

المركز القانوني للمرأة في ظلّ التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري



د. نسيمة أمال حيفري
أكاديمية بكلية الحقوق جامعة وهران - الجزائر

حفري

مقدمة

إنّ تغيير قانون الأسرة هو من بين الحركات الدولية؛ حيث إنّ هذه الموجة مسّت كلّ دول العالم العربي، كتونس مثلاً والمغرب، التي فرضت قانون الأسرة، الذي قام بالتوسّع، إلى حدّ كبير، في حقوق المرأة عام ٢٠٠٤، إضافة إلى التعديل الذي جاء به المشرّع الجزائري، عام ٢٠٠٥، الذي حمل شكلاً جديداً للأسرة الجزائرية.

لقد صادقت الجزائر على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، التي تطالب بإعادة النظر في مسألة حقوق الإنسان بشكل عام، وما يتعلق بحقوق المرأة بشكل خاص، خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، كما التزمت بالقرارات والمبادئ الدولية التي تؤكد ضرورة إلغاء كلّ أشكال التمييز ضدّ المرأة، وكان هذا من خلال تكييف التشريعات، ومن بينها تعديل قانون الأسرة ودراسة إمكانية رفع التحفظات الواردة في الاتفاقية.

تميّزت الأسرة الجزائرية، في إطار بنائها وتنظيمها في مرحلتها الأولى قبل الاستعمار، بالطابع الإسلامي، لكن بعد تعرض الدولة الجزائرية للاستعمار الفرنسي، حاول فاشلاً استبدال هذه القيم الإسلامية بقيم غربية غريبة عن المجتمع الجزائري وتقاليده، وبعد الاستقلال بقيت الأسرة الجزائرية معتمدة في تنظيمها على النهج نفسه، وهو النهج الإسلامي، إلّا أنّ هناك بعض التوجهات في الجزائر عارضت ذلك، باعتبار أنه أمام التطور الذي عرفه المجتمع الجزائري خلال تلك الفترة، بعض الحقوق تنتهك لعدم وجود نصوص مباشرة تحكم العلاقات داخل الأسرة وتنظم تلك الحقوق والواجبات خاصة بالنسبة إلى المرأة باعتبارها معنية بالحماية أكثر من الرجل، وكذلك بسبب عدم وجود مختصين في مجال القضاء متمكّنين يمكنهم الإلمام بجميع مبادئ الشريعة الإسلامية لصعوبة الأمر كونه يقتضي الدقة والحكمة وعدم إمكانية احتمال الخطأ.

هذا الأمر اقتضى ضرورة وضع نظام قانوني ينظم هذه الحقوق والواجبات المتعلقة بجميع شؤون الأسرة، فصدر نتيجة لذلك قانون الأسرة الجزائري لأول مرة بموجب القانون رقم ١١/٨٤ المؤرخ في ٠٦/٠٩/١٩٨٤ المتضمن قانون الأسرة، ليتم تعديله لأول مرة سنة ٢٠٠٥ بموجب الأمر رقم ٠٢/٠٥ المؤرخ في ٢٧/٠٢/٢٠٠٥.

رغم تلك الإصلاحات والتعديلات، تباينت وجهات النظر المؤيدة والمعارضة لمشروع تعديل قانون الأسرة بسبب اختلاف توجهاتهم، منهم من يرى القانون مقصراً في تحقيق الحماية اللازمة للمرأة، ومنهم

من يرى أنّ التعديل سلخ المجتمع الجزائري المحافظ من قيمه الدينية والاجتماعية التي فطر عليها، فكان الاختلاف بين الذين أيدوا من البداية مشروع التعديل، لدرجة أنهم طالبوا بإلغاء قانون الأسرة وإحاقه بالقانون المدني، والذين كانوا متحفظين على مشروع التعديل أو كانوا مع التعديل لكن بإبقائه في حدود نطاق الشريعة الإسلامية.

إشكاليات الدراسة

هل تمكنت هذه التعديلات من أن تجعل مركز المرأة يُنظر إليه بعين الرضا من قبل المنادين بحرية المرأة وحمابتها من أشكال العنف والتمييز؟

- وهل حملت هذه التعديلات قيماً اجتماعية سلبية غريبة عن قيم وثقافة المجتمع الجزائري والتي هي مستمدة من القيم الدينية؟
- ما مدى توافق المشرّع الجزائري مع الشريعة الإسلامية فيما يخص التعديلات التي طرأت على قانون الأحوال الشخصية؟

من أجل الإجابة عن هذه التساؤلات، اعتمدت الدراسة المحاور الآتية:

أولاً: المركز القانوني للمرأة الناشئ عند إبرام عقد الزواج في ظلّ قانون الأسرة الجزائري الجديد ٢٠٠٥

- ① توحيد سنّ الزواج بين الرجل والمرأة.
- ② ولاية المرأة في الزواج بين العرف الاجتماعي والشريعة الإسلامية والتشريع الوطني.
- ③ تعدّد الزوجات بين الإباحة والتجريم.

ثانياً: المركز القانوني للمرأة الناشئ بعد انحلال الزواج في ظلّ قانون الأسرة الجزائري الجديد ٢٠٠٥

- ① حقّ المرأة في فكّ الرابطة الزوجية بالتطليق أو الخلع.
- ② الحضانة والولاية وحقّ السكن كحقوق مكتسبة في ظلّ القانون الجديد.
- ③ صندوق النفقة كإجراء جديد بين النص والتطبيق.

ثالثاً: معاهدة القضاء على جميع أنماط التمييز ضدّ المرأة وأثرها في تعديل قانون الأسرة الجزائري

- ① الإطار القانوني لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة.
- ② موقف الجزائر من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة.
- ③ انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة على قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: المركز القانوني للمرأة عند إبرام عقد الزواج في ظلّ قانون الأسرة الجزائري الجديد

رغم أنّ المشرّع الجزائري، خلال وضعه قانون الأسرة، حاول عدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، والالتزام بها، إلاّ أنّه تعرض للكثير من النقد؛ نظراً إلى وجود العديد من الأمور الغامضة التي لم يعالجها القانون بشكل واضح ومفصل، الأمر الذي قد يسمح بعدة تجاوزات تخالف الشريعة الإسلامية، وتفتح المجال لحرمان بعض الأطراف من حقوقهم، إما جهلاً بتطبيق النصّ القانوني لغموضه، أو عمداً لفائدة طرف معيّن.

وتمثلت أهم المواد التي مسّها التعديل في مشروع قانون الأسرة الجديد؛ في توحيد سنّ الزواج بين الرجل والمرأة، وتغيير بعض الشروط المتعلقة بشرط الولي في زواج المرأة، وتقييد تعدد الزوجات برخصة من القاضي، بناءً على موافقة كلّ من الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة، واعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً في الدعاوى المطروحة أمام قسم شؤون الأسرة، وغيرها من البنود التي تم اعتمادها نتيجة تدخل بعض القوى السياسية والاجتماعية، وبعض المنظمات النسائية المنادية بتحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ومن أهم هذه الجمعيات: الجمعية من أجل المساواة بين الرجال والنساء أمام القانون، جمعية من أجل تحرر المرأة، جمعية النساء من أجل المساواة والمواطنة، جمعية من أجل الترقية والدفاع عن حقوق النساء.

المبحث الأول: توحيد سنّ الزواج بين الرجل والمرأة

اختلف سنّ الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد التعديل، فبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية؛ لم يتم تحديد سنّ معينة للزواج، سواء للرجل أو المرأة، إنّما حددت أهليتهما للزواج بناءً على بعض الاعتبارات، أما المشرّع الجزائري؛ فقام بتعديل سنّ الزواج بالنسبة إلى الطرفين بأن جعله موحداً، وسوف نعرض تحليلاً لهذه الاختلافات ودواعي التعديلات من خلال ما سيأتي.

أهلية الزواج للرجل والمرأة في الشريعة الإسلامية

إنّ الرؤية الحاكمة على الفقهاء والتي تطبق فعلياً؛ هي أنّ «السنّ الشرعية» للتكليف والمسؤولية هي «البلوغ»، والمقصود هنا «البلوغ الجنسي».

السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هو الدليل على أنّ سنّ التاسعة للبنات، وسنّ الخامسة عشر للأولاد

هي سنّ البلوغ؟ المؤكد أنّ القرآن، الذي يعدّ مصدراً أساسياً لأحكام الشريعة والنظام الحقوقي الإسلامي، لم يتطرق إلى سنّ البلوغ بشكل صريح ومحدّد، وقد جاء في سورة النور: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (58) وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (59)}⁽¹⁾.

إذا؛ القرآن لم يحدد العمر بالنسبة إلى «سنّ البلوغ»، إنّما أكد أنّ البلوغ من شروط المسؤولية والتكليف⁽²⁾.

أمّا عن أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية، فلم يحددها مجموع الفقهاء، وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى أنّ الإمام أبو حنيفة قرّر سنّ الزواج، في البداية، ببلوغ الذكر ١٢ عاماً، والأنثى ٩ أعوام، وتكون نهايته ببلوغ الذكر ١٨ عاماً، والأنثى ١٧ عاماً.

وقد اجتمع العلماء على أنّه لا توجد سنّ معينة يتم تقييد الزواج في——ها، ويجوز نكاح الصغيرة البالغة في أيّ سنّ، صغيراً كان أو كبيراً، أصغر من الرجل أو أكبر منه، وك——ذلك الأمر بالنسبة إلى الرجل؛ حيث إنّه يجوز له، بناءً على ما سبق، أن يتزوج المرأة التي تكبره، إن أردا، أو أن يقوم بالزواج من امرأة تصغره، أو تعادله في العمر، إن أراد ذلك، وليس يمنعه شيء من ذلك طالما وجد فيه الشرط الأساسي للزواج وهو البلوغ.

أمّا عن تح——ديد زواج البنت وهي صغيرة في السنّ من قبل أبيها، فذلك ج——ائز، إن كان قد زوَّجها بكفاءة، وذلك أنّ علماء المسلمين قد قالوا، وبالإجماع، بجواز قيام الأب بتزويج ابنته الصغيرة، لكن لا يتحقق الزواج ويصبح أمراً واقعاً حتى تتمّ البنت وتصل إلى سنّ البلوغ، وذلك أنّ أبا بكر، رضي الله عنه، قد زوَّج ابنته عائشة لرسول الله، صلّى الله عليه وسلّم، وقد كانت صغيرة آنذاك⁽³⁾.

بالرجوع إلى الآيتين ٥٨ و ٥٩ من سورة النور، وكذا رأي أغلب الفقهاء، نجد أنّه يتوجب علينا تحديد

1- سورة النور: 58 - 59.

2- عماد الدين باقي، الحقّ في الحياة (إعدام الأطفال)، دراسة عن الجذور والحلول الفكرية والفقهية، ترجمة: صادق العبادي، الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان، 2009، ص 61.

3 هادي فهمي، سنّ الزواج في الإسلام، موقع موضوع، بتاريخ: 2014/11/20، على الموقع الآتي: <http://mawdoo3.com>

مسألة مهمة جداً، وهي تحديد الفرق بين البلوغ وسنّ الرشد؛ فهل يعدّ كل بالغ مؤهلاً للزواج؟ وكيف يمكن تحديد هذا السنّ بالنظر إلى اختلاف البيئة والمجتمعات؟

اختلف جمهور الفقهاء في تحديد السنّ التي تعبر عن البلوغ، والسبب في ذلك اختلافهم حول أنّ البلوغ يرتبط بسنّ المراهقة، والمراهقة أمر جسماني تابع لمناخ البلاد المختلفة، فالمذاهب الأربعة حدّدت البلوغ بظهور العلامات الطبيعية، والمذهب المالكي الذي اعتمد المشرّع الجزائري أغلب أحكامه منه، لم يحدّد سنّاً معينة للبلوغ، وظهور هذه العلامات، إنّما تركها لتصريح الصغير نفسه، فلو ادعى الصغير، أو الصغيرة، ظهور هذه العلامات عليه، فإنّه يصدق في ذلك ما لم يكذبه الظاهر.

إنّ البلوغ في الأمور العبادية كالصلاة «شرط كاف»، أمّا في الأمور المدنية كالتصرف المالي والزواج، فالبلوغ «شرط لازم»، لكنّه ليس «شرطاً كافياً»، لأنّ الأمور المدنية تتطلب وجود الرشد العقلي، مثلاً في التصرفات المالية، والزواج للأفراد لا يعدّ «البلوغ» و«العقل»، بحسب الفقه، مجزياً لصحة المعاملات، إنّما يضاف إليهما شرط آخر هو «الرشد»، فالفرد إما عاقل أو مجنون، والعقلاء على نوعين: رشيد وغير رشيد (سفيه)، فالرشد في المصطلح الفقهي لا يرتبط بالجسم فقط، إنّما هو نوع من الكمال الروحي والفكري، مثلاً من شروط سلامة عقد الزواج أنّه لا بدّ للفرد من أن يفهم ويدرك هدف الزواج، وقيّمته، ونتائجه، وأن تكون عنده المقدرة على التمييز والانتخاب والإرادة، وأن تكون عنده المقدرة الإدارية، وعندها يكون الفرد رشيداً⁽⁴⁾.

خلاصة ما سبق؛ يمكن القول إنّّه في جميع الأحوال، لا يمكن النزول عن سنّ ١٥ عاماً لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي؛ لأنّ مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحدّ الذي يصبح الشخص بموجبه مكلفاً بالواجبات الدينية والدينية، كأصل عام، خاصة أنّ القانون نصّ على أنّ الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات⁽⁵⁾.

أهلية الزواج للرجل والمرأة في قانون الأسرة الجزائري

سبق أن أشرنا إلى أنّ قانون الأسرة الجزائري صدر، للمرة الأولى، عام ١٩٨٤، لكن رغم ذلك كان لا بدّ من

4 عماد الدين باقي، المرجع السابق، ص 66.

5 بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص 61.

وجود نصوص قانونية تنظم الأمور المتعلقة بشؤون الأسرة، بما لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ومن ذلك قانون ١٩٦٣/٠٦/٢٩، الذي حدّد سنّ الزواج بالنسبة إلى المرأة ١٦ عاماً، وللرجل ١٨ عاماً.

بعد صدور الأمر رقم ٥٨/٧٥؛ الصادر بتاريخ ٢٠ رمضان ١٣٩٥هـ الموافق لـ ١٩/٠٩/١٩٧٥، المتضمن القانون المدني الجزائري، أصبح كلّ ما يتعلق بشؤون الأسرة يخضع لمبادئ الشريعة الإسلامية، ويبدو ذلك جلياً بموجب المادة الأولى منه؛ التي جاء فيها: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نصّ تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

لكن لم يستطع القانون المدني من معالجة كافة قضايا شؤون الأسرة، باعتبارها قضايا حساسة تمس الأسرة، بالتالي لها أثر مباشر في المجتمع، إضافة إلى أنّ الأحكام في هذا المجال لا تقبل الخطأ، وهي تعتمد على عدة آراء واجتهادات فقهية، وقد تختلف من مذهب إلى آخر، لذلك كان صدور قانون الأسرة ضرورة حتمية من أجل سد الفراغ الموجود بمسائل الأحوال الشخصية.

وعن ظروف صدور قانون الأسرة الجزائري؛ فإنه بتاريخ 08 آذار (مارس) عام 1979، استغلت مجموعة نساء جامعة الجزائر فرصة الاحتفال باليوم العالمي للمرأة، للقيام بنشاط احتجاجي وإصدار النشرة الأولى لها بعنوان «من أجل حقوق المرأة»، من خلال إبراز هذا النشاط داخل إطار الجامعة باعتباره المكان الوحيد الذي يمكن من استقطاب مختلف الفئات المعنية، لكنّ الجهات المعنية لم تأخذ هذا الوضع بشكل إيجابي، وحاولت قمع هذا النشاط ومعاقبة من كان له دور في تحريكه.

في عام 1980 عقدت جمعية نسوية متكونة من مثقفين وقانونيين ومناضلين سياسيين ملتقى بولاية وهران، حول وضعية المرأة، وقدموا انتقادات لمشروع قانون الأسرة، وإثر ذلك تم تقديم هذا المشروع إلى البرلمان من قبل الحكومة، بتاريخ 28 أيلول (سبتمبر) 1981، ولم تتم المصادقة عليه حتى شهر تموز (يوليو) من عام ١٩٨٤.

وبتاريخ: ١٩٨٤/٠٦/٠٩؛ صدر قانون تحت رقم (٨٤/١١)، يتضمن قانون الأسرة الجزائري؛ وهو أول قانون ينظم مسائل الأحوال الشخصية، ورغم ذلك كان هذا القانون يستمدّ أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية، وقد اعتمد المشرّع الجزائري في تنظيمه على المذهب المالكي.

بالتالي؛ المشرّع الجزائري لم يخرج عن نطاق مبادئ الشريعة الإسلامية، بدليل إدراجه المادة (٢٢٢) من قانون الأسرة، التي نصّت على أنه: «كلّ ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

وفيما يتعلق بمسألة أهلية الزواج بالنسبة إلى الرجل والمرأة؛ فقد فصل فيها المشرع الجزائري قانوناً.

إذ نصّت المادة ٧ من قانون الأسرة لعام ١٩٨٤، أي قبل التعديل، على أنه «تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام ٢١ عاماً والمرأة بتمام ١٨ عاماً، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة».

وهذه المادة كانت ضمن الأسباب التي جعلت قانون الأسرة يتعرض للكثير من النقد، باعتباره خلق نوعاً من التمييز فيما يتعلق بالمركز القانوني للمرأة، إضافة إلى أنه كان يتناقض مع العديد من المواد المتعلقة بالأهلية في التشريع الجزائري، ومن ذلك المادة (٤٢) من القانون المدني، التي تحدّد سنّ التمييز بـ ١٦ عاماً كاملة، (لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر عاماً)، وكذلك المادة (٤٠) من القانون المدني، التي تحدّد سنّ الرشد المدني بـ ١٩ عاماً: «كلّ شخص بلغ سنّ الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسنّ الرشد تسعة عشر (١٩) سنة كاملة»، فكيف يمكن للمرأة إبرام عقد زواجها في سنّ ١٨ عاماً، على أساس أنها مؤهلة لذلك طبقاً لقانون الأسرة؟! رغم أنها لم تبلغ سنّ الرشد المدني طبقاً للقانون المدني!

هذه الانتقادات التي تعرّض لها قانون الأسرة لعام ١٩٨٤، كانت دافعاً لتعديله بموجب الأمر رقم (٠٢/٠٥)، المؤرخ في ٢٧/٠٢/٢٠٠٥، المعدّل والمتمم لقانون الأسرة؛ إذ جاء في المادة (٧) بعد تعديلها ما يلي: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام ١٩ عاماً، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات».

حاول المشرع الجزائري، من خلال هذا التعديل، توحيد سنّ الزواج بين الرجل والمرأة لتحقيق المساواة بينهما، ولتلافي الاختلاف الموجود بين سنّ الزواج وسنّ الرشد المدني، خاصة لما أثاره من مشاكل أمام المحاكم ولجوء العديد من العائلات إلى الزواج العرفي خشية رفض القاضي منح ترخيص بالزواج للقاصرة لعدم وجود ضرورة لذلك، وبذلك لا يجوز تزويج القاصرة غير المميزة أو القاصر غير المميز (من لم يبلغ ١٦ عاماً)، باعتبار أنّ كلّ تصرفاتهم تعدّ باطلة قانوناً، وهو ما أكدته المادة (٨٢) من قانون الأسرة.

غير أنّ هناك حالة أجازها القانون لتزويج القاصرة بشكل رسمي، كما هو مشار إليه في المادة (٧) من قانون الأسرة بعد التعديل؛ وهي اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحصول على ترخيص من رئيس المحكمة المختصة إقليمياً بزواج القاصر أو القاصرة، شريطة وجود مصلحة أو ضرورة يقتضيها هذا التعجيل في الزواج، أي في حال عدم بلوغ القاصرة سنّ الزواج، وهي ١٩ عاماً، يتقدّم ولي القاصرة بطلب إلى رئيس المحكمة، إضافة إلى شهادة ميلاد المعني بالطلب، وكذا شهادة طبية تثبت قدرة القاصر على تحمّل الالتزامات الاجتماعية والعائلية للزواج، وتحقق الاستعداد الفيزيولوجي لذلك، فيستدعي رئيس المحكمة كل من القاصرة ووليها والشخص الذي يرغب بالزواج بها، للتحقيق بالأمر والتأكد من وجود جميع الشروط والظروف والضرورة ليمنح الترخيص بزواج القاصرة.

حالات من الواقع العملي

- من بين الحالات التي يمكن فيها طلب ترخيص بزواج القاصرة، على سبيل المثال لا الحصر، بعض الأمثلة التي واجهتنا من خلال عملنا في مجال المحاماة، وبعض الدعاوى التي قمنا بمعالجتها:
- إحداها تتعلق بقاصرة تبلغ من العمر ١٨ عاماً، كانت مخطوبة لابن عمها، وأراد والدها تزويجها قبل بلوغها سنّ ١٩ عاماً، وذلك بسبب أنّ عمّها، وهو والد خطيبها، كان مريضاً على فراش الموت، ولم يكن هناك من يمكنه الاعتناء به ورعايته سوى ابنه، فأراد أن تنتقل إلى العيش مع عمّها بعد إبرام عقد الزواج مع ابن عمها، لغاية إنسانية وضرورة اقتضتها الحالة الصحية لوالد خطيبها، فكان الأمر بأن منح القاضي ترخيصاً بزواجها قبل بلوغها السن القانوني للزواج.
- وهناك حالة أخرى: رفض رئيس المحكمة المختص منح الترخيص بزواج القاصرة، بعد أن استدعى كلاً من الفتاة ووليها مقدم الطلب، وكذا الشخص الذي أراد الارتباط بها، وبعد أن باشر رئيس المحكمة التحقيق والنظر في ظروف الطلب وأسبابه، تبين له أنّ الفتاة تبلغ من العمر ١٧ عاماً، في حين أنّ الرجل يتجاوز عمره ٤٠ عاماً، وهو في سنّ والدها، بالتالي قرّر رئيس المحكمة رفض طلب الترخيص، لعدم جاهزية الفتاة لتحمل المسؤولية، وعدم قدرتها على الزواج، لأنّ فارق السنّ بينها وبين الخاطب كبير، ما يجعل هذه العلاقة بعيدة عن التكافؤ الذي يتطلبه الزواج.

نقد موجه إلى موقف المشرّع الجزائري من إقرار توحيد سنّ الزواج

رغم أنّ المشرّع الجزائري حاول من خلال تعديل النص القانوني وتوحيد سنّ الزواج بين

الرجل والمرأة، إزالة الغموض ووضع حدّ للتناقض الموجود بين نصوص القانون الوضعي، إلا أنّ هذا الموقف له جانب من الإيجابيات، كما له جانب من السلبيات:

- بالنسبة إلى الموقف الإيجابي برأينا، يتمثل فيما يأتي:
- وجد في اعتماد المشرّع الجزائري توحيد سنّ الزواج بين الرجل والمرأة، حدّاً فاصلاً للتناقض الذي كان موجوداً بين سنّ الزواج وسنّ الرشد المدني.
- أنّ زواج القاصرات قد يكون خطراً على صحتهم، وذلك نظراً إلى عدم اكتمال نموّهن الطبيعي الذي يتوقف في سنّ الرشد، ما ينجّر عنه العديد من الأمراض؛ على غرار فقر الدم، وتدهور نفسيتهن، خاصة في حال تمّ إجبارهنّ على ذلك، وأنّ إنجاب الأطفال في سنّ مبكر سيؤثر بشكل كبير في صحة الفتاة، خاصة في حال كان سنّها أقل من ١٦ عاماً، وهو ما أكدّه البروفيسور مصطفى خياطي، رئيس الهيئة الوطنية لترقية الصحة^(٦).
- بالنسبة إلى الرأي السلبي، فيمكن تحليله وفق الآتي:
- لم يرتب المشرّع الجزائري البطلان في حال مخالفة شرط سنّ الزواج المطلوب قانوناً، لكن جرى العمل على أنّه إذا ثبت زواج القاصر يفسخ الزواج قبل الدخول ويثبت بعد الدخول.
- هذا الشرط فتح المجال أمام ما يعرف بالزواج العرفي بين القصر، وذلك تفاعلياً للجوء إلى القضاء لطلب الترخيص، وما يسببه من تضييع للوقت واحتمال رفض الطلب.
- لم يحدّد المشرّع الجزائري الضوابط اللازمة لتحديد المصلحة والضرورة في حال طلب الترخيص، ما يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.
- أنّ المشرّع أقرّ ترشيده الزوج القاصر الذي يبلغ أقل من ١٩ عاماً بقوة القانون فيكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، في حين أنّه يبقى دائماً قاصراً فيما يتعلق بسلطته في التصرف في أمواله، ويبقى دائماً يخضع في هذه الحالة لسلطة وليّه، فكيف يكون راشداً في تولي حقوقه الاجتماعية والزوجية، ويكون في ذات الوقت قاصراً في تسيير شؤونه المالية؟!
- أنّ النساء في القديم كن يتزوجن في سنّ مبكرة جداً، وكانت العلاقات الزوجية آنذاك علاقات ناجحة وتستمر طويلاً، ولم يعرف المجتمع الجزائري انتشاراً لنسبة الطلاق كما هو عليه حالياً، بالتالي فالأمر لا يتعلق بسنّ زواج الفتاة سواء كانت قاصرة أو بالغة.

6 أسهمان. ز، 400 قاصر دون سنّ الـ 16 أجبرن على الزواج في 2012، جريدة النهار الجزائرية، بتاريخ: 2012/10/15.

• المبحث الثاني:

ولاية المرأة في الزواج بين الشريعة الإسلامية والتشريع الوطني والعرف الاجتماعي

تنقسم ولاية الزواج شرعاً: إلى ولاية الإيجاب ويكون للولي فيها الحق في أن يزوّج من له الولاية عليه ممن يختاره، سواء رضي المولى عليه بذلك أو لم يرضَ، وتثبت عند المالكية على فاقد الأهلية وناقصيها بسبب الصغر أو الجنون أو العته.

وولاية الاختيار: يكون الرضا فيها من طرفين معاً، أي الولي والمولى عليه، أما من الناحية القانونية فموضوع ولاية المرأة في الزواج لاقي الكثير من النقاش والجدل إلى حد وصل بالبعض إلى المطالبة بإلغاء شرط الولي كركن من أركان الزواج، لذلك ستم دراسة هذا الموضوع من مختلف جوانبه الشرعية والقانونية والعرفية.

ولاية المرأة في الزواج طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية

يقوم الزواج من الناحية الشرعية والقانونية على عدة أركان هي: رضی الطرفين، الولي، شاهدي عدل، وصدّاق معلوم. ويقصد هنا بالولي:

أ- الولاية لغة: سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء، ومنها أخذت كلمة الوالي الذي له سلطة ونفوذ على قطر معين.

ب- الولاية اصطلاحاً: ويقصد بها الفقهاء: «تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه»، ويعرّفها الإمام أبو زهرة بأنّها: «القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير الحاجة إلى إجازة من أحد».

شروط وترتيب درجات الولاية

الشروط اللازم توفرها في الولي على الزواج هي ثمانية شروط، ستّة متفق عليها، هي: البلوغ، والعقل، والذكورة، والحرية، والإسلام، وأن يكون حلالاً «أي غير محرم بحجّ أو عمرة»، واثنين مختلف فيهما، والراجح أنهما شرطي كمال وليس صحة، هما: العدالة والرشد. وتثبت الولاية بواحد من أربعة أمور هي: القرابة، أو الولاء، أو الملك، أو الإمامة، وعلى الترتيب الآتي، بحسب رأي الإمام مالك: الابن،

الأب، الأخ، الجد، الأقربون على الترتيب المعروف في التعصيب، الكافل، القاضي، عامة المسلمين^(٧).

لقد رتب الفقهاء ولاية القاصرة بحسب سلوك الأولياء ووضعوا ثلاثة تصنيفات من أنواع الأولياء:

الصف الأول: يتمثل الأولياء في: الأب، الجد، الابن، الذين لم يعرفوا بسوء الاختيار فإذا ما قام أحدهم بتزويج القاصرة، يكون عقد الزواج صحيحاً دون خيار البلوغ بالنسبة إلى الصغيرة، ويصحّ العقد، ويلزم الصغيرة التي بلغت سواء كان الزواج من كفاء أو غيره وبمهر المثل أو غيره.

الصف الثاني: وهو الترتيب نفسه: الأب، الجد، الابن، ويقوم أحدهم بتزويج القاصرة، لكن يعرف هذا الولي بسوء الاختيار أو المجانة والفسق، فإنّ هذا الزواج غير جائز، ولا يلزم القاصرة إذا بلغت إلا إذا وجد شرط الكفاءة في الزوج، وتمّ زواج الصغيرة وفق مهر المثل.

الصف الثالث: أن يكون الولي من بقية العصابات، أي غير الأب والجد والابن، وتكون ولايته ناقصة لعدم توفر الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه لكونهم بدرجة بعيدة عن القاصرة المراد تزويجها، بالتالي، لا يصحّ هذا الزواج من الأولياء إلا بتوافر شرط الزوج الكفاء، ومهر المثل.

يرى جانب من الفقه أن زواج غير البالغة لا يتعلق بوليها، فالعبرة في كونها بكرًا أم ثيبًا، فإذا كانت بكرًا بالغة، وأرادت فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج كان ذلك، أما إذا أصبحت بالغة وهي ثيب، فيمكنها طلب الفسخ إلا إذا رضيت صراحة بهذا الزواج.

هل يعقد الولي الأدنى في الترتيب زواج المرأة مع وجود الولي الأعلى وموافقته

يقول الشيخ ابن عثيمين (رحمه الله): « جهات الولاية في عقد النكاح خمس؛ أبوة، ثم بنوة، ثم أخوة، ثم عمومة، ثم ولاء، فإن كانوا في جهة واحدة قدم الأقرب منزلة، والأقرب هو الذي يجتمع مع الآخر قبل المحجوب، فمن بينه وبين الجد ثلاثة أقرب ممن بينه وبين الجد أربعة، وهلمّ جرًا، فإن كانوا في منزلة واحدة فالأقوى، فأخ شقيق وأخ لأب، الولي الأخ الشقيق. والواجب مراعاة الترتيب بين الأولياء»، على ما ذكر، فلا يجوز أن يتقدم الولي الأبعد على الولي الأقرب في عقد النكاح.

قال ابن قدامة رحمه الله: «إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب، فأجابته إلى

7 صبري محمد خليل، شرط الولاية في الزواج: ثبوته، إيجابه وحكمته والردّ على دعاة إسقاطه، صحيفة سودانايل، صحيفة إلكترونية، السودان، بتاريخ 2017/03/06.

تزوجها من غير إذنه: لم يصحّ». وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: يصحّ، لأنّ هذا ولي له أن يزوجهما بإذنها كالأقرب⁽⁸⁾.

«أحيانا يعقد للمرأة أخوها، مع وجود والدها أو جدها، تفويضا وموافقة، فهل يصح العقد على تلك الصيغة؟» إذا عقد الولي الأبعد للمرأة في النكاح مع وجود الولي الأقرب، دون عذر شرعي للولي الأقرب، ولا وصية منه: فإن عقده باطل، ولا يصح معه النكاح؛ لأنه لا ولاية له على المرأة، مع وجود مستحقها وهو الولي الأقرب منه. لكن من يحق له أن يعقد للمرأة إذا تنازل عن الولاية لمن هو أدنى منه أو أوصى من هو أهل للولاية بأن يعقد لموليته: جاز عقده، وصح النكاح؛ لأنه حق له تنازل عنه لمن وكله فقام مقامه. وعلى ذلك: فإنه يجوز للأخ أن يتولى عقد أخته، إذا وكله وفوضه وليها الأحق بعقد نكاحها⁽⁹⁾.

دليل شرعية الولاية في الزواج

يستدل جمهور الفقهاء على وجوب الولاية في الزواج بآيات قرآنية وأحاديث نبوية شريفة كثيرة منها: قوله تعالى، في الآية ٢٨٢ من سورة البقرة: «وأنكحوا الأيامى منكم...»، وقوله تعالى في الآية ٢٣٠ من سورة البقرة: «ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا»، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي»، وكذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»، وروي عن أبي هريرة أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»، هذه الأدلة التي أتى بها جمهور الفقهاء الذين يقولون بوجوب الولاية في الزواج، أما الذين يرون أنّ الولاية لا تكون إلا على القصر والمجانين دون البالغة العاقلة، فقد اختلفوا في تفسير تلك الآيات والأحاديث، واستدلوا بالآية الكريمة: «فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره...»، وغيرها من الآيات، وكذا الحديث النبوي الشريف: «الأيّم أحقّ بنفسها من وليها»، ويقصدون بالأيّم من ليس لها زوج سواء كانت بكرًا أم ثيبًا.

8 محمد الصالح المنجد، الإسلام سؤال وجواب، فقه الأسرة، 2010/07/24.

9 محمد الصالح المنجد، المرجع نفسه.

الحكمة من اشتراط الولي لعقد نكاح المرأة

شرّع اشتراط الولي صيانة للمرأة، وحرصاً على حقوقها، وحفاظاً على عنصر الكفاءة بين الزوجين، حتى تستقر الأمور بعد ذلك، وتجد المرأة من يشاركها في حلّ المشكلات التي تقع يعد الزواج، يقول فضيلة الشيخ عطية صقر، رئيس لجنة الفتوى الأسبق بالأزهر، رحمه الله، في كتابه «أحسن الكلام في الفتوى والأحكام»: «مما درج عليه الناس من قديم الزمان أن تكون هناك كفاءة بين الزوجين، ومن هنا وجد الاختيار في قبول أحد الطرفين للآخر عند الخطبة، والمقياس الأول للكفاءة هو الدين الذي يليه في المرتبة الأخلاق، وما بعدها يُترك للعوامل التي تختلف زماناً ومكاناً، والذي يزن ذلك هو العاقل الحكيم الذي يزن الأمور بميزان العقل البعيد عن حدة العواطف، وذلك أحرى بالرجال إلى حدّ كبير، دون إغفال للناحية العاطفية عند المرأة، فلا بدّ من إشراكها في الاختيار أيضاً، وبهذا الاشتراك يوجد نوع من التوازن في تقدير كفاءة الزوج».

يمكن القول: إنّ اشتراط الولاية للنكاح يعد تشريع رباني فيه الخير والنفعة والمصلحة العظيمة للمرأة يجنبها المزالق والمهالك، ويحميها من الرجال المتلاعبين بهذا العقد الشريف، وبه يعلم أيضاً أنّ الله سبحانه ما شرع الولاية لقهر المرأة، أو لتقييد حرياتها، أو لإذلالها؛ بل لحفظ كرامتها وصيانتها من كل سوء.

ولاية المرأة في الزواج طبقاً لقانون الأسرة الجزائري

قبل التعديل:

تعرض المشرّع الجزائري لموضوع ولاية المرأة في الزواج بموجب المادة (١١) من قانون الأسرة لعام ١٩٨٤ (قبل التعديل)، التي جاء فيها: «يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له».

نستنتج من نص المادة (١١)؛ أنّ المشرّع جعل ولي المرأة في الزواج هو أبوها مطلقاً، بغض النظر أكان للمرأة ابن أم لا، وبالتالي قد اتبع ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في جعلهم الولاية ابتداءً للأب، ولو كان لها ابن، وذلك بخلاف ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي وبعض الحنفية في تقديمهم الفروع على الأصول، وبما أنّ المادة (١١)، لما سبقت الأصول على الفروع، ابتداءً من الأب ثم الأقربين، قد كان قصد المشرّع الجزائري الأخذ بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في تقديمهم الأب، ثم الأقربين، وإن علوا، ثم يأتي بذلك الابن وابن الابن وإن نزلوا.

فالمشرّع الجزائري لم يميّز في هذه المادة بين زواج القاصرة وزواج البالغة، إنّما اشترط ضرورة قيام الولي، وهو الأب، بتزويج ابنته، لكن يؤخذ عليه عدم تحديد من هم الأقربون لتولي ولاية المرأة في الزواج.

أما المادة (١٢) من قانون الأسرة، فنصّت على أنّه 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 (٩) من هذا القانون، غير أنّ للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت.

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٠٣/٣٠ أنّه: «متى تبين في قضية الحال أنّ الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإنّ القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون».

إنّ الولي، أباً كان أم غيره، ملزم بحماية مصلحة من هي تحت ولايته، لا التعسف في هذا الحقّ، وحرمانها من الزواج بمن هو كفاء إضرار بها، لذلك أجاز المشرّع الجزائري في حال ثبوت أنّ الزوج كفاء، وأنّ رفض الولي تزويج من هي في ولايته دون مبرر، وكان أصلح لها، أذن لها القاضي بهذا الزواج رغم رفض الولي، ولا يجوز المنع إلّا للأب الذي له الحقّ في منع زواج ابنته متى ثبت وجود مبرر لذلك، ومصلحة للبنت، وهنا نكون أمام ولاية إجبار.

وقد نصّت المادة (١٣) من قانون الأسرة على أنّه: «لا يجوز للولي، أباً كان أو غيره، أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها». وهنا نلاحظ التناقض الكبير بين هذا النصّ ونصّ المادة (١٢)؛ فالمشرّع الجزائري بذلك وضع القاضي أمام غموض النصّ، ما يقتضي الحاجة إلى تفسيره بما لا يتعارض مع النصّ السابق.

وبالرجوع إلى نصّ المادة (٣٣) من قانون الأسرة؛ أكّدت أنّ الزواج الذي يتم دون 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 واحد.

وبالرجوع إلى نصّ المادة (٩) من قانون الأسرة، التي نصّت على أنّ: «يتمّ عقد الزواج برضا الزوجين، وبوليّ الزوجة، وشاهدين وصداق»؛ حيث عدّت هذه المادة الولي ركناً من أركان الزواج، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة، من خلال مقارنة نصّ المادة (٣٣) بنصّ المادة (٩): كيف يشتمل

الزواج على حكمين مرة يكون باطلاً ومرة يكون قابلاً للإبطال؟

نستنتج مما سبق: أنّ اشتراط الولي في عقد الزواج هو حماية لمصلحة المرأة ودرء المفسد عنها، وصوناً لها من حضور مجالس الرجال، بالتالي، أعطى المشرع هذا الدور للولي، لكنّه وضع له قيد على سلطة ولايته بأن لا يمنعها من الزواج إذا رغبت، به سواء أكانت بكرة أم تيباً، غير أنّ المواد المتعلقة بالولاية لم تخلُ من الغموض، بداية من المادة (١٢) التي تمنع الولي من رفض زواج ابنته، وتحيل الولاية إلى القاضي ليأذن لها بالزواج، ثم في الفقرة الثانية يسمح للأب بمنع ابنته من الزواج متى وجد مصلحة لها في المنع، فكيف يمكن تحديد الزوج الأصلح في نظر الولي.

إلى المادة (١٣) التي تمنع الولي من منع زواج من هي في ولايته، أو إجبارها على الزواج دون موافقتها، مروراً بالمواد (٣٣) و(٩)؛ التي تارة يعدّ المشرع الجزائري فيها الولي ركناً من أركان الزواج وتارة يعدّه شرطاً لصحة عقد الزواج.

بعد التعديل:

أثارت مسألة الولاية في الزواج جدلاً كبيراً، وانقسم موقف القانونيين والمنادين بحرية المرأة إلى قسمين: منهم من يرى أنّ الولاية يجب أن تلغى كلياً؛ لأنّه من غير المعقول أن تتولى المرأة الولاية باعتبارها قاضية، وتكون ولياً لمن لا ولي له، بموجب المادة ١١ من قانون الأسرة الجزائري، وتكون إطاراً بالمنصب العليا كأن تكون محامية أو وزيرة، أو حتى مرشحة لرئاسة الجمهورية، وتحتاج إلى ولي. وقد ظهر فريق آخر رأى أنّ إسقاط الولاية يعدّ مخالفاً لما جاءت به الشريعة الإسلامية، وما سادت من أعراف في أوساط المجتمع الجزائري، من عادات وتقاليد، وبالتالي من غير المشروع إرضاء فئة وتهميش أخرى، لا سيما أنّ تعليمات رئيس الجمهورية ركزت وأكدت على إبقاء الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة، طبقاً للمادة (٢٢٢) منه، كما أنّه لم يُسقط أيّ مذهب من المذاهب الأربعة الولاية كلياً، بالتالي لا مجال للمساس بالمبادئ الدستورية، لا سيما المادة (٢) من الدستور، التي تعدّ الإسلام دين الدولة، فالولي لا يمسّ بحقوق المرأة ومركزها، بل بالعكس؛ فهي حماية وصوناً لها وحفاظاً على مستقبلها.

قام المشرع الجزائري، بإلغاء المادة (١٢) من قانون الأسرة، وأبقى على المادتين (١١) و(١٣) مع تعديلهما، فقد نصت المادة (١١) على أنّه: تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها، أو أحد أقاربها، أو أيّ شخص آخر تختاره.

ودون الإخلال بأحكام المادة (٧) من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي وليّ من لا وليّ له.

وبناءً على ما سبق ذكره؛ فقد كرّس المشرّع حقّ المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها مع النصّ على اشتراط حضور وليها، الذي لا يتجلى فقط في أبوها؛ بل أيّ شخص تختاره المرأة، ويتجلى ذلك من خلال استعمال حرف التخيير «أو»، وما يفهم أنّ الولي يقتصر دوره على الحضور فقط؛ أي حضوراً شكلياً، فالحضور ينطوي على عدة معان: فقد يفيد حضوره وجه الإلزام أو الاختيار، كما أنّ المشرّع جعل من الولي شرط لزوم في عقد الزواج، بعد أن كان ركناً، وذلك بنصّ المادة (٩) مكرّر، التي من بين الشروط المنصوص عليها الولي، أيّ أنّ زواج المرأة يكون صحيحاً غير أنّه موقوف على إجازة الولي، والإجازة تكون قبل وبعد العقد، وحضور الولي متروك تقديره للمرأة الراشدة في اختيار وليّها^(١٠)

ويبقى دائماً الفراغ القانوني الذي كرسه المشرّع الجزائري، في المادة (١١)، سواء قبل التعديل بالنسبة إلى القاصرة وبالغاة على حدّ سواء، أو بعد التعديل بالنسبة إلى القاصرة فقط، فلم يوضح من هم الأقارب الأولون، وكيف يتمّ تحديدهم وترتيب درجتهم من حيث صلة القرابة، فترك المجال مفتوح وخاضع للسلطة التقديرية للقاضي.

إن إلغاء المادة (12) من قانون الأسرة يثير تساؤلاً حول الحالة التي لو وقع اختيار القاصر على زوج غير كفء كما لو كان فاسداً أو معتاداً على الجريمة أو سيء السلوك، ألا يحقّ للولي الاعتراض على هذا الزواج؟! كونه متأكد من أنّه ضدّ مصلحة من هي تحت ولايته، وقد يلحق بها ضرراً وهو أدري بمصلحتها.

كما أنّه بإلغاء المشرّع الجزائري للمادة (١٢)، أغفل معالجة مسألة مهمة أيضاً، تتعلق بالحالة التي يقوم فيها الولي بمنع القاصرة التي هي تحت ولايته من الزواج، إن كانت ترغب به (باعتبار أنّ الراشدة أصبحت تزوّج نفسها ولها حرية اختيار الولي الذي تريد)، فهل يمكن اللجوء إلى القضاء للحصول على إذن من القاضي على هذا الزواج إن تبين أنّ لها مصلحة في ذلك؟

إنّ إلغاء هذا النصّ يحيلنا إلى الماد (٢٢٢) من قانون الأسرة، لسدّ الفراغ القانوني الذي أثاره المشرّع الجزائري، وهي المادة التي تحيلنا إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، فيمكن للقاضي التدخل والقضاء بما يراه مناسباً باعتبار أنّ الشريعة الإسلامية تسمح بمنح الولاية للقاضي بدل الولي الشرعي، متى قام هذا الأخير بمنع من هي تحت ولايته على الزواج، وثبت للقاضي أنّ هذا الزواج أصلح لها، وليس هناك ما يمنع

10 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 52.

من إبرامه تطبيقاً لقاعدة أن «القاضي ولي من لا ولي له».

أما عن المادة (١٣)، فقد نصت على أنه: «لا يجوز للولي، أباً كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها»، رغم أن القانون لا يجيز للمرأة إبرام عقد زواجها دون حضور وليها، وبخلاف ما كان ساراً في ظل القانون قبل التعديل، وحلّ بموجبه القانون (٠٢/٠٥)، فإن من حق المرأة أن تختار وليها، وليس بالضرورة أن يكون الولي من أهلها، فقد يكون أي شخص حتى ولو كان أجنبياً لا صلة لها به.

إنّ المادة (١٣) من قانون الأسرة لا تميز بين البنت البالغة والقاصرة الحاصلة على إذن الزواج من القاضي، فهنا المشرّع قد خالف فقهاء الشريعة الإسلامية باستغنائه عن ولاية الإجماع على القاصرة.

وكخلاصة لكل ما سبق: «فقد اتجه المشرّع الجزائري من خلال التعديل الجديد في مسألة ولاية المرأة في الزواج إلى اعتبار الولي في عقد الزواج أمراً شكلياً فقط، فالمرأة البالغة يمكن لها أن تختار أي شخص يتولى عقد زواجها، كما يمكن لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها متى بلغت سنّ الرشد. ويمكن القول إنّ المشرّع بهذا التعديل قد خرج عن المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي، فالمشرّع عدّها ولاية إجبار».

ولاية المرأة في الزواج طبقاً للعرف الاجتماعي

بالرجوع إلى العرف الاجتماعي الجزائري؛ فالولاية عنده محلّ إجماع، رغم أنّها مختلف فيها شرعاً، فرغم التعديل الذي جاء به المشرّع الجزائري فيما يتعلق بمنح البالغة حقّ تزويج نفسها، واختيار الولي الذي تريد دون اشتراط الأب أو غيره، إلاّ أنّه من الناحية الاجتماعية لا يعدّ هذا الأمر مقبولاً وجائزاً في ظلّ البيئة الجزائرية المحافظة.

فلم يشهد المجتمع الجزائري، رغم ذلك، انتشاراً لحالات تزويج البنات لنفسها دون ولي، لكن بقي زواج المرأة يقوم على مبادئ الشريعة الإسلامية المتعارف عليها، التي أصبحت جزءاً من ثقافة وبيئة الأسرة الجزائرية، فالتعديل الذي ورد بقانون الأسرة الجزائري يجعل للمرأة حرية الاستغناء عن الولي، وإمكانية تزويج نفسها بكل حرية، ما دام لها الحرية في اختيار الولي الذي تريد أيّاً كان، وهو ما يعدّ غريباً على مجتمعنا وقيمنا وعاداتنا التي فطر عليها المجتمع، كونه يتعارض مع العرف الجاري في هذا الشأن بالمجتمع الجزائري.

والقول بخلاف ذلك يعدّ شاذاً وغير مقبول، فالمرأة مهما بلغت من مستوى علمي ومركز اجتماعي مرموق، وتعليم، وثقافة، وإن تقدّمت في السنّ، وإن بلغت ما بلغت من الثقافة والعلم، فهي تظلّ عديمة المعرفة بطبائع الرجال وأخلاقهم وأصولهم الاجتماعية وسوابقهم الأخلاقية، وتبقى دائماً إرادتها لصيقة برأي وموقف وليها الذي يكون والدها أو أقاربها الأولين، الذي يكون أدرى بمصلحتها وأكثر حرصاً على حمايتها وتحقيق سعادتها.

● المبحث الثالث: تعدّد الزوجات بين الإباحة والتجريم

بعد أن كانت الشريعة الإسلامية هي القانون المطبق في البلاد الإسلامية، أصبحت كلّ المسائل تنظم بقوانين وضعية، وامتدّ الأمر ليشمل الأحوال الشخصية؛ فقد اختلفت التشريعات في تناولها لقضية التعدد ما بين موسّع ومقيّد ومان. لقد شرع الله نظام تعدّد الزوجات في الإسلام، وأباحه، وضبطه بشروط، بعد أن كان على إطلاقه دون قيد وضبط.

مشروعية تعدّد الزوجات في الشريعة الإسلامية

إنّ من أولى الأسس التي تورد في ما يتعلق بموضوع تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية؛ الآية (٣) من سورة النساء، وهي الآية الأساس أو المصدر الأولي والعام لنظام التعدد بكامله فهي الآية الأم، إنّ صحّ التعبير، وقد جاء فيها قول الله تعالى: ﴿وإن خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعْوَلُوا﴾^(١١) وقد تعرض الفقهاء والمفسرون لهذه الآية بالتحليل والتفسير.

فتعدّد الزوجات هو أن يتزوج الرجل أكثر من امرأة، جامعاً بينهما، على ألا يزيد عددهنّ عن الأربعة، أو تتزوج أكثر من امرأة رجلاً واحداً مجتمعات عليه على ألا يزيد عددهنّ على أربعة.

والأصل في حكم تعدّد الزوجات هو الإباحة، فقد أباح الله سبحانه وتعالى التعدّد بشرط العدل، فكان الأصل في التعدد هو الإباحة... فقال الشافعي: «وأحبّ إليّ أن يقتصر على واحدة وأن أبيع له أكثر»، وقد ذهب بعض المتأخرين إلى القول إنّ الأصل في الزواج هو التعدّد لمن استطاع ذلك، ولم يخف الجور، لما في ذلك من المصالح الكثيرة في عفة فرجه، وعفة من يتزوجهنّ، والإحسان إليهنّ، وكثرة النسل الذي تكثر به الأمة، ولأنّه، صلّى الله عليه وسلّم، تزوج بأكثر من امرأة^(١٢).

11 سورة النساء: الآية 3.

12 عبد الله بن صالح الزبير، (شوال 1429هـ)، العدل في النفقة بين الزوجات، مجلة العدل، العدد 40، ص 140.

حكم التعدد

يأخذ الأحكام التكليفية الخمسة^(١٣):

- ① قد يكون مباحاً: وهو ما إذا كان لا يخاف على نفسه الزنا، ويملك الباءة، أي ما يتزوج به أكثر من واحدة ويضمن العدل بينهم.
- ② وقد يكون سنّة: وهو ما إذا كان لا يخاف على نفسه الزنا، ويملك من الباءة ما يتزوج به أكثر من واحدة، وكثير النساء في المجتمع، وأن يضمن العدل بينهم.
- ③ وقد يكون واجباً: إذا كان يخاف على نفسه العنت، ويملك الباءة، ولا تكفيه زوجة واحدة، وكان في المجتمع أعداد كبيرة من النساء يخشى عليهن الزنا، ويضمن العدل بينهم.
- ④ وقد يكون مكروهاً: وهو ما إذا كان لا يملك إلا الأقل من الباءة، ولا يخشى على نفسه العنت، ولم يضمن العدل بين زوجاته.
- ⑤ وقد يكون حراماً: وهو ما إذا كان لا يعدل بين زوجاته، أو كان لا يقدر على النفقة عليهن، ولا يخشى على نفسه العنت؛ حيث يقول العلامة الزحيلي: «الاقْتِصَارُ عَلَى امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ وَاجِبٌ عِنْدَ خَوْفِ الظُّلْمِ».

شروط تعدد الزوجات من الناحية الشرعية

شرع الإسلام لكلّ رجل الزواج بامرأة واحدة، وهذا هو الأصل، أما تعدد الزوجات فلا يتمّ إلا عند الحاجة إليه، ولم توجبه الشريعة الإسلامية، وإنّما أباحتها بشروط خاصة، فالتعدد مقيد ومضبوط بشروط محددة في الشريعة الإسلامية.

- ① **فيما يخصّ العدد**: لا يجوز الجمع بين أكثر من ٤ نساء، وإذا طلق الزوج إحداهنّ، فلا يمكنه أن يتزوج خامسة حتى تنتهي عدة المطلقة، وهو ما يشبه نكاح الأخت في عدة الأخت، قال البخاري رحمه الله: «لا يتزوج أكثر من أربع لقوله تعالى: {مثنى وثلاث ورباع}».

ومن قوله تعالى: {مثنى وثلاث ورباع} فهذا اللفظ بيت القصيد في الآية، والأساس عموماً، وما كان الذي سبقه إلا لإيضاح المعنى الإجمالي، ولقد اتفق أهل العلم في أنّ المعنى من هذا اللفظ، أنّ للرجل أن

13 محمد الصالح بن عومر، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمارست، الجزائر، العدد الثاني، جوان 2012، ص 34.

ينكح من النساء العدد المذكور في هذه الآية، وألا يتعدّاه، وهو أربعة من النساء تحت عصمته في آن^(١٤).

2 في ما يخصّ العدل: يتجسّد هذا الأساس في جزء آخر من الآية (٣) من سورة النساء، التي يقول فيها جلّ من قائل: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا}، ومنه يتضح أنّ الله (جلّ وعلا) بعد أن وضع القيد العددي المشار إليه سالفاً، أتمّ الآية بقيد ثانٍ، وهو المتعلق بالعدل الواجب على كلّ من أراد الإقدام على التعدّد من الرجال، ومن يدقّق في السياق يجد أنّ الخوف إنّما يكون من عدم العدل بين النساء جميعهنّ، كما أنّه يجدر قبل ذلك الإشارة إلى أن ما قيل في الخوف من عدم العدل، وهو الذي يعتدّ به للتعدد في النساء أو للاكتفاء بما للرجل من زوجة أو زوجات، لا يقلّ عمّا قيل حول الظلم أو الجور أهمية^(١٥).

3 ألا تشترط الزوجة عدم التزوج عليه: ويدخل هذا الشرط فيما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له نفع و غرض، وهناك من العلماء من قال إنّها شروط ملزمة، ومنهم من قال إنّها ليست ملزمة.

4 الحاجة الملحة: إنّ الزوجة قد تكون عقيماً، وليست لديها القدرة على الإنجاب، والزوج يرغب في الذرية، ومن ثم يكون أمامه طريقتان لا ثالث لهما هما: أ- أن يطلق زوجته العقيم، ويتزوج بثانية تحقّق رغبته في النسل. ب- أن يتزوج امرأة أخرى ويبقى الزوجة الأولى في عصمته.

والطريق الأول يؤدّي إلى أن تبقى المرأة، في أغلب الأحوال، بلا زوج؛ لأنّ الرجال لا يرغبون بطبيعة الحال في التزوج بامرأة مطلقّة وعقيم لا تنجب، الأمر الذي يسبب لها التعاسة والشقاء طوال حياتها، ولا شكّ في أنّ ٩٩٪ من الزوجات يفضلن الطريق الثاني، ويعملن جاهدات للابتعاد عن الطريق الأول الذي يحطم عليهن بيوتهن ويحرمهن ممّا يحتجن إليه من مسكن وكساء وغذاء ودواء وشريك حياة، وقد تكون الزوجة مصابة بمرض مزمن لا تستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، فيضطر الزوج إلى أن يتزوج عليها، وتبقى في عصمته يرعاها ويؤمن لها ما تحتاج من متطلبات الحياة، وقد يكون الزوج كثير الأسفار وإقامته في بلد آخر قد تطول^(١٦).

5 عدم الجمع بين الأختين: وهو التحريم الصريح الذي جاءت به الشريعة الإسلامية في تحريم الجمع بين الأختين، إلّا بعد طلاق إحداهما، فلا يمكن للزوج الزواج بأخت زوجته إلّا إذا طلقها.

14 العياشي جمال، قيود تعدّد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، دط، (2005/2004).

15 العياشي جمال، المرجع نفسه.

16 سدينة إدريس عبد الكريم الزوي، دراسة قانونية عن تعدد الزوجات، بحث منشور بموقع «محاماة نت»، تم استرجاعه بتاريخ: 2017/03/26 على الرابط التالي: <http://www.mohamah.net>. (2014/12/06).

إجراءات تعدد الزوجات في القانون الجزائري

إنّ المشرّع الجزائري في التعديل الجديد المقرر بموجب الأمر رقم (٠٢/٠٥)؛ المتضمّن تعديل قانون الأسرة، أبقى على نظام تعدد الزوجات واعترف بحق الزوج في اللجوء إليه، كما كان مقرراً سابقاً، لكن حتى لا يكون هذا الحق مدعاة للتعسف فيه، ولا يكون التعدد نزوة عابرة، فقد ضبط بضوابط شرعية وقانونية تضيق من مجال اللجوء إليه، حفاظاً على كرامة المرأة واستقرار المجتمع، ذلك أنّ تقييد المباح لداعي المصلحة أصل شرعي مقرر فقهاً وقضاً، أو قاعدة أصولية مضبوطة.

مراحل تعدد الزوجات قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري عام ٢٠٠٥

نصّت المادة (٨) من قانون (١١/٨٤) لقانون الأسرة، على أنه: «يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا».

من خلال هذه المادة، يتبين أنّ القانون كان يشترط فقط إخبار الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة دون اشتراط حصول موافقتها، ونستخلص من هذه المادة أن المشرّع الجزائري اعتمد على ثلاث نقاط رئيسية في تنظيم مسألة تعدد الزوجات وهي:

- ١ الإبقاء على التعدد في حدود الشريعة الإسلامية، بمعنى استحالة الزواج بأكثر من أربع زوجات.
- ٢ تقييد مسألة تعدد الزوجات ببعض الشروط هي: أن يكون هناك مبرر شرعي للتعدد، كمرض مزمن أصاب الزوجة منعها من ممارسة حياتها الزوجية كما يجب، أو بسبب عقم الزوجة، الذي من شأنه حرمان الزوج من ممارسة حقه في الأبوة، كما يشترط توفر نية العدل، وأخيراً أن يخبر الزوج زوجته السابقة، وكذا اللاحقة، بأمر زواجه الثاني دون الحاجة إلى موافقتها.
- ٣ المشرّع الجزائري لم يقض بأي جزاء في حال مخالفة الشروط المتطلبة للتعدد، إنّما اكتفى بمنح كلّ من الزوجة الأولى والزوجة الثانية الحق في طلب الطلاق في حال تم الزواج الثاني دون إخبارهما بوضعية الزوج الحقيقية، بأنّه متزوج وينوي الزواج ثانية، وأنّ الزوجة لا ترضى بهذا الوضع فتلجأ إلى طلب الطلاق أمام المحكمة.

لم يسلم قانون الأسرة القديم لعام (١٩٨٤) من النقد، باعتبار أنه كان مشوباً ببعض النقائص، فالمشرّع الجزائري اشترط لجواز التعدد وجود المبرر الشرعي للتعدد، دون أن يحدّد مظاهر هذا المبرر، كما أنه

اشترط نية العدل بدل تحقيق العدل نفسه ممّا يجعله يتمسك بأمر تتعلق بخبايا النفس البشرية التي يصعب استكشافها وتحديدها، كما أنه اشترط على الزوج إخبار الزوجة السابقة واللاحقة دون تحديد الطريقة التي يتم بها هذا الإخبار، ودون تحديد جزاء لمخالفة هذا الشرط.

تعدّد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل لعام ٢٠٠٥

نصّ قانون الأسرة الجزائري على موضوع التعدد في المادة (٨) من الأمر (رقم ٠٢/٠٥)، المؤرخ في ٢٧/٠٢/٢٠٠٥، المعدل والمتمم للقانون رقم (١١/٨٤)، المؤرخ في ٠٩/٠٦/١٩٨٤، المتضمن قانون الأسرة التي جاء فيها بعد التعديل: «يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

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

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية».

بالرجوع إلى هذه المادة: نجد أنّ التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد سمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة، لكنّه فرض مجموعة من الشروط والضوابط والإجراءات التي لا يسمح بالتعدد إلا من خلالها، وتتمثل هذه الشروط، أو كما يسميها البعض بالقيود، في الآتي:

① أن يكون الزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، ويقصد بذلك أنه لا يجوز الزواج بأكثر من أربع زوجات، ولا يجوز الجمع بين الأختين، كما أشارت إليه مبادئ الشريعة الإسلامية، وكما جاء في المادة (٣٠) فقرة (٢) من قانون الأسرة.

② وجود المبرر الشرعي: وهي عبارة عامة لم تحدد المقصود، لأنّ المبررات الشرعية كثيرة ومتعددة تختلف باختلاف الآراء ووجهات النظر، وهو ما تضمنته المادة (٨) قبل التعديل.

والمبرر الشرعي هو معيار مرّن وشخصي وواسع؛ كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى ورغبة زوجها في الإنجاب مع تعلق كلّ واحد بالآخر، أو مرضها وعدم قدرتها على القيام بشؤون البيت، كما قد تصبح المرأة غير صالحة للاختلاط الجنسي لإصابتها بمرض أو غيره، كما قد يستولي الحب على قلب زوج فيهمم بامرأة غير زوجته تيمّم بها حباً، بحيث يصعب عليهما التخلي عن بعضهما، فيكون من المصلحة

أن يباح لهذا الرجل الزواج بهذه المرأة، مع الإبقاء على زوجته حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة^(١٧).

غير أننا إذا أردنا التحقيق والتدقيق؛ فإنّ إشارة المادة (٠٨) (لإباحة التعدّد إذا وجد المبرر الشرعي ليست على إطلاقها، كما قد يفهم من ظاهر النصّ؛ بل هي مقيدة بالمنشور الوزاري رقم (٨٤/١٠٢) المؤرّخ في ١٩٨٤/١٢/٢٣، الذي يحدّد المبرر الشرعي في المرض المزمّن على سبيل الحصر، مما يجعل من عبارة المبرر الشرعي يقصد بها المبرر القانوني وليس الشرعي بالمفهوم الواسع للشريعة الإسلامية K ومما جاء في المنشور المذكور أعلاه: أنّ على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي، ولا يكفي بالمشافهة أو الإقرار؛ بل لا بدّ من شهادة طبيب اختصاصي يثبت ذلك، فإن لم توجد رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي هذا العقد.

③ **توفر شروط نية العدل:** وقد صدر أيضاً في هذا المجال، قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم (٤٨٠٢٤٠) قرار بتاريخ ٢٠٠٩/٠٢/١١، جاء فيه: «يعدّ الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات دليلاً على انعدام نية العدل ممّا يبرّر طلب الزوجة المتضررة التتطبيق»، وقد جاء في حيثيات القرار أنّه: يتبين من وقائع الدعوى أنّ الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق العام، وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعاً طبقاً للمادة (٥٣) فقرة (١٠) من قانون الأسرة، الأمر الذي يتعين معه تعويض المدّعية، ويلاحظ هنا أنّ القانون لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل.

④ **إخبار الزوجة السابقة واللاحقة:** إنّ هذه المسألة من أصعب ما يكون فالحصول على موافقة كل من الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة على التعدد يكاد يكون أمراً شبه مستحيل، ولو أنه من الناحية العملية توجد بعض الحالات التي فعلاً توافق الزوجة الأولى على زواج زوجها بأخرى، لكنّها مسألة نادرة جداً، وهذا ما يؤدي إلى انتشار الزواج العرفي، فيقوم الزوج بإبرام العقد الثاني عرفياً، ليقوم فيما بعد بتثبيته أمام المحكمة، شريطة أن يتوافر العقد على جميع الأركان والشروط لصحة العقد الشرعي، فالمسألة الجديدة التي استحدثها المشرّع هو موافقة الزوجة السابقة واللاحقة، وليس إخبارها فقط.

⑤ **تقديم طلب الترخيص المسبق:** يعدّ الترخيص بالزواج قيد وضعه القانون للتخفيف من تعدد الزوجات وللحصول على الترخيص يجب تقديم الطلب لرئيس المحكمة (بحسب القانون السابق)، ولقاضي شؤون الأسرة (بحسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد) بعد تقديم الوثائق الآتية:

17 بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، القانون والطلاق، دار الطباعة والنشر، بيروت- لبنان، 1967، ص 130.

- طلب خطي إلى السيد رئيس المحكمة التي يقع بدائرتها المسكن الزوجي.
- شهادة ميلاد الزوج والزوجة الأولى والمرأة المراد الاقتران بها.
- عقد الزواج.
- البطاقة العائلية للحالة المدنية للزوج.
- شهادة عمل خاصة بالزوج أو ما يثبت الدخل.
- تصريح شرفي من الزوجة الأولى والزوجة الثانية بأنهما موافقتان على الزواج.
- شهادة إقامة الزوج.
- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للزوج والزوجة الأولى والزوجة الثانية.
- كل وثيقة تثبت المبرر الشرعي للزواج بزوجة ثانية.

⑥ **حقّ الزوجة في طلب التّطليق:** أشار المشرّع الجزائري، في المادة (٨) مكرّر من قانون الأسرة إلى أنّه «في حالة التّديليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضدّ الزوج للمطالبة بالتّطليق» نجد المشرّع الجزائري منح حقّ طلب التّطليق للزوجة في نصّ المادة ((53 في الفقرة (06) من قانون الأسرة الجزائري عن جواز طلب التّطليق عن الضرر الناتج عن تعدد الزوجات لكلّ ضرر معتبر شرعاً، لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادة (08)) من قانون الأسرة الجزائري.

⑦ كما نصّت المادة (٨) مكرّر ١ من قانون الأسرة على أنّه: «يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ٨ أعلاه». يفهم من هذه المادة: أنّ الزواج الجديد يفسخ قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي للترخيص بالتعدد، وفي هذه الحالة لا يترتب على هذا العقد أيّ أثر من آثار الزواج الصحيح، فالمشرّع الجزائري لم يتبع مبادئ الشريعة الإسلامية في هذه الحالة لأنّ عدم الحصول على ترخيص بالزواج الثاني من قبل القاضي يؤدي إلى فسخ الزواج قبل الدخول، وهو ما لم يرد ذكره بالشريعة الإسلامية.

انتشار ظاهرة الزواج العرفي بعد القيود الواردة على تعدّد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري

إن ما جاء به المشرّع الجزائري في تعديل قانون الأسرة الجديد ٢٠٠٥ يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، إن لم نقل إنّه مستحيل التحقق، خاصة فيما يتعلق بموافقة كلّ من الزوجة السابقة واللاحقة، الأمر

الذي ساهم بشكل كبير في انتشار ظاهرة أخرى هي الزواج العرفي والذي يتم فيما بعد تثبيته على مستوى المحكمة ليصبح زواجاً رسمياً.

ويعرف الزواج العرفي بأنه: زواج متوافر على جميع الأركان الشرعية من رضا الزوجين وولي الزوجة وشهود وصدق معلوم، وكل ما في الأمر أنه لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله، وقد اصطلح عليه الفقهاء الزواج العرفي، لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس.

الزواج العرفي حل بديل لتعدد الزوجات في الجزائر

إذا كان رجال القانون قد برروا تشريع المادة (٨) بحماية حقوق المرأة، فإنّ الواقع جاء عكس ذلك تماماً؛ فما تخفيه أروقة المحاكم من قصص وقضايا مترتبة عن الزواج العرفي الذي تضاعف منذ إقرار هذه المادة، أكبر دليل على أنّ المرأة هي الخاسر الأكبر في هذا الزواج، فليس هناك أسهل من التخلي عن امرأة لا تجمعها بزوجها أيّة وثيقة، كما أنّ أكثر ما تواجهه المتزوجات بالفاتحة إثبات نسب الأبناء في حال تخلي الأزواج عنهنّ، فهم مصنّفون في خانة الأطفال غير الشرعيين، رغم أنهم نتيجة لعلاقة شرعية، كما يطرح مشكل المطالبة بالميراث في حال وفاة الزوج، ورفض عائلته أو الزوجة الشرعية الاعتراف بهذا الزواج^(١٨).

وتجدر الإشارة إلى أنّ مجلس قضاء وهران يعالج خلال فترة أربعة أشهر ما يفوق ٥٠٠ قضية زواج عرفي، يتم طرحها على مختلف محاكم الولاية بقسم شؤون الأسرة، التي تخصّ النساء اللواتي تتقربن من الهيئات القضائية من أجل إثبات الزواج حفاظاً على مستقبل أطفالهنّ.

إنّ الزواج العرفي في حال التعدد يشكل عدة آثار سلبية تقع ضحيتها الزوجة الثانية وأطفالها، فالإدارات العمومية المخول لها أداء المنح والتعويضات العائلية تستوجب عقد الزواج لمنح الزوجة حقها، وفي حالة عدم تقديم الزوج لعقد الزواج أو عدم إمكان الزوجة إثباته، فإنها لا تستطيع الحصول على هذه الحقوق كذلك الأمر بالنسبة إلى صناديق الضمان الاجتماعي وشركات التأمين، فلو توفّى شخص كان متزوجاً عرفياً في حادث مرور، أو حادث عمل، فإنّ زوجته لا تستطيع المطالبة بالتعويضات المالية طالما لم تثبت علاقة الزوجية لانعدام الصفة في رفع دعوى للحصول على التعويض، وهو الأمر نفسه بالنسبة إلى قضايا الميراث؛ فإنّ عقد الزواج يعطي للزوجة حقّ الميراث دون أن يسقط أو يحجب، غير أنّه إذا كان الزواج عرفياً، فإنّه من الممكن أن يضيع حقّ الزوجة إذا لم تستطع إثبات هذا الزواج.

18 العبد بن زطة، تعدد الزوجات بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://com.blogspot.laidbenzetta> بتاريخ: 2015/05/03 تم استرجاعه بتاريخ: 2017/01/28.

إنّ المشرّع الجزائري حين قام بتعديل قانون الأسرة في سبيل تحقيق حماية أكبر للمرأة لم يمنع تعدد الزوجات كما جاء في بعض التشريعات كالقانون التونسي، إنما هذا حذو المشرّع المغربي في وضع قيود للتعدد كالمبرر الشرعي، وتحقيق نية العدل، وضرورة الحصول على الترخيص المسبق من القاضي المختص، بعد موافقة كل من الزوجة السابقة واللاحقة، لكن هذا الأمر فتح المجال أمام انتشار الزواج العرفي ليتم تثبيته لاحقاً أمام المحكمة، ويتحول إلى زواج رسمي بسبب صعوبة الحصول على الترخيص المسبق من القاضي، بناءً على موافقة الزوجة السابقة واللاحقة.

إنّ الصورة الاجتماعية تؤثر على المرأة في اتخاذ قرارها بمسألة التعدد؛ فهل تقبل الزوجة الثانية أو تقبل لقب مطلقة، وتتخلى عن منزلها الذي شاركت في بنائه لأعوام؟ هذا الوضع يثبت أنّ تعديلات قانون الأسرة حملت ثغرات قانونية وتحايلاً كبيراً على القانون، ما جعل منع التعدد أو السماح به يؤدي إلى الوضع نفسه.

ثانياً: المركز القانوني للمرأة الناشئ بعد انحلال الزواج في ظلّ قانون الأسرة الجزائري الجديد ٢٠٠٥

إلى جانب المسائل التي مسّها التعديل في مشروع قانون الأسرة الجديد، فيما يتعلق بالمركز القانوني للمرأة عند إبرام عقد الزواج، كان أيضاً للجوانب المتعلقة بانحلال العلاقة الزوجية نصيب من هذا التعديل، وتمثل ذلك في التعديلات التي مسّت موضوع الطلاق بإرادة الزوجة، ويتعلق الأمر بالتطليق والخلع، إضافة إلى المسائل المتعلقة بتوابع العصمة، المتمثلة في الحضانة، وحق السكن لممارسة الحضانة، وكذلك النفقة، خاصة ما استحدثه المشرّع الجزائري من خلال إنشاء ما يعرف بصندوق النفقة لحماية المرأة من تعسف الزوج، الذي يتمتع عمداً عن دفع مبالغ النفقة لفائدة الأطفال المحضونين.

• المبحث الأول: حقّ المرأة في فكّ الرابطة الزوجية بالتطليق أو الخلع

سيتمّ التعرض خلال هذا المبحث إلى أحكام الخلع بناءً على آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، ثمّ نتعرض إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري المتعلق بها، قبل وبعد تعديل ٢٠٠٥، من خلال الاستشهاد بأخر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في هذا المجال.

ماهية الخلع في الشريعة الإسلامية

لقد عرّف الحنابلة الخلع بأنه: فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها أو ممّن ينوب عنها. وقد عرفه الشافعية بأنه: فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ من ألفاظ الطلاق. وعرّف الخلع أيضاً بأنه «فراق الرجل زوجته نظير مقابل يحصّل عليه». فقد جعل الإسلام للمرأة مخرجاً إن أريد بها

الضرر، وهي لا تقبل هذا الضرر، فيأتي الحق ويُشرع ويقول: «ما داما قد خافا ألا يُقيما حدود الله، فللمرأة أن تفتدي نفسها بشيء من المال، شريطة ألا يزيد عن المهر»^(١٩).

والدليل على الخلع من القرآن الكريم قول الله - سبحانه وتعالى: (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) {البقرة: ٢٢٩}.

وقد قال الشيخ ابن باز رحمه الله: «... وإن أبى الزوج الطلاق أو رضي بالطلاق بشرط العوض وأبت المرأة تسليم العوض أخرهما القاضي مدة على حسب ما يقتضيه اجتهاده، فلعلهما أن يصطلحا أو يسمح الزوج بالطلاق أو تسمح المرأة ببذل العوض، فإن لم ينفع ذلك، ولم تحصل الفرقة وترادا إلى الحاكم في ذلك جاز للقاضي أن يجبر الزوج على الفراق بلا عوض، إن ظهر له ظلمه، وإن اشتبه الأمر أجبر المرأة على تسليم العوض الذي دفع إليها الزوج». وقال الشيخ ابن عثيمين رحمه الله: «لا يحل للمرأة أن تسأل زوجها الطلاق إلا لسبب شرعي؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {من سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة} أما إذا كان هناك سبب شرعي بأن كرهته في دينه، أو كرهته في خلقه، أو لم تستطع أن تعيش معه وإن كان مستقيم الخلق والدين، فحينئذ لا حرج عليها أن تسأل الطلاق، ولكن في هذه الحال تخالعه مخالعة، بأن ترد عليه ما أعطاهها ثم يفسخ نكاحها»^(٢٠).

ودليل ذلك: أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس، رضي الله عنه، أتت النبي، صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله! ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: أتردين حديقته؟ (كان قد أصدقها حديقة) فقالت: نعم، يا رسول الله! فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)، فأخذ العلماء من هذه القضية: أن المرأة إذا لم تستطع البقاء مع زوجها فإن لولي الأمر أن يطلب منه المخالعة؛ بل أن يأمره بذلك، قال بعض العلماء: يلزم بأن يخالع؛ لأن في هذه الحال لا ضرر عليه؛ إذ إنه سيأتيه ما قدم لها من مهر، وسوف يريحها. أما أكثر العلماء فيقولون: إنه لا يلزم بالخلع، ولكن يندب إليه ويرغب فيه، ويقال له: من ترك شيئاً لله عوضه الله خيراً منه»^(٢١).

ولكي يحل الخلع، يجب أن يكون هناك ما يدعو إليه، وأن يكون على عوض، وأن يخاف من عدم

19 سامية عطية نبوية، الخلع في الإسلام، موقع الألوكة الشرعية، بتاريخ: 2013/08/26 على الموقع الإلكتروني: <http://www.alukah.net>

20 الشيخ محمد صالح المنجد، موقع «الإسلام سؤال وجواب»، حكم إيجاب الزوج على الخلع، 24/08/2010، على الموقع: <https://152402/ar/info.islamqa/>

21 الشيخ محمد صالح المنجد، المرجع نفسه.

إقامة حدود الله مصداقا لقوله تعالى في سورة البقرة: { لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ }، وقد قسّم الفقهاء هذا الخوف إلى نوعين؛ يتعلق الأول بأن يكون أحدهما أو كلاهما سيئ الخلق والطباع، فيؤدي بهما ذلك إلى عدم إقامة حدود الله، وعدم الوفاء بمتطلبات عقد النكاح، أو بأن يكون أحدهما مبعضا للآخر، فيصير حسن المعاشرة صعبا بل ومستحيلا، مما يؤدي إلى مخالفة أمر الله وعدم الالتزام بواجباتهما الزوجية تجاه بعضهما، فإذا حدث هذان النوعان من الخوف أو أحدهما أُحِلَّ الخلع كما الطلاق رغم كراهتهما^(٢٢).

لما جعل الله، سبحانه وتعالى، الطلاق في يد الرجل، يستطيع أن يلجأ إليه كعلاج أخير يتخلّص به من زواج رأى أنه لم يؤدّ الغرض المقصود منه، فإنه في نفس الوقت أعطى المرأة هذا الحق في أن تتخلّص من زوجها، إذا رأت أنه لم يؤدّ الغرض المقصود منه، وذلك بالخلع؛ لتكون الحياة الزوجية فيه قائمة على الحرية في بدئها، وعلى الحرية في استمرارها كذلك؛ فإنه من غير المعقول، بل ولا من العدل أن تشعر امرأة بالنفور الحقيقي من زوجها لأي سبب من الأسباب الخلقية، ثم تُرغم على المعيشة معه؛ لأن حياة زوجية بهذا الشكل لا خير فيها، سواء للزوجين أو للمجتمع؛ لأن الزوجة إذا أحسّت بأن زوجها مفروض عليها إلى الأبد مع كراهيتها له ونفورها منه، فإنها قد تقتله أو تقتل نفسها، أو تخرج عن دينها، أو تنزل إلى طريق الغواية والانجراف^(٢٣).

إجراءات الخلع في قانون الأسرة الجزائري قبل وبعد التعديل لعام ٢٠٠٥

قبل التطرق إلى الخلع في قانون الأسرة الجزائري، لا بدّ من الإشارة إلى الفرق بينه وبين ما يشابهه من طلاق، ويتعلق الأمر هنا بالتطليق باعتبار أنّ كليهما يقومان على إرادة الزوجة ورغبتها في طلب الطلاق، بخلاف أن التطليق لا يتم إلا بناءً على حالات وشروط وردت على سبيل الحصر في قانون الأسرة في المادة (٥٣)، بالتالي لا يحكم بالتطليق إلا إذا توافرت أحد هذه الحالات، أما الخلع فيعدّ من قبيل نوع من أنواع الطلاق بالتراضي، يتم على أساس أن تقوم الزوجة بافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي معين يحدده القاضي بصدّق المثل في حال اختلاف الطرفين حول تحديده؛ لذلك سيتم الخوض أولاً في مظاهر التفرقة بين التطليق والخلع، ليتم بعدها التعرّض لإجراءات الخلع في القانون الجزائري.

١- الفرق بين التطليق والخلع

نصت المادة (٥٣) من قانون الأسرة على جواز طلب التطليق من طرف الزوجة، لكن قيدها بأسباب

22 محمد الحياي، طلاق الخلع في الإسلام شروطه وأحكامه، موقع «السييل»، د.ت، على الموقع: <http://assabile.ar/123-khul3-al-talaq/a/com>

23 سامية عطية نبوية، المرجع السابق.

منصوص عليها في ذات المادة وهي عشرة:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالماً بإعساره وقت الزواج.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- الهجر في المضجع فوق 4 أشهر.
- 4- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5- الغيبة بعد مرور عام بدون عذر ولا نفقة.
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 (في حال تزوج عليها دون موافقتها).
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10- كل ضرر معتبر شرعاً.

بينما اكتفى في المادة (54) من نفس القانون، بالنصّ على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالغ نفسها على مال دون أن يقيد بها بأية أسباب أو شروط، لكن بالرجوع إلى الفقه، نجده قد حدّد هذه الشروط، وهي ثلاثة لا يصح الخلع إلا بها:

- 1- قيام رابطة الزوجية والشروط المتعلقة بالزوجين.
- 2- الصيغة.
- 3- البذل (مبلغ الخلع).

ومن خلال ما سبق، يتبين لنا أنّ أساس التطلاق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته، بينما يجد الخلع أساسه في كراهية الزوجة لزوجها، ونفورها منه، وبهذا يكون للزوجة طريقتين لفكّ الرابطة الزوجية؛ فإذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثل في التطلاق، يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي وهو ما يعرف بالخلع^(٢٤).

24 نورة منصوري، التطلاق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 159، دت.

وتجدر الإشارة في هذه الحالة إلى التعديل الذي استحدثه المشرع الجزائري في ما يتعلق بحالات التطلاق، وكذا التعويض للمطلة حين طلبها التطلاق، فقد قام المشرع الجزائري بتوسيع مجال حق المرأة في طلب التطلاق، بأن عدّها بـ ١٠ حالات بموجب تعديل عام ٢٠٠٥، وذلك حماية لها من تعسف الزوج في استعمال حقه في رفض فك الرابطة الزوجية، إضافة إلى أن المشرع الجزائري كان يحكم بالتعويض للمطلة فقط في حالة دعوى الطلاق بطلب من الزوج، لكن بعد التعديل وبموجب المادة ٥٣ مكرر، أجاز المشرع للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

إجراءات الخلع في قانون الأسرة الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع بالتفصيل ولا لطبيعته القانونية، تاركاً هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعدّ المصدر التفسيري له، تطبيقاً لنصّ المادة (٢٢٢) من قانون الأسرة، فالخلع في رأي الفقه يعد من المعاوضات؛ لأنّه ينعقد بإيجاب وقبول، لكنّ الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة، ولذلك فالتكييف القانوني له هو كالطلاق على مال، فيعدّ يميناً في جانب الزوج؛ لأنّه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعدّ معاوضة من جانب المرأة؛ لأنّه شبه بالتبرعات بحيث تدفع له مبلغ من المال في مقابل افتداء نفسها من رابطة زوجية أصبحت لا تطليقها⁽²⁵⁾.

نصّت المادة (٥٤) من القانون رقم (١١/٨٤)؛ الصادر بتاريخ ٠٦/٠٩/١٩٨٤، المتضمن قانون الأسرة أنّه: «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم».

اختلف رأي الفقه حول طبيعة ما إذا كان الطلاق بالخلع يشترط موافقة الزوج أم لا، وبذلك اختلفت الاجتهادات القضائية أمام المحكمة العليا بالجزائر؛ نظراً إلى غموض المادة (٥٤) من قانون الأسرة، وعدم إشارتها إلى هذا الأمر؛ فتارة تقضي المحكمة العليا بجواز الخلع دون موافقة الزوج، وتارة تقضي برفض الخلع لعدم موافقة الزوج باعتباره شرطاً لقيام الطلاق بالخلع.

ومن هذه التناقضات، نجد ما يتعلق بعدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: ١٩٩٦/٠٧/٣٠، ملف رقم (١٤١٢٦٢)، الذي جاء فيه: «من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً»، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفكّ الرابطة الزوجية خلعاً، وحفظ حق

25 العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، بن عكنون- الجزائر، ص263.

الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة (٥٤) من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه».

ومن جانب آخر صدرت قرارات أخرى عن المحكمة العليا تتناقض مع القرار السابق باشتراطها ضرورة موافقة الزوج على الخلع حتى يحكم القاضي للزوجة بالطلاق خلعاً، ومن ذلك أن: «من المقرر فقهاً وقضاءً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطلق لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولاً من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعدّ مخالفاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع (قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ ٢٣/٠٤/١٩٩١ ملف رقم ٥١٧٢٨)، المجلة القضائية لعام ١٩٩٠، العدد ٣، ص ٧٢)، فالمشرّع الجزائري في هذا القرار اعتمد مبدأ أن الخلع عقد رضائي وعليه اشترط موافقة الزوج للحكم بالخلع رغم أن المادة (٥٤) لا تشير إلى ذلك.

هذا الاختلاف والتناقضات التي عرفتھا الاجتهادات القضائية حسمها تعديل قانون الأسرة عام ٢٠٠٥؛ فرغم أن المشرّع الجزائري أبقى على مادة واحدة فقط فيما يتعلق بالخلع، لكنّه حسم تضارب الآراء بأن أعلن صراحة على أن الخلع لا يشترط موافقة الزوج ويبقى الخلاف الوارد فقط فيما يتعلق ببديل الخلع، الذي جعل حسمه بيد القاضي الذي يحدده بصدّق المثل وقت صدور الحكم، وقد نصّت المادة (٥٤) من قانون الأسرة، بعد تعديل ٢٠٠٥، على ما يلي: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صدّق المثل وقت الحكم».

يلاحظ أنّ تعديل ٢٠٠٥ بخصوص الخلع لم يشتمل فقط على تغييب وإهمال إرادة الزوج في مسألة الخلع، إنما أقرّ تغييبها وإهمالها أيضاً في مسألة مقابل الخلع، ففي حالة رفض الزوج للمبلغ المقترح من قبل الزوجة مقابل الخلع قضى القاضي بما يعادل صدّق المثل وقت صدور الحكم سواء قبل بالخلع، أم لم يقبل، وسواء قبل بالمبلغ أم لم يقبل، وهنا يثار إشكال في حالة ما كان مبلغ الصّدّق المقدم للزوجة وقت إبرام زواجها يتجاوز قيمة صدّق المثل، فهل سيحكم القاضي بالمبلغ نفسه أم أنه سيخفّض المبلغ إلى قيمة صدّق المثل؟

نلاحظ مما سبق؛ إهمال المشرّع الجزائري لنقطة مهمة، سواء في قانون الأسرة لعام ١٩٨٤ أو ٢٠٠٥، وهي عدم التعرّض لأسباب وشروط الخلع وموجباته، مثلما هو الحال بالنسبة إلى أسباب التطلق، هذا الفراغ القانوني فتح المجال لتفكيك الرابطة الزوجية على أئفه الأسباب وأبسطها، كما أنّ أكثر حالات

الخلع التي تعالجها المحاكم تصدر في صورة تطليق، ما قد يوحي بأنّ الزوج هنا قد امتنع عن فك عقدة الزواج وظلّ متمسكا بها على وجه التعسف بزوجته والإضرار بها، في المقابل قد تستغلّ الزوجة الخلع كإجراء حمائي لها وتتعسف في استعماله على نحو يتسبب في الإضرار بزوجها^(٢٦).

يمكن القول: إنّ المشرّع الجزائري اعتمد المبدأ المتضمن أنّ الخلع يعدّ حقاً إرادياً للزوجة، يقابل حقّ العصمة للزوج، وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ ٢٠١١/٠٩/١٥، ملف رقم (٦٥٦٢٥٩)؛ الذي جاء فيه أنّه يتبين من الحكم المطعون فيه أنّ المحكمة سببت حكمها بأنّ الخلع حقّ إرادي للزوجة، يقابل حقّ العصمة للطاعن، ولا يعتدّ فيه بإرادة الطاعن، واستندت إلى المادة (٥٤) من قانون الأسرة، بالتالي فإنّ الحكم المطعون فيه مسبّب بما فيه الكفاية، ما دام قاضي المحكمة قام بإجراء محاولة الصلح، وتوصل إلى أنّ المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع^(٢٧).

أسباب انتشار الخلع في الجزائر

إنّ الخلع يحدث إذا استحالت الحياة الزوجية بين الطرفين نتيجة لمجموعة من الأسباب منها الخيانة الزوجية، فإذا أثبتت الزوجة أنّ زوجها يخونها مع أخرى، وأصبح التفاهم بينهما مستحيل مع رفض الزوج الطلاق، فإنّ الزوجة تتجه مباشرة إلى الخلع من أجل فكّ الرابطة الزوجية مقابل مبلغ من المال، إضافة إلى أنّ بعض الزوجات يرون أنّ أزواجهن يقفون حاجزاً منيعاً أمام طموحهن؛ حيث يرونهم يعرقلون مسيرتهن في العمل، فعندما لا يتحصلن على حريتهن بالطلاق يلجأن إلى الخلع لإنهاء العلاقة الزوجية، كما تعدّ الاستقلالية المالية للزوجة داعماً قوياً للخلع؛ لأنها تجعل الزوجة في موضع قوة، فهي ترى نفسها ليست في حاجة مادية لزوجها، إضافة إلى بعض الأسباب الأخرى كالسكر، والمبيت خارج المنزل، والتصرفات اللاأخلاقية والسب والشتم والضرب المبرح، وغيرها^(٢٨).

غير أنّه تجدر الإشارة إلى سبب خفي كان وراء تزايد نسبة قضايا الخلع بالمحاكم إلى حدّ كبير، نظراً إلى الضجة القوية التي أثارها في المجتمع الجزائري، ويتعلق الأمر هنا بقانون صندوق النفقة، وهو القانون الذي أخطأ الكثيرون في فهمه قبل عرضه على البرلمان للمصادقة عليه، وكثرت بشأنه الشائعات التي لم يقدّر أحد سواها من المسؤولين أو المختصين بتكذيبها وتوضيح

26 مكي أم السعد، حسام حريشان، الخلع.. ضربة جديدة لتماسك الأسرة الجزائرية، جريدة الخبر، الجزائر، 2016/02/26.

27 مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 319.

28 مازوز بوعيشة، الخلع يمكن الجزائريات التحرر أكثر من عقدة الرجل، جريدة آخر ساعة، جريدة الشرق الجزائري، 2014/08/31، العدد 4236.

حقيقتها وإجراءاتها الفعلية.

قبل صدور القانون رقم (١٥-٠١)، المؤرخ في ٤ كانون الثاني (يناير) ٢٠١٥، المتضمن إنشاء صندوق النفقة بشكل فعلي ظهرت عدة إشاعات حول كيفية الاستفادة من هذا الصندوق على أساس أنه في حال تحصلت المطلقة بموجب الحكم بالطلاق على نفقة غذائية لفائدة محضونها، وامتنع الزوج عن أداء ما ورد بالحكم من نفقة فيقوم الصندوق بدفع مبلغ مالي للمطلقة وقدره ١٠,٠٠٠ آلاف دينار شهرياً، عن كل طفل، إضافة إلى مبلغ الإيجار المحكوم به، وأكثر من ذلك تضمنت الإشاعات إعفاء الزوج من الدفع، بالتالي تحول المدين بالنفقة من الزوج إلى الصندوق.

هذه الأفكار التي انتشرت في المجتمع أدت إلى ارتفاع معدلات الطلاق، خاصة الخلع، باعتباره أسهل وأضمن الطرق بالنسبة إلى الزوجة للانفصال؛ فالزوجة أصبحت تشعر بالأمان والراحة على أساس أن المبلغ الذي سوف تتقاضاه سيوفر لها العيشة الهنيئة والتمويل الكافي لسد حاجياتها وحاجيات أطفالها، حتى ولو تعسف الزوج وامتنع عن أداء النفقة، وحتى الرجال شعروا بنوع من الراحة باعتبار أن الصندوق سوف يحل محلهم في دفع النفقة، بالتالي لن تكون هناك متابعة قضائية في مواجهتهم من قبل الأم الحاضنة، فالنساء استقوت بصندوق النفقة ولم تعد تتخوف من الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، رغم أنه لم يتم وضع آليات لتحديد كفاءات ونصوص قانونية لصرف التعويض للمطلقات.

كل هذه الإشاعات والأفكار انتشرت بسرعة، ولم تجد من يكذبها، ومن يضع لها حداً، أو على الأقل يوضحها ويحدد إجراءاتها حتى لا يساء فهمها مما جعل النساء تستسهل موضوع الطلاق وتلجأ إلى المحاكم لأتفه وأبسط الأسباب، للحصول على الحرية المادية والمعنوية بعيداً عن ضغط الزوج وتعسفه، لكن بمجرد ما صدر قانون صندوق النفقة بموجب القانون رقم (١٥/٠١)، المؤرخ في: ٢٠١٥/٠١/٠٤، المتضمن إنشاء صندوق النفقة تحطمت جميع آمال وأحلام النساء اللاتي تسرعن في طلب الطلاق، خصوصاً الخلع، لما تفاجئن بواقع الأمر وحقيقة إجراءات الصندوق.

بدايةً: الصندوق لا يقوم بدفع النفقة للمطلقة إلا في حدود ما صدر في الحكم، وهو ما يتراوح بين ٣٠٠٠ و ٤٠٠٠ دينار شهرياً لكل طفل، كما أن إجراءات الدفع تتطلب مراحل ووقت لتحصيل المبلغ المطالب به، إضافة إلى ذلك يجب على المطلقة أن يكون لديها حكم بالنفقة نهائي وممهور بالصيغة التنفيذية، وتقوم بتنفيذه عن طريق المحضر القضائي إلى المطلق، الذي يمنحه أجل للتنفيذ وفي حال امتناعه عن التنفيذ يقوم المحضر القضائي بتحرير محضر امتناع عن التنفيذ إلى المطلقة الذي تقوم بناءً عليه بالقيام بإجراءات تحصيل مبالغ النفقة، وكل هذه الإجراءات تتطلب وقتاً وأموالاً لا تقوى المطلقة على دفعها، خاصة أنها مدينة بمبالغ نفقة، والأكثر من ذلك أن هذا القانون لا يسري

إلا على الأحكام الصادرة بعد صدور القانون، بالتالي كل من رفعت دعوى طلاق قبل ذلك لا تستفيد من هذا القانون، أما بالنسبة إلى المطلق؛ فإنه لا يعفى من المسؤولية إذا قام الصندوق بدفع النفقة للمطلقة، إنما يبقى متابع جزائياً في مواجهة الصندوق، بدل المطلقة، بالتالي في جميع الأحوال هو مسؤول ومهدد بالمتابعة الجزائية؛ إذ يقوم الصندوق بمتابعته لتحصيل ما أنفقه نيابة عنه (انظر التفصيل حول هذا القانون بالمبحث الثالث).

• المبحث الثاني: الحضانة والولاية وحق السكن كحقوق مكتسبة في ظل القانون الجديد

إنّ الأحكام الصادرة في فكّ الرابطة الزوجية بين الطرفين، غالباً ما ينتج عنها مراكز قانونية جديدة للمرأة تتجسد بما يعرف بأثار الطلاق، من حضانة ونفقة وحق الولاية على القاصر وحق السكن لممارسة الحضانة، باعتبارها حقوق لصالح المطلقة ومحضونها، فالمرجع الجزائري ومراعاة لمصلحة المحضون أعاد النظر بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة ٢٠٠٥، في كيفية استفادة المطلقة من هذه الحقوق وهو ما سيتم دراسته تباعاً.

الحق في الحضانة

لقد اعتمد المشرع الجزائري في قواعد إسناد الحضانة على مبادئ الشريعة الإسلامية، بأن جعل الأولوية في حضانة الطفل للأم، باعتبارها الأقدر برعاية أبنائها وتربيتهم، وهو ما جاء بموجب المادة ٦٤ من قانون الأسرة قبل التعديل: بأنّ الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربين درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وبذلك اعتمد المشرع الجزائري على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، غير أنّه بعد التعديل غير المشرع الجزائري من مركز المرأة الحاضنة، فأبقى الأولوية للأم باعتبارها أولى بحضانة ولدها، لكن أتبعها بالأب، تليه الجدة للأم، ثم الجدة للأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة، دائماً مع مراعاة مصلحة المحضون في الترتيب.

لقد عرفت المحاكم مشكلات كثيرة فيما يتعلق بطلبات الأزواج بإسقاط الحضانة عن الأم في حال كانت هذه الأخيرة عاملة، فتعديل قانون الأسرة حسم هذا الإشكال، من خلال المادة (٦٧)، بأن نصّ صراحة على أنّه: «لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة»، وهو أمر جدّ منطقي فليس من العدل أن تحرم الأم من حضانة ولدها لمجرد أنّها تعمل، ليمنح هذا الحق لزوجة الأب مثلاً، إلا إذا ثبت أن عمل الأم من شأنه أن يشكل خطراً على الأبناء، وأنه كان سبباً في إهمال أبنائها ورعايتهم، فالأصل دائماً هو تحقيق مصلحة المحضون.

بعض الاجتهادات القضائية في مسائل الحق في الحضانة وإشكالاتها

❖ تستمر حضانة البنت ببلوغها سنّ الزواج، وهو ١٩ عاماً، أما للذكر فإلى سنّ ١٠ أعوام، ويمكن أن تستمر إلى ١٦ عاماً، إذا كانت الحاضنة أمّاً لم تنزوج ثانية، وبالتالي فالمشرع الجزائري جعل حقّ تمديد سنّ الحضانة حقّ مخول للأم فقط دون غيرها، باعتبارها أحقّ برعاية وتربية وحماية ولدها، وأكثر من ذلك، يعدّ عدم تقدم الأم بطلب التمديد بعد بلوغ الذكر ١٠ أعوام تمديداً ضمناً، ولا يحرمها من حق حضانة ولدها، على اعتبار أنّ الحضانة لا تنقضي ولا تسقط إلا بموجب حكم قضائي، وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: ٢٠١١/٠٢/١٠ ملف رقم (٥٩٩٨٥٠).

❖ تفقد الأم حقها في الحضانة، وفق المادة (٦٦) من قانون الأسرة، في حال زواجها بغير قريب محرم، أو بالتنازل ما لم يضرّ بمصلحة المحضون، وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في قرارها: «من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنّه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أمّاً أن تكون خالية من الزواج أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون مما يستوجب معه نقض القرار».

❖ والمشرع الجزائري في اعتماده ترتيب أصحاب الحق في الحضانة يعتمد على مصلحة المحضون حتى ولو اختلف ذلك مع ما ورد في المادة (٦٤) من قانون الأسرة، وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: ٢٠٠٩/٠٥/١٣ ملف رقم (٤٩٧٤٥٧)، بأنّ «مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد بالمادة ٦٤ من قانون الأسرة»، وهو نفس المبدأ الذي اعتمدهت المحكمة العليا أيضاً في قرارها الصادر بتاريخ: ٢٠١١/٠٣/١٠ ملف رقم (٦١٣٤٦٩)، على أن تخضع مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للقاضي (مجلة المحكمة العليا، ٢٠١٢).

❖ كما أنّه لا تسقط الحضانة عن الأم في حال كانت مقيمة في خارج إقليم الجمهورية الجزائرية ما لم يتعارض ذلك مع مصلحة المحضون، فقد أقرت المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ: ٢٠٠٨/٠٣/١٢ ملف رقم (٤٢٦٤٣١)، الذي جاء فيه أنّ قضاة المجلس أسسوا قرارهم أنّ الأم أولى بحضانة أبنائها وأنّ مصلحتهم تقتضي بقاءهم عندها بفرنسا لأنهم يدرسون هناك كما تثبته الشهادات المدرسية، وحيث إنّ هذا التسبب كافٍ ما دامت مراعاة مصلحة المحضون تكون في المقام الأول عند إسناد حضانتهم طبقاً للمادة (٦٤) من قانون الأسرة.

❖ هذا وتقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانته لأمه رغم تنازلها عنها في دعوى التطليق، وذلك ما أقرته المحكمة العليا في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: ٢٠١٠/١٠/١٤ ملف رقم

(٥٨١٢٢٢)، الذي قضى بأنّ إدانة الأب بسبب ارتكابه لجريمتي السرقة وانتحال صفة الغير والحكم عليه بالحبس من أجلهما، يشكل في حد ذاته مساساً بشرف الأسرة. كما أنّ مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته إلى والدته بالرغم من تنازلهما عنها وذلك لثبوت تواجد والده بالمؤسسة العقابية بعد إدانته طبقاً للمادة (٦٦) من قانون الأسرة.

حاول المشرّع الجزائري توفير حماية أكبر لفائدة المرأة الحاضنة مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون قبل كل شيء، وكان التعديل الوحيد الذي أقرّه بموجب تعديل ٢٠٠٥، يتعلق بعدم إسقاط الحضانة عن الأم بسبب عملها؛ كون ذلك لا يتعارض مع مبدأ الحضانة إلا إذا ثبت أنه يمكن أن يعيق حماية المحضون ورعايته والاهتمام به، بالتالي يخالف مصلحة المحضون.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الأصل في منح الحضانة يكون بعد صدور الحكم بالطلاق، لكن واستثناءً لهذه القاعدة، طبقاً للمادة (٥٧) مكرر من قانون الأسرة، أجازت للقاضي الأمور المستعجلة الفصل في أمر الحضانة كتدبير مؤقت على وجه الاستعجال بموجب أمر على ذيل عريضة طالما كانت هناك دعوى متعلقة بالطلاق أمام قاضي الموضوع. وذلك خشية إطالة الفصل فيها من أجل الحفاظ على مصلحة المحضون ورعايته، وخوفاً من إلحاق الضرر به في ظلّ الخلافات القائمة بشأن الطلاق، كما أنّ الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف، عكس الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق، والتطبيق والخلع، التي تعدّ أحكاماً ابتدائية نهائية لا تقبل الاستئناف إلا في جوانبها المادية.

الحق في الولاية

لم يكن المشرّع الجزائري بموجب قانون الأسرة لعام ١٩٨٤ يعترف بحقّ الولاية للأم المطلقة الحاضنة على أبنائها، وهو ما خلق العديد من المشكلات من الناحية العملية؛ فكان الأب دائماً يحتفظ بحقّ الولاية على أبنائه القصر حتى بعد الطلاق، وإسناد حضانة الأبناء للأم، فكانت المادة (٦٣) تقضي بأنه «في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأم بناءً على طلبها بتوقيع شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني، أي أنّ الأم لا تتصرف نيابة عن الأب في حقّ أبنائها إلا إذا ثبت إهمال الأب أو فقدانه»، وهو ما كان يعرقل ممارسة الرعاية والحماية اللازمين لفائدة المحضونين من طرف الأم الحاضنة في حال دعوى الطلاق، كون المشرّع الجزائري لم يكن ينصّ على هذه الحالة بشكل صريح.

لكن بعد تعديل قانون الأسرة عام ٢٠٠٥، ألغى المشرّع المادة (٦٣)؛ كونه عدّل المادة (٨٧) من نفس القانون التي أشارت إلى أنّ الأب يكون ولياً على أبنائه القصر، وبعد وفاته تحلّ الأم محله قانوناً، وفي

حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحلّ الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

أي أنّ المشرّع الجزائري منح الولاية وجوباً لفائدة الأم الحاضنة بعد الطلاق، ولم يقيد صلاحيات ولايتها بالتصرف فيما يتعلق بالشهادات الإدارية المدرسية أو الاجتماعية، إنما فتح المجال لولايتها وأعطاه سلطة أوسع في كل الأمور والمسائل المتعلقة بالأبناء المحضونين مثلها مثل الأب.

وقد أقرت المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية، ومن ذلك القرار الصادر بتاريخ: ٢٠٠٩/٠١/١٤ ملف رقم (٤٧٦٥١٥)، الذي قضى بأنّ إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق بدون منح الولاية لها يعدّ خرقاً للقانون، بالتالي، أصبح الحكم بمنح الولاية للأم الحاضنة بعد الطلاق أمراً وجوبياً وملازماً للحكم بإسناد الحضانة لها. فكلّ من آلت إليه حضانة الأبناء قانوناً آل إليه الحق في الولاية على المحضونين سواء كانت الأم أو غيرها.

الحق في السكن أو دفع بدل الإيجار

إن مسكن الحضانة هو ذلك المسكن المخصص لممارسة الحضانة من رعاية وتربية وحفظ الولد صحة وخلقاً، ومسكن الحضانة، طبقاً للقانون الجزائري، هو مسكن الزوجية؛ أي المسكن الذي أعده الزوج للإقامة فيه مع زوجته وأولاده قبل الطلاق، وهو ما قضت به المادة (٥٢) من قانون الأسرة قبل التعديل بقولها: «إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها يضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيداً، وتفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها»، أما في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في هذه المادة، فإنّ مسكن الحضانة هو المسكن البديل الذي يلزم الزوج المطلق بتوفيره أو بدفع بدل الإيجار طبقاً للمادة (72) من قانون الأسرة.

وبالتالي، طبقاً لقانون الأسرة القديم كان يشترط لتستفيد المطلقة من حق السكن توافر الشروط التالية:

- وجود حكم بالطلاق بين الطرفين.
- أن تسند حضانة الأطفال إلى الأم.
- أن لا يكون لها ولي يقبل إيواها مع محضونيتها.
- أن تكون حاضنة لثلاثة أطفال على الأقل.

▪ أن يكون للزوج مسكن آخر غير مسكن الزوجية أو يكون له القدرة المادية ليضمن لها السكن.

كان نصّ المادة (٥٢) من قانون الأسرة وإلزامه لتوافر هذه الشروط يعتبر تعسفياً في حقّ الأم الحاضنة، وفي حق الأطفال المحضونين، باعتبار أن ذلك سوف يؤثر عليهم ولا يتماشى مع الهدف المرجو، وهو حماية مصلحة المحضون. خاصة أنّه من الناحية العملية؛ غالباً ما يرفض الولي إيواء ابنته رفقة محضونيتها، بل ويرغمها أحياناً على التنازل عن حضانتها لأطفالها لفائدة الأب حتى يقبل إيواءها.

وإثر ذلك اختلفت وتناقضت الاجتهادات القضائية بهذا الشأن، وتعارضت في بعض الأحيان مع مضمون المادة (٥٢)، ونذكر من ذلك، قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: ١٩٩٤/١١/٢٩ ملف رقم (١١٢٧٠٥)؛ الذي قضى بأن قضاة المجلس لما أسسوا قرارهم على أن الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو أجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضدّهم بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته.

إضافة إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: ١٩٩٧/١١/٢٥ ملف رقم (١٧٥٦٤٦)؛ الذي قضى بأن عدم الاستجابة لطلب الطاعنة في تخصيص سكن لها لممارسة الحضانة أو منحها مقابل لإيجار سكن رغم القضاء لها بعد الطلاق، بنفقة العدة ونفقة إهمال وتعويضها عن الطلاق والحكم لها بنفقة الأولاد المحضونين، إلا أنّه، بحسب المادة (72)) من قانون الأسرة، فإنّه يقع على عاتق الأب أن يوفر للمحضون سكناً أو أجرته ممّا كان يستوجب على القضاة أن يحكموا لها بالسكن أو بأجرته.

هذا التناقض في الاجتهادات القضائية الذي اقتضاه حماية المرأة الحاضنة وأطفالها من الضياع والتشرد ألزم المشرّع الجزائري إلى المبادرة في تعديل النص القانوني، وكان بذلك تعديل المادة (٧٢) من قانون الأسرة، التي قضت بأنه: في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

وبذلك أنهى المشرّع الجزائري معاناة المرأة الحاضنة بإلغاء الشروط التي كانت قائمة في ظل قانون الأسرة السابق، فيما يتعلق باشتراط حضانة ثلاثة أطفال على الأقل، وعدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة وتوافر أكثر من مسكن يملكه الزوج، فيكفي أن تكون الحضانة مقررة لطفل واحد على الأقل وحتى ولو لم يكن للزوج مسكن آخر، فيجب على الزوج إما توفير مسكن مناسب لممارسة الحضانة إلى غاية سقوطها قانوناً، أو إن تعذر عليه ذلك وجب عليه دفع بدل إيجار مناسب يخضع تحديده للسلطة التقديرية للقاضي.

كما أنه وحماية للمرأة الحاضنة ومحضونيتها فقد نص المشرّع صراحة على أن الحاضنة لا تغادر

مسكن الزوجية حتى ينفذ الأب التزامه بتوفير مسكن مناسب لممارسة الحضانة أو دفع مبالغ بدل الإيجار، وهذا الإجراء يعتبر ضرورياً وإيجابياً لدفع الأب إلى تنفيذ التزامه بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو أجرته، خاصة عندما تجد المرأة الحاضنة نفسها بعد صدور الحكم بالطلاق وانتهاء العدة بدون مأوى ولو بشكل مؤقت إلى حين تنفيذ الأب لالتزامه.

إن حق الحاضنة في شغل مسكن الحضانة مرهون بانتهاء مدة الحضانة القانونية، التي هي ١٩ عاماً بالنسبة إلى الأنثى و ١٠ أعوام بالنسبة إلى الذكر، على أنها يمكن أن تمتد إلى ١٦ عاماً بالنسبة للأم الحاضنة التي لم تتزوج ثانية، وسقوط حق الحاضنة في السكن يكون بقوة القانون، لكن قد تطرأ أسباب أخرى كأن يكون للحاضنة سكناً مستقلاً خاصاً بها؛ ففي هذه الحالة لا يمكنها المطالبة بحق السكن لعدم حاجتها إليه، فالعبرة هي حماية المرأة ومحضونها وليس استعمال الحق بشكل تعسفي ضد الزوج.

اجتهادات قضائية تتعلق بحالات استثنائية خاصة بحق السكن للحاضنة

رغم تعديل قانون الأسرة فيما يتعلق بحق السكن بعد صدور حكم بالطلاق والحضانة، إلا أن هذا القانون لا يكفي ليشمل جميع الحالات التي تعرض أمام القضاء؛ لذلك كان للاجتهاد القضائي الدور الأكبر في الفصل في العديد من المسائل التي أثارها الظروف الاجتماعية، ونذكر من ذلك على سبيل المثال لا الحصر:

❖ يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: ٢٠١٠/١١/١١ ملف رقم (٥٨١٧٠٠)؛ الذي جاء فيه أنّ «المادة (٧٢) من قانون الأسرة لم تحدد المكان الذي يجب فيه السكن، وبالتالي يبقى هذا الأخير مرتبطاً بمكان ممارسة الحضانة الذي يتحدد إما بمكان الزوجية قبل الطلاق أو بمكان تواجد أهل الحاضنة، وبالتالي لا يمكن لهذه الأخيرة إلزام الأب بتوفير مسكن في مكان آخر تختاره هي إذا كان المكان الأول يحقق مصلحة المحضون من باب رعاية الأب وتفقد أحواله».

❖ تسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة، قرار المحكمة العليا بتاريخ: ٢٠٠٩/٠١/١٤ ملف رقم (٤٦٠١٣٧).

❖ الحكم ببديل إيجار سكن لممارسة الحضانة مقيد بممارستها في الجزائر، لا يكون الأب ملزماً بتوفير سكن أو بدل الإيجار متى كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني، قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: ٢٠١١/٠٥/١٢ ملف رقم (٦٢٢٧٥٤).

❖ نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة على عاتق الزوج، قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ:

١١/٠٤/٢٠٠٧ ملف رقم (٣٩٠٠٩١)؛ فالمطلقة أثناء فترة العدة تقيم في مسكن الزوجية إلى انتهاء عدتها طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، وكذا المادة (٦١) من قانون الأسرة.

❖ يمكن المطالبة ببديل الإيجار المعتبر من مشتريات النفقة المستحقة للمحزون في أي وقت ولا يمكن التمسك بخصوصه بحجية الشيء المقضي فيه، وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: ١٤/٠١/٢٠٠٩ ملف رقم (٤٨١٨٥٧)؛ فالنفقة تبقى مستحقة للطفل المحزون ما دامت حضانتها لم تسقط بعد عن الحاضنة، وبالتالي يمكن المطالبة بحق السكن في أي وقت ولا يمكن الاحتجاج بحجية الشيء المقضي فيه.

❖ لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجزة عن حكم الطلاق، حكم المحزونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار، قرار المحكمة العليا بتاريخ: ١١/٠٤/٢٠٠٧ ملف رقم (٣٨٤٥٢٩)، فالحق في السكن أو بدل الإيجار يعدّ من الحقوق اللصيقة بالمحزون، ولا يجوز للحاضنة التنازل عنها.

• المبحث الثالث: صندوق النفقة كإجراء جديد بين وجود النص وغياب التطبيق

حماية للطفل خاصة في حال انفصال الزوجين ألزم قانون الأسرة الجزائري على الأب الإنفاق على أبنائه، وخصّهم بحماية تضمنتها المادة (٧٨) من قانون الأسرة؛ إذ نصّت على أنّه: «تشمّل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة».

فقد تستحيل الحياة الزوجية ويصبح الحل الوحيد هو اللجوء إلى الطلاق، وإنهاء الحياة الزوجية، لكن للطلاق آثاره؛ فهناك عدة وهناك حضانة وهناك نفقة. ولا شكّ في أنّ المرأة تعاني الكثير خلال سير المحكمة، وتستمر هذه المعاناة بسبب تعمد الأب التهرب من دفع ما عليه، فكثير من الأزواج يتخلون عن مسؤولياتهم تجاه أبنائهم بعد طلاقهم لزوجاتهم، فلا يوفر لهم مسكناً ولا نفقة دائمة، تسمح لهم بالعيش الكريم، وأحياناً يكون الزوج قادراً على توفير مصاريف المعيشة لهم، ولكنه يتخلى عن مسؤولياته بمجرد الطلاق مما يجعل الأبناء عرضة للحاجة، إنّ هذه المسائل دفعت بالمشرّع في العديد من الدول العربية لإيجاد حلول سريعة وناجعة من خلال ما يعرف بصندوق النفقة.

قانون صندوق النفقة في الجزائر: الخلفية وإشكالية المصطلح في القانون والمجتمع

وهو ما أقرته المادة (٨٠) مكرّر من قانون الأسرة الجزائري، بقولها: «يُنشأ طبقاً للشروط والكيفيات المحددة في التشريع المعمول به صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية بما فيها أجره السكن التي يبقى

تحصيلها بطرق التنفيذ القانونية دون جدوى».

فالقانون رقم (١٥-٠١) المؤرخ في ٤ كانون الثاني (يناير) ٢٠١٥، المتضمن إنشاء صندوق النفقة يضاف إلى الترسانة القانونية التي تهدف إلى حماية الأطفال القصر والمرأة المطلقة الحاضنة، دون أن يبصر النور من خلال تخصيص مبلغ مالي لها، في حال تخلي المدين عن دفع النفقة، ويكمل هذا الإجراء ما تضمنته مراجعة قانون الأسرة الذي كرّس مساواة أكبر بين الزوجين، وضمان حماية أفضل للأطفال؛ إذ يظل هذا القانون قابلاً للتحسين في بعض الجوانب المادية على غرار الصعوبات التي تعترض مطلقات حصلن على حضانة الأطفال من أجل استرجاع النفقة الغذائية وفق القانون.

وبما أن المتضرر من عدم دفع النفقة هم أولا الأطفال فكان لا بدّ من إيجاد آلية جديدة تمكن من دفع هذه النفقة، وتجعل الأطفال في منأى عن الحاجة، وهي الطريقة المعتمدة في العديد من الدول، لا سيما فرنسا وتونس ومصر وفلسطين والبحرين، وللإشارة فإنّ هذه المادة تنصّ على أنّ إنشاء مثل هذا الصندوق يتم وفق التشريع المعمول به؛ حيث بالرجوع إلى هذا التشريع، ولا سيما القانون رقم (٨٤-١٧) المتعلق بقوانين المالية، نجده ينصّ على أنّ إنشاء مثل هذه الصناديق يتم بموجب قانون المالية.

هذا ونصّت المادة (٨٠) مكرر ١، على أنه: «دون الإخلال بالتشريع المعمول به، يمكن دفع كل نفقة غذائية بما فيه أجره المسكن المحددة بموجب حكم قضائي نهائي تعذر تحصيلها الكلي أو الجزئي بالطرق القانونية، من قبل الصندوق المنشأ بموجب المادة ٨٠ مكرر من هذا القانون.

تحل الخزينة العمومية بقوة القانون محل الدائن الذي استفاد من إجراء الدفع المنصوص عليه في هذه المادة، فضلاً عن طرق التنفيذ الأخرى، يمكن لوكيل الخزينة الاقتراع من حساب المدين.

تحدد كليات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم».

إجراءات الاستفادة من صندوق النفقة

في تاريخ ٢٠١٥/٠٦/١٨ صدر قرار وزاري مشترك يحدد الوثائق التي يتكون منها ملف طلب الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، نصت المواد من ٤ إلى ٩ من قانون (١٥/٠١)؛ المتضمن قانون صندوق النفقة على الإجراءات الواجب اتباعها لاستفادة المطلقة الحاضنة من مبالغ هذا الصندوق.

يشترط للاستفادة من صندوق النفقة الحصول على حكم بالنفقة ممهور بالصيغة التنفيذية، ويتم مباشرة تنفيذ هذا الحكم أمام المحضر القضائي، وتحرير محضر امتناع عن التنفيذ بعد تبليغ الزوج السابق بالحكم، وامتناعه عن التسديد، أو لعدم الاستدلال بمحل إقامته.

يقدم طلب الاستفادة من المستحقات المالية الى القاضي المختص، مرفقاً بملف يتضمن الوثائق التي تحدد بموجب قرار مشترك بين وزير العدل حافظ الاختام والوزير المكلف بالمالية، والوزير المكلف بالتضامن الوطني، ثم يبيّن القاضي المختص في الطلب بموجب أمر ولائي في أجل أقصاه خمسة أيام من تاريخ تلقيه الطلب، يبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى كلّ من المدين والدائن بالنفقة والمصالح المختصة، في أجل أقصاه ٤٨ ساعة من تاريخ صدوره.

وفي حال وجود أي إشكال يفصل قاضي شؤون الأسرة فيه في أجل أقصاه ٣ أيام، على أن تتولى المصالح المختصة الأمر بصرف المستحقات للحاضنة في أجل أقصاه ٢٥ يوماً من تاريخ التبليغ، ويكون تحصيل إيرادات الصندوق والتي يتم اقتطاعها من مخصصات ميزانية الدولة ومبالغ النفقة التي يتم تحصيلها من المدين بها، والرسوم الجبائية التي تنشأ وفق التشريع المعمول به لصالح هذا القانون.

كما أنّ القانون (٠١/١٥)، نظم أمرين مهمين: أولهما إمكانية مراجعة قيمة النفقة، حيث يتعين على المستفيد الدائن بالنفقة إعلام القاضي المختص بأيّ تغيير يطرأ على حالتهما الاجتماعية والقانونية من شأنه احتمال التأثير في استحقاق النفقة، وذلك خلال ١٠ أيام من حدوثه، على أن يفصل القاضي في ذلك بموجب أمر يبلغ خلال ٤٨ ساعة عن طريق أمانة الضبط إلى المدين والدائن بالنفقة والمستفيد، أما الأمر الثاني: فهو أنّ النفقة التي يدفعها الصندوق للمستفيدين يتولى استرجاعها من المدين الأصليين، الذين امتنعوا عن الدفع؛ حيث يتولى أمين خزينة الولاية تحصيل المستحقات المالية لصندوق النفقة من المدين بالنفقة بناء على أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة، وفق الأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

السلبيات والمآخذ المتعلقة بقانون صندوق النفقة وأثرها على المركز القانوني للمرأة

❖ سبق أن تعرضنا إلى الأسباب والدوافع التي أدت بالمشروع الجزائري إلى إنشاء قانون صندوق النفقة، لكن ما تجدر الإشارة إليه إغفال المشرع إلى فئة من الفئات التي كان يفترض أن يوليها المشرع العناية، ويشملها تطبيق هذا القانون وهنا تكمن إشكالية المصطلح، فالمشروع الجزائري نصّ في المادة (٢) من قانون (٠١/١٥) المتضمن صندوق النفقة على أنه:

«يقصد في مفهوم هذا القانون بالمصطلحات الآتية:
- النفقة: النفقة المحكوم بها وفق أحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الاطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتاً لصالح الطفل أو الاطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة.

- المستحقات المالية: المبلغ الذي يدفعه صندوق النفقة للدائن بها والذي يساوي مبلغ النفقة وفق تعريفها المحدد أعلاه.

- المستفيد أو الدائن بالنفقة: الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة.

- المدين بالنفقة: والد الطفل أو الأطفال المحضونين أو الزوج السابق.

أي أنّ المشرّع الجزائري حصر المستفيد من هذا القانون بالمطلقة الحاضنة، وهو ما جعل هذا القانون يعرف لدى العامة بمصطلح صندوق المطلقات، أي أنّه بذلك استثنى المرأة التي ما تزال في عصمة زوجها لكنها منفصلة عنه بسبب خلاف بينهما، بالتالي في حال حصلت هذه الزوجة على نفقة غذائية مؤقتة بموجب أمر استعجالي، لا يمكنها الاستفادة من هذا الصندوق إلا إذا قامت برفع دعوى طلاق، أما غير ذلك فلا حق لها بموجب هذا القانون.

❖ هناك حالات أخرى لم يشملها القانون وأغفلها المشرّع الجزائري من الاستفادة من مبالغ هذا الصندوق ويتمثل ذلك في الحكم بالنفقة الصادر لفائدة الأصول ضد الفروع، فقد يحدث وأن يتقدم شخص برفع دعوى نفقة ضد أبنائه الميسورين على اعتبار أنه أصبح عاجزاً عن توفير ما يسدّ احتياجاته، وبلغ من العمر ما يمنعه من العمل فيحصل على حكم بالنفقة ضدّ أبنائه، لكنه في حال عدم التزام أبنائه بتنفيذ الحكم لا يمكنه الاستفادة من هذا الصندوق لأنّ المشرّع أغفل ذكره.

❖ إن هذا القانون يتحدث عن المرأة المطلقة الحاضنة، بالتالي الحضانة شرط أساسي للاستفادة من هذا القانون، فبالنسبة للأنثى لا يوجد إشكال باعتبار أنّ حضانة البنت تنتهي ببلوغها سنّ الزواج وهو ١٩ عاماً، وبالتالي يمكنها مباشرة رفع الدعوى بمفردها ولحسابها كونها اكتسبت الأهلية القانونية، لكننا نعلم أن الحضانة في القانون الجزائري بالنسبة للذكر تنتهي ببلوغه ١٠ أعوام، وقد تستمر إلى بلوغه ١٦ عاماً، إذا كانت الحضانة للأم ولم تتزوج ثانية، فبعد هذا السنّ لا يمكن للأم أن تطالب بمبالغ النفقة كونها لم تعد حاضنة، وانقضت صفتها في رفع الدعوى، ولا يمكن للابن رفع الدعوى كونه لا يملك الأهلية القانونية للتقاضي وهي ١٩ عاماً، فهنا المشرّع الجزائري أغفل هذه الحالة ما جعل هذا القانون ناقصاً، وغير ذي فاعلية؛ لأنه شرّع في الأساس لحماية مصلحة الطفل المحضون وهو ما لم يتحقق.

❖ كما أنّ هذا القانون أغفل الحالة التي تؤول فيها الحضانة إلى غير الأم فقد تؤول إلى الجدة أو الخالة أو غيرها، كذلك في حالة الطفل اليتيم الذي تؤول حضنته إلى غير أمه وأبيه، فهو أولى بالرعاية المادية من

الطفل الذي يكون ضحية طلاق، فإن كانت العبرة بحماية مصلحة المحضون بموجب هذا القانون فكان لا بدّ من أن يكون أساس القانون هو الطفل المحضون وليس الأم الحاضنة.

❖ لقد أغفل المشرّع حال إصداره للأمر (٠١/١٥) أمراً مهماً، عندما نصّ على أن مديرية النشاط الاجتماعي ملزمة بدفع مستحقات النفقة للمستفيدة خلال ٢٥ يوماً، تبدأ من يوم تبليغها بالأمر القضائي الصادر عن قاضي شؤون الأسرة، هو تنظيم آليات قانونية لتجسيد هذا المبدأ؛ حيث إنّ مخالفة المصالح الإدارية المختصة لأجل الدفع لا يترتب عليه أيّ أثر قانوني أو مسؤولية على المتسبب في ذلك، ومن ثمّ غالباً أنّ حصول المرأة المستفيدة على مستحقات النفقة لن يكون ضمن الآجال المنصوص عليها في القانون بل قد تأخذ وقتاً أكبر من ذلك بكثير خاصة في ظلّ تقيد مديرية النشاط الاجتماعي بالإجراءات المنصوص عليها في قانوني المحاسبة العمومية والرقابة السابقة على النفقات العمومية قبل إصدارها لأمر الصرف.

❖ ما يؤخذ على هذا القانون أيضاً أنه لم يستفد من التجارب العربية التي سبقته في هذا المجال، فلم تكن الجزائر هي السبّاقة لهذا الموضوع، بل سبقتها إلى ذلك العديد من الدول العربية، في مقدمتها تونس، التي كانت أول من وضع قانوناً ينظم آليات عمل هذا الصندوق، وإجراءاته، وذلك عام ١٩٩٣، لتأتي بعدها فلسطين والبحرين ومصر والمغرب، وكلها ساهمت في تحقيق هدف واحد هو حماية المرأة المطلقة ومحضونيتها من الحرمان والضياع بسبب امتناع الزوج عن دفع النفقة، وكان التشريع البحريني من بين أهم التشريعات التي استفادت من تجارب غيرها، وحاول توفير أقصى حماية لطالب النفقة بشكل عام، وليس بشكل خاص، كون القانون يشمل كل من له حكم يقضي بالنفقة سواء كانت المطلقة الحاضنة أو الفروع أو الأصول أو الزوجة التي تحوز حكماً مؤقتاً بالنفقة.

❖ كان الهدف الأساسي من إقرار قانون صندوق النفقة هو خفض معدل الطلاق في الجزائر؛ إذ بلغ نسبة مرتفعة جداً، ففي غضون ٣ أعوام (٢٠١٤، ٢٠١٥، ٢٠١٦) سجلت (١٢٥١٨٣) حالة طلاق منها ١٠ آلاف حالة خلع، أي ما يعادل نحو ٨٪ من إجمالي حالات الطلاق، لكن ما حصل كان عكسياً، واعتبر أن هذا القانون مشجع على الطلاق والخلع عموماً.

❖ إنّ هذا القانون منع استفادة المطلقات اللاتي حصلن على حكم بالطلاق قبل صدور القانون؛ أي أنّه لا يسري بأثر رجعي، وبالتالي فإن هذه الفئة لا تشملها الحماية القانونية من تعسف الزوج السابق الذي يتمتع عن دفع النفقة للمطلقة الحاضنة، وبالتالي فإنّ النسبة الأكبر من المطلقات الحاضنات ستحرم من الاستفادة من مبالغ الصندوق مما يجعله شرطاً تعسفياً في حقهنّ.

❖ إنّ هذا القانون، رغم مرور أكثر من سنتين على صدوره في الجريدة الرسمية، إلا أنّه ما يزال حبيس

النصوص النظرية دون تطبيق، كون أنّ القانون يشترط صدور التنظيم الذي يحدد كيفية تطبيقه، وهو الأمر الذي لم يتجسد على أرض الواقع إلى اليوم، بالتالي، بقي القانون دون جدوى باعتبار أن الناحية الإجرائية للنص موجودة لكن الآلية الحقيقية لتجسيده غائبة.

ثالثاً: معاهدة القضاء على جميع أنماط التمييز ضد المرأة وأثرها في تعديل قانون الأسرة الجزائري

تتعرض قوانين الأحوال الشخصية في معظم الدول الإسلامية إلى حملة شرسة من قبل المنظمات الدولية من أجل تغييرها وتعديل موادها، حتى تتناسب مع الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية التي تطالب بإلغاء التمييز في القوانين والأعراف الوطنية، وأبرز هذه المفاهيم الشرعية التي يتم العمل على تغييرها: تعدد الزوجات، والتساوي في الحق في الطلاق، ورفع سنّ الحضانة، ومنع الزواج المبكر، وإلغاء الولي، والمساواة في الميراث، وغير ذلك من الأمور التي تتعلق بقوانين الأحوال الشخصية، التي تعدّ الشريعة الإسلامية المصدر الأول والأساسي في وضعها وتنظيمها.

ونذكر في هذا المجال: مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المعروفة باتفاقية «سيداو»، فكان لزاماً على الحكومة الجزائرية تعديل قانون الأسرة الجزائري، وهو ما تجسد فعلاً بمقتضى الأمر رقم (٠٢/٠٥)، المعدل والمتمم للقانون رقم (١١/٨٤) المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

• المبحث الأول: الإطار القانوني لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

نشأة الاتفاقية:

بعد أن اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة، في شهر تشرين الثاني (نوفمبر) ١٩٦٧، إعلان القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، بدأت «لجنة مركز المرأة»، عام ١٩٧٢، استطلاع رأي الدول الأعضاء حول شكل ومضمون الصكّ الدولي بشأن حقوق المرأة، وفي ١٩٧٣ بدأ فريق عينه المجلس الاقتصادي والاجتماعي في الإعداد لمثل هذه الاتفاقية.

عام ١٩٧٤؛ بدأت اللجنة المعنية في مركز المرأة بصياغة اتفاقية بشأن القضاء على التمييز ضد المرأة، وظلت تعمل لأعوام، إلى أن أنهت إعداد الاتفاقية التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها رقم (٣٤/١٨٠) المؤرخ في ١٨/١٢/١٩٧٩، ودخلت

حيّز التنفيذ في ٠٣/٠٩/١٩٨١ (٢٩).

وتضم هذه الاتفاقية، إضافة إلى الديباجة، ثلاثين مادة تهدف إلى اتخاذ تدابير خاصة بغية إيجاد مجتمع عالمي تتمتع المرأة بالمساواة مع الرجل مساواة فعلية، إضافة إلى المساواة القانونية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والصحية والثقافية والأسرية، في الحياة العامة والخاصة، ومجتمع ما تزال فيه كل أشكال التمييز على أساس الجنس، كما تطالب الدول الأطراف بأن تعترف بإسهام المرأة الاقتصادي والاجتماعي في الأسرة، وتشدّد على أنّ التمييز يعوق النمو الاقتصادي والرخاء، وتؤكد على ضرورة حدوث تغيير في المواقف من خلال توعية الرجال والنساء على قبول المساواة في الحقوق الواجبات، والتغلب على الآراء المسبقة والممارسات القائمة على أدوار نمطية جامدة.

آليات عمل اتفاقية سيداو

فيما يخصّ المجال القانوني؛ دعت الاتفاقية إلى إعطاء المرأة الأهلية القانونية المساوية لأهلية الرجل، ما يجعلها تبرم عقد الزواج بإرادتها المنفردة، وهو طبعاً ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعدّ الولاية في زواج المرأة شرطاً لصحة العقد، إضافة إلى عملها على المساواة في الشهادة والميراث بين الجنسين.

وقد فرضت الاتفاقية نظاماً معيناً لمراقبة الدول، ومعرفة مدى التزامها ببنود الاتفاقية، وهذه المراقبة تتم عن طريق منظمات أهلية تقوم بإرسال التقارير إلى الأمم المتحدة، التي تقوم بدورها بإلزام الدول بتنفيذ بنود الاتفاقية بحذافيرها.

أما عن اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضدّ المرأة، هي هيئة الخبراء المستقلين التي ترصد تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، واللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضدّ المرأة مؤلفة من ٢٣ خبيراً في مجال حقوق المرأة من جميع أنحاء العالم.

البلدان التي أصبحت طرفاً في الاتفاقية (الدول الأطراف) ملزمة بتقديم تقارير منتظمة إلى اللجنة عن كيفية إعمال الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، وأثناء دوراتها، تفحص اللجنة تقرير كلّ دولة طرف وتوافي الدولة الطرف ببواعث قلقها وتوصياتها في شكل ملاحظات ختامية.

واللجنة مكلفة، وفق البروتوكول الاختياري للاتفاقية بالآتي:

29 روند بولص، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، موقع «ankawa» بتاريخ: 2008/03/06. <http://www.ankawa.com>

١- تلقي بلاغات من أفراد أو مجموعات أفراد يتقدمون إلى اللجنة بادعاءات بحدوث انتهاكات للحقوق المحمية بموجب الاتفاقية.

٢- إجراء تحقيقات بشأن حالات الانتهاكات الخطيرة أو المنتظمة لحقوق المرأة. وهذه الإجراءات اختيارية ولا تتوافر إلا حيثما تكون الدولة المعنية قد قبلتها.

وتضع اللجنة أيضاً توصيات عامة واقتراحات، وتوجه التوصيات العامة إلى الدول، وتتعلق بمواد أو موضوعات في الاتفاقية.

مضمون اتفاقية سيداو

سبق أن أشرنا إلى أن «اتفاقية سيداو» تتكون من ٣٠ مادة هي مقسمة ضمن ستة أجزاء كالآتي:

- الجزء الأول: (المواد ٦ - ١٠): يتضمن تعريفاً للتمييز وأشكاله، والتدابير المفترض اتخاذها للقضاء عليه.
- الجزء الثاني (المواد ٩ - ١٠): يتعلق بتحديد الحقوق السياسية للمرأة وحقوق الجنسية وتغييرها ومنحها لأبنائها مثل الرجل.
- الجزء الثالث (المواد ١٠ - ١٤): يتمثل في إقرار حقوق المرأة الثقافية والاجتماعية وكذا الاقتصادية.
- الجزء الرابع (المادتان ١٥ و ١٦): يركّز على التدابير القانونية كالأهلية القانونية للمرأة تماماً كالرجل، وإلغاء الصكوك المميزة ضد المرأة في الزواج واختيار الزوج والحقوق المتساوية مع الرجل أثناء العقد وبعده، والوصاية على الأطفال وغيرها.
- الجزء الخامس (المواد ١٧ - ٢٢) يتعلق هذا الجزء بأعمال اللجنة المكلفة بمراقبة العملية التدريجية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في كافة الدول الموقعة على الاتفاقية.
- الجزء السادس (المواد ٢٣ - ٣٠): يتضمّن الأحكام الختامية للاتفاقية كأشكال النفاذ والتوقيع والتّحفظ واللغات التي تنشر بها الاتفاقية وغيرها.

• المبحث الثاني: موقف الجزائر من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

وقّعت جميع الدول العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، عدا السودان، وكانت مصر من أول الدول الموقعة على الاتفاقية، عام ١٩٨١، وفلسطين كانت آخرها في عام ٢٠٠٩. وأبدت بعض الدول العربية تحفظاتها على بعض بنود الاتفاقية، وذلك استناداً إلى تعارضها مع

تشريعاتها الوطنية، أو بسبب تعارض بعض موادها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ومعظم الدول العربية تحفظت على المادة رقم (١٦) بصفة خاصة، بسبب تعارضها مع الشريعة الإسلامية.

تجدر الإشارة إلى أنّ هذه الاتفاقية صادقت عليها ٢٠ دولة عربية، هي: المغرب، الجزائر، تونس، ليبيا، مصر، لبنان، الأردن، السعودية، العراق، الكويت، اليمن، جزر القمر، موريتانيا، الإمارات العربية المتحدة، جيبوتي، البحرين، سوريا، سلطنة عمان، قطر، وفلسطين.

ولقد وافقت الجزائر على اتفاقية سيداو بتحفظ بموجب الأمر رقم (٠٣/٩٦)، ثمّ انضمت إليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم (٥١/٩٦) الصادر في ١٩٩٦/٠١/٢٢.

ورغم تزايد عدد الدول المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة (سيداو)، لكنّها كانت أكثر الاتفاقيات الدولية محلاًّ للتحفظات، والجزائر شأنها في ذلك شأن باقي الدول العربية تحفظت على العديد من المواد التي تضمنتها الاتفاقية؛ بسبب عدم إمكانية تضمين تشريعها الوطني بمبادئ وأفكار الاتفاقية لتعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، كون هذه الأخيرة تعدّ أول مصدر من مصادر القانون الجزائري طبقاً للمادة (٢) من الدستور الجزائري، والمادة (١) من القانون المدني، والمادة (٢٢٢) من قانون الأسرة.

تاريخ انضمام الدول العربية إلى اتفاقية سيداو	
الدولة	تاريخ الانضمام إلى اتفاقية سيداو
الأردن	١٩٩٢
الإمارات	٢٠٠٤
البحرين	٢٠٠٢
تونس	١٩٨٥
الجزائر	١٩٩٦
جيبوتي	١٩٩٨
السعودية	٢٠٠٠
موريتانيا	٢٠٠١
سوريا	٢٠٠٣
عمان	٢٠٠٦
الكويت	١٩٩٤
لبنان	١٩٩٧
ليبيا	١٩٨٩
مصر	١٩٨١
المغرب	١٩٩٣
اليمن	١٩٨٤
جزر القمر	١٩٩٤
قطر	٢٠٠٩
فلسطين	٢٠٠٩
العراق	١٩٨٦

مضمون تحفظات الجزائر على بنود اتفاقية سيداو

تحفظت الجزائر على المادة (٢)، المادة (٩) فقرة (٢)، المادة (١٥) فقرة (٤)، المادة (١٦) والمادة (٢٩) من الاتفاقية، ووردت التحفظات على المواد، وكانت كلّها بسبب مخالفة قانون الأسرة الجزائري فكانت كالآتي:

المادة ٢: تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج، بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضدّ المرأة، وتحقيقاً لذلك تتعهد بالقيام بما يلي:

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

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

(ي) إلغاء جميع الأحكام الجزائرية الوطنية التي تشكل تمييزاً ضدّ المرأة.

وكان تحفظ الجزائر على هذه المادة كالآتي: «تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنها على استعداد لتطبيق أحكام هذه المواد بشرط عدم تعارضها مع أحكام قانون الأسرة الجزائري».

المادة ٩ فقرة ٢: تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحقّ الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهما.

وكان تحفظ الجزائر على هذه المادة كالتالي: «تود حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن تعرب عن تحفظاتها بشأن أحكام الفقرة (٢) من المادة (٩) التي تتنافى مع أحكام قانون الجنسية وقانون الأسرة الجزائري».

المادة ١٥ فقرة ٤: تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم.

وكان تحفظ الجزائر على هذه المادة كالتالي: «تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام الفقرة (٤) من المادة (١٥) المتعلقة بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها وسكنها ينبغي ألا يفسر على نحو يتعارض مع أحكام الفصل الرابع المادة ٣٧ من قانون الأسرة الجزائري».

كان تحفظ الجزائر على هذه المادة يتعلق بسكن المرأة المتزوجة التي تلزم بالسكن في منزل الزوجية، ولا يمكنها السفر والتنقل إلا بإذن زوجها، وفق ما تقتضيه مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف الاجتماعي.

المادة ١٦:

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:

(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 بوصفها أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها 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 إسم الأسرة والمهنة ونوع العمل.
(ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

٢- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً.

وكان تحفظ الجزائر على هذه المادة كالتالي: «تعن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنّ أحكام المادة (16) المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج وعند فسخه على السواء ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة رقم (١١/٨٤)».

والملاحظ أنّ هذه المادة متعلّقة بالزواج والأسرة والتساوي في الحقوق والمسؤوليات المترتبة عن الزواج وفسخه، والحقوق والمسؤوليات المناطة بالوالدة في الأمور المتعلقة بأطفالها وبالولاية والقوامة والوصاية على أطفالها، كلها مسائل نظّمها قانون الأسرة الجزائري، طبقاً لما يتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ولا يتعارض معها.

المادة (٢٩):

١/ يعرض للتحكيم أيّ خلاف بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية لا يسوّى عن طريق المفاوضات، وذلك بناء على طلب واحدة من هذه الدول، فإذا لم يتمكن الأطراف، خلال ستة أشهر من تاريخ طلب التحكيم، من الوصول إلى اتفاق على تنظيم أمر التحكيم، جاز لأي من أولئك الأطراف إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفق النظام الأساسي للمحكمة.

٢/ لأية دولة طرف أن تعلن، لدى توقيع هذه الاتفاقية أو تصديقها أو الانضمام إليها، أنها لا تعدّ نفسها ملزمة بالفقرة (١) من هذه المادة، ولا تكون الدول الأطراف الأخرى ملزمة بتلك الفقرة إزاء أية دولة طرف أبدت تحفظاً من هذا القبيل.

٣/ لأية دولة طرف أبدت تحفظاً وفق الفقرة (٢) من هذه المادة أن تسحب هذا التحفظ متى شاءت بإشعار توجهه إلى الأمين العام للأمم المتحدة.

وكان تحفظ الجزائر على هذه المادة كالتالي: «إن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة الأولى من المادة ٢٩ التي تنص على أن أي خلاف ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية ولا يسوى عن طريق المفاوضات، يعرض بناء على طلب واحدة من هذه الدول للتحكيم أو محكمة العدل الدولية».

• المبحث الثالث

انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على قانون الأسرة الجزائري

عاد للواجهة النقاش حول اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة «CEDAW» التي أصدرتها منظمة الأمم المتحدة، في ١٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٧٩، التي صادقت عليها الجزائر (بتحفظ) عام ١٩٩٦، بموجب المرسوم الرئاسي رقم (٥١/٩٦) المؤرخ في ٢٢ كانون الثاني (يناير) ١٩٩٦.

فعلى الرغم من مرور أكثر من ٢٠ عاماً على تصديق الجزائر على هذه الاتفاقية، ما يزال النقاش حاداً حولها، بين من يعتبرها خطوة مهمة في ترقية حقوق المرأة وحمايتها من شتى أنواع التمييز، وبين من يعدّها منافية لخصوصيات الشعب الجزائري وعاداته وتقاليده وأعرافه، لذلك وجب التنبيه إلى أنّ الجزائر قد تحفظت بمناسبة التوقيع على هذه الاتفاقية على بعض بنودها، والتي قدرت الحكومة الجزائرية أنها تتعارض مع المنظومة القيمية والدينية والاجتماعية والثقافية الجزائرية^(٣٠).

رغم التحفظات التي وضعتها الجزائر على بعض بنود اتفاقية «سيداو»؛ لمخالفتها أحكام قانون الأسرة الجزائري، إلا أنّ ذلك لم يمنعها من التأثير بينود الاتفاقية والعمل على تعديل قانون الأسرة بما يتماشى مع مبدأ تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، ومنع التمييز بينهما في الكثير من المسائل القانونية.

بالرجوع إلى قانون (١١/٨٤)؛ المتضمن قانون الأسرة، نجد أنه كان محل نقد واعتراض من قبل العديد من الهيئات والمنظمات المناهضة لبحرية المرأة وحقوقها والمساواة بينها وبين الرجل، فكان ذلك إلى جانب المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة «CEDAW» دافعاً قوياً لتعديل قانون الأسرة، وهو ما تجسّد فعلاً بموجب الأمر رقم (٠٢/٠٥) المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري.

أهم ما طرأ من تعديلات على قانون الأسرة، وكان له تأثير مباشر على المركز القانوني للمرأة في ظلّ قانون الأسرة الجزائري، كما سبق ذكره خلال المحاور السابقة من هذا البحث، يتمثل في:

30 حمزة خضري، هذه تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو، الجزائر 24، موقع إخباري إعلامي إلكتروني، بتاريخ: 2016/04/05. الموقع الإلكتروني: <http://aljazair24.com>

- توحيد سنّ الزواج بين الرجل والمرأة ليكون ١٩ عاماً لكليهما دون تمييز.
- تقييد سلطة الولي في إبرام عقد الزواج، بأن منح المشرّع الجزائري للمرأة البالغة حرية تزويج نفسها بحضور الولي الذي تختاره هي سواء كان والدها أو أي شخص آخر تراه مناسباً لولايتها في الزواج.
- توسيع حق المرأة في فك الرابطة الزوجية بأن منحها حالات أخرى تسمح لها بحق المطالبة بالتطليق إضافة إلى تعديل النص القانوني الخاص بالخلع كونه قرر عدم اشتراط موافقة الزوج لوقوع الخلع.
- حقّ المرأة في حضانة أبنائها القصر دون أن يكون لعملها سبباً في إسقاط هذا الحقّ عنها.
- حقّ المرأة في الولاية على أبنائها القصر بمجرد حصولها على الحق في الحضانة.
- حقّ المرأة في سكن لممارسة الحضانة أو مبلغ لدفع بدل الإيجار لمجرد حضانتها لطفل واحد على الأقل.
- حقّ المرأة في تحصيل مبالغ النفقة بموجب قانون صندوق النفقة في حال تعسف الأب في تنفيذ التزامه بالإنفاق على أبنائه المحضونين.

لقد حاول المشرّع الجزائري في قانون الأسرة التّوفيق بين المرجعيّة الإسلاميّة والمرجعيّة الدوليّة، التي يأتي على رأسها اتفاقية «سيداو» فكان من نتائج ذلك أن حمل قانون الأسرة الجزائري المعدل قيما اجتماعية سلبية غريبة عن قيم المجتمع الجزائري المحافظ.

فرغم ذلك، ما تزال الجزائر بعيدة عن الرؤية المرضية في نظر المنظمات الوطنية والدولية المنادية بحرية المرأة والمساواة بينها وبين الرجل، في جميع المسائل القانونية، فاتفاقية سيداو تعرضت إلى بعض البنود التي تتخالف كلياً مع البيئة الجزائرية المحافظة وتتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية فأباحت الإجهاض، والزنا، ومنعت تعدد الزوجات والولاية في الزواج وغيرها من المسائل التي من شأنها العمل على هدم الأسرة العربية عموماً، والأسرة الجزائرية خصوصاً.

عيوب اتفاقية «سيداو» وتأثيرها على قانون الأسرة الجزائري

يصعب حصر الدوافع الحقيقية الكامنة خلف المؤتمرات والاتفاقيات الدولية، كما يصعب حصر الأهداف التي تنوي الوصول إليها؛ إذ ليس «من الدقة في شيء أن نقول إنّها قامت فقط لحرب المجتمعات الإسلامية فهناك الكثير من الأفراد والمؤسسات داخل المجتمعات الغربية نفسها، فضلاً عن غيرها يعارض هذه المؤتمرات وقراراتها»، إلا أنّ الواضح أن الهدف الأساسي لهذه المؤتمرات والاتفاقيات هو فرض النموذج الاجتماعي الغربي على العالم تكملة لنجاحه في فرض النموذج السياسي والاقتصادي، هذه النماذج

التي لا تراعي في تشريعاتها القانونية اختلاف العقيدة أو تباين الثقافة بين المجتمعات؛ بل هي تسعى إلى فرض نمط حضاري موحد على العالم تلتزم به الدول كلها^(٣١).

يمكن إجمال أهم العيوب التي عرفتتها اتفاقية «سيداو» في الآتي:

١/ تراعي اتفاقية «سيداو» مبدأ حقوق المرأة دون أن تلزمها بالواجبات، ومن البديهي أن الحق لا بد من أن يواجهه واجب ليقود إلى التوازن المطلوب في المجتمعات وهذا لكسب تأييد النساء لها.

٢/ الدعوة إلى إنكار دور المرأة في الأسرة التي أولاها التشريع الإسلامي عناية كبيرة باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع، فهي التي تحقق السكن والمودة والاستقلال لكل أفرادها، وفيها يتعاون الزوجان على تربية الأبناء على القيم والمعتقدات، لذلك وضع لها الشرع من الأحكام ما يكفل لها الاستقرار وتحقيق غايتها ومقاصدها.

٣/- إن المخاطب بهذه الاتفاقية هو المرأة وليس النساء، أي أن الضمير المستبطن هنا هو ضمير الفرد، وهي سمة كل ما صكته الأمم المتحدة من القرارات والمواثيق في ظل سيطرة المرأة الغربية عليها، بما تحمله من فلسفة ذات نزعة فردية^(٣٢).

خاتمة

إن قوانين الأحوال الشخصية في المنطقة المغاربية (الجزائر، المغرب وتونس) تتميز بأنها أكثر تقدمية وأقل تمييزاً، مقارنة بالقوانين في سائر العالم العربي، فقد حققت البلدان المغاربية، وخصوصاً تونس، خطوات واسعة للأمام في علاقات الأحوال الشخصية، لكن لم يسلم ذلك من المساس بأصول الشريعة الإسلامية.

لقد جاء الأمر رقم (٠٢-٠٥) المعدل والمتمم للقانون رقم (٨٤-١١)، المؤرخ في ١٩٨٤/٠٦/٩، المتضمن قانون الأسرة الجزائري في وقت حساس جداً، خلال فترة كانت المرأة في حاجة إلى ما يدعم مطالبها من أجل ترقية مكانتها ومركزها، وتعزيز حقوقها في المساواة والمواطنة، في محاولة لخلق نوع من المساواة أو التوازن في الحقوق والواجبات بين الزوجين.

رغم الإصلاحات والتعديلات التي أحدثتها المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة، إلا أنه ظهرت

31 نهى قاطرجي، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، المؤتمرات الدولية حول المرأة، مقالات ودراسات وأبحاث اجتماعية، المجتمعات الجزائرية العربية. <https://com.google.sites/>

32 رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، دار الوفاء لدنيا للطباعة والنشر، الإسكندرية- مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص 40.

وجهات نظر متباينة اختلفت بين التأييد والرفض لمشروع تعديل قانون الأسرة، كان شبه صراع فكري بين التوجه الفرنكوفوني والتوجه الإسلامي المحافظ.

يمكننا القول: إنّ قانون الأسرة الجزائري لعام 2005 قد حمل قيماً اجتماعية سلبية غريبة عن قيم ثقافة المجتمع الجزائري المحافظ، تمثل ذلك في قيم المساواة والنزعة الفردية.

ونتيجة لذلك، يمكن إجمال النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة في الآتي:

- رغم أن المشرّع الجزائري اعتمد مبادئ الشريعة الإسلامية في تعديله لقانون الأسرة والأخذ بالمذهب الفقهي الأقرب للواقع إلا أنه في كثير من الأحيان ما بتعد عن هذا النهج، واعتمد موقفاً فقهيّاً دون مواقف أخرى، كان من المفترض أنه قرر تطبيقها مثل ما حصل بمسألة الولي في الزواج.
- عمد المشرّع الجزائري إلى توحيد سنّ الزواج بين الرجل والمرأة لتحقيق المساواة بينهما، ولتلافي الاختلاف الموجود بين سنّ الزواج وسنّ الرشد المدني، خاصة لما أثاره من مشاكل أمام المحاكم ولجوء العديد من العائلات إلى الزواج العرفي خشية رفض القاضي منح ترخيص بالزواج للقاصرة.
- لم يحدد المشرّع الجزائري الضوابط اللازمة لتحديد المصلحة والضرورة في حال طلب الترخيص لزواج القاصر، ما يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.
- أصبح دور الولي يقتصر على الحضور فقط أي حضور شكلي، كما أنّ المشرّع جعل من الولي شرط لزوم في عقد الزواج بدل من أن كان ركناً، وذلك بنص المادة (9) مكرر.
- إنّ تعديل قانون الأسرة كان لتحقيق حماية أكبر للمرأة لم يمنع تعدد الزوجات، وإنما وضع قيوداً للتعدد كالمبرر الشرعي وتحقيق نية العدل وضرورة الحصول على الترخيص المسبق من القاضي المختص بعد موافقة كل من الزوجة السابقة واللاحقة، مما فتح المجال أمام انتشار الزواج العرفي.
- لم يهتمّ المشرّع الجزائري بموضوع الخلع، رغم أهميته، وما قد يترتب عن التطبيق الخاطيء لفكرة الخلع من تشتيت الأسرة وتفريق للأولاد حيث خصص له مادة واحدة فقط من قانون الأسرة عام 2005 تجيز للزوجة دون موافقة الزوج حقّ اللجوء إلى القضاء لتخالف نفسها وجعلها في مركز مساوٍ للرجل، وأنّ المادة (54) من قانون الأسرة.
- لم يحدد المشرّع الجزائري شروط الحضانة، لكنّه اكتفى بالحديث عن الأهلية دون التفصيل فيها، كما أنه صنف الترتيب في الحضانة بشكل مختصر في حين أن الأمر يقتضي التفصيل، إضافة إلى موضوع تمديد الحضانة جعله مقتصرًا على الأم التي لم تتزوج ثانية إلى بلوغ 16 عاماً، وهو سن التمييز، لكن إن

كانت الأم متزوجة أو آلت الحضانة إلى غيرها فتتقضي ببلوغ الذكر ١٠ أعوام، فما مصير هذا الطفل منذ ١٠ أعوام إلى بلوغه ١٩ عاماً؟

● إن المشرّع الجزائري حصر المستفيد من هذا القانون بالمطلقة الحاضنة فهناك حالات أخرى لم يشملها القانون وأغفلها المشرّع الجزائري من الاستفادة من مبالغ هذا الصندوق، ويتمثل ذلك في الحكم بالنفقة الصادر لفائدة الأصول ضدّ الفروع، فقد يحدث وأن يتقدم شخص برفع دعوى نفقة ضدّ أبناؤه الميسورين، على اعتبار أنه أصبح عاجزاً عن توفير ما يسدّ احتياجاته وبلغ من العمر ما يمنعه من العمل فيحصل على حكم بالنفقة ضدّ أبناؤه لكنّه في حال عدم التزام أبناؤه بتنفيذ الحكم لا يمكنه الاستفادة من هذا الصندوق لأنّ المشرّع أغفل ذكره.

● كما أنّ هذا القانون أغفل الحالة التي تؤول فيها الحضانة إلى غير الأم، فقد تؤول إلى الجدة أو الخالة أو غيرها، كذلك في حالة الطفل اليتيم الذي تؤول حضانته إلى غير أمه وأبيه؛ فهو أولى بالرعاية المادية من الطفل الذي يكون ضحية طلاق، فإن كانت العبرة بحماية مصلحة المحضون بموجب هذا القانون فكان لا بدّ من أن يكون أساس القانون هو الطفل المحضون، وليس الأم الحاضنة.

● إن هذا القانون منع استفادة المطلقات اللاتي حصلن على حكم بالطلاق قبل صدور القانون، أي أنّه لا يسري بأثر رجعي، وبالتالي فإنّ هذه الفئة لا تشملها الحماية القانونية من تعسف الزوج السابق الذي يمتنع عن دفع النفقة للمطلقة الحاضنة، وبالتالي فإنّ النسبة الأكبر من المطلقات الحاضنات ستحرم من الاستفادة من مبالغ الصندوق مما يجعله شرطاً تعسفياً في حقهنّ.

● لقد حمل قانون الأسرة الجزائري بعض القيم التي تعدّ غريبة عن عادات وأعراف المجتمع الجزائري المحافظ، فرغم امتثال الجزائر للأخذ ببعض مبادئ اتفاقية سيداو وتضمينها في قانون الأحوال الشخصية، إلّا أنّها، رغم ذلك، لن ينظر إليها بعين الرضى من قبل المنظمات الدولية على أساس استحالة قبول جميع بنود الاتفاقية دون تحفظ لمخالفتها الكلية لمبادئ الشريعة الإسلامية.

التوصيات

☞ وضع الضوابط اللازمة لتحديد المصلحة والضرورة في حال طلب الترخيص لزواج القاصر حتى لا يترك المجال خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي.

☞ إعادة النظر في مسألة ولاية المرأة في الزواج بالشكل الذي يتناسب والدين الإسلامي والعرف الاجتماعي حتى لا يفتح المجال لتفكك الأسرة الجزائرية وانتشار الزواج دون علم أو موافقة الولي الشرعي، ولا يصبح دور الولي شكلياً.

- ✍ تحديد الضوابط التي على أساسها يتم معرفة مدى توافر المبرر الشرعي لطلب تعدد الزوجات.
- ✍ عدم النظر للنفقة ولا للعدل قبل التعدد؛ لأنّ ذلك يأخذ صورة العائق الذي لا معنى له ولا سبب سوى العرقلة ودفع الرجال والنساء إلى الزواج العرفي الذي لا يمكن إبطاله لشرعيته.
- ✍ وضع ضابط محدد يضبط ما ترجعه الزوجة لزوجها فيما يتعلق بمبلغ الخلع حتى لا يكون ذلك سبباً في وقوع المنازعات التي قد تحدث بين الزوجين.
- ✍ تعديل المادة (54)) بإدراج فقرات أخرى توضيح نوع البديل وماذا يكون غير النقود وكيفية تقديره إذا تجاوز الصداق الحقيقي قيمة صداق المثل، حتى لا تتعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع وتجحف في حق الزوج.
- ✍ ضرورة تكوين القضاة والاستفادة من الإطارات المتخرجة من كلية الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بقضايا شؤون الأسرة.
- ✍ ضرورة تدخل المشرّع بسن نصوص قانونية أخرى، تتعلق بالخلع فيما يخص الشروط والبديل والآثار الناتجة عن الخلع وهل تستحق المطلقة بالخلع النفقة؛ لأنّ مادة واحدة تشير إلى موضوع الخلع غير كافية لعلاج جميع الحالات والإشكالات الناتجة عن هذا النوع من الطلاق.
- ✍ إعادة النظر في بعض الإجراءات المتعلقة بفكّ الرابطة الزوجية لا سيما الخلع وإعطاء جلسات الصلح قيمتها الحقيقية فهي جلسات شكلية لا تضطلع بالدور الحقيقي الذي وُجدت من أجله لذلك يجب البحث عن الأسباب الحقيقية لفكّ الرابطة الزوجية ومحاولة معالجتها في جلسات الصلح وإلا فوجودها كعدمه.
- ✍ على المشرّع الجزائري تحديد شروط الحضانة بشكل مفصل، وتحديد المستفيد من حق الحضانة بناءً على ترتيب يقتضي التفصيل.
- ✍ رفع سنّ الحضانة بالنسبة إلى الذكر إلى ١٩ عاماً، مثله مثل الأنثى، حتى لا يبقى مصيره مجهولاً بعد انقضاء حضانتها سواء ببلوغ الذكر ١٠ أعوام أو ١٦ عاماً.
- ✍ تعديل مضمون قانون صندوق النفقة بتغيير صفة المستفيد من المرأة المطلقة إلى كلّ من يجوز حكماً بالنفقة مهما كان.
- ✍ أن يشمل قانون صندوق النفقة الأحكام الصادرة بالنفقة قبل صدور القانون فمن غير المنصف حرمانهم من هذا الحق لمجرد اختلاف في التاريخ، فلا مانع من أن يسري القانون بأثر رجعي طالما الهدف هو حماية المرأة الحاضنة وحماية المحضون.

المصادر والمراجع

المصادر:

- القرآن الكريم.
- الأحاديث النبوية الشريفة.

المراجع:

- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩.
- إسمهان ز، ٤٠٠ قاصر دون سن ال ١٦ أجبرن على الزواج في ٢٠١٢، جريدة النهار الجزائرية. بتاريخ: ٢٠١٢/١٠/١٥.
- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، القانون والطلاق، دار الطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ١٩٦٧.
- ابن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، ٢٠٠٨.
- حمزة خضري، هذه تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو، الجزائر ٢٤، موقع إخباري إعلامي إلكتروني، بتاريخ: ٢٠١٦/٠٤/٠٥. الموقع الإلكتروني: <http://aljazair24.com>
- رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية- مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨.
- روند بولص. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، موقع ankawa، بتاريخ: <http://www.ankawa.com>. ٢٠٠٨/٠٣/٠٦.
- سامية عطية نبوية، الخلع في الإسلام، موقع الألوكة الشرعية، بتاريخ: ٢٠١٣/٠٨/٢٦ على الموقع الإلكتروني: <http://net.alukah.net>
- سدينة إدريس عبد الكريم الزوي، دراسة قانونية عن تعدد الزوجات، بحث منشور بموقع محاماة

- نت، تم استرجاعه بتاريخ: ٢٠١٧/٠٣/٢٦ على الرابط التالي: <http://www.moahamah.net> (٢٠١٤/١٢/٠٦).
- الشيخ محمد صالح المنجد، موقع الإسلام سؤال وجواب، حكم إجبار الزوج على الخلع، 24/08/2010 على الموقع: <https://www.info.islamqa.com/ar/152402>
- صبري محمد خليل، شرط الولاية في الزواج: ثبوته، إيجابه وحكمته والرد على دعاة إسقاطه، صحيفة سودانايل، صحيفة إلكترونية، السودان. بتاريخ: ٢٠١٧/٠٣/٠٦.
- عبد الله بن صالح الزير، العدل في النفقة بين الزوجات، مجلة العدل، العدد ٤٠، شوال ١٤٢٩هـ.
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء ١، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩، بن عكنون، الجزائر.
- عماد الدين باقي، الحق في الحياة (إعدام الأطفال)، دراسة عن الجنور والحلول الفكرية والفقهية، ترجمة: صادق العبادي، الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان، ٢٠٠٩.
- العياشي جمال، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، د.ط، (٢٠٠٥/٢٠٠٤).
- العيد بن زطة، تعدد الزوجات بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.blogspot.laidbenzetta.com> بتاريخ: ٢٠١٥/٠٥/٠٣ تم استرجاعه بتاريخ: ٢٠١٧/٠١/٢٨.
- محمد الحياي، طلاق الخلع في الإسلام شروطه وأحكامه، موقع السبيل، د.ت، على الموقع: <http://www.khul3-al-talaq/a.com.assabile.ar>
- محمد الصالح بن عومر، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، العدد الثاني، جوان ٢٠١٢.
- محمد الصالح المنجد، الإسلام سؤال وجواب، فقه الأسرة، ٢٠١٠/٠٧/٢٤.
- مازوز بوعيشة، الخلع يمكن الجزائريات التحرر أكثر من عقدة الرجل، جريدة آخر ساعة، جريدة الشرق الجزائري ٢٠١٤/٠٨/٣١، العدد ٤٢٣٦.

• مكّي أم السعد، حسام حريشان. الخلع.. ضربة جديدة لتماسك الأسرة الجزائرية، جريدة الخبر، الجزائر، ٢٠١٦/٠٢/٢٦.

• نهى قاطرجي، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة (سيداو)، المؤتمرات الدولية حول المرأة، مقالات ودراسات وأبحاث اجتماعية، المجتمعات الجزائرية العربية. <https://com.google.sites>

• نورة منصوري، التطلاق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، دت.

• هادي فهمي، سنّ الزواج في الإسلام، موقع موضوع، بتاريخ: ٢٠١٤/١١/٢٠، على الموقع التالي: <http://mawdoo3.com>

المجلات القضائية:

• مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، عام ٢٠١٢.

القوانين والاتفاقيات:

• الأمر رقم (٠٢/٠٥) المؤرخ في ٢٧/٠٢/٢٠٠٥ المعدل والمتمم للقانون رقم (١١/٨٤) المؤرخ في ٠٩/٠٦/١٩٨٤ المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

• الأمر رقم: (٥٨/٧٥) الصادر بتاريخ ٢٠ رمضان ١٣٩٥ هـ الموافق لـ ٢٦/٠٩/١٩٧٥ والمتضمن القانون المدني الجزائري.

• قانون رقم (15-01) مؤرخ في 13 ربيع الأول 1436 الموافق 4 كانون الثاني (يناير) 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة.

• مرسوم تنفيذي رقم (15-107) مؤرخ في 2 رجب عام 1436 الموافق 21 نيسان (أبريل) 2015، يحدد كفاءات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم (142-302) الذي عنوانه «صندوق النفقة».

• قرار وزاري مشترك مؤرخ في ٠١ رمضان ١٤٣٦ هـ الموافق لـ ١٨/٠٦/٢٠١٥ يحدّد الوثائق التي يتشكل منها طلب الاستفادّة من المستحقات المالية لصندوق النفقة.

• المنشور الوزاري رقم (٨٤/١٠٢) الصادر في ٢٣/١٢/١٩٨٤ المتضمن تطبيق وتفسير المادة (٠٨)

من قانون الأسرة الجزائري.

- اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضدّ المرأة (سيداو)؛ اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام، بقرارها رقم (١٨٠/٣٤)، المؤرخ في ١٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٧٩، وكان تاريخ بدء النفاذ: ٣ أيلول (سبتمبر) ١٩٨١.

hafryatnews



hafryat news



hafryatnews



صحيفة حفريات تصدر عن مركز دال
للأبحاث والإنتاج الإعلامي
35 شارع إسراء المهندسين - ميدان لبنان
الجيزة - جمهورية مصر العربية
www.hafryat.com