية بين الزوجين بموجب قانون الأسرة الجزائري	169
الفقرة الأولى: الحقوق والواجبات المعنوية للزوجين الواردة بالقانون 11/84	170
الفقرة الثانية: الحقوق والواجبات المعنوية للزوجين المضافة بالأمر 02/05	174
المطلب الثاني: إلغاء التفاضل بين الزوجين من خلال إسقاط بعض حقوق الزوج	179
الفرع الأول: اسقاط حق الزوج في القوامة	179

الفقرة الأولى: مفهوم حق القوامة	180
الفقرة الثانية: إسقاط حق الزوج في القوامة بموجب اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري	181
الفرع الثاني: اسقاط حق الزوج في الطاعة والتأديب	187
الفقرة الأولى: اسقاط حق الزوج في الطاعة	187
الفقرة الثانية: اسقاط حق الزوج في تأديب زوجته الناشز	192
الفرع الثالث: حق الزوج في إرضاع زوجته لأولاده	197
الفقرة الأولى: اسقاط واجب الزوجة في الرضاع بموجب اتفاقية سيداو	197
الفقرة الثانية: اسقاط واجب الزوجة في الرضاع بموجب قانون الأسرة الجزائري	198
المبحث الثاني: انعكاسات الاتفاقية على الآثار المالية للزواج	199
المطلب الأول: النفقة الزوجية	200
الفرع الأول: مفهوم النفقة الزوجية	200
الفقرة الأولى: تعريف النفقة الزوجية	200
الفقرة الثانية: مشروعية النفقة الزوجية	201
الفرع الثاني: تحقيق المساواة بين الزوجين في النفقة	203
الفقرة الأولى: تحقيق المساواة بين الزوجين في النفقة بموجب اتفاقية سيداو	203
الفقرة الثانية: الإبقاء على مسؤولية الزوج بالنفقة الزوجية في قانون الأسرة	206
الفقرة الثالثة: نفقة الزوجة العاملة	208
المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين في نظام المشارطة المالية وفي حق الميراث	212
الفرع الأول: المساواة بين الزوجين في نظام المشارطة المالية	213
الفقرة الأولى: التأكيد على مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين	213
أولا: مضمون مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين	213
ثانيا: مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين من منظور اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري	218
الفقرة الثانية: نظام الاشتراك المالي بين الزوجين	226

أولا: تعريف نظام الاشتراك المالي بين الزوجين	227
ثانيا: نظام الاشتراك المالي في القانون الفرنسي	227
ثالثا: إقرار نظام الاشتراك المالي في قانون الأسرة الجزائري	229
الفرع الثاني: المساواة في الميراث بين مطالب اتفاقية سيداو وتمسك المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية.	235
الفقرة الأولى: المساواة في الميراث بين الجنسين من منظور اتفاقية سيداو	235
الفقرة الثانية: تمسك المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في توزيع الميراث بين الجنسين	237
الباب الثاني: انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الطلاق وآثاره	242
الفصل الأول: انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أحكام الطلاق	243
المبحث الأول: انعكاس الاتفاقية على قانون الأسرة الجزائري بتوسيع أسباب التطليق	243
المطلب الأول: أسباب التطليق في قانون الأسرة قبل التعديل 11/84	244
الفرع الأول: التطليق لعدم الانفاق وللعيوب	245
الفقرة الأولى: التطليق لعدم الانفاق	246
الفقرة الثانية: التطليق للعيوب	250
الفرع الثاني: التطليق للهجر وللحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية	254
الفقرة الأولى: التطليق للهجر في المضجع	255
الفقرة الثانية: التطليق للحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية	256
الفرع الثالث: التطليق لغيبة الزوج ولارتكابه فاحشة مبينة	258
الفقرة الأولى: التطليق لغيبة الزوج	258
الفقرة الثانية: التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة	260
الفرع الرابع: التطليق لكل ضرر معتبر شرعا	261

المطلب الثاني: أسباب التطليق المضافة بموجب الأمر 02/05	264
الفرع الأول: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة	264
الفرع الثاني: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	267
الفرع الثالث: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج	270
المبحث الثاني: انعكاسات الاتفاقية على قانون الأسرة الجزائري بإقرار حق الزوجة في الخلع بإرادتها المنفردة	272
المطلب الأول: أحكام الخلع	272
الفرع الأول: مفهوم الخلع	273
الفرع الثاني: شروط الخلع	275
المطلب الثاني: الخلع من الرخصة الجوازية في القانون 11/84 إلى الحق الأصيل للزوجة في الأمر 02/05	276
الفرع الأول: الخلع الاتفاقي بين الزوجين بموجب القانون 11/84	277
الفقرة الأولى: اشتراط موافقة الزوج على الخلع من منظور الشريعة الإسلامية	277
الفقرة الثانية: اشتراط موافقة الزوج على الخلع بموجب قانون الأسرة 11/84	282
الفرع الثاني: الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة بموجب الأمر 02/05	288
الفقرة الأولى: أسباب تعديل الخلع من رخصة جوازية إلى حق أصيل للزوجة	288
الفقرة الثانية: الخلع من منظور قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05	292
الفصل الثاني: انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على آثار الطلاق.	299
المبحث الأول: انعكاسات الاتفاقية على الآثار غير المالية للطلاق	299
المطلب الأول: في الحضانة	299
الفرع الأول: أحكام الحضانة	300
الفقرة الأولى: مفهوم الحضانة	300
الفقرة الثانية: شروط الحضانة ومسقطاتها	302
الفرع الثاني: أولوية الأم في حضانة أطفالها	306

الفقرة الأولى: إلغاء التمييز بين الجنسين في ممارسة الحضانة من منظور اتفاقية سيداو	307
الفقرة الثانية: تكريس المساواة بين الجنسين في ممارسة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري استجابة لاتفاقية سيداو	309
المطلب الثاني: في الولاية	317
الفرع الأول: أحكام الولاية على القاصر	317
الفقرة الأولى: مفهوم الولاية	317
الفقرة الثانية: شروط الولاية	319
الفرع الثاني: المساواة بين الأبوين في الولاية على أطفالهم	320
الفقرة الأولى: المساواة المطلقة بين الأبوين في الولاية على أطفالهم بموجب اتفاقية سيداو	320
الفقرة الثانية: تداول ولاية الأبوين على أطفالهم بموجب قانون الأسرة الجزائري	321
المبحث الثاني: انعكاسات الاتفاقية على الآثار المالية للطلاق	325
المطلب الأول: حق المطلقة في التعويض	325
الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي	326
الفقرة الأولى: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي	326
الفقرة الثانية: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي ومسقطاته	334
الفرع الثاني: التعويض عن حالة التطليق وحالة النشوز	336
الفقرة الأولى: التعويض عن حالة التطليق	336
الفقرة الثانية: التعويض عن حالة النشوز	338
المطلب الثاني: حق المطلقة الحاضنة في السكن	342
الفرع الأول: مفهوم مسكن الحضانة وشروطه	342
الفقرة الأولى: مفهوم مسكن الحضانة	342
الفقرة الثانية: شروط مسكن الحضانة	344
الفرع الثاني: إقرار المشرع الجزائري لحق المطلقة الحاضنة في السكن استنادًا إلى	345

أحكام اتفاقية سيداو	
الفقرة الأولى: موقف المشرع الجزائري من حق المطلقة الحاضنة في السكن بموجب القانون 11/84	345
الفقرة الثانية: موقف المشرع الجزائري من حق المطلقة الحاضنة في السكن بموجب الأمر 02/05	349
المطلب الثالث: حق المطلقة الحاضنة في مستحقات صندوق النفقة	354
الفرع الأول: أسباب إنشاء المشرع الجزائري لصندوق النفقة	354
الفرع الثاني: شروط واجراءات الاستفادة من صندوق النفقة	356
الخاتمة	360
الملاحق	370
قائمة المراجع	407
فهرس الموضوعات	441
الملخص (باللغة العربية و الفرنسية و الانجليزية)	1-4

الملخص

الملخص

لقد جاءت هذه الدراسة تحت عنوان "**اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على قانون الأسرة الجزائري**"، وقد هدفت إلى تبيان مدى تأثر المشرع الأسري الجزائري بنصوص هذه الاتفاقية ذات الجدل الواسع خاصة في تعديله الأخير لقانون الأسرة الصادر بالأمر 02/05 ، وهو الأمر الذي اتضح جليا خاصة في باب الزواج والطلاق.

وبالفعل فقد كان انعكاس الاتفاقية كبير في هذه الجزئية، حيث أُدخلت عليها تعديلات جوهرية سواء ما تعلق منها بأحكام الزواج والطلاق أو آثارهما، وهو ما كان يعتبر قبل ذلك من الطابوهات التي لا يجوز المساس بها ولا تعديلها، طالما كانت المرجعية فيها هي دين يصلح لكل زمان ومكان.

وتكشف هذه الدراسة على أنه ورغم أهمية بعض التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على أحكام الزواج والطلاق وآثارهما استنادا إلى بنود اتفاقية سيداو ومطالبات لجنتها، إلا أنه قد فتح على نفسه أبواب كان في غنى عنها، خاصة في تلك التعديلات التي أسقط دور الشريعة الإسلامية فيها بشكل كلي واعتمد في تقنينها على أحكام الاتفاقية حصرا، من أهمها: الولاية، القوامة، التأديب، الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة...إلخ.

هذه التعديلات جاءت استنادا لأحكام المادة السادسة عشر (16) من الاتفاقية التي تُعني بالحقوق الأسرية للمرأة، على الرغم من تحفظ الجزائر على هذه المادة، لكن يتبين أن هذا التحفظ هو مجرد أمر شكلي فقط، كون المشرع قد قام تقريبا بتفعيل أغلب بنود هذه المادة في قانون الأسرة الجزائري، مما يُنبئ بتحضير الجزائر لسحب تحفظها متبعة في ذلك سياسة الخطوة بخطوة، وإن تم ذلك فعلا ستقع الجزائر في مأزق، كون اتفاقية سيداو هي صك دولي علماني يهدف إلى إباحة كل ما هو مرفوض ورفع كل الحواجز والقيود، فهو يبيح العلاقات غير الشرعية، يعترف بابن الزنا، يُسقط العدة، يُلزم المرأة بالنفقة، يوحد مركز الجنسين مساواةً لا عدلاً، يلغي كافة الاختلافات بين المرأة والرجل، يمنح المرأة الزعامة على الأسرة، يُقر التبني، يُخل بمقاصد الزواج، يفتح شهية النساء على الطلاق، يهدم الأسرة ويفكك المجتمع، وهي أمور يعتبرها المجتمع الجزائري المسلم ضرب من الهذيان، وغير قابلة للتفعيل بأي حال من الأحوال.

Résumé

Cette étude s'intitule sur «**La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et ses implications sur le droit algérien de la famille»** et elle vise à montrer à quel point le législateur algérien de la famille était affecté par les dispositions de cette convention très controversée, notamment dans son récent amendement au droit de la famille promulgué par l'ordonnance 02/05 Cela était clairement évident, surtout à la porte du mariage et du divorce.

En effet, le reflet de l'accord a été grand dans cette partie, car des modifications substantielles y ont été apportées, qu'elles soient liées aux dispositions du mariage et du divorce ou à leurs effets, ce qui a été considéré comme un tabou qui ne peut être violé ou modifié, a cause des références qu'il contient qui est tire de la religion qui convient à tous les temps et place.

Cette étude révèle que malgré l'importance de certains amendements introduits par le législateur algérien aux dispositions du mariage et du divorce et leurs effets fondés sur les clauses de l'accord CEDAW et les demandes de son comité, notamment dans les amendements dans lesquels le rôle de la loi islamique a été complètement abandonné., il s'est appuyé exclusivement sur les dispositions de la convention, dont les plus importantes sont: la tutelle, la discipline, Divorce par la seule volonté de l'épouse ... etc.

Ces amendements sont conformes aux dispositions de l'article 16 de la convention relative aux droits familiaux des femmes, malgré les réserves de l' Etat Algérien sur cet article. Ces amendements prédit que l'Algérie s'apprête à retirer sa réserve, , et si cela est effectivement fait, l'Algérie tombera dans un dilemme, puisque l'accord CEDAW est un instrument international laïque visant à permettre tout ce qui est inacceptable et à lever toutes barrières et restrictions, car il permet des relations illégales Il avoue le fils d'adultère, abolit la période d'attente, oblige la femme à dépenser, unifie le statut des sexes dans l'égalité et non la justice, élimine toutes les différences entre les femmes et les hommes, donne aux femmes le leadership sur la famille, approuve l'adoption, viole les buts du mariage, encourage les femmes a divorcée, détruit la famille et désintègre la société, Ce sont des sujets que la communauté musulmane algérienne refusent et les considèrent en aucun cas susceptibles d'être activés ou appliques.

ABSTRECT

This study was entitled **"The Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Implications for the Algerian Family Law"** and it aimed to show the extent to which the Algerian family legislator was affected by the provisions of this widely controversial convention, especially in its recent amendment to the family law promulgated by Order 02/05, which was clearly evident especially in the matter of marriage and divorce.

Indeed, the reflection of the agreement was great in this part, as substantial amendments were introduced to it, whether related to the provisions of marriage and divorce or their effects, and that was considered before as a form of taboos which may not be violated or modified, as long as the reference in it, is a religion that is suitable for all time and place.

This study shows that despite the importance of some amendments introduced by the Algerian legislator to the provisions of marriage and divorce and their effects based on the clauses of the CEDAW agreement and the demands of its committee, it has opened some doors for itself which were indispensable, especially in those amendments in which the role of Islamic law was completely dropped. In codifying them, he relied exclusively on the provisions of the convention, the most important of which are: guardianship, discipline, divorce by the wife's sole will ... etc.

These amendments came in accordance with the provisions of Article (16) of the convention dealing with the family rights of women, despite the legislator's reservations on this article, but it turns out that this reservation is only a formality, since the legislator has almost activated most of the provisions of this article in The Algerian family law, which foretells that Algeria is preparing to withdraw its reservation, following a step-by-step policy, and if this is indeed done, Algeria will fall into a dilemma, since the CEDAW agreement is a secular international instrument aimed at permitting all that is unacceptable and lifting all barriers and restrictions, it permits illegal relations, confesses the son of adultery, abolishes "El-Iida" waiting period, obliges the woman to spend, unifies the position of the sexes in equality and not justice, eliminates all differences between women and men, gives women leadership over the family, approves adoption, breaks the intentions of marriage, opens women's appetite for divorce, destroys the family and

disintegrates society. These are matters that the Algerian Muslim community considers a kind of delirium, and are in no way capable of being realized.