جامعـــة 8 مـــاي 1945 قالمـــة
كليـــة الحقـوق والعلـوم السياسيـــة
قسـم العلوم القانونية والإدارية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر في العلوم القانونية

تخصص: قانون أسرة

مبدأ المساواة بين الزوجين في عقد الزواج وآثاره

إعـــداد الطلبة:

1- عبير طكوكي

2- عمر خير الدين العيد

إشـــراف الأستاذ الدكتور:

رابح بوسنة

أعضاء لجنة المناقشة

الرقـــم	الأستـــاذ	الجامعـــة	الرتبـــة العلميـة	الصفـــة
01	أ. د. محمد علي حسون	08 ماي 1945 قالمة	أستاذ تعليم عالي	رئيسا
02	د. رابح بوسنة	08 ماي 1945 قالمة	أ محاضر أ	مشرفا ومقررا
03	د. فاروق فرنان	08 ماي 1945 قالمة	أ مساعد أ	عضوا مناقشا

السنة الجامعيـــــة: 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

كلمة شكر و تقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على رسوله الكريم ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

بادئ أشكر رب العباد العلي القدير شكرا جزيلا طيبا مباركا فيه الذي أنارنا بالعلم زيننا بالحلم وأكرمنا بالتقوى وأنعم علينا بالعافية، وأنار طريقنا ويسر ووفق وأعان في إتمام هذه الدراسة وتقديمها على الشكل الذي هي عليه اليوم، فله الحمد والشكر وهو الرحمن المستعان.

وعرفانا بالمساعدات التي قدمت حتى يخرج هذا العمل إلى النورّ نتقدم بجزيل الشكر والتقدير والعرفان للأستاذ "**رابح بوسنة**" الذي قبل تواضعا وكرامة على الإشراف على هذا العمل، فله أخلص التحية وأعظم تقدير على كل ما قدمه لنا من توجيهات وإرشادات وعلى كل ما خصصه من جهد ووقت طوال إشرافه على هذه الدراسة حيث توجيهاته الكريمة ونصائحه القيمة ظاهرة في أكثر من موقع من صفحات هذا البحث المتواضع

كما أتقدم بالامتنان والعرفان للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة المقرة على تفضلهم لمناقشة هذا البحث.

وإلى جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية 08 ماي 1945.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى روح جدتي الغالية رحمها الله وأسكنها فسيح جنانه

وإلى "أبي" الذي لم يتخلى عليا في شيء

وإلى التي سهرت على نجاحي دوما "أمي الغالية"

إلى كل إخوتي وعائلتي وجميع من ساندوني في مشواري الجامعي

وخاصة الأستاذ المشرف الذي لم يبخل علينا في شيء من توجيهاته

مقدمة

المساواة بين الرجل والمرأة محل جدل قديم ظهر منذ القدم ولا زال قائما لغاية اليوم في مختلف مجالات الحياة، وفي كل الدول لا سيما الدول الإسلامية، التي شرع الإسلام الزواج ونظمه وحدد العلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة، وجعل لتلك الرابطة الشرعية المقدسة حدودا يقف عندها كل طرف ضمانا بأداء ما عليه، وتتمثل في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، فمنها ما هو مشترك كمعاشرة بالمعروف وتبادل الإحترام والمودة والرحمة، وكذا التعاون والمشاركة في كل ما هو فيه نفع وفائدة على الأسرة، ومنها حقوق يخص بها كل طرف لوحده.

وباعتبار قضية حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل محل عناية واهتمام دولي، حيث تعتبر المساواة بين الجنسين مبدأ من مبادئ الأمم المتحدة، وقد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية الرامية إلى إقرار حقوق مساوية بين الجنسين منها اتفاقية سيدوا، التي دعت إلى التساوي المطلق بين الرجل والمرأة في جميع المجالات والميادين السياسية والإقتصادية والثقافية والمدنية، سواء في الحقوق أو التشريعات أو المعاملات، وتعتبر أي فارق في هذه الأدوار تميز ضد المرأة، ونجد أن الجزائر صادقت على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان بما فيها اتفاقية سيداو التي انضمت إليها في 22 ماي 1981 ودخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1981، غير أنها قامت بإدراج بعض التحفظات على بعض بنودها، مع بعض التحفظات على البنود المعادية للشريعة الإسلامية.

ونظرا للإنتقادات الموجهة لقانون الأسرة الجزائري بالتمييز ضد المرأة، ومناقضة الدستور والإخلال بالتزامات الجزائر الخارجية خاصة اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، وعلى إثر ذلك تم تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، وتمت الموافقة عليه بموجب القانون 05-09 وتمت المصادقة عليه من البرلمان بغرفتيه بتاريخ 04 ماي 2005.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الموضوع في أهمية مبدأ المساواة بين الجنسين، وما يثيره من جدل واهتمام بين مختلف دول العالم، ومن بينها الجزائر التي سعت لتحقيق المساواة بين الجنسين، كما حرصت على تعزيز مكانة المرأة، من خلال الإنضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمصادقة عليها مع التحفظ على البعض من بنودها المخالفة للشريعة الإسلامية، كذلك تعديلها لقانون الأسرة الذي يمثل أهم قانون يتناول حقوق المرأة والرجل.

– دراسة وكشف التعارض بين مضمون قانون الأسرة الجزائري ونصوص اتفاقية سيداو، ومدى تطبيق الجزاء لمبدأ المساواة حسب بنود الإتفاقية، وما يترتب عليه من تبعات على الأسرة الجزائرية عامة، وعلى مواد قانون الأسرة خاصة.

أسباب اختيار الموضوع:

تنوعت الدوافع التي جعلتنا نخوض في هذا البحث بين ما هو موضوعي وما هو ذاتي:

الأسباب الموضوعية:

– دراسة نقاط التوافق والتعارض بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري في تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين في عقد الزواج وآثاره، وكذا أثر التحفظات التي اتخذتها الدولة الجزائرية حول اتفاقية سيداو.

– أثر التعديلات التي أدخلتها الجزائر على مواد قانون الاسرة وتغييرها مما أدى إلى مناقضة أحكام الشريعة الإسلامية، مثل: مسألة الولاية وغيرها.

الأسباب الذاتية:

أهمية الموضوع في حد ذاته كانت سببا لدراسة الموضوع، بالإضافة إلى الجدل الكبير بين الباحثين في الدول الغربية والإسلامية حول مدى تكريس المساواة بين الرجل والمرأة.

أهداف الدراسة:

تكمن أهداف الدراسة في:

– دراسة مواد قانون الأسرة الجزائري، ومدى تكريسها لمبدأ المساواة بين الجنسين في عقد الزواج وآثاره.

– دراسة اتفاقية سيداو وبيان التحفظات التي أوردتها الجزائر لما تضمنته من مواد فيها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

– دراسة مختلف التعديلات التي مست قانون الأسرة الجزائري، وبيان نقاط التوافق والاختلاف في مبدأ المساواة بين الجنسين في اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، وكذا موقف الفقه الإسلامي منه.

الصعوبات التي واجهتنا:

وقد واجهتنا أثناء قيامنا بهذه الدراسة العديد من الصعوبات والتي لا تحصى وذلك بسبب الفيروس المستجد "covid 19" مما تسبب في التوقف عن الدراسة والحجر المنزلي، وعدم توفر مراجع حتى على مستوى الانترنت، وعدم توفر النقل وغيرها.

الإشكالية:

بناء على ما سبق يمكن طرح الإشكال التالي:

– إلى أي مدى كرس المشرع الجزائري مبدأ المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة، وهل وفق في هذا المسعى أم لا؟

المنهج المتبع:

للإجابة على هذه الإشكالية تم الإتماد على المنهج التحليلي عند تحليل مضمون نصوص قانون الأسرة وبنود اتفاقية سيداو، إضافة إلى الإعتماد على المنهج المقارن عند مقارنة التشريع والإتفاقية بالفقه الإسلامي، وكذا التطرق إلى النصوص قبل وبعد التعديل، إضافة إلى حالات تم الإعتماد فيها على المنهج الاستقرائي عند استقراء فحوى النصوص القانونية.

خطة البحث:

لدراسة هذا الموضوع ارتأينا اعتماد خطة تتكون من فصلين:

– تناولنا في الفصل الأول مبدأ المساواة بين الجنسين في عقد الزواج وقسمناه إلى مبحثين، حيث خصصنا المبحث الأول لدراسة المساواة بين الجنسين في مرحلة الخطبة، وفي المبحث الثاني المساواة بين الجنسين في مرحلة انشاء العقد.

– بينما نعالج في الفصل الثاني مبدأ المساواة بين الجنسين في آثار الزواج، وهذا من خلال مبحثين أيضا، المبحث الأول درسنا فيه المساواة بين الجنسين من حيث الآثار المالية لعقد الزواج، بينما المبحث الثاني خصصناه لدراسة المساواة بين الجنسين من حيث الآثار غير المالية لعقد الزواج.

الفصل الأول: مبدأ المساواة بين الزوجين في عقد الزواج

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الزواج في قانون الأسرة رقم 84-11، كما ألزم القاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية في المادة 222 منه في حالة لم ينص عليه من أحكام بقوله: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" ونظرا لما تضمنه هذا القانون من نقص وغموض وكذا مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

ونتيجة لذلك تم تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 والذي شمل مجموعة من التغييرات التي تكرس مبدأ المساواة بين الزوجين في عقد الزواج وآثاره.

وعليه سنتناول في المبحث الأول "المساواة بين الزوجين في مرحلة الخطبة"، أما المبحث الثاني سنخصصه "للمساواة بين الزوجين في مرحلة انشاء العقد".

المبحث الأول: المساواة بين الزوجين في الخطبة

الخطبة هي المدخل الطبيعي للوصول الى ارتباط الرجل والمرأة في زواج صحيح، فإنه من المتعين على الرجل أن يختار المرأة المناسبة التي يرغب بها، والمرأة بالقبول بالخاطب التي ترى أنه يليق بها من باب التساوي بين الجنبين. وخاصة في فترة أنشاء الخطبة، والعدول عنها.

وعليه لدراسة ذلك على ضوء المساواة الواردة من قانون الأسري الجزائري والشريعة الإسلامية:

رأينا في تقسيم هذا البحث الى مطلبين: حيث سنعالج في الأول المساواة بين الزوجين في مرحلة إنشاء : مطلب الأول، وأما الثاني فنتعرض للمساواة بينهما من حيث أنهاء الخطبة : مطلب الثاني.

المطلب الأول: المساواة بين الزوجين في مرحلة إنشاء الخطبة:

الخطبة وإن كانت في حقيقتها ليست عقدا إلا أنها تمهيد لعقد الزواج، وحتى تقوم الخطبة وتنعقد هناك طرق وشروط لصحتها، وهذه المرحلة يمثلها طرفين أساسا هما الرجل والمرأة، فلا بد من تجسيد مبدأ التساوي بينهما خاصة في هذه الفترة، ولمعرفة مدى المشرع بمبدأ المساواة في أنشاء الخطبة، فإنه لابد من التطرق الى مرحلة الأنشاء، حيث سنعرفه في "الفرع الأول" المساواة بين الزوجين من حيث أسس الاختبار، ونتعرف إلى المساواة بين الزوجين من حيث شروط صحة الخطبة " الفرع الثاني".

الفرع الأول: المساواة بين الزوجين من حيث أسس الإختيار

سنعرض في هذا الفرع الى أسس اختيار المخطوبة و أسس قبول الخاطب:

أولا: أسس اختيار المخطوبة:

من المتعين على الرجل أن يختار المرأة التي يرغب حقيقة من خطبتها، ويقصد منه أن يقوم بعملية ذهنية بحتة.

والغرض منها تحديد صفات الفتاة التي تصلح به كزوجة وتختلف طريقة المعرفة باختلاف ما يراد معرفتها، فمن الأصول مالا يعرض إلا بالنظر والمشاهدة، لكونه أمرا حسيا لا يدرك إلا بالبصر مثل جمال الخلقة، وحال الجسم من امتلاء والنحافة، وطول القامة وقصرها، وكون المرأة سمراء أو شقراء

والجمال هنا أمر نسبي يختلف فيها رغبات الناس، ولذا يستحسن شرعا أن يري الخاطب بنفسه، ومعرفة ما يريد معرفته من الأصول التي لا يعرض إلا بالنظر والرؤية((1)).

وقد أختلف الفقهاء فيما يباح للخاطب النظر إليه من مخطوبة شرعا، فرأي أكثر أهل العلم فقيل " يباح للخاطب إلى وجهها وكفيها فقط دون غيرهما"

وخص الوجه والكفان بإباحة رؤيتهما، لأن الوجه يدل على ما لصاحبه من جمال الخلقة والكفن تدلان على خصوبة اليدين أو عدمهما، وأجاز الحنفية أن ينظر الخاطب إلى قدميها أيضا زيادة في المعرفة((2)).

فمن باب المساواة بين الخاطبين في أسس الاختيار لا يُحبّذُ أن يُقدّمُ الرجل في خطبة فتاة لم يرها من قبل، والشريعة الاسلامية قدمت على أن يكون الجمال من أسس اختيار الزوجة والجمال بحكم أمنه شيء حسي لا يلاحظ إلا بالنظر، لقوله صلى الله عليم وسلم "تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين"((3)).

وأما الأسس الاخرة التي لا سبيل إلى معرفتها بالنظر والرؤية كالأخلاق والتدين وحسن السيرة، حيث شرعت الشريعة الاسلامية على ان يكون اختيار الزوجة قائما على أساس الدين والخلق كما سبق وذكرنا في الحديث، فالإسلام يفضل الأخلاق والدين، ومن الأفضل مع حسن جمالها أن تكون متحلية بالأخلاق الحميدة أولاً ومتقربة إلى الله بالطاعات((4))، وهذه الأمور لا سبيل لمعرفتها بالنظر والرؤية، فمعرفه ذلك يكون بالبحث والتحري وبالسؤال الذين يخالطونهم والواقفين على دخائلها، ويتعرف على عادات وتقاليد أسرتها لأن الفرد يتطبع بطباع بيئته التي نشأ منها، ويتخلق بأخلاق أسرته التي تربى وعاش فيها((5)).

---

(1) – عمر عبد الله، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية، دون جزء، ط5، 1965، دار المعارف، ص.

(2) – عبد الحميد عبدوني، دور الارادة في ابرام عقد الزواج وانهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 21.

(3) – أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار أين حزنن القاهرة، 2008، رقم الحديث 5090.

(4) – حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 95.

(5) – عمر عبد الله، مرجع سابق، ص 41.

وإذا كان هذا ماديا ولكن يتعذر على الخطاب معرفة إلا بعد الزواج وقيام الرابطة الزوجية بالدخول، كالقدرة على الانجاب وكثرة الأولاد، فمن حق أي رجل من باب المساواة أن يُخلف من المرأة التي يريد أن يخطبها بعد العضد[(1)]، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "تزوجوا الودود الولود، فإن مكاثر بكم الأمم"[(2)] وقوله صلى الله عليه وسلم "تخيروا لنطفكم فانكحوا الاكفاء وأنكحوا إليهم"[(3)].

ولكن كيف يعرف الرجل ان المرأة التي يختارها للخطبة كثرة الولد، للإجابة عن هذا التساؤل وجب علينا أن نقول ان هذه الصفاة لا تظهر وتعرف إلا بعد قيام الرابطة الزوجية بالدخول، ولكن يمكن للخاطب أن يعرف ذلك عن طريق الاستدلال من الطرق المحيطة بهذه الفتاة ذلك بالوسط العائلي الذي توجد فيه هذه الفتات المراد خطبتها، فإذا كانت أم هذه الفتاة أو أختها أو عمتها او خالتها من النساء المعروفة بكثرة الولد صريح أن يكون هيا كذلك.

وهذه مجرد قرينة وليست دليلاً ضمانا على ذلك لأن الأصل في الرزق بالولد هو الهبة[(4)] من الله عزوجل تصديقا لقوله تعالى "يهبُ لمن يشاء..." [(5)]

ثانيا: أسس اختيار الخاطب:

أهمية الخطبة تظهر في كونها وسيلة للتعرف والتعارف لكي يطمئن الطرفان على سلوك وأخلاق وعادات ودين كل منهما، فكل هذه تعتبر أسس الاختيار التي تقوم عليها الحياة الزوجية على أسس وروابط سليمة بعيداً عن المفاجأة التي كثيرا ما تعرض الزواج للانحلال والقلوب للتنافر، ومن باب المساواة بين الخاطبين في اختيار الطرف الآخر فلي المخطوبة الحق في قبول أو رفض الرجل المُقبل على خطبتها[(6)].

كما سبق القول على أسس اختيار المخطوبة استنادا إلى عدة طرق للتعرف كالنظر والتحري، ولكن هذه الأسس تختلف بين الجنسين بحكم الطبيعة الاجتماعية، لأن حياة الرجل مبناها على الظهور

(1) – حسن حسن منصور، مرجع سابق، ص 100

(2) – أبو داوود الساحشاني، نسب أبي داوود، ج2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997، رقم الحديث 2050.

(3) – محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج3، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1975، رقم الحديث 1067.

(4) – حسن حسن منصور، مرجع سابق، ص 100.

(5) – سورة الشورى، الآية 49.

(6) – بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 45

والبروز من الأسواق والأماكن العامة في المجتمعات المختلف ضمن السهل النظر إليه أو التعرف على شؤونه على عكس القراءة المخطوبة، فالتطلع إليها ومحاولة رؤيتها، والنظر إليها أو التعرف على شؤونها متكا للستر وانهاكا للحرمة، واعتداء على كرامتها.

لذا اختلفت أسس الاختيار بين الخطاب والمخطوبة[(1)].

بالرجوع لنصوص قانون الأسرة المعدل انه لك يحدد صراحة معايير وأسس قبول الخاطب لا على سبيل الحصر أو ضمنيا، وبناءا على ذلك فقد نصت المادة 222 من قانون الأسرة أحالتا صراحة إلى أحكام الشريعة الاسلامية عند غياب النص[(2)].

وعليه بمقتضى هذه المادة، نرى ان الشريعة الاسلامية قد أكدت على اهمية مساواة الخاطب مع المخطوبة في أسس الاختيار من العدل وتركيز على حرية المرأة في القبول والرفض، وجُلُّ ما داء من الأحاديث النبوية في دلالتها أن قبول ورفض الخاطب يقوم على أساس الايمان فإذا علم صلاد دينهُ وكمال خلقه، وجب على المخطوبة قبوله[(3)]، لقوله صلى الله علي وسلم: "إذا أتاكم من ترضون دينهُ وخلقهُ فزوجوه إن لم تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"[(4)].

وما تجدر الاشارة إليه أن الدين والخلق يأخذ بيها من باب أولا من قبول الخاطب، ولكن من الاستحاب الأخذ بالحالة المادية للخاطب فيكون مؤشراً، وذي طبقة لينة من المعاملة، ويقدر حسن المعاشرة ويقدر قيمة الزوجة من صلاح حاله وحسن تدبيره"[(5)].

توصلنا في الأخير أن أسس الاختيار تختلف من الجنسين بحكم الفطرة السليمة للمجتمع الاسلامي.

---

(1) – عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 40.

(2) – قانون رقم 84–11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–09، المؤرخ في 4 مايو 2005، ج.ر، عدد 43 صادر في 22 يونيو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رمق 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84–22 ج. ر، عدد المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(3) – عبد الحميد عبدوي، المرجع السابق، ص 22.

(4) – محمد الألباني، أرواء العليل، الجزء6، ب. ط، المكتب الاسلامين بيروت، 1989، رقم الحديث 1868.

(5) – عبد الحميد عيدوي، المرجع السابق، ص 22.

فالنظر إلى الطرف الآخر لتحديد معايير الجمال، يختلف لأن الرجل حياتهُ مناها على الظهور والبروز في الأسواق والأماكن العامة، فالنظر إلى الطاب لا يعتبر كأساس يأخذ به، على عكس المرأة فإن حياتها مبنية على العزلة والاستقرار في البيت والتطلع إليها ومحاولة رؤيتها، والنظر إليها انهاكا لحرمتها.

زيادة على ذلك فإن الشريعة الاسلامية قيدت الجانب الأخلاق بأحكام خاصة للبحث والتحري على عكس البحث والتحري عن الرجل، لأن محاولة تعرف على شؤون المرأة منهكا للستر وانتهاكا للحرمة، واعتداء على كرامتها.

فمن غير المنطق التساوي في أسس الاختيار بين الخاطب ويتضح من خلال ما سبق أن اتفاقية سيداو قد خالفت الشريعة السلامية على عدم ترتيب أي أثر في البحث والتحري على الطرف الآخر[(1)]، وحدود النظر وهذا ما جاء في نص المادة 16 من اتفاقية، حيث جاء فيها في الفقرة الأولى نفس الحق في عقد الزواج" و... مادة أن لا فرق بين الجنسين في حالة اختيار[(2)].

ومن ثم فإن المساواة بين الخاطبين لا تقوم على أسس اختيار بل هي حرية المخطوبة في رفض وقبول وبناءا على ذلك فقد نصت المادة 16 فقرة "ب" من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث جاء فيها "تتخذ الدولة الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساليب تساوي الرجل والمرأة"، وبالتحديد الفقرة 2 من مادة حيث جاء فيها "نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل"[(3)].

الأمر الذي يؤكد أن رضا المرأة يجب أن يأخذ به بغض النظر عن الأسس التي سبق ذكرها من خلق والأيسار، وهو ما جاء في المادة 16 سالفت الذكر[(4)].

---

(1) – عمر عبد اللهن المرجع السابق، ص 40.

(2) – المادة 16 من الاعلان العالمي.

(3) – اتفاقية سيداو معاهدة دولية تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1979 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، تم عرضها لتصديق بقرار 180/34 في 18 ديسمبر 1979، وانضمت إليها الجزائر في 22 ماي 1981، ودخلت حيز التنفيذ سبتمبر 1981.

(4) – مادة 16، من الإعلان العالمي.

الفرع الثاني: المساواة بين الزوجين من حيث شروط صحة الخطبة:

للخطبة شروط مستحسنة وأخرى واجبة أو لازمة، فالشروط ينتدب لمن يريد الزواج مراعاتها وتحصيلها، أما الواجب في الشروط التي لابد من تحقيقها، وتختلف هذه الشروط من الجنسين، فللخاطب شروط خاص به هو فقط والمخطوبة شروط خاصة بها.

سنتعرض في هذا الفرع إلى أخذ المشرع بمبدأ المساواة في كل من الشروط الخاصة بكل من الخطاب والمخطوبة وشروط الخاصة بهما.

أولا: الشروط الخاصة بالمخطوبة:

أهم شرط في خطبة المرأة هو أن تكون هذه المخطوبة صالحة للزواج: فمن لا يصح للزواج بها لا يصح خطبتها بحكم ان الخطبة في مقدمات عقد الزواج.

والقصد هنا من صلاحية المخطوبة للزواج أن تكون معنى تحل شرعاً للخاطب أي خلوها من الموانع الشرعية((1))، وهي العواض التي إذا حلت بالمخطوبة منع خطبتها.

فأولا الموانع ألا تكون الفتاة مخطوبة للغير خطبة شرعية، والمقصود هنا في فترة الركون والموافقة، لأن في خطبتها اعتداء على الخاطب الأول وايذاء له زيادة على ذلك ما يترتب على ضغينه بين الخطابين، وذلك فإن تقدم الشباب لخطوبة فتاة وكان الغير قد سبقه إلى خطبتها، فلا يجوز له ذلك قبل مسح الخطوبة، إذ لها الحق في العدول((2))، ودليل حرمة مخطوبة الغير قوله صلى الله عليه وسلم "لا يخطب الرجل على خطيبة أخيه"((3)).

وقصد هنا بالخطبة الغير هي مرحلة الركون والموافقة لا مرحلة التساؤل لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس حين خطبها أبو جهم ومعاوية "اما أبو جهم فلا يضع على عاتقه، وأما معاوية فصعلوك انكحي أسامة"((4))، فخطب صلى الله عليه وسلم لأسامة على خطبة أبو جهم ومعاوية.

---

(1) – بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 46.

(2) – عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص 13.

(3) – أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 5144.

(4) – مالك بن أنس، الصوطا، ط1، دار الامام مالك، الجزائر، رقم الحديثة 1219.

ونستشف من هذا الحديث أن للمخطوبة تساوي مع الخاطب، في نفس الحق من حرية اختيار الزوج ومن عدم عقد الخطوبة إلا برضاها الرضى الكامل، دون أن تخضع لأية ضغوط أو تأثيرات مهما كان نوعها او مصدرها، وذلك عند افصاحها بنية قبول الخاطب أو رفضه[1].

ثاني أهم شروط في الخطبة صلاحية المخطوبة في الزواج، هنا يقصد معنى نحل شرعا للخاطب، أي خلوها من الموانع الشريعة "القاعدة العامة" فمن يجوز خطبتها و... لا تجوز خطبتها من النساء، أنه لمن يريد التزوج أن يخطب أية إمرأة تحل له شرعا أن يتزوجها في الحال، ولا يجوز له أن يخطب المرأة التي تحرم عليه شرعا أن يتزوجها تحرمها مؤيداً او تحريما مؤقتا"

وأساس هذه القاعدة في الموانع النكاح المؤيدة[2] التي حددها المشرع في قانون الأسرة المادة 24 منه على سبيل الحصر، والمادتين 25 و26 من قانون الأسرة التي حددت المحرمات بالمصاهرة وبالقرابة.

أما الموانع المؤقتة أن تكون معتدة من طلاق رجعي أو بائن فينبغي المانع قائمة إلى حيث ..... السبب فيمكن بعد ذلك التقدم إلى خطبتها استنادا للمادة 30 ف قانون أسرة[3].

ويجدر الاشارة هنا إلى أن المعتدة من وفاة فإنه يجوز التقرب وخطبتها لكن في أطار التعريف فقط لها فلا يجوز خطبتها صراحة[4] لقوله تعالى "ولا جناح عليكم فيما عرضهم به من خطبة النساء" ، والمراد بالنساء في الآية المعتدات من وفات استنادا للآية التي قبلها، من شأن الذين يتوفون ويتركون ازواجا.

---

(1) – بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص14.

(2) – عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 43.

(3) – المواد: 24، 25ن 26، 30، قانون الأسرة الجزائري.

(4) – لقوله تعالى "والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بأنفسهن" سورة القرة الآية 234.

هذا بالإضافة إلى شرط ان تكون مخطوبة محرمة أن لا تكون محصّنة، ومانع احصان المخطوبة قيد على إرادة كل من الخطاب والمخطوبة على حد سواء، وذلك لما كانت خطبة مخطوبة الغير محرمة فمن باب أولي تحريم خطبة زوجة الغير"[1].

لقوله تعالى" "والمحصنات من النساء إلا ما ملكت إيمانكم"[2]

وبالرجوع غلى قانون الأسرة بعد التعديل نجد أن نص المادة 30 منهُ فقرة أ. ف. ق. أ. إذ أوردت انه "يحرم من النساء مؤقتا المحصنة...."

والملاحظ أن المشرع توافق مع الشريعة الاسلامية في هذا الشرط[3].

ثانيا: الشروط المتعلقة بالخاطب:

أولى الشروط المتعلقة بالخاطب والتي تشكل قيدا على إرادته في الخطبة، وصلاحية في التقدم إلى خطبة المرأة هو الزواج بأربعة[4].

نصت المادة 08 من قانون الأسرة على أنه: "لا يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية".

ويفهم من نص المادة أن المشرع قد أحالنا هنا إلى أحكما الشريعة الاسلامية، وما يجدر الاشارة إليه هو ان المبرر الشرعي قد تم تحديده من الشريعة[5] الاسلامية لقوله تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم النساء مثنى وثلاث ورباع"[6].

ولأمره صلى الله عليه وسلم لغليان بن سلمة وقيس بن الحارث، لما أسلما وكان للأول عشرة نسوة والثاني ثمان، أن يختار من نسائهم أربعا ولانعقاد الاجماع على حرمة خطبة وزواج الخامسة"[7].وتشير

---

(1) – عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص 14.

(2) – سورة النساء، الآية 24.

(3) – المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري، رقم 15-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005.

(4) – عبد الحمدي عيدوني، المرجع السابق، ص 12.

(5) – المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري، رقم 15-02.

(6) – سورة النساء، الآية 04.

(7) – محمد الألباني، أرواء الغليل، ج1، ط1، المكتب الاسلامي، بيروت، 1989، رقم الحديث 1883، و1885.

هنا أن من المبادئ الاسلامية التي كانت هدفا للنقد مسألة التعدد، فسوف نشير إلى ذلك في خلاصة: مدى أخذ المشرع بمبدأ المساواة في ما يتعلق بالتعدد وموقف الشريعة الاسلامية من التعدد والحكمة من ذلك[(1)]، وثاني الشروط المتعلق بالخطاب هو عدم اسلاميه[(2)].

ونجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الشرط من خلال المادة 30 فقرة 1 أنه كما يحركم مؤقتا "... زواج المسلمة من غير المسلم" ويستشف في هذه المادة ان من تحرم عليك الزواج بها، يُحرمُ عليك الخطبة بحكم أن الخطبة من مقدمات عقد الزواج كما سبق القول في تعريف الخطبة"[(3)].

بحكم ما جاء في المادة 2 من الدستور الجزائري[(4)].

وزيادة على ذلك فإن الشريعة الاسلامية تمنع زواج المسلمة بغير المسلم، وذلك لصراحة الآية قال تعالى: "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنوا..." [(5)]، وقوله تعالى: "فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلا كفارا لمن لا حل لهم ولا هم يحلون لهن"[(6)].

وبهذه نقول ان قانون الأسرة فقد أخذ في احكامه بالشريعة الاسلامية وذلك باشتراطه الاسلام على الخطاب.

وفي الأخير وكخلاصة نرى أن من غير المنطلق تجسيد التساوي بين الخاطب في شروط صحة الخطبة فلكل جنس شروط تخصهُ وحدهُ، فالتعدد يخص الرجل، ومبادئه الاسلامية التي كانت هدفا للنقد مسألة تعدد الزوجات.

فذهب أنصار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى مقتدي المساواة بين الرجل والمرأة فله الحق في خطبة أكثر من مرأة، بحكم بداية ألا يباح لأحدهما ما يحرم على الآخر، أي أنه إذا

---

(1) – بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 44.

(2) – عبد الحميد عبدوني، المرجع السابق، ص

(3) – مادة 30 من قانون الأسري الجزائري رقم 15-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005.

(4) – جاء في نص المادة "الاسلام دين الدولة."

(5) – سورة البقرة ، الآية 221.

(6) – سورة الممتحنة، الآية 11.

كان يحرم على المرأة القبول والزواج بأكثر من خاطب واحد، فإنه الإباح للخاطب أن يقدم على خطبة أكثر من إمرأة والزواج منها.

وهذا هو محور الاختلاف بين الشريعة الاسلامية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[1].

وأخيرا نقول ان المشرع لم يكن جريئا بما يكفي لكي يمنع ويساوي بين الخاطبين في شروك صحة الخطبة.

فمن جهة آجال إلى أحكام الشريعة الاسلامية من مادة 8 منهُ في مسألة خطبة الرجل بأكثر من امرأة، يفهم من المادة أنه أباح التعدد من الزواج والخطبة بحكم أنها من مقدمات الزواج.

وساير الاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 19 من قانون الأسرة بتنفيذ التعدد باشتراط قبول الزوجة حكم التعدد" بعدما كان هذا الشرط محل خلاف ونقاش الفقهاء[2].

المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين من حيث انهاء الخطبة:

الزواج لا يتحقق بمجرد الخطبة وإذا تمت لا تعدو أن تكون الا وعجا متبادلاً سن الطرفين بالزواج في المستقبل، وليس لها أثر أكثر من ذلك[3].

وعلى ذلك سوف نحاول من خلال بث الخاطبين في إنهاء الخطبة "الفرع الأول" من حيث آثارها.

الفرع الأول: المساواة بين الزوجين في انهاء الخطبة:

لو طالت فترة الخطبة، فإنها لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للمقبلين على الزواج، فإنه يجوز لكل من الخاطب التحلي نهائياً عن مشروع الزواج[4].

الأمر الذي يؤكد أن الخطبة مجرد ولي الطرفين حق العدول عنها.

---

(1) – وذلك حسب المادة 16، فقرة 2 "نصت حقائق عقد الزواج "

(2) – المادتين 08 و19 من قانون الأسري الجزائري.

(3) – عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 48.

(4) – بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 52.

وهو ما جاء في المادة 5 الفقرة "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"[(1)].

وقد أكدت القرارات القضائية على ما جاء في النصوص ومن ذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1793-1992 ملف رقم 81129، الذي يفي بما يلي: "الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، فإذا وقع انقضت الخطبة ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل ان يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج، فإن للخطاب ممارسة حق العدول ومن المعلوم أن ممارسة حق من الحقوق لا يستوجب بالشخص بالتعويض"[(2)]، وهذا يجسد تكريس مبدا المساواة بين المخاطبين.

هذا من جهة ومن جهة أخرى، ولكن من جهة أخرى نجد أن نصوص قانون الأسرة مستوحاة من الشريعة الاسلامية والتي بدورها أكدت على حق الخاطبين في العدول عن الخطبة، ويتجلى ذلك من خلال قوله صلى الله عليه وسلة: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه في ينكح او يشترك" فدل قوله هنا بالترك على حوار العدول عن الخطبة[(3)].

وأخيرا إنه للحديث عن العدول عن الخطبة توصلنا إلى ان العدول عن الخطبة حق مكفول قانونا لأي طرف تجسيداً لمبدأ المساواة بين الطرفين، وبهذا نقول ان المشرع الجزائري في قانون الأسرة أخذ بمبدأ المساواة فيما يتعلق بالعدول عن الخطبة.

غير أنه يجدر الاشارة هنا ان الخطبة التي تنتهي من غير زواج قد تطرح بعض المشاكل القانونية، تتعلق أساسا بمصير الصداق إذا كان معجلاً والهدايا[(4)].

كأثر من آثار العدول عن الخطبة ولذلك سوف سنحاول محي الأخذ المشرع الجزائري بمبدأ المساواة بين أثر العدول من خلال الفرع الثاني.

---

(1) – المادة 5 قانون الأسري الجزائري.

(2) – قرار م. ع. ع. أ. ش. 17-03-1992، ملف رقم 81129، م.ق. 1994، ع3، ص 62.

(3) – أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 5144.

(4) – عبد الحمدي عيدوني، المرجع السابق، ص 28.

أولا: بالنسبة للهدايا:

حيث سنتناول مسألة الهدايا في كل ق قانون الأسرة الجزائري "أولا" والفقه الاسلامي "ثانيا".

أ- الجانب القانوني:

المشرع الجزائري بعد تعديل 2005، أدرج العديد من أحكام التي تفصل في الهدايا بعد العدول عن الخطبة، وهذا ما جاء في نص المادة 5 منه على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منهُ، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته، او قيمتهُ، وإن كان العدول منها فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك أو قيمته"[(1)].

من خلال قراءة المادة نجد ان المشرع قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول من الخطاب بناء على إرادته ورغبتهُ وحدة وبين الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة بناء على رغبتها وارادتها وحدها.

ونستنتج من مادة أن المشرع لم يفكر بصريح العبارة حكم الهدايا المقدمة من المخطوبة واستردادها في حالة عدولها عنه، وما يأخذ من باب المساواة أن المشرع لم يأخذ بما يسمى بالعدول الا اضطراريا.

كأن يدفع أحدهما بالآخر إلى العدول، بحكم أن المشرع ربط فكرة ومسألة التعويض الهدايا بشخص العادل لا بسبب العدول، أو المعدول عنه"[(2)]

وهذا ما جاء في جل الأحكام القضائية ذات الصلة، حيث أن القرار القضائي المؤرخ في 16 مارس 1999، أكد ذلك حيث جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منهُ ومتى تبين، في قصبة الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج قم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بأيد الحكم المستأنف والقاضي يرفض افصام الزواج وألزم

(1) – المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) – محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 307.

المدعي عليها بردها إلى المدعي ما قدمهُ من هدايا أو حلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على الدفوع الطاعة، أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب"[1].

ب- أما من الجانب الفقهي:

لقد اختلفت الآراء الفقهية والمذاهب فبي نظرتهم إلى الهدايا أثناء العدول عن الخطبة، فما قدمهُ إليها من هدايا، كما جرت العادة بين الناس، بأن الخاطب يقدم إلى خطيبته بعض الهدايا أثناء الخطبة فيعتبر هبة، وللواهب أن يرجع عن هبتهُ، فيستردها من الموهوب له ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة[2]، وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

أما المالكية في استراد الهدايا بعد فسخ الخطبة الى التفصيل إذا وجد شرط مسبق بين الطرفين أو عرف عمل به بين الناس.

إذا كان العدول عن الخطبة من المخطوبة، استرد الخاطب ما دفعهُ إليها، فإن كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا.

وهذا الرأي الأقرب والمفصول إلى العدالة والتساوي إذ لا يعقل أن يجمع علي المعدول عنه مرارتين:

- مرارة كسر المخاطر بالعدول عنهُ وخسارة مالهُ بضياع ما أهداه طمعا في الزواج من العادل فمن باب المنطلق السليم وتجسيدا لمبدأ التساوي ان يساوي بين الخاطبين أورد الهدايا، وهذا ما يأخذ على المشرع أنهُ فرق بين الخاطب والمخطوبة في رد الهدايا، والمشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي فيما يخص الهدايا"[3].

---

[1] – قرار م. ع. غ. أ. س. 16-03-1999، ملف رقم 219313 اجتهاد قضائي، قسم الوثائق المحكمة العليا، د. و، اوت 2001، ص خاص، 39.

[2] – عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 49.

[3] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 47.

ثانيا: بالنسبة للمهر:

قد جرت العادة بين الناس أن الخاطب يقدم إلى خطيبته الى وليها شيئا من المهر أو كله في مجلس الخطبة، للترتيبات وتحضير الزفاف، فإذا حصل شيء من ذلك خلال الخطبة[(1)]، تم فسخ بعدول الطرفين أو بعدول أحدمهما، فللخاطب استرداد ما دفعهُ إليها من المهر إذ لا تستحقه المرأة، إلا بعقد الزواج، لكونه حكما من أحكامه ولا يترتب على شيء حكميه الأبعد وجودي[(2)].

وهذا ما سوف نفصل فيه في المبحث الثاني في عقد الزواج من هذا الفصل.

وحتى لم يوجد عقد الزواج فهو حق حاصل للخاطب، فإن كانت قائما يحب ردهُ بعينه، وغن كان هالكا أو مستهلكا يحب رده مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا، وهذا باتفاق الفقهاء[(3)].

وما تجدر الاشارة إليه هو ان للمشرع في المواد 14 و15-16 قانون الأسرة الجزائري كان علي أساس المعاوضة، أي أن الصداق دفع لغرض معين، ولك يتم هذا الغرض وهو الزواج، فوجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج كما قدمنا[(4)].

وأخيرا فإنه للحديث على حق الخاطب في العدول عن الخطبة المشرع الجزائري، قد ساوى بينهما في هذه المسألة، حيث للزوجين الحق في العدول عن الخطبة.

هذا من جهة ومن جهة اخرى نجد أن نصوص قانون الأسرة مستوحاة من الشريعة الاسلامية والتي بدورها أكدت على حق الخاطب في العدول عن الخطبة"[(5)].

---

(1) – عمر عبد الله، المرجع السابق، 46.

(2) – محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 308.

(3) – نفس المرجع، ص 308.

(4) – المواد 14، 15، 16 من قانون الأسرة الجزائري.

(5) – بوكايس سمية، المرجع السابق، ص 47.

وأما فيما يخص آثار العدول الهدايا والمهر، فالمشرع الجزائري ميز بين الخاطب والمخطوبة فيما يخص الهدايا إذا كان العدول من جانب المخطوبة فإن الخاطب يسترد أم ان كان من الخاطب فلا يسترد((1)).

ومما أخذ على المشرع من باب التساوي بين الخاطبين أنه لم يفرق إذا كان عدول سبب أحد الطرفين يمكن أن يكون عدول اضطراريا، كأن يدفع أحدهما بالآخر إلى العدول، فيكون المعدول عنها هو المنسب في ذلك، وكان على المشرع أن يربط مسألة التعويض بسبب العدول((2)).

(1) – حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 115.

(2) – محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 307.

المبحث الثاني: في مرحلة إنشاء العقد

عقد الزواج كعقد شرعي له شروط وأركان لأبد من توفرها، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديدها فمنهم من جعلها ركنين الإجابة والقبول كالحنفية ومنهم جعلها ثلاثة وهي الصيغة والمحل والولي، وهناك من جعلها أربعة الصيغة الولي والمحل "الزوجان" والصدقة كالقيم، وهناك من جعلها خمسة كالشافعية غير أنهم اتفقوا في ركن الرضا بالرغم منا اختلاف تسمياته ونتيجة لذلك، حاول المشرع الجزائري تدارك التناقضات والنقائص من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائرية، وجعل الرضا ركن أساسي ووحيد في عقد الزواج مساير بذلك المذهب الحنفي واعتبر الباقي في شروط له ليضع بذلك حدا فاصلا بين ما يعد ركنا وما يعد شرطا في عقد الزواج[(1)] .

وعليه سنطرق الي المساوة بين الزوجين في أركان عقد الزواج في الطلب الأول، في حيث سنتعرض الي المساواة بين الزوجين في شروط عقد الزواج في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المساواة بين الزوجين من حيث أركان العقد:

يعتبر عقد الزواج من العقود الرضائية التي تتطلب توافق وارادتين حرتين، ولهذا سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف ركن الرضا، وفي الفرع الثاني لموقف الفقه التشريع الجزائر من ركن الرضا في عقد الزواج.

الفرع الأول: تعريف ركن الرضا:

نظرا لاختلاف الفقهاء في تحديد معنى الركن لهذا سنقوم ببيان معني الركن، ثم تعريف الرضا لغة واصطلاحا.

[(1)] الرشيد بن تشويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، الدار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 55.

أولا: تعريف الركن:

ركن الشيء هو جزؤه الذي يتركب منه و يتحقق به وجوده بحيث اذا انتحي لم يكن له وجود[(((1)))].

كما عرفه جمهور الفقهاء على أنه توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء أكان جزء منه أو خارجا عنه[(((2)))]. أما عند الحنفية هو ما يتوقف عليه وجود الشيء و يكون جزءا داخلا في حقيقته[(((3)))].

ثانيا: تعريف الرضا

أ-التعريف اللغوي لرضا:

الرضا يدل على خلاف السخط، تقول رضي يرض، رضى فهو راض، ومفعوله مرضي عنه[(((4)))] وهو سكون النفس الشيء، والارتياح إليه :هو الراضي الكثير[(((5)))].

ب- التعريف الاصطلاحي لرضا:

الرضا هو توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال من التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، ويمثل التعبير فيه يجري من عبارات بين المتعاقدين من إعجاب و قبول[(((6)))]

والإعجاب هو ما يصدر أولا عن أحد المتعاقدين، القبول هوا ما يصدر ثانيا عن العاقد الأخر[(((7)))]

[(((1)))] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 82.

[(((2)))] وهيبة الزحيلي، الفقه الاسلامية وأدلته: الأحوال الشخصية، ج7، ط2، دار الفكر، سوريا، 1989، ص 36.

[(((3)))] محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الاسلامي، دار الكتاب الجامعية، مصر، ص 103.

[(((4)))] أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1979، ص 402.

[(((5)))] صالح المنجد، الرضا، ط1، مجموعة زاد للنشر، السعودية، 2009، ص 9.

[(((6)))] علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص 61.

[(((7)))] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 82.

ويعرفه الحنفية بأنه امتلاء الاختيار أي بلوغ نهاية بحث يقصي أثره إلى الظاهرة من ظهور الشاشة في الوجه ونحوها[(1)]، أو هو الرغبة في أثار العقد من ترتيب الحكم الشرعي عليه عند وجود إنشائه[(2)].

الفرع الثاني: موقف الفقه والتشريع الجزائري من ركن الرضا:

سنتناول فيه موقف أو نظرة الفقه الإسلامي الى ركن الرضا في عقد الزواج، ثم موقف المشرع الجزائر منه .

أولا: موقف الفقه الإسلامي من ركن لرضا في الزواج:

اتفق فقهاء الشريعة على أن التراضي ركن، أساسي في عقد الزواج على اختلاف التسمية بينهم إذ الأصل في عقود الرضا، يقول السباعي "لابد من الرضا والإرادة، ولما كان أمرين خفيين لا يمكن الاطلاع عليهما إلى بما يدل عليهما من قول وأفعل، فقد اعتبر الشارع الإعجاب والقبول دليلين ظاهرين علي تحقيق الإرادة والرضا في نفس المتعاقدين"[(3)].

واختلفوا حول الرضا الظاهر والنفسي المعبر عن الإعجاب والقبول، وانقسموا الى فرقين:

حيث ذهب الحنفية إلى أن الرضا الظاهر يكفي في عقد الزواج، فالاختيار "قصد التعبير" هو الذي يعد ركنا في العقود عندهم، أما الرضا "قصد الأثر" فليس ركنا، بل شرط صحته في العقود المالية التي تقبل الفسخ، أما العقود التي لا تقبل كالزواج فلا يشترط فيها الرضا أصلا.

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط مطابقة الرضا الظاهر للرضا الباطن، إلا أنهم جعلوا الأول ركنا في الزواج والثاني شرطا لصحته[(4)].

[(1)] البخاري أحمد، كشف الأسرار عن أصول فجر الاسلام البزندوي، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1308 هـ، ص 282.

[(2)] محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الاسلامي، ط2، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1996، ص 573.

[(3)] السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ط9، المكتب الاسلامي، دمشق، سوريا، 20012، ص 7.

[(4)] رزيق بخوش، الرضا في عقد الزواج: دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، 2018، ص 16-17.

ثانيا: موقف المشروع الجزائري من ركن الرضا في الزوج:

لم يعرف المشرع الجزائري الرضا، لكنه اعتبره ركن أساسيا ووحيدا في عقد الزواج طبقا للمادة "9" التي جاء فيها " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" ولكي يتحقق رضا الزوجين لابد من اقتران الأعجاب والقبول دون غش أو تهديد أو اكراه، وبانعدامه يكون العقد باطلا حسب المادة "33" من قانون الأسرة المعدل التي تنص على "يبطل الزواج اذا اختل ركن الرضا".

كما نصت المادة"10" من قانون الأسرة على أن الرضا يكون بالإعجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد النكاح، وبالتالي حرية المرأة في اختيار الزوج وعدم إبرام عقد الزواج إلا برضاها الحرية الكاملة، وهو ما صرحت به المحكمة العليا قولها :"... ان عقد الزوج بصفة عامة مبني على الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة والمادة 04 من نفس القانون تعرف الزواج بأنه عقد رضائي ... وبين بناءا على المادتين المشار إليهما أعلاه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على الدخول بها رغم معارضتها أو عدم رضاها به..." [(([1])) وهذا القرار يؤكد على ضرورة توفر رضا المرأة من أجل إتمام الزواج وعدم اجبارها علي إتمام الدخول بها .

نلاحظ أن المشرع الجزائري كرس المساواة بين الجنسين من خلال جعل عقد الزواج عقدا رضائيا يقوم على ركن أساسي ووحيد هو رضا الزوجين، ولا يتحقق هذا إلا باقتران الإيجاب والقبول، وهو ما نص عليه القانون 16 من اتفاقية سيدو على أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة للقضاء على التميز ضد المرأة في كافة الأمر المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وتضمن بوجه خاص تساوي الرجل والمرأة الحق في اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل[(([2]))].

وهذا ما اكدته الجزائر في تقريرها المقدم للجنة القضاء على التميز ضد المرأة الذي جاء فيه "أصبح الزواج يعتبر في قانون الأسرة عقدا توافقيا يتطلب موافقة زوجي المستقبل وقد يترتب على ذلك الالغاء التام لممارسة الزواج بالإنابة... وفي حالة عدم الحصول موافقة أحد الطرفين أو كلاهما معا يكون

[(([1])) قرار صادر من المحكمة العليا، غ. ش. أ، ملف رقم: 415123، بتاريخ 3008/03/12، قصية (م. ف) ضد (س. خ)، 2008، عدد 01، ص 275.

[(([2])) اتفاقية سيدا وهي معاهدة دولية تم اع مادها في 18 ديسمبر 1979 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة تم عرضها لتصديق بقرار في 180/34 في 18 ديسمبر 197، وانضمت إليها الجزائر في 22 ماي 1981، ودخلت حيز النفاذ في سبتمبر 1981.

الزواج عرضة للإغلاء..." ونستنتج منه أن المشرع الجزائري ألغي الزواج بالوكالة، وهذا بغرض تتويج عقد الزواج بالرضائية بين الزوجين دون تدخل أي وسيط، وبموافقتها الحرة، وتكون إرادتها خالية مما يشوب الإرادة من عيوب كالغلط والتدليس والإكراه[(1)].

فلقد نصت المادة 30 في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري: "يحرم من النساء مؤقت...زواج المسلمة من غير المسلم " وهو ما أكدته الشريعة الإسلامية على تحريم زواج المسلمة من غير المسلم أيا كانت ديانته لقله تعالي: "فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار ولا هن حل لهم ولاهم يحلون لها[(2)] وعلى خلاف ذلك مشروعية زواج المسلم من الكتابية، ولعل الحكمة من هذا التحريم هو أن الزواج ولاية وقوامة، فيمكن أن يكون المسلم وليا وقواما علي زوجته الكتابية، بينما لا يكون قواما على المسلمة، كما ان من واجب الزوجة طاعة زوجها، ولو تزوجت المسلمة من غير المسلم لتعارضت طاعتها له مع طاعة الله و رسوله .

في حيث تذهب اتفاقية سيدوا عكس ذلك، وهو ما تحفظت عليه الجزائر، فهذه المادة تحول دون تحقق المساواة بين الجنسين لأنها تمنع زواج المسلمة من غير المسلم ولا تمنع الرجل من ذلك، وهذا يتعرض مع المادة 16 من اتفاقية سيداو التي تدعو الى منح المرأة والرجل نفس الحقوق في عقد الزواج .

ويرجع سبب أخذ المشرع الجزائري بذلك هو أن التحريم قطعي ومؤكد في القرآن والسنة، وبالتالي الاجتهاد مع النص، هي مسألة متعلقة بالنظام العام في الشريعة الإسلامية لا يجوز مخالفتها[(3)].

[(1)] بوكايس سمية، المساواة بين الجنسية في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 16.

[(2)] سورة الممتحنة، الآية 10.

[(3)] وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 60.

المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين من حيث شروط العقد:

الشرط هو ما يوقف عليه وجود الشيء ويكن خارجا عن حقيقته[(1)]، وشروط عقد الزواج عند الفقهاء هي أربعة :شرط انعقاد، وشرط صحة وشرط انفاذ، وأخيرا شرط لزوم.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة على شروط عقد الزواج وهي أصلية الزواج، الصدق، الوالي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية ولهذا سيتم التعرض لهذ العنصر حسب الترتيب المذكور في المادة 09 مكرر في الفروع الأتية:

الفرع الأول: الأهلية:

تعرف لأهلية بأنها صلاحية الشخص الأن يكون طرف في عقد يقتد به القانون ويرتب جميع أثاره[(2)]، وتنقسم الى قسمين: أهلية وجوب نتثبت للشخص منذ ولادته وهي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات، وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص للقيام بمختلف التصرفات القانونية .

وأهلية الزواج تقتضي توفر في العاقد أهلية لأداء، لاشتراط اكتمالها، فيكفي أن يكن المتعاقد أهلا لمباشرة العقد، وذلك بالتميز فقط[(3)].

وللتفصيل أكثر سنعرض اليها وفقا لمنظور الشريعة الإسلامية كعنصر أول، ووفقا للمشرع الجزائري كعنصر ثاني.

---

(1) محمد محدثة، سلسلة الفقه الاسلامية: الخطبة والزواج: دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، دار النشر شهاب، الجزائر، 2000، ص 221.

(2) قاسم العيد عبد القادر، الأهلية في الزواج وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة العلوم الاسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، ص 14.

(3) محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكما الزواج ولطلاق والوصية: دراسة مقارنة، دار البازوري العملية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 145.

أولا: أهلية الزواج في الفقه الاسلامي:

لم يحدد الفقه الاسلامي سنا معينة لزواج، ولكن اعتمد في تحديد أهلية الزواج على أساس المارات الطبيعية للشخص وهي عند الذكور الاحتلام وعند الأنثى الحيض[(((1)))] وفي حالة تأخر ظهور هذه الإمارات، فتكون ببلوغ سن الخامسة عشر لذكور والإناث حسب جمهور الفقهاء ، في حيث ذهب المالكية الى بلوغ ثمانية عشر عاما في الفتى والفتاة، وقال الحنفية بأن البلوغ يتحقق في الثامنة عشر للذكور و السابعة عشر الأنثي[(((2)))].

أما فيما يتعلق بالفعل، فجمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج، فيجوز فيجز عندهم أن يزوج الولي المجنون والمعتوه ، ولا فرق في الجنون أن يكون أصليا أو طارئا عند الحنفية[(((3)))].

ثانيا: أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائرية:

تنص المادة07 من قانون الأسرة على أنه" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام19 سنة وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج يكتسب الزوج القاصر أهلية انتقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

لقد حقق مشروع المساواة بين الجنسين بتوحيد سن الزواج ب19 سنة للرجل والمرأة تطابقا مع سن الرشد المدني النصوص عليه في الدة 40 من القانون المدني، وهو ما نض عليه اتفاقية سيدوا في المادة16 الفقرة لثانية وكاستثناء أجاز المشرع للقاضي أن يرخص للقاصر الزواج قبل ذلك، اذا أثبت ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه.

وهناك من الفقه من يرى أنه على القاضي التقيد في تحديد السن الأدنى للزواج ب15 سنة بحيث لا يمكن النزول عنه في منح الترخيص وخاصة أن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والوجبات[(((4)))].

[(((1)))] جبر محمود الفضيلان، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب، باتنة، 1987، ص 117.

[(((2)))] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 313-315

[(((3)))] العربي بلعاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 61.

[(((4)))] رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 61.

ومن جهة أخرى ،يرى البعض الأخر من الفقه أن هذه المساواة في السن هي المساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية، فالمشاكل الحقيقية التي يعاني منا المجتمع الجزائري ليست مشكلة الزواج المبكر بل هي مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة، ومشكلة البطالة والعجز عن التحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل[(((1)))].

ونلاحظ أن المشروع لم ينص على أثر تخلف شرط أهلية في عقد الزوج، وهناك من يرى بتطبيق الماد 3 من قانون 63-224 حيث يترتب عليه البطالة مالم يلحقه دخول[(((2)))]، وهناك رأي آخر قال به الأستاذ "محمد محدة" بأنه نهي دون جزاء ، قد لا يجدي نفعا لدي البعض ، وخاصة عند علمهم بما تسمح به المادة 22 من قانون الأسرة من إمكانية تسجيل العقد بحكم قضائي في حالة عدم تسجيل عقد الزواج[(((3)))].

الفرع الثاني: الصداق:

عرف الفقه الصداق بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها[(((4)))]، كما عرف المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة "الصداق هو ما يدفع للزوجة من نقود أو غيرها مما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ونلاح أن المشرع ركز على القيمة المالية للصداق وأهمل القيمة المعنوية كرمز للتعاطف و المودة التي بعبر الزوج بواسطته من إرادته الجدية في بناء حياة الزوجية[(((5)))].

وسنتناول الصداق في الفقه الإسلامي، ثم الصداق في قانون الأسرة الجزائر.

((1)) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 25.

((2)) قانون 63-224 على: يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الاولى ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين انفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فسحب".

((3)) محمد محدثة، المرجع السابق، ص 135.

((4)) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 46.

((5)) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 267.

أولا: الصداق في الفقه الإسلامي:

ان الصدق واجب على الزوج في التشريع الإسلامي، وهو حق للزوجة لقوله تعالي :"وآتوا النساء صدقاهن نحلة"[(((1)))]. ولقد اتفق الفقهاء على أن الصداق ليس له حد أعلى، غير أنهم اختلفوا في مقدار الحد الأدنى له فحدده الحنفية الى أن أقل المهر هو عشر دراهم وحدده المالكية بربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما يساوي ذلك، أما الشافعي والحنابلة فلا حد أدني للمهر، بل يصح بكل مال الشرعي[(((2)))].

كما اتفق الفقهاء على جواز تعجيل الصداق أو تأجيله كله، أو بعضه الى أجل قريب أو بعيد كما يجوز أن يدفع على أقساط باتفاق الزوجين[(((3)))]، غير أنه يستحب دفع المهر كله أو بعضه بمجرد العقد وقبل الدخول، لحاجة المرأة اليه ولتجهيز نفسها .

كما أختلف في الأثار المترتبة على تخلف الصداق، حيث يرى جمهور الفقهاء أعن العقد صحيح حتي لو لم الزواج بدون مهر، أو تم اشترط عدم المهر، بل يصح حتى وان تمت تسمية شيء يصلح للمهر وذلك أن اصدق أثر من أثر عقد الزوج، وبالتالي يأثر على تخلفه حتي يكون صحيحا[(((4)))]، في حين يعتبر بعض المالكية الصداق ركن من أركان الصداق وبالتالي فساد الزواج وعدم صحته في حالة تخلف المر بعد تسميته أو بالاتفاق علي اسقاطه في العقد [(((5)))].

ثانيا: الصداق في قانون الأسرة الجزائرية:

نص المشرع على الصداق في المادة 9 مكرر من الأسرة 02/05 كشرط من شروط عقد الزواج بعدما كان ركنا فيه حسب المادة 9 من قانون 11/84.

[(((1)))] سورة السناء، الآية 4.

[(((2)))] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 275

[(((3)))] جبر محمود التفضيلات، المرجع السابق، ص 161.

[(((4)))] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص 168-170.

[(((5)))] أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية، ط1، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، مصر، 1990، ص 71.

- كما نصت المادة 15 من قانون الأسرة على وجوب تسميته المهر، في حالة عدم تحديد قيمة تستحق الزوجة صداق المثل ، كما نص على جواز تعجيل أون جيل المهر.
- كما نصت المواد15 و16و33 من قانونا لأسرة على حلات استحقاق الصدق، من حيث تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، ولا فرق أن تكون الوفاة قبل أو بعده .

طبقا للمادة16 من قانون الأسرة تستحق الزوجة نصف المهر في حالة الطلاق بعد إبرام العقد وقبل الدخول بها، كما يثبه لها صداق المثل في حال إبرام عقد الزواج دون تحديد الصداق أو تسميته وفقا لنص المادة 15 من قانون الأسرة.

وهو مخالف لما ورد في البند (أ) من المادة 16 من اتفاقية سيدوا والتي نصت على " نفس الحق في عقد الزواج" وهو ما يقر تجاهل الاتفاقية للصداق الذي يقدمه الزوج لزوجته فحسبهم لا ينبغي أن يكون الصداق شرطا لصحة الزواج ،ولا ينبغي للدول الأعضاء أن تعترف بمثل هذه الاتفاقيات بوصفها قابلة للإنقاذ[(1)] التي نصت عليه ".

كذلك البند (ج) من المادة 16 نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه وهو ما يتجاهل ما يفرضه الإسلام على الزوج من تقديمه المهر والتكفل بالنفقة وتحمل الخسائر أو التعويضات في حالة الطلاق من نفقة وبدل الإيجار في حيث أن المرأة لو طالبت بالخلع فليس عليها أكثر من رد ما أخذته مهرا (بدل الخلع) ومن ثم اختلاف التزامات و الوجبات ينتج اختلاف المسؤوليات والحقوق [(2)].

وفقا لما سبق، فالمهر حق وواجب على الرجل لا يجوز الغاؤه أو جعله اختيار، ولا يخل المهر بكرامة وشأن الزوجة ، لاعتباره مقابل للاستمتاع والدخول كما يراه البعض ، وما هو هدية تعزز قيمة المرأة، فلو كان المهر مقابل للاستمتاع لكان واجب عليا الإثنين.

[(1)] مليكة ساسي، أثر الثقافة سيداو على مبدأ المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019/2018 ص 55.

[(2)] بلعاج العربي، المرجع السابق، ص 308.

الفرع الثالث: الولاية:

الولاية لغة هي المحبة والنصر، أما اصطلحا هي تنفيذ القول على الغير والإشراف علي شؤونه والولاية في الزواج هي الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولي عليه وتولي إبرام العقد عليها[(1)].

وتنقسم الولاية الى ثلاثة اقسام وهي الولاية على النفس، وولاية على المال، والولاية على النفس والمال معا، وما يهمنا في موضوعنا هو الولاية على النفس والمتعلق بزواج المرأة، والتي تنقسم عند المالكية الى ولاية إجبار، وولاية اختيار وعليه سنتناول أولا حكم الولاية في الفقه الإسلامي ،ثم حكم الولاية في قانون الأسرة الجزائرية .

أولا: الولاية في الزواج وفقا للشريعة الإسلامية:

عرف المالكية الولاية بأن من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب ، أو إيماء أو كفالة أو سلطنة[(2)]، ويشترط في الولي باتفاق الفقهاء ،أن يكون بالغا عاقلا بحيث لا يجوز الولاية للصبي ولا المجنون، وأن يكون متحدا في الدين مع المولي عيله فلا تثبه الولاية لغير المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم[(3)].

وهناك شروط أخرى اختلفوا حولها هي: العدالة وتعني استقامة الدين وسلامة الخلق وهي شرط عند المالكية والشافعية والحنابلة فلا ولاية لغير العدل وهو الفاسق، وقد خالفهم الحنفية في صحة الولاية الفاسق لأن سبب الولاية هو القرابة وليس العدل، ومن كان أصلا للولاية على نفسه تجوز ولايته علي غيره[(4)].

---

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 107.

(2) جبر محمد الفضيلات، المرجع السابق، ص 124.

(3) محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 192.

(4) محمد محدثة، المرجع السابق، ص 246.

كما يشترط جمهور الفقهاء في الولي أن يكون ذكرا، في حيث ير الحنفية أن للمرأة العاقلة البالغة ولاية الزوج[(1)].

كما ذهب جمهور الفقهاء في ترتيب الأولياء وهم: من لأب والجد مهما علوا الفروع من الأبناء وأبناء الأبناء مهما نزلوا، وفروع الأبوين، وفروع الأجداد وهم الأعمام وأبناؤهم[(2)].

أما اذا امتنع الوالي عن تزويج موليته ظلما بدون مبرر شرعي فليس له ذلك وكان من حقها أن ترفع أمرها الى القاضي ليزوجها[(3)].

ثانيا: الولاية في قانون الأسرة الجزائرية:

لقد جعل المشرع الجزائري في الامر 02/05 الولي شرط صحة في المادة 9 مكرر بعدما كان ركنا في القانون 11/84 غير أنه ترك الاختيار للمرأة لممارسة الولاية وفقا للمادة 11 معدلة بنصها "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، و يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، أحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له " نلاحظ أن المشرع حاول التوفيق بين من طالب بإلغاء الولي، ومن طالب الإبقاء عليه.

كما نلاحظ أن المشرع أخذ بمعيار الرشد، بحيث المرأة الراشدة ولاية اختيار في ممارسة الولاية بحيث تمكنها لأبيها أو أحد أقاربها أو أيشخص تختاره.

في حيث تكون ولاية إجبارية لزواج القصر، وإلزامية تولي زواجهم أولياؤهم (ترتيب أولوية إلزام) وهم لأب فأحد الأقارب الأولين، القاضي كما لم يعد للولي الحق في منع من في ولايته من الزواج بإلغاء المادة 12، وهذ يعتبر توسيعا في حرية المرأة الراشدة ، أما اذا تعلق الأمر بزواج القاصر فله دور أساسي إلا أنه لا يجوز له إجبارها على الزواج دون موفقتها حسب المادة 13 من قانونا لأسرة ، لقد حاول المشرع ملائمة النص مع المادة 16 البند (أ)،(ب) من اتفاقية سيدوا، وذلك بمنح المرأة الحرية و الرضا يجعل الولاية حق للمرأة الراشدة تمارس حسب اختيارها ومصلحتها، ومع هذا ترفض لاتفاقية هذا التعديل

---

(1) محمد خيضر قادر، المرجع السابق، ص 192.

(2) السيد سابق، المرجع السابق، ص 117.

(3) إسماعيل أمين نواضة، المرجع السابق، ص 118.

وتعتبره تميزا حيث جاء في رد اللجنة في الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء علي التميز ضد المرأة "يبقى مركز المرأة منقوصا في عدة مجالات منها : احتياج المرأة الراشدة الى وليها لعقد زواجها"[(((1)))].

في الأخير يمكن القول بأن المشرع اعتبر الولي شرط لصحة الزواج، حيث ميز بين المرأة الراشدة والقاصرة فالراشدة ليس هناك ترتيب أولياء ,قصر دور الوالي على حضور مجلس العقد .

بينما القاصر فقد حدد الأولياء وجعل الولاية علي القاصرين فقط.

وفي حالة تخلف بفسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق المرأة الصداق، ويثبت بعد الدخول المثل اذا استوفى العقد ركنه والشروط لأنواع حسب المادة 33ف2.

الفرع الرابع: الإشهاد وانعدام الموانع الشرعية للزواج:

نظرا لخطورة عقد الزواج وأثاره الجليلة على الأسرة والمجتمع، نص المشرع الجزائر في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة على مجموعة من الشروط من بينها: ضرورة توفير شهادات في عقد الزواج وانعدام الموانع الشرعية وعليه سنتعرض إلى شرط الشاهدين في عقد الزواج ثم انعدام الموانع الشرعية

أولا: الإشهاد في عقد الزواج:

يعرف الإشهاد أنه أخبار صادق الإثبات حق بلفظ الشهادة، وصف الخبر هو مطابقة للواقع وبه يخرج الإخبار الكاذب[(((2)))]، وهو في عقد الزواج أن يحضر حال إجرائه عدد معين من الأشخاص للتأكد على حصوله[(((3)))]، وهو بهذا وسيلة أثبات أمام القضاء للحكم بوجود رابطة زوجية في حال جحود أحد الزوجين للعلاقة الزوجية الصحيحة[(((4)))].

((1)) مليكة ساسي، أثر اتفاقية سيداو على مبدأ المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر (المسيلة)، 2018-2019.

((2)) أحمد الشامي، المرجع السابق، ص 351.

((3)) حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 173.

((4)) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 327.

1-موقف الفقه الإسلامي من شرط الشهادة:

نصب جمهور الفقهاء الى أن الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج، لقوله (ص): "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" [(1)]، وكذلك قوله(ص):" لا نكاح إلا بنية"[(2)].

وتخلفه يجعل العقد غير صحيح ولا يرتب أثاره الشرعية، في حين يرتب المالكية البطلان على تخلف الشهادة أثناء الدخول، ولا ينتج البطلان اذا تخلف الإعلان أثناء إنشاء العقد لأن الشهادة حسبهم ليست شرط الانعقاد، بل شرط لحل الدخول[(3)]، كما أقره الشريعة الإسلامية مجموعة من الشروط الواجب توفيرها في الشهود، منها ما هو محل أتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل خلاف بينهم، وذا ما سنتعرض إليه كالاتي:

أ- الشروط المتفق عليه:

يشترط في الشاهد أن يكون بالغا عاقلا مسلما، وأن يسمع الشاهدين صيغة العقد ويفهم المقصود منها.

ب-الشروط غير متفق عليها:

اختلفا فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى اشتراط عدالة الشهود والذكورة

2-موقف المشرع الجزائري من شرط الاشهاد:

لقد اخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور في المسألة ،حيث اشترط في المادة 9مكرر لصحة عقد الزواج حضور شاهدين في مجلس العقد أثناء تبادل الاعجاب و القبول بين المتعاقدين[(4)]، وفي حالة تخلفه يفسخ قبل الدخول وإصداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا للمادة 33 فقرة 2 ق أسرة.

[(1)] البيهقي، المرجع السابق، ص 202.

[(2)] الترميذي، المرجع السابق، ص 403.

[(3)] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 53.

[(4)] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 330.

نلاحظ أن المشرع لم يتطرق للشروط المتعلقة بالشهود في مواد خاصة، ولكن باستقراء المادتين 9 مكرر من ق أسرة و المادة 33 ق. الحالة المدنية، فهي كالتالي:

1- **أن يكون الشاهد عاقلا بالغا:** وعليه فلا تصح شهادته الصبي والمجنون طبقا للمادة 42 قانون المدني بالأمر 10/05، والمادة 85 قانون الأسرة,

كما نصت المادة 33 ق. الحالة المدنية أن سن الشاهد يجب أن لا يقل عن 21 سنة سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم .

2- **التعدد:** وهو ما نصت عليه المادة 9مكرر قانون الأسرة "...شاهدان" كما لم تميز المادة 33 ق. الحالة المدنية بين الجنسين سواء ذكرين او أنثتني "دون ميز فيما يخص الجنسين يختارون من قبل الأشخاص المعنين " وفي ذلك محاولة لعدم التميز بين الجنسين و مسايرة لما جاءت به اتفاقية سيداو.

في حين سارت المحكمة العليا علي رأي الجمهور في اشتراط الذكورة في الشاهدين على الزواج وأن يسمع الشاهدان كلام المتعاقدين ويفهماه وفي مجلس واحد[(((1)))].

كما أغفل المشرع الحديث شرط العدالة في الشهود لعل ذلك بسب اشتراطه في التسجيل طبقا للمادة 22 ق. الحالة المدنية ،أما شرط الإسلام فهو واجب بمقتضى المادة 222 ق. أسرة التي تحليا الى الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه قانون الأسرة الجزائري[(((2)))]، كما نص المشرع في المادة 18 ق. أسرة أنه يتم إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، حتى يتخذ الزواج شكله الرسمي والقانوني بوثيقة وتسجيله في سجلات الحالة[(((3)))] المدنية، كما نصت المادة 22 من ق. الأسرة على "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ".

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من البيانة العامة وعليه فالمشرع الجزائري متفق مع اتفاقية القضاء على جميع أشكل التميز ضد المرأة، حيث لا يعترف بالزواج إلا في

[(((1)))] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 338-339.

[(((2)))] يوسفي كهينة، ولامي ليلي، عقد الزواج وفقا لأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحرمان ميرة، بجاية، 2013/2012، ص 58.

[(((3)))] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 358.

حالة تسجيله في سجل الحالة المدنية و ذلك طبقا للمادة 16 " في فقرتها الثانية من اتفاقية سيداو والتي نصت على "لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي اثر قانوني، وتتخذ جميع الاجراءات القانونية بما فيها ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج فيسجل رسمي أمرا الزاميا"[(1)]

ثانيا: انعدام الموانع الشرعية:

نص المشرع الجزائري على ضرورة فهو الزوجين من الموانع الشرعية وفقا للمادة 23 قانون الأسرة، وفي حالة تخلف ذلك تقضي المحكمة بالبطلان ويفسخ قبل الدخول و بعده وهو ما نصت عليه المادة34 قانو الأسرة " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده ويترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الاستبراء"

كما نصت المادة 32 قانون لأسرة " يبطل الزواج إذا اشتمل عاي مانع أو شرط يتنافى وممضيات العقيدة".

وتنقسم الموانع الشرعية الى:

1- موانع مؤبدة: وهي ما نصت عليه المادة 24 قانون الأسرة، القرابة والمصاهرة والرضاع.

أ- كتمثيل المحرمات بالقرابة وفقا للمادة 25 قانونا لأسرة في:

الأمهات والبنات، الأخوات، والعمات والخلات، بنات الأخ و الأخت، لقولة تعالى: "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"[(2)].

ب-المحرمات بالمصاهرة: وهو ما نصت عليه المادة 26من قانون الأسرة:

- ✓ أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.
- ✓ فروع الزوجة ان حصل الدخول بيها.
- ✓ أرامل أو مطلقات أصول الزوج وان علوا.

[(1)] لعماري صبرينة، مصطفاوي فايزة، حقوق المرأة بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2017/2016، ص 34.

[(2)] سورة النساء، الآية 23.

✓ أرامل او مطلقات فروع الزوج وان نزلوا

ج- المحرمات بالرضاعة: وهي جميع من حرم بالنسبة و المصاهرة وفقا للمادة 27من قانون الأسرة والرضاعة المحرمة هوا ما يحصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا طبق المادة 23 قانون الأسرة

2- موانع مؤقتة: المحرمات من النساء ما نصت عليه المادة 30 قانون الأسرة.

- الممعنة، المعتدة من طلاق أو وفات ،المملقة كلانا
- الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، فلا ينكحن حتي تطلق أختها أو بنت أخيها أو أختها وتنقضي عدتها
- زواج المسلمة بغير مسلم : لقوله تعالي " ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا" ((([1])))

وتعتبر هذه المادة من المواد التي تعرضت لانتقادات كثيرة من مختلف التقارير الدولية المعنية بحقوق المرأة فهي تقيد حرية اختيار الزوج ، كما أن هذا المنع يسرى على المرأة فقط دون الرجل ، وهوما يعد انتهاك لمبدأ المساواة بين الجنسين وما يتعارض مع المادة 16 من اتفاقية سيدوا .

كما تدعو اتفاقية سيداو الى إلغاء العدة الشرعية للمرأة في حالت الطلاق أو وفاة الزوج طبقا لمبدأ المساواة بين الجنسين لكون الرجل يعتد لطلاق أو وفاة زوجته ، وهوما يتعرض مع قانون الأسرة الجزائري، والشريعة الإسلامية لقوله تعالى:" يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن أو أحصوا العدة واتقوا الله ربكم"((([2])).

ونلاحظ أن الجزائر تحفظت على المادة 16 من اتفاقية سيداو، وذلك لتعارضه مع الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري .

حيث أوجب الإسلام العدة على المرأة من أجل حفظ اختلاط الأنساب، كما حرم زواج المسلم بغير المسلم من أجل حفظ العقيدة والحقوق، وذلك لأن للزوج قوامه على زوجته وفي هذه الحالة تميل المرأة الى زوجها في حال دعاها لاعتناق ديانته، وفي ذلك خطر علي عقيدة الأولاد وتضيع حقوقهم

((1)) سورة البقرة، الآية 221.

((2)) سورة الطلاق، الآية 1.

وأخلاقهم، وعليه فالإسلام يضمن حقوق المرأة ويعزها ويحرص على استقرار كيان الأسرة، وليس فيه تميز عنصري كما يراه البعض.

ملخص الفصل:

من خلال هذا الفصل نستنتج سعي الجزائر إلى تكريس المساواة بين الجنسين من خلال تعديلها لقانون الأسرة، ومصادقتها على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع التحفظ على بعض بنودها، ونذكر من بين مظاهر تطبيق مبدأ المساواة في عقد الزواج والتي تعتبر محل وفاق من طرف المنظمات الدولية ما يلي:

– تساوي الرجل والمرأة في حرية اختيار الزوج، وعدم إبرام عقد الزواج إلا برضا المرأة الحر والكامل، طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 16 الفقرة الأولى من اتفاقية سيدوا.

– توحيد سن الزواج لكلا الجنسين بـ 19 سنة كاملة حسب نص المادة 07 من الأمر 02/05 المعدل والمتمم لقانون رقم 11/84، وهو ما أكدته المادة 16 في فقرتها الثانية من اتفاقية سيدوا حول توحيد سن أدنى للزواج لكلا الجنسين.

– حق الزوجين في الاشتراط لا سيما عمل المرأة طبقا للمادة 19 قانون الأسرة، وهو ما نصت عليه المادة 11 من الاتفاقية حيث تكفل المساواة بين الرجل والمرأة لا سيما الحق في العمل.

– حق المرأة في التصرف في مالها حيث نصت المادة 37 فقرة الأولى من قانون الأسرة على أنه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر وهو ما يتطابق مع المادة 15 من اتفاقية سيدوا.

– محاولة المشرع لعدم التمييز بين الجنسيين في الشهود طبقا للمادة 33 قانون الحالة المدنية التي تنص على ضرورة حضور شاهدين سواء ذكرين أو أنثيين وكذلك تسجيل عقد الزواج في سجلات رسمية طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة وهو ما يتفق مع المادة 16 فقرة ثانية من اتفاقية سيدوا، حيث لا يعترف بالزواج إلا في حالة تسجيله في سجل الحالة المدنية.

بالنسبة للمسائل التي لم يحصل فيها مساواة والتي تعتبر محل انتقاد من طرف المنظمات الدولية نجد ما يلي:

– محاولة المشرع لتكريس المساواة في الولاية يجعل الولاية للمرأة الراشدة تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها وهذا ما جاء في المادة 11 المعدلة بعدما كانت المادة تنص على أن الولاية اجبارية.

كذلك لم يعد للولي الحق في منع من في ولايته من الزواج بإلغاء المادة 12 من قانون الأسرة ومع هذا ترفض الاتفاقية هذا التعديل وتعتبره تمييزا ضد المرأة لاحتياج المرأة الراشدة إلى وليها لعقد زواجها.

– سمح المشرع حسب المادة 08 من قانون الأسرة بتعدد الزوجات المباح في الشريعة الإسلامية بنصوص قطعية ووضع له قيودا وذلك بالحصول على رخصة بالزواج الثاني ضمانا لحماية الزوجة الأولى والثانية من أي تدليس ومحاولة منه لتحقيق المساواة وهو ما تراه الاتفاقية تمييزا ضد المرأة التي لا تسمح بالتعدد.

– تحريم زواج المسلمة بغير المسلم في الشريعة الإسلامية وطبقا للمادة 30 من قانون الأسرة، وهو يتعارض مع المادة 16 من اتفاقية سيدوا، ويعد انتهاكا لمبدأ المساواة من خلال تقييد حرية المرأة في اختيار الزوج، كما أن هذا المنع يسري على المرأة فقط ونلاحظ تحفظ الجزائر على المادة 16 من الاتفاقية لمخالفتها للشريعة الإسلامية ولا نقاش فيها لقطعية الحكم الذي يمنع زواج المرأة المسلمة بغير المسلم في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: مبدأ المساواة بين الزوجين في آثار عقد الزواج

آثار عقد الزواج في النتائج القانونية المترتبة عن العقد، فإذا ما نشأ العقد صحيحا مستوفيا أو كان وشروط انعقاده رتب عنه آثار والمتمثلة في الحقوق والواجبات حيث نجد المشرع الجزائري كرس المساواة التامة بين الزوجين في المادتين 36 و37 من قانون الأسرة تحت حقوق وواجبات الزوجين، وذلك بعدما كان يتناولها في المادة 36 وما بعدها من قانون الأسرة 11/84 قبل تعديلها التي ميزت بين حقوق وواجبات كل من الزوج والزوجة، وبعد التعديل تم إلغاء هذا التقسيم، وأصبح يتناول الحقوق المشتركة للزوجين فقط، دون التطرق للحقوق الخاصة لكل زوج كما كان قبل التعديل، ونظمت المادة 37 النظام المالي للزوجين.

وعلى هذا الأساس سنتطرق في المبحث الأول إلى المساواة من حيث الآثار المالية لعقد الزواج وفي المبحث الثاني إلى المساواة من حيث الأثار غير المالية لعقد الزواج.

المبحث الأول: المساواة بين الزوجين من حيث الآثار المالية لعقد الزواج

إن عقد الزواج لا ينشئ آثار معنوية فقط، وإنما له آثار تتصل بمصالح الزوجين المالية الصرفة ذلك أن العشرة الزوجية تستتبع بالضرورة اختلاطا في المصالح المالية، وهو ما يعرف بالنظام المالي للزوجين[1]، الذي هو مجموعة من الأحكام التي تتناول المصالح المالية بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية[2]. أما بمعنى آخر هو مجموعة القواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بأمواله وبأموال الزوج الآخر وعلاقتهما معا بالأموال المشتركة والقواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بالديون المترتبة بذمته والديون المترتبة بذمة الزوج الآخر وعلاقتهما معا بالديون المستحقة عليهما معا[3].

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بأموال الزوجين وأولتهما أهمية بالغة، وعملت على تنظيمهما وفق مناهج تتلاءم مع الظروف التي يعيشها الزوجين وأحاطتها بالترتيبات اللازمة منذ مرحلة ما قبل الزواج[4].

وتجدر الإشارة أن ملكية أموال الزوجين تختلف حسب اختلاف النظام المالي السائد بينهما فتكون الملكية مستقلة وخاصة لكل من الزوجين إذا كان نظام فصل الأموال هو السائد، كما هو الحال في التشريع الجزائري الذي تناولها في المادة 37 من قانون الأسرة آخذ باستقلالية الذمة المالية بين الزوجين مع إمكانية الاشتراك أو الاتفاق على الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وعليه سنتناول في المطلب الأول استقلالية الذمة المالية للزوجين، وفي المطلب الثاني الاتفاق على الأموال المشتركة لزوجين.

((1)) فايزة مخانزي، مبدأ المساواة بين الزوجين وأثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، المادة 17، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2017، ص 109.

((2)) حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظرتي الحق الشخصي والحق العيني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، العدد 1-2، جامعة الاسكندرية، ص103.

((3)) رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص201.

((4)) أقاش محمد، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، قانون الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، المغرب 2006، ص16.

المطلب الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجين

تعرف الذمة بأنها ما للشخص وما عليه من أموال وديون منظور إليها كلها كمجموع، وتشمل الأموال جميع الحقوق المالية[1].

ولقد اختلف فقهاء الإسلام في تحديد مفهوم الذمة المالية، لكن يمكن القول بأنها وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلا للإلزام والالتزام، أي صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات مالية[2]، بحيث تثبت فيها الحقوق المالية وغير المالية مهما كان نوعها ومقدارها[3].

نستعرض تبعا لذلك إلى موقف كل من الفقه (الفرع الأول) والتشريع (الفرع الثاني) منه.

الفرع الأول: موقف الفقه من مبدأ استقلال الذمة المالية:

لقد أقر الفقه الإسلامي مبدأ استقلال الذمة المالية، ويظهر ذلك من خلال الأحكام التي تتناول العلاقات المالية بين الزوجين والقواعد التي تخضع لها حقوقهما المالية، كنظام النفقات، وقواعد التصرف والانتفاع بأموال العائد لكل منهما، كما استدل في ذلك ببعض النصوص القرآنية وكذا الأحاديث النبوية.

أولا: الدليل من الكتاب

لقوله تعالى: "**ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين..**"[4].وقوله: "**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن ءانستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**"[5].

فالآية الأولى تدل أن للمرأة ذمتها المالية المستقلة، يورث عنها بعد وفاتها وتنفذ وصيتها كما يمكن أن تتدين سواء نتيجة معاملات تجارية أو غيرها، أما بالنسبة للآية الثانية فلم يميز الشارع بين الذكر والأنثى

([1]) السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، دار إحياء التراث الغربي، بيروت، ص223.

([2]) السنهوري عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جزء1، المجمع العلمي الغربي الإسلامي، منشورات حمد الدابة ، لبنان، ص512.

([3]) مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج3، دمشق، 1967-1968، ص190.

([4]) الآية 12 من سورة النساء.

([5]) الآية 06 من سورة النساء.

في دفع أموالهم[1]، بحيث يمكن أن يكون لليتيم الذكر أو الأنثى ذمة مالية، وبالتالي فإن للزوجة مطلق الحرية في التصرف في أموالها، فلها أن تدخره أو تتصدف به، أو تهبه كله أو بعضه وإلى من تشاء.

ثانيا: الدليل من السنة

روي عن الليث عن ابن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة قيل لرسول الله (ص): أي النساء خيرا؟ قال: "الذي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر لا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره"[2].

كما ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن للمرأة الراشدة ذمة مالية مستقلة فتثبت لها حق التصرف في مالها كله أو بعضه كيفما تشاء سواء بالهبة أو الوصية أو القرض... لأن عقد الزوجية لا يبرر أي ضغط على الزوجة في مالها أو فيما تراه أو تعتقده[3]، وقد اتفق الفقهاء على أهلية المرأة الراشدة للتملك والتعاقد كالرجل[4] وسواء كانت متزوجة أو غير متزوجة إذ تتمتع بنفس الحرية وبنفس السلطات على أموالها[5].

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات المقارنة

وسنتناول فيه موقف كل من المشرع الفرنسي والجزائري من مبدأ استقلالية الذمة المالية وأي الأنظمة المالية المعتمدة في تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين أثناء العلاقة الزوجية أو بعدها.

((1)) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلد ونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 161.

((2)) ابن حزم، المحلى بالأثار، تحقيق، البنداري عبد الغفار، ج8، ط1، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، 2003 ص315.

((3)) مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005، ص104.

((4)) إقروفة زبيدة، النظام المالي للزوجين بين الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 1، 2012، ص49.

((5)) دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية العدد1، 1994، ص163.

أولا: المشرع الفرنسي

اعتمد القانون المدني الفرنسي تحت عنوان " contrat de mariage et des régimes matrimoniaux"[1] نظاما ماليا تعاقديا يمتد إلى الذمة المالية للزوجين، وأقر بذلك ثلاثة أنظمة اختيارية يتفق المقبلان على العلاقة الزوجية أو المتربصين بعلاقة زوجية قائمة على تنظيم حياتهما المالية في إطار اختيار واحد منها للخضوع لمقتضياته[2]، وهذه الأنظمة هي نظام الإشتراك أو الشياع نظام المساهمة في المكتسبات، نظام فصل الممتلكات.

وقد نصت المادة 1536 من القانون المدني الفرنسي على مبدأ فصل الممتلكات، إذ بمجرد اتفاق الزوجين في عقد الزواج على استقلالية الذمة المالية، ينفرد كل زوج بإدارة ممتلكاته الخاصة ويتصرف فيها بكل حرية ويبقى كل زوج ملتزما اتجاه ديونه الشخصية سواء كان ذلك قبل الزواج أو بعده، باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد[3].

نلاحظ أن المشرع الفرنسي أقر مبدأ المساواة بين الجنسين، حيث اعتمد على ثلاثة أنظمة اختيارية يتفق عليها الزوجين وهي نظام الإشتراك، ونظام المساهمة في المكتسبات، وأخيرا نظام فصل الممتلكات التي نصت عليه المادة 1536 السابقة الذكر بحيث تخول لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة خلال وبعد الحياة الزوجية، مع الاتفاق في العقد بشأن اختيارهما لهذا النظام، مع بيان حدود حرية التصرف بممتلكاتهما، وتحمل كل منهما لديونه الشخصية الناتجة عن تصرفاته سواء قبل أو بعد ابرام عقد الزواج.

---

(1) code civil français, dallez, 1987, codifier et rectifier, v : le cite : www.legifrance. Gov.fr

((2)) الملكي الحسين، من الحقوق المالية للمرأة "نظام المد والسعاية"، ج2، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الرباط، 2010 ص136.

((3)) كنزي ولمعوش وهيبة، المكتسبات المالية بعد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015-2016، ص12.

وبموجب القانون الفرنسي رقم 1372/85 المؤرخ في 1985/12/23 كرس بذلك المساواة بين الزوجين في الأنظمة المالية للزواج، وكذا مساواة الأبوين في إدارة أموال أبنائهم القاصرين طبقا للمادتين 1387 و 1388 من القانون الفرنسي[1].

كما يمكن لكل واحد من الزوجين أن يثبت ملكية ثروته الشخصية خلال مدة الزواج وبعده، بكل الوسائل سواء اتجاه الزوج الآخر أو الأغيار، غير أنه في حالة عدم إثبات هذه الملكية، فإن الأحوال والأشياء المتنازع عليها، تعتبر ملكية مشاعة بينهما، وبالتالي تقسم بينهما مناصفة[2].

ونلاحظ أن المشرع الفرنسي عالج النظام المالي للزوجين ضمن الأحوال العينية، وليس ضمن الأحوال الشخصية كما هو الشأن في القانون الجزائري.

ثانيا: المشرع الجزائري:

لقد تبنى المشرع الجزائري استقلالية الذمة المالية بين الزوجين كمبدأ عام حسب المادة 37 فقرة أولى من قانون الأسرة التي جاء فيها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.." فلكل من الزوجين الحق في التصرف بأمواله بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة[3]، سواء كانت ناقلة للملكية كالبيع والوصية والهبة، أو غير ناقلة للملكية كالرهن والانتفاع أو كانت بعوض أو بغير عوض كما لها الحرية في إدارة هذه الأموال واستغلالها واستعمالها، والتمتع بكافة الحقوق المتفرعة عنها.

فالتصرفات القانونية المالية التي تصدر عن الزوجة العاقلة الرشيدة من أموالها الخاصة (منقول أو عقار) سواء اكتسبتها قبل الزواج أم أثناءه هي تصرفات نافذة ولا تحتاج لإذن من زوجها ذلك أن ليس له أي حق على مال زوجته[4] ولاحق تملك أي شيء من مالها، ما لم يكن ذلك برضاها وعن طيب نفس منها، كأن تهب له دون اكراه منه[5]، غير أنه وانطلاقا من واجب التعاون على مصلحة الأسرة والتشاور

((1)) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص414.

((2)) المرجع نفسه، ص415.

((3)) دنوني هجيرة، المرجع السابق، ص168.

((4)) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص411.

((5)) رعد الحمداني، " النظام المالي للزوجين"، دار الثقافة، عمان، 2003، ص58.

في تسيير شؤون الأسرة (المادة 36 فقرة 3و4 قانون الأسرة المعدلة) استشارة الزوج في جميع التصرفات المالية بغير عوض طالما هو رب الأسرة والمكلف بالاتفاق[1]، بالإضافة لكون الوصية تكون في حدود الثلث وما زاد على ذلك متوقف على إجازة الورثة طبقا للمادة 185 قانون الأسرة.

كما تمتد هذه الإستقلالية إلى القانون التجاري، فإذا كان للزوج الحق في المتاجرة والاستثمار في إطار القانون، فلزوجته أيضا أن تستثمر أموالها حتى دون إذن زوجها سواء بإقامة محل تجاري أو انشاء شركة تجارية بنفسها أو بتوكيل، ولا يشترط أن يكون الزوج هو الموكل، وتتحمل المسؤولية كاملة عما تباشره من أعمال تجارية[2]، وليس لزوجها أن يمنعها من ذلك، ولا أن يتدخل في إدارتها دون إذنها أو أن يشترط عليها استئذانه لممارسة سلطاتها كمالكة[3]، وهو ما أكدته المادة 8 من القانون التجاري الجزائري التي تنص: "تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها.

ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير".

كذلك أقر المشرع المساواة للقاصر المرشد البالغ ثمانية عشر سنة كاملة (18) سواء كان ذكرا أو أنثى، بحيث لا يجوز له مزاولة التجارة أو القيام بالعمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية إلا بشرط حصوله مسبقا على إذن كتابي من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادقا عليه من المحكمة طبقا للمادة 5 من القانون التجاري.

نصت المادة 15فقرة 2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أنه: "تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل وتساوي بينها وبينه في فرض

((1)) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص417.

((2)) أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، الجزائر، ص 141.

((3)) لوعيل محمد، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 97.

ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة بوجه خاص حقوق مساوية لحقوق الرجل في ابرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية"[1].

إن قانون الأسرة الجديد المعدل لسنة 2005، وتماشيا مع اتفاقية سيداو يحفظ للمرأة حقوقها الشرعية والقانونية فيما يخص اعطائها الحرية التامة في الذمة المالية طبقا للمادة 1/37 من قانون الأسرة، ومن ثم فإن مطالبة الرجل زوجته براتبها الشهري يعد خرقا للقانون[2].

ونلاحظ أن هناك تطابقا بين نص الاتفاقية وقانون الأسرة الجزائري حول الممتلكات المالية للزوجة، إذ كلاهما أعطى المرأة حق التصرف في أموالها دون رقابة الزوج، ولا ولاية له على أموال زوجته، إذ أن كلاهما قد كرس حماية للمرأة، كما كرس مبدأ المساواة بين الزوجين في حق الملكية وحق التصرف في أموالها[3].

غير أن هناك من يرى في العلاقة المالية بين الزوجين تمييزا ضد الزوج، وأنه لا يتمتع بذات الحرية الممنوحة للزوجة فيما يتعلق بأمواله الخاصة، حيث أن للزوجة حق على مال زوجها لطالما كانت نفقتها واجبة عليه طبقا للمادة 74 من قانون الأسرة[4] إلا في حالة إعساره حيث تجب النفقة على الأم إذا كانت قادرة على ذلك طبقا للمادة 76 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

((1)) هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 68.

((2)) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 413.

((3)) لعماري صبرينة، مصطفاوي فايزة، حقوق المرأة بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2017/2016، ص 37.

((4)) تنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

وبناء على ما سبق، فللزوجة الحق في أن تأخذ من مال زوجها ما يغطي حاجاتها إن امتنع عن الانفاق عليها، وحتى ولو كانت عاملة، وهذا يجعل أموال الزوج ذات طبيعة مشتركة، لأن أعباء الأسرة تقع على عاتقه وحده[1].

والجدير بالتنويه، أن هذه الاستقلالية لا تؤثر على حق التوارث بين الزوجين بمجرد عقد الزواج بحيث يرثان من بعضهما وفق أنصبة محددة شرعا وقانونا، فيأخذ الزوج نصيبه المقرر إلى جانب قرابة زوجته من أولاد وأبوين وإخوة وغيرهم، وهي كذلك وإن كان الاختلاف بينهما هو في نصيب كل واحد منهما، أما إذا كانت لأحدهما شراكة مع الآخر، وتوفي فإنه يأخذ حكم الدائن حيث تصفى الشركة ويأخذ نصيبه، وما تبقى بعد سداد الديون فذاك هو التركة التي تتم قسمتها[2].

المطلب الثاني: الاتفاق على الأموال المشتركة للزوجين

إن نظام الاشتراك في الاموال الزوجية من أهم صور النظام المالي الزوجي والأكثر شيوعا في التشريعات الغربية وفي مقدمتها التشريع الفرنسي، ويستند هذا النظام إلى فكرة وجود مجموع مالي مشترك بين الزوجين[3] وهي تلك الاموال التي يكتسبانها في ظل العلاقة الزوجية سواء عن طريق ممارسة مهنة معينة أو نشاط معين أو عن طريق التبرع، كأن يهب شخص ما لكلا الزوجين قطعة أرضية فتكون بذلك مشتركة بينهما[4].

ويعرفها الأستاذ بلحاج العربي: "هي جميع الأموال المكتسبة بعد الزواج، والتي يكتسبها الزوجان من عملهما (مجتمعين أو منفردين)، وكذا ايراداتهم الشخصية من الرواتب والكسب أثناء قيام الحياة الزوجية مشتركة بينهما"[5].

((1)) دنوني هجيرة، اجحاف قانون الأسرة في حق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد 3، الجزائر، 2000 ص 157/156.

((2)) فايزة مخازني، المرجع السابق، ص 272.

((3)) عمر صلاح الحافظ، مهدي العزاوي، المرجع السابق، ص 272.

((4)) كنزي رحمة، لمعوش وهيبة، المرجع السابق، ص 16.

((5)) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 420.

وعلى هذا الأساس سنقوم ببيان موقف كلا من الفقه الاسلامي (الفرع الأول)، وكذا بعض التشريعات المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من المكتسبات الزوجية

لقد أقر الفقه الإسلامي مبدأ الاشتراك، ويظهر ذلك في العديد من النصوص والقواعد في باب المعاملات وغيرها منها:

- الأصل في المعاملات الإباحة.

- المسلمون عند شروطهم.

- العقد شريعة المتعاقدين.

- اتفاقا تجوز الشركة بين المرأة وزوجها كأي شريكين أجنبيين أيا كان نوعها بشرط استيفاء الشروط المطلوبة شرعا[1].

وللتوسع أكثر سنورد بعض الأحكام الشرعية الواردة في القرآن والسنة التي عالجت المسألة بالرغم من أنها أحكام عامة، إذ أن مسألة الاشتراك في المكتسبات هي وليدة الفقه المعاصر[2].

أولا: الدليل من الكتاب والسنة

قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"[3].

((1)) كنزي رحمة، لمعوش وهيبة، المرجع السابق، ص 17.

((2)) إقرونة زبيدة، المكتسبات الزوجية بين التأصيل الفقهي والتقنين الأسري، الملتقى الوطني حول: الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري والمقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 11/10 نوفمبر 2015 ص 4.

((3)) الآية 29 من سورة النساء.

عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال: أن رسول الله (ص) قال: "من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب له الله النار، وحرم عليه الجنة" فقال له رجل: "وإن كان يسيرا يا رسول الله؟" قال: "وإن كان قضيبا من آراك"[1].

ثانيا: موقف الفقهاء المعاصرين

لقد أثار نظام الاشتراك في الاملاك بين الزوجين جدالا واسعا وتنوعت ردود علماء الفتوى وأساتذة الفقه، حيث تحفظ عليها البعض وكونها تخالف ما قررته الشريعة الإسلامية من ذمة مالية مستقلة لكل من الزوجين، بينما رأى البعض جواز العمل بهذه الشراكة ما دامت تتم برضا الطرفين، إلا أنهم اتفقوا على مبادئ وهي:

– الأصل في الشرع أن العاقل البالغ الرشيد له أهلية التصرف في ماله بأي وجه كان، من بيع أو شركة أو هبة...إلخ، وعليه فإن كان لكلا الزوجين أهلية التصرف فاتفق طواعية على الاشتراك في أملاكهما الحاضرة فلا حرج في ذلك، لأن ذلك لا يعدو كون كل منهما وهب للآخر نصف ممتلكاته[2] بشرط ألا يمس ذلك قواعد الإرث، ولا يدخل المهر في الاملاك المشتركة، وتبقى خاصة بالزوجة، وفي حالة انتهاء الزواج سواء بالطلاق أو الوفاة فإن الاشتراك في الأملاك تبعا لذلك ينتهي، وعليه فليس هناك جور على حقوق الورثة لأن هذه الشراكة تنتهي بالموت.

– يجب أن يقتصر الاشتراك في الاملاك على الموجود بالفعل، حيث أكدوا أنه يشترط في الشيء الموهوب أن يكون موجودا وقت الهبة، وعليه فلا تصح هبة ما ليس موجودا وقت العقد، وبالتالي الهبة تمليك ولا يجوز هبة المعدوم والمجهول وإلا وقع العقد باطلا[3].

((1)) يحي بن شرف النبوي، المناهج في شرح صحيح مسلم، بين الأفكار الدولية، ص 629.

((2)) هل يلزم عقد النكاح الزوجين بالشراكة المادية؟ رابط الموقع: https://www.aliqtisadalislami.net اطلع عليه في 2020/06/18، على الساعة: 20:15

((3)) هل يلزم عقد النكاح الزوجين بالشراكة المادية؟ نفس المرجع، على الساعة: 23:00.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات المقارنة

لقد تعرضت الكثير من التشريعات الغربية والعربية إلى موضوع المكتسبات المالية في ظل العلاقة الزوجية نتيجة ظروف سياسية وعوامل اجتماعية وثقافية واقتصادية طرأت على الساحة العامة للبلدان، منها ارتفاع نسبة الوعي والتعليم، ودخول المرأة ميدان العمل، وكذا دور الجمعيات ومنظمات حماية حقوق الانسان والمرأة بوجه خاص المطالبة بمحاربة جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

وعليه سنتطرق إلى موقف كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 من مسألة المكتسبات المالية بين الزوجين.

أولا: المشرع الفرنسي

نصت المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي على أن الملكية المشتركة تتألف ايجابيا من الاكتسابات الحقيقية من قبل الزوجين مجتمعين أو منفردين خلال مدة الزواج، والذي يأتي من صناعتهم الشخصية، وكذا التمويل الحقيقي الذي يعتمد على ثمرات وإيرادات أموالهم الخاصة[1].

بمعنى أن مشتملات أو عناصر الملكية المشتركة بين الزوجين هي:

- الايرادات الشخصية الناتجة عن مباشرة مهنة أو حرفة، والرواتب...إلخ.

- ايرادات الممتلكات من ثمار ومنتجات الاموال الخاصة.

- الايرادات المتأتية من الهبات المشتركة، كما لو اكتسبت الزوجات ملكية عقار بصورة مشتركة أو قام أحد الزوجين بالتأمين على حياته من الموت الطبيعي لصالح الزوج الآخر...إلخ، فإن هذه الاموال المكتسبة أثناء الزوجية تعد مملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين[2].

فطبقا لأحكام القانون المدني الفرنسي، الأصل أن أموال الزوجين تخضع لنظام الاشتراك إلا إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام مالي آخر عن طريق اتفاق خاص يعقد بينهما ويقترن بعقد

((1)) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 420.

((2)) نفس المرجع، ص 421.

الزواج المبرم أمام الموثق أو حين تعديل النظام المالي المتبع خلال الحياة الزوجية[1]. فعلى الطرفين اختيار نظام الاشتراك القانوني أو الاشتراك الاتفاقي، فالأول نصت عليه المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي[2]، ومضمونها أن الأموال المكتسبة من تاريخ ابرام عقد الزواج تصبح مشتركة بين الزوجين وتقسم عند انحلال الزواج، فهو نظام يحدد القانون بمقتضاه وضعية المال الثروة المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية ويخضع الزوجان ما لم يوردا قيودا خاصة أو اتفاقات خاصة تنسجم مع مقتضياته ومع القواعد التي يحددها هذا النظام بشأن ما تم اكتسابه خلال الحياة الزوجية.

أما بالنسبة لنظام الاشتراك الاتفاقي (communauté conventionnelle) نصت عليه المادة 1497 من القانون السالف الذكر[3]، حيث يمكن للمقبلين على الزواج (الخطيبين) أو الزوجين وفي أي مرحلة من مراحل الزواج الاتفاق على شرط أو أكثر لتأكيد أو توضيح وضعية الاشتراك القانوني أو لتغيير جزئي وهو أمر يجعل الزوجين في إطار تقييم عقلاني وواقعي لحالتهما ووضعيتهما[4].

ولا يمكن لأحد الزوجين القيام ببعض التصرفات الخاصة بالأموال المشتركة إلا بعد موافقة الطرف الآخر، وفي حالة مخالفة ذلك جاز للطرف الآخر أن يطلب ابطال هذه التصرفات خلال سنتين ابتداء من اليوم الذي علم فيه بقيام قرينة بهذه التصرفات، بالإضافة إلى ذلك يلتزم كلا الزوجين بالمساهمة في تكاليف الحياة الزوجية والتضامن وتربية الأولاد أثناء فترة الزواج طبقا للمادتين 214 و 220 قانون مدني فرنسي[5].

---

(1) Bakouche Jonas, Droit des régime matrimoniaux, Master en Droit National, Université Dauphine, 2011, paris, p 4.

(2) Art.1400. 01. 1er.C. civ.F :"La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent".

(3) الملكي حسين، المرجع السابق، ص 137.

(4) Art.1497. 01. 1er.C. civ.F :"Les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, modifier la communauté légale par toute espèce de convention non contraires aux articles 1387, et 1389".

(5) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 422/421.

ثانيا: المشرع الجزائري

استثناء من المبدأ العام المتمثل في استقلالية الذمة المالية أجاز المشرع للزوجين الإتفاق حول الاشتراك في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وهو ما نصت عليه المادة 37 فقرة ثانية من قانون الأسرة: "... يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل منهما". حيث ترك المشرع الاتفاق اختياري خاضع لإرادة الزوجين معا دون أي اكراه أو اجبار مادي أو معنوي، غير أنه وضع شروط وذلك من خلال المادة 37 و المتمثلة في:

الشرط الأول:

أن يكون الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما.

لقد أقر المشرع مشروعية الاشتراط في عقد الزواج بصفة عامة، والإشتراط حول المكتسبات المالية بصفة خاصة، حيث تنص المادة 19 من قانون الأسرة: "للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، وعليه فإن هذا الاتفاق يكون في محرر عقد الزواج أو في محرر غير عقد الزواج.

أ- حالة الاتفاق حول المكتسبات في محرر عقد الزواج

طبقا لأحكام المادة 18 من قانون الأسرة نميز بين حالتين:

* **حالة إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية:** فالاتفاق يبقى مجرد اتفاق شفوي يعلن في مجلس العقد أمام الضابط المؤهل والشاهدين والولي، ولا يمكن تدوينه في الاستمارات المعدة لعقود الزواج لأنها لا

تحتوي على أي بند متعلق بشروط الزواج[1]، بالرغم من أنه لم يرد في القانون ما يمنع ضابط الحالة المدنية من تدوين شروط الزواج، فنص المادة 18[2] جاء عاما.

* **حالة ابرام عقد الزواج أمام الموثق:** حيث يكون لهذا الشرط كامل الحجية، ففي حالة تخلف أحد الطرفين عن التزامه جاز للطرف الآخر المطالبة بالتطبيق لمخافة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو في عقد لاحق له طبقا للمادة 53 فقرة 9 من قانون الأسرة[3].

ب- حالة الاتفاق حول المكتسبات المالية في محور غير عقد الزواج

لقد أعطى المشرع حرية الاتفاق حول المكتسبات المالية المشتركة للزوجين في عقد الزواج أو في وثيقة مرفقة أثناء ابرامه، وكذا الاتفاق في طريقة تسييرها ومالها في عقد لاحق وفي أي وقت يشاءان.

الشرط الثاني: أن تكتسب هذه الأموال خلال الحياة الزوجية سواء منقولات أو عقارات ونميز بين حالتين للأموال التي يتحصل عليها الزوجين بطرق غير عقد الزواج وكذا التي تؤول إليها بموجب عقد الزواج.

أ- **الأموال المكتسبة بغير عقد الزواج:** وتتمثل في الأموال المكتسبة عن طريق ممارسة مهنة أو تجارة وكذا الأموال المكتسبة عن طريق الميراث أو التبرعات التي يقدمها الغير.

* **الأموال المكتسبة عن طريق الدخل:** لقد أقر المشرع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في العمل وتولي الوظائف العمومية، وأعطاها صفة التاجر، والأهلية لتحمل الالتزامات التجارية شخصيا بدلا من إلقاء العبء على زوجها أو الحصول على إذن منه[4]، وهو موقف يساير أحكام الشريعة الاسلامية بشرط أن يكون العمل مشروع وبإذن زوجها، غير أنه يجوز للزوج منع زوجته من الخروج للعمل لكون نفقتها واجبة على زوجها وأنها غير مكلفة بالكسب، كما أنه في حالة اشتراطها ممارسة العمل فلا يكون للزوج أن

((1)) أقرونة زبيدة، النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 56.

((2)) تنص المادة 18 من قانون الأسرة على: "يتم عقد الزواج أمام الموثق وأمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

((3)) تنص المادة 9/53 من قانون الأسرة على: "يجوز للزوجة أن تطالب التطبيق للأسباب الآتية: - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

((4)) فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 130.

يمنعها من ذلك، إذ أن الأصل في العقود والمعاملات المالية والشروط المقترنة بها هو الإباحة[1]، فلا سلطان للزوج على أموال الزوجة لأن ولايتها عليه كاملة[2]، فإذا لم يكن بين الزوجين اتفاق أو عقد شراكة لتنميته أموال الأسرة، فيجوز لكل واحد منهما أن يثبت مساهمته ومجهوداته في تنمية أموال الأسرة بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك الكتابة وشهادة الشهود والإقرار...، وقد نصت المادة 2/73 من قانون الأسرة أن المشتركات بين الزوجين في حالة النزاع حول متاع البيت يقتسمانها بينهما مع اليمين[3].

وتجدر الإشارة إلى أن الديون التي في ذمة أحد الزوجين قبل ابرام عقد الزواج تبقى على عاتقه وفقا لنظام استقلال الذمة المالية، أما الديون المستحقة على الزوجين والمترتبة على الحياة الزوجية وبموافقة الزوجين، فيكون الزوجان مسؤولين تضامنيا تجاه الدائنين بهذه الديون والتي يمكن استحصالها من الأموال المملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين (المادة 2/37 ق. أ)[4] ونلاحظ بأن المشرع أغفل تنظيم هذه الديون.

* **الأموال المكتسبة عن طريق الإرث والتبرعات:** إن الأموال التي يكتسبها الزوجين عن طريق الميراث لا تدخل ضمن الممتلكات المشتركة لأنها متعلقة بالشخص الوارث.

تعتبر الهبة من أسباب كسب الملكية وهي تمليك بلا عوض، حيث لم يميز المشرع بين الرجل والمرأة فيما يخص تملك الأموال الموهوبة ولم يشترط إذن الزوج من عدمه في قبول الهبة من طرف الغير للزوجة[5].

كما قد يكتسب أحد الزوجين عن طريق الوصية أموالا وسواء قبل ابرام عقد الزواج أو بعده، فإن تلك الأموال تضاف إلى ذمتها المالية وتخضع لمبدأ استقلالية الذمة، ولا يحق للزوج تملك أي شيء من

((1)) عمر صلاح الحافظ مهدي، المرجع السابق، ص 76.

((2)) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، الجزائر، 1986، ص 175.

((3)) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 425.

((4)) نفس المرجع، ص 432.

((5)) مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 116.

مال زوجته دون رضاها لقوله تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"[1].

كما يعتبر الوقف من بين عناصر الذمة المالية للزوجين، حيث يجوز للواقف لا احتفاظ بمنفعة الشيء الموقوف طبقا للمادة 214 من قانو الأسرة، فلا يمكن للزوجة الانتفاع بالعين الموقوفة إلا وفق إرادة الواقف، فإذا كان الوقف من طرف الزوج عد تعبيرا عن ارادته في حماية مصالح زوجته لتحسين ذمتها المالية[2].مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 116.

ب- الأموال المكتسبة بطريق الزواج: يعتبر الصداق من العناصر المكونة للذمة المالية للزوجة تستحقه كاملا بوفاة الزوج أو بالدخول، وتستحق النصف في حالة الطلاق قبل الدخول، فهو ملك للزوجة تتصرف فيه كيفما تشاء، كما ليس لزوجها إجبارها على تجهيز نفسها به.

بالإضافة إلى هذا، فإن النفقة مصدر آخر يضاف إلى أموال الزوجة ويقضي نظام انفصال الأموال الزام الزوج وحده بالإنفاق ولو كانت الزوجة غنية ميسورة سواء مسلمة أو غير مسلمة، لأن الزواج الصحيح هو سبب وجوب النفقة[3].

وعلى العموم فإن النفقات المالية المستحقة للمطلقة، وتوابع الهمة الزوجية والأشياء الخاصة بالزوجين المرتبطة بواقعة الطلاق يجوز المطالبة بها ولو في مرحلة الاستئناف وفقا لاجتهادات المحكمة العليا[4].

نستنتج مما سبق ذكره، أن المشرع الجزائري طبقا للمادة 37 حقق المساواة بين الجنسين من خلال تكريس استقلالية الذمة المالية مع جوازية الاتفاق بين الزوجين على الأموال المشتركة، وهو ما نصت عليه المادة 16 (البند/ ح) من اتفاقية سيداو: "نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة

((1)) الآية 4 من سورة النساء.

((2)) نجومن سناء، المكتسبات المالية بعد الزواج، دراسة فقهية قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016/2015، ص 29.

((3)) محمود محمد حمودة، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص 161.

((4)) بلحاج العربي، المرجع السابق، 423.

الممتلكات والإشراف عليها وإرادتها، والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل بل عوض ذي قيمة".

إن التمييز بين الزوجين في النفقة راجع إلى سبب القوامة التي يتمتع بها الرجل حيث نصت المادة 74 أن النفقة واجبة على الزوج بالدخول بها أو دعوته إليه ببينة، كما تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال وفقا للمادة 75، كما يجب النفقة على الأم الميسورة إذا كان الوالد معسر حسب المادة 76 من نفس القانون، وهذا مخالف لأحكام المادة 16 من الاتفاقية[1].

كذلك مخالفة لما ورد في البند –أ– من المادة 16 من الإتفاقية "نفس الحق في عقد الزواج" وهو ما يقر تجاهل الإتفاقية للصداق الذي يقدمه الزوج لزوجته التي تنص على: "أن بعض الدول تجيز ترتيب الزواج بواسطة الدفع أو التفضيل وفي ذلك انتهاك لحق المرأة في اختيار زوجها بحرية، وعبارة الدفع والتفضيل تشير إلى بعض المعاملات التي يدفع فيها العريس أو أسرته نقودا أو سلعا أو ماشية، أو تدفع العروس أسرتها مثل ذلك للعريس أو أسرته، ولا ينبغي أن يكون ذلك شرطا لصحة الزواج، ولا ينبغي للدولة الطرف أن تعترف بمثل هذه الإتفاقيات بوصفها قابلة للإنفاذ".

[1] التوصية رقم 29 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، ص 9.

المبحث الثاني: المساواة من حيث الآثار غير المالية لعقد الزواج:

لعل الغرض الأساسي من عقد الزواج هو تحقيق الدوام والاستقرار بحسن المعاملة بين الزوجين وتوفير الراحة الهدوء داخل الأسرة باعتبارها البنية الأساسية للمجتمع من حيث صلاحها وفسادها.

وعقد الزواج كغيره من العقود، يترتب عليه آثار تقع على عاتقها كل من الزوجين، فمنها المالية والتي سبق ذكرها في المبحث الأول، والأخرى غير مالية من حقوق وواجبات لكل من الزوج والزوجة.

فباكتساب الزوج حقاق تترتب واجبات على الزوجة، وتحقيقا لمبدأ المساواة بين الزوجين التي تكرس الشريعة والقانون، ضد كل تمييز على المرأة فحقوقها أيضا واجبات على زوجها .

وعليه تتمحور دراستنا من هذا المنطلق قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، حقوق الفردية والمشتركة بين الزوجين كمطلب أول، والواجبات التي تقع على عاتق كل منهما كمطلب الثاني.

المطلب الأول: المساواة من حيث الحقوق الفردية والمشتركة بين الزوجين:

من خلال المادتين 38 و39 من قانون الأسرة قبل التعديل 2005 نجد أن المشرع الجزائري يهدف إلى تحقيق مصلحة زوجية وتوازن الأسرة على أسس صحيحة قد حدد حقوق فردية لكل من زوج والزوجة.

فقد نصت المادة 38 من قانون الأسرة على حقوق الزوجة ونصت المادة 39 من قانون الأسرة على واجبات الزوجة التي هي بدورها حقوق لزوج، وهذا ما سنوجزه في الفرع الأول من هذا المطلب.

أما بعد تعديل قانون الأسرة 2005 جاء المشرع الجزائري بحقوق مشتركة بين الزوجين وذلك من خلال نص المادة 36 المعدلة وألغى المادتين 38 و39 كل ذلك محاولة من المشرع لتكييف قانون الأسرة من حيث الحقوق.

تماشيا مع مبدأ الذي تكرسه الاتفاقية والشريعة والقانون كل بمفهومه الخاص وهو مبدأ المساواة بين الزوجين، حيث أصبحت الزوجة تشارك الزوج في كل كبيرة وصغيرة تتعلق بالأسرة وكل القرارات التي يتخذها الزوج عكس ما كان في القانون السابق الذي ميز بين مكانة الزوج عن الزوجة وهذا ما سنتطرق إليه وخصصنا له الفرع الثاني.

الفرع الأول: المساواة من حيث الحقوق الخاصة بكل زوج (فيه تعديل 2005):

ذكر المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل تعديل 2005 حقوقا فردية يختص بها كل زوج دون الآخر في مضمون المادتين 38 و39[1]حقوق للزوجة وحقوق للزوج نوجزها فيما يلي:

أولا: من حيث حقوق الزوج:

للزوج عدة حقوق التي تلتزم بها الزوجة والموجبة عليها للمحافظة على الرابطة الزوجية نذكر منها:

1- حق الطاعة وإثبات مشروعيتها:

إن مجرد دخول الزوجة إلى البيت الزوجية بعد إبرام عقد الزواج يكتب حقوق ونشئ في مقابلها واجبات.

(1) – قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

فالطاعة من بين الواجبات الزوجية اتجاه الزوج، وتلتزم الزوجة بطاعة زوجها بالمعروف في كل الامور حياتها الزوجية والأسرية إلا ما فيه معصية لله تعالى[1].

أ- تعريف الطاعة:

- لغة:

هي الإسم من قول "طاعة يطيعه طاعة، المصدر إلا طاعة وكلاهما مأخوذ مادة "طوع" التي تدل على الأصحاب والانقياد يقال طاعة يطوعه طوعاً: أي انقياد معه ومضى لأمرهن والطوع والانقياد وضده الكره. لقوله تعالى: "ولّهُ أَسْلَمَ من في السماوات والأرض طوعاً وكرماً"[2].

يقال طاوعت المرأة زوجها طواعية.

- اصطلاحا:

أجمع أغلب الفقهاء على أن الطاعة، هي امتثال ظاهراً، والانقياد لكل فعل المأمورات ولو نديًا وترك المذهبات ولو كراهية ن وعليه فطاعة الزوجة لزوجها هي انقياد لأوامره وتخلي عن كل نواهيه على وجه يقره الشرع[3].

ب-إثبات مشروعية الطاعة:

- من حيث موقف الشريعة الاسلامية:

إن حق الطاقة مثبت شرعا لما فيه من رضى الله أولا ورضى زوجها لقوله صلى الله عليه وسلم "لو كنت آمر أحدا أن يسجد لغير اللهن لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، والذي نس محمد بيده، لا تؤدى

((1)) بقه مهدية، يوسفي، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص الشامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، دفقة 2016-2017، ص 45.

((2)) سورة آل عمران، الآية 83.

((3)) ملتقى الخطباء. نقلا عن الرابط التالي: https://Khutabaa.com/Scientific-Search187081. أطلع عليم بتاريخ 2020/09/8 على الساعة: 20:00.

المرأة حق ربها، حتى تؤدي ق زوجها كله، حتى لو سألها نفسها وهي على قتب لم تمنعه"[1].

وقول الله تعالى "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهم درجة والله عزيز حكيم".

فحق الطاعة مؤكدة بالكتاب والسنة النبوية الشريفة، التي بينت وحددت أن للزوجات من حق مثلها مثل الرجل، وأن هذه الطاعة متمثلة في الدرجة التي أعطاها الله تعالى للرجل على المرأة باعتباره عماد الأسرة[2].

غير أنه تجدر الاشارة إلى أن هذه الطاعة ليست مطلقة، كطاعة الله عز وجل بل طاعة زوجها بما يستوجبه الشرع، دون إضرار بها، أو دخول في أي غلط في معصية الله"[3].

وتعود الحكمة من وجوب الطاعة على الزوجة امر طبيعي تقضيه الحياة المشتركة من الزوج والزوجة، ولاشك ان طاقة المرأة لزوجها يحفظ كيان الأسرة من التصدع والانهيار، وتبعث إلى محبة الزوج لزوجته، وتعمق رابطة التآلف والمودة بين أعضاء الأسرة بإعطاء الرجل أحقية الأمور ومسؤوليتها ورعاية الأسرة بما وهبه الله من خصائص القوة والتعقل.

والطاعة لا تكون إلا بالمعروف، أما إذا امرها بمعصية فلا سمع حينذاك ولا طاعة بمخلوق في معصية الخالق[4].

((1)) – ابن الماجة أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجة كتاب النكاح، باب حق الزوج على المرأة، دار احياء الكتب العربية، ج1، ص595.

((2)) – سورة البقرة، الآية 228.

((3)) – شملال ابتسام، دور الحقوق المشتركة في حفظ الرابطة الزوجية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون الأسرة، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أوكام، البويرة، دفعة 2014-2015، ص 44.

((4)) – عبد الله ناصح علوان، آداب الخطبة والزفاف وحقوق الزوجين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1979، ص 127.

ومن بين الأمثلة عن مظاهر الطاعة التزام الزوجة بعدم مغادرة بيت زوجها إلا بعد إذن زوجها او بموجب شرعي او حاجة ملحة، كما تظهر وجوب الطاعة في استجابة الزوجة لدعوى الفراش الصادرة عن زوجها ما لم يمنعها عذر شرعيا[1].

- من **حيث موقف المشرع الجزائري:**

عن قانون الأسرة قبل تعديلات 2005 قد نص صراحة في المادة 39 منه في الفقرة الأولى على أنه "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة"، وعليه يجب على زوجة طاقة زوجها واحترامه تقيدا ومراعاة على أنه رئيس العائلة ورب المنزل الذي تقع عليه كافة المسؤوليات، استنادا لحكمته ورزانته في النظر إلى امور الحياة وثباتها[2].

إلا أن أحكام هذه المادة المذكورة اعلاه قد الغيت بموجب تعديل جديد بالأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

وما تجدر الإشارة إلى أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مازال يحكم وفقا لهذه المادة، ومادام قانون الأسرة جل أحكامه نسخة لأحكام الشريعة الاسلامية فإن طاعة الزوجة لزوجها منصوص عليها شرعا، باستناد لأحكام المادة 222 من نفس القانون بقولها "كل ما لم يرد عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية"[3].

إذن بالرغم من إلغاء هذه المادة إلا أنها موجودة ضمنيا من ناحية الواقعية واجتهاد القضاء بحكم أن مجتمعنا مجتمع اسلامي وما لها من اهمية في جمع شمل الأسرة[4].

((1)) – عطاء الله غربي، الحقوق الزوجية في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري: حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الأول، 2018، ص 549.

((2)) – قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

((3)) – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 164.

((4)) – قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2- حق في القوامة وتأديب الزوجة:

أ- الحق في القوامة:

ميز الله عز وجل الرجل عن المرأة بصفات تجعله قادرا على التحكم في زمام الأمور سواء من الناحية الجسدية أو العقلية، التي تمنحه هيبة في فرض أوامره وتحكم أمور اسرته، وما ينفرد به من تعقل وحكمة في إدارة شؤونه ومسؤولياته.

وهنا تكم الحكمة من إعطاء القوامة لرجل دون المرأة التي قد تغلب عليها العاطفة، فالرجل قيم على المرأة، وهو رئيسها، وكبيرها، بما فضله الله من زيادة في دين والعقل، والحزم والعزم وحسن التدبير والرزانة إعمالا لقوله تعالى "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم"[1].

ومن هذا المدخل نذهب إلى تعريف القوامة، وحكمتها وموقف القانون اتجاهها.

- **تعريف الحق في القوامة:**

- **لغة:** يقال قوام الشيء أي عماده ونظامه، والقوامة من القيام على الأمر.
- **اصطلاحا:** اجمع الفقهاء على ان القوامة تقتصر على ثلاث معان: أما القيم على القاصر، أو القيم على الموقف، أو القيم على الزوجة.

والمعنى الأخير هو المقصود بيانه، فالقوامة الزوجية: هي الولاية يفوض بها للزوج للقيام على مصالح زوجته بالتدبير والصيانة[2].

- **الحكمة من القوامة:**

يأخذ الحكمة لقوامة الرجل على زوجته أساسها للمحافظة على العلاقة بين الزوجين، والحرص على أن تكون أقوى بما يمكن، فجعل الزواج مؤسسة اجتماعية تهدف لتحقيق مصالح مشتركة بين الزوجين.

((1)) – سورة النساء، الآية 34.

((2)) – معنى العوامة، موضوع نقلا عن الرابط التالي:
https://mawdoo3.com/%D9%85A7%D9%84%D982%D9%88%19 . اطلع عليه يوم 08-09-2020.

حيث تحتاج الأسرة إلى شخص يتولى شؤونها ويتحمل مسؤوليتها وهذه حكمة الله بإعطاء الرجل الحق في القوامة، وتدبير أمور عائلته بما له من امتيازات من قوة الجسم على التحمل والصبر، إضافة إلى عمن التفكير وقلة الانفعال وقدرته على القيام بما كلف به من مهر وتجهيزات البيت، على خلاف المرأة التي خلقت رقيقة، عاطفيا، وهذه طبيعة البشرية التي سخرها الخالق، الذي جعل الرجل هو الذي يقوم بدور رئاسة الأسرة وإدارة كل ما يخص بها[1].

- **موقف قانون الأسرة الجزائري:**

نظرا لكون حق القوامة حق مستنبط من أحكام الفقه الاسلامي وذلك لتفرعه حق الطاعة، فالمشرع الجزائري لم يخصص أو ينص عليه في مواد تعالج حق القوامة بل ترك ذلك للفقه واكتفى فقط بأحكام الشريعة الاسلامية.

ب-الحق في ولاية التأديب:

قد تصدر في بعض الأحيان تصرفات وأفعال تخرج فيها الزوجة عن طاعة زوجها والانهياد إلى ما يأمر به لما يصلح بها وشؤون أسرتها.

وما دام الزوج هو رب العائلة ورئيسها، رخص له تأديبها بالموعظة الحسنة او الهجر في المضجع أو الضرب غير المبرح، لكن هذا التأديب يكون في حدود ما سمح به الشرع والقانون دون الخروج عن مقتضياته والحكمة منه.

وعليه نوجز تعريف حق التأديب وحالات اللجوء إليه مع موقف المشرع منه فيما يلي:

❖ **تعريف الحق في تأديب الزوجة:**

- **لغة:** التأديب لغة هو التهذيب والتربية على محاسن الأخلاق أي الاصلاح كما يقصد به العقاب أو المجازاة.
- **اصطلاحا:** يقصد به مجازاة ومعاقبة الشخص على إساءة وسوء تصرف[2].

- ومن بين الحالات التي يلجأ فيها الزوج لتأديب زوجته نذكر منها:

([1]) – عمر بن سلمان، الرسل والرسالات، دار النفائس للنشر والتوزيع، الكويت، ط4، 1410هـ-1989م، ص 85.

([2]) – مواضيع قانونية نقلا عن الرابط: .http://www.Startimes.com/?+=26080714. اطلع عليه بتاريخ 08-09-2020.

- الوقوع فيما نهى عنه الله او التغافل عن ما أمر به.
- تقصير في واجباتها اتجاه زوجها.
- عدم طاعته عند دعوتها للفراش والنفور منه.
- تقليل الأدب مع زوجها.
- عدم المحافظة على بيتها والإعتناء بممتلكات زوجها والتقصير في العناية بها وإهمالها مثل تمزيق ثيابه بإتلافها.

وغيرها من التصرفات التي قد تمس بالأسرة واستقرارها[1].

- موقف المشرع الجزائري من تحق التأديب الزوج لزوجته غير صريح بل ترك ذلك للشريعة الاسلامية ومعززا ذلك بعض نصوص في قانون الأسرة كالقانون المدني فيما يخص عدم التعسف في استعمال الحق.

وقانون العقوبات المدني يخص الضرب وتحرمه إذا خرج عن الشرعي والقانوني، وعليه لابد أن تكون نية الزوج من الاصلاح والتهذيب لا الإضرار بالزوجة[2].

- إن هذه الدراسات السابقة لحقوق الزوج تكمن في مدى موافقة الأسرة قبل تعديلات 2005 مع مبدأ المساواة بين الزوجين، ما يمكن ملاحظته فمن الناحية القانونية قد تقع الزوجة في بعض الأحيان في شكل من أشكال العنصرية إذا ما أخذ الزوج بمفهوم الشرعي والفعلي لهذه الحقوق ومقتضياتها اتجاه مصلحة الأسرة.
- كما أننا ركزنا على الحقوق التي تمثل أشكالا فيما يخص أي تمييز ضد المرأة او تتناقش مع مبدأ المساواة بين الزوجين.

([1]) – صلاح محمد أولحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الورق للنشر والتوزيع، الأردن، 2005 ص 185.

([2]) – بقه مهدية، يوسفي رشيدة، حقوق الزوج دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون، مرجع سابق، ص ص 68-69.

ثانيا: من حيث حقوق الزوجة:

عن للزوجة حقوق مثلما عليها من واجبات، شرعها الله تعالى لقوله "ولهن مثل الذي عليهم بالمعروف"[1]، تجعل الزوج يحترم هذه الواجبات نحوها من أجل حياة زوجية ناجحة وهادئة.

وقد نص المشرع الجزائري على جملة من الحقوق الأساسية ضمن المادة 38 من قانون الأسرة قبل تعديل 2005 التي الغت بموجب الأمر 05-02[2].

وجاءت الشريعة مكملة داعما لهذه الحقوق بمكانة المرأة في الأسرة والمجتمع عامة.

وهذه الحقوق ندرسها وفقا لقسمين الآتيين:

- حقوق الزوجة بالنسبة للفقه والشريعة.
- حقوق الزوجة وفق ما نصت عليه في قانون الأسرة قبل تعديل 2005.

1- حقوق الزوجة بالنسبة للفقه والشريعة:

تحدث الفقه مستندا للشريعة الاسلامية عن جملة من الحقوق معنوية خاصة بالزوجة لم ترد في نصوص قانون الأسرة ولكن يؤخذ بها وفقا للإحالة الواردة في المادة 222 من قانون الأسرة وذلك لمكانة المرأة ودورها في تأسيس المجتمع نذكر منها:

أ- العدل بين الزوجات في حالة تعدد:

إن حق الزوجة في العدل يتوفر في حالة تزوج الرجل بأكثر من زوجة، وهو حق شرعي اجازته الشريعة له وحصرته في أربعة زوجات وفق لشروط معينة لابد من توفرها، فإذا انعقد الزواج المتعدد صحيحا ترتب عليه حق لكل زوجه في العدل بينها وبين ضراتها[3]، ولدراسة هذا الحق وجب علينا تعريف العدل لغة واصطلاحا وبيان أهمية هذا الحق في ثبات الأسرة وتكاملها.

((1)) – البقرة، الآية 228.

((2)) – القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1987، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

((3)) – فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، 2017، ص 111.

- **تعريف العدل:**

- **لغة:**

هو التوسط بين الافراط والتفريط والاعتدال في الامور، ويقابلها الظلم والجور، ونقيضه الظلم جاء في معجم المعاني: عدل اعدل إلى يعدل، عَدْلا، وعدولا وعدالة ومَعْدِلَه، فهو عادلن ويقال عَدل بين المتخاصمين: انصف بينهما، أي أعطى كل ذي حق حقه[1].

والعدل صعب تحقيقه لقوله تعالى "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم"[2].

- **العدل اصطلاحا:** عرف القضاء العدل بين الزوجان على انه التسوية بين الزوجان في حقوقهن من الناحية المادية من نفقة وكسوة من غير ميل لإحداهن أو إيذاء أو مضرة[3].
- **أهمية حق العدل بين الزوجات:**

إن موضوعه تعدد الزوجات شرعه الله تعالى للزوج ووضع له عدة شروط لتوافق هذا الحق دون المساس بأي من الزوجة، وذلك بالعدل بينهن في المعاملة والاحسان والمودة والنفقة والمبيت، وغيره من الأمور المادية، أما ما يخص الميل العاطفي فلا يشترط العدل فيه لأنه امر خارج عن إرادة الزوج لقوله تعالى: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء، ولو حرصتم، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة".

فمن واجب الزوج العدل بين زوجاته وذلك ثابت في القرآن الكريم بقوله "فانكحوا ما طاب لكم من النساء، مثنى، وثلاث، ورباع فإن خفتهم ألا تعدوا فواحدة أو ما ملكت ذلك أدنى ألا تحولوا[4]".

فالله عز وجل جاز التعدد من الزوجات بشرط العدل بينهم.

- فعند جمهور غير الشافعية من كان له امرأتان أو أكثر تحب على الزوج العدل بينهن، من كل نواحي مثل جعل لكل واحدة يوما وليلة، بغض النظر على حاله الزوج مريضا أو صحيحا، وسواء كانت

((1)) – تفسير كلمة العدل، نقلا عن الرابط:
http://www.lesanarab.com/Kalima/%D89B9%D8%AF%D9%89 . اطلع عليه يوم 08-09-2020.

((2)) – سورة النساء، الآية 129.

((3)) – وهيبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2008، ص 95.

((4)) – سورة النساء، الآية 02.

المرأة صحيحة أم مريضة او جنبا أو نفساء، فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقيم بين شانه، حتى في مرضه منع أنه لم يكن القسمة واجبة عليه[1].

- والعدل هنا هو السوية بين الزوجات في الأمور المطلوبة شرعا، والممكنة طبيعيا، حتى لا تسوء حياة الأسرة ولا تقضي إلى الانشقاق وإحداث الضغائن بين الزوجات والأولاد، والوقوع في المعصية والظلم لقوله تعالى: "ولا تمسكوهن ضررا لتعتدوا ومن يتعد حدود الله قد ظلم نفسه"[2].
- وقد أيد المشرع الجزائري هذا الحق للزوجة ونجد ذلك من خلال المادة 8 من قانون الأسرة التي نصت على "يسمح للزوج بزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية من وجب المبرر الشرعي وتوفر شروط فيه العدل"[3].

ويقصد بنية العدل من خلال الوضع الصحي للزوج والمادي والوازع الديني وإعمال لعمره ودينه.

حيث قال رسول صلى الله عليه وسلم "ومن كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرة جاء يوم القيامة يجر أحد ساقيه ساقطا أو مائلا".

فصورة العدل في كل الأمور الحياتية و المعنوية والمادية تجسد في الفراش والاتفاق وغير ذلك[4].

وكخلاصة على ما قيل، فزوج إذا رأى عدم قدرته في تحقيق هذه التسوية وجب عليه حل مسألة جيدا في هذا الأمر، فإن تزوج أكثر من زوجة التزم في معصية أمام الله فليكتفي بالواحدة.

ب- حق عدم الإضرار بالزوجة:

أضافت الشريعة الاسلامية حق عدم الإضرار بالزوجة الذي هو من حقوق المعنوية المهمة، وذلك من باب المساواة مع واجباتها اتجاه زوجها، وكذلك حماية المرأة كزوجة لعدم الحاق الضرر بها بحجة طاعة زوجها او قيامه عليها، غير أن هذا الاخير يتحدد فيما يستوجبه الشرع والقانون وعند الخروج عن

((1)) – يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 34.

((2)) – سورة البقرة، الآية 231.

((3)) – القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق.

((4)) – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 170

مقتضى هذا الحق يصبح فيه إحداث أذى للزوجة ويعسف في اسهال هذا الحق لقوله تعالى "فامسكوهن بالمعروف أو سرحوهن بالمعروف"[1].

وعليه فالضرر المقصود هو الضرر المادي كضرب الزوج زوجته ضربا ارج عن إطار التأديب الذي يظهر علامات على جميع انحاء جسمها، وكذلك الضرر المعنوي كعدم الاهتمام بالزوجة ومعاملتها معاملة سيئة وهجرها في المضجع[2].

فشريعتنا الاسلامية من القرآن الكريم وسنة نبينا ابتعدت كل التصرفات والأحوال التي فيها إيذاء لزوجه وربة المنزل.

وفي مجمل القول على الزوج في حين إحداث ضرر بزوجته سواء قولا أو فعلا، من ألفاظ تخرج شعورها أو اعمال تضربها أو يسجدها، رفقا بها كونها ذلك الكائن الرقيق، اعمالا لوصايا رسول صلى الله عليم وسلم بقوله "اوصيكم بالنساء خيرا"[3]، فحسن معاملة الزوج لزوجته من حسن خلقه وتربيته الأصيلة على الكتاب والنسبة.

زيادة على هاذين الحقين المهمين فالشريعة كانت ملمة بكل ما يخص حقوق الزوجة حيث تحدث الفقه على الكثير من حقوق نذكر منها:

- استشارة الزوجة في قوامه شئن وخطبة البنات لقوله صلى الله عليم وسلم "أمروا النساء في بناتهن" أي استشيروهن في خطبة النساء.
- ممازحة الزوج لها وملاطفتها.
- أن يغر عليها في دينها وعرضها.

((1)) – سورة البقرة، الآية 231.

((2)) – عبدلي سعيدة، بن عرعور اليزيد، الحقوق العائلية للزوجة بين الشرائع الثلاثة، قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013-2014، ص 46.

((3)) – رواه البخاري، الحديث رقم 4890، فتح الباري شرح الصحيح البخاري لابن البر، دار الريان للحراث، 1986.

- وقايتها من النار: امتثالا لقوله تبارك وتعالى "يا أيها الذين آمنوا قو انفسكم وأهليكم ناراً وقودها الناس والحجارة عليها ملائكة غلاظا شداد لا يعصون ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون"[1].

2- حقوق الزوجة وفق ما نص عليه قانون الأسرة قبل التعديل:

تنص المادة 38 (الملغاة) من قانون الأسرة في فقرتها الاولى على أنه "للزوجة حق في زيادة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف"

حددت المادة سالفة الذكر حق من الحقوق المعنوية للزوجة الممثل في حق زيارة أهلها واستضافتهم، حيث يحق للزوجة زيارة اهلها للذهاب إليهم أو استقبالهم في بيتها وذلك في حدود منطقية ومعقولة، دون افراط وتفريط، فالمشرع الجزائري في هذه المادة التي سبق ذكرها نجده قد اشترط هذه الزيارة المقتصرة على محارم الزوجة فقط، كالوالدين والإخوة، أو لأعمام والاخوال.

وحتى لا تتول هذه الزيارة إلى سبب في مشاكل بين الزوج وتخريب بينها، وجب أن يكون في حدود المقبول واللزوم في أوقات مناسبة[2].

وعليه على الزوج تمكين زوجته من هذا الحق، فالرسول صلى الله عليه وسلم كان يأذن لزوجاته بصلة رحمهن، ولم يكن سبب في قطع الأرحام وكذلك أذن لهن حق الصلاة في المساجد، غير أن هذا الحق ليس مطلق بل في حدود المستطاع، حتى لا تتحجج المرأة به، إلا عند الضرورة مثل المرض أو الوفاة أو فرح أو شهد حال أبويه خاصة إذا كان كبيران في السن [3].

كما يجب الاشارة إلى أن هذه المادة قد ألغيت بتعديل 2005 تأثر من المشرع بالاتفاقية سيداو المساندة لحقوق المرأة، إلا أنه لم يتخلى عنها كليا بل لإعادة صياغته من حقوق مشتركة في المادة 36 قانون .أ من باب عدم التمرس الزوجين وهذا ما سنتحدث عليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

وكخلاصة من خلال دراسات السابقة لحقوق الزوج على زوجته وحقوق الزوجة على زوجها وكحوصلة نجد أن:

((1)) – سورة التحريم، الآية 02.

((2)) – يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 163.

((3)) – بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 163.

- أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل كان ملما على مجموعة من الحقوق انفرد بها كل من الزوج والزوجة، وذلك تماشيا مع ما تحدد الشريعة الاسلامية باعتبارها المصدر الأساسي له، وبما ان دراستنا منبه على أساس مبدأ المساواة بين الزوجين من حيث الحقوق والواجبات فالمشرع قبل التعديل كان صريحا وحدد حقوق كل زوج تناسبا مع طبيعة كل طرف في عقد زواج هذا من جهة، ومن جهة أخرى ان مبادئ الشريعة الاسلامية جاءت بحقوق التي امرنا الله بها ورسوله وكانت تصب في مقتضى واحد وهدف واحد وهو حماية الأسرة من التشتت او الانحلال بإعطاء الرجل مسؤولية عائلته بما يتصف بخصائص من ناحية الجسدية والمعنوية، وأعطى المرأة للطفها ورقتها لحكمة الله في خلقه إدارة أمور بيتها من تربية الأولاد وخدمة زوجها وطاعته التي جعلها الله كل عبادات تؤجر عليها لما لها من دور كبير في تأطير الأسرة وتأسيسها مستقيمة من كل النواحي دينه وأخلاقه.
- إلا أنه باختلاف الأجيال والمجتمعات أصبحت هذه الحقوق يأخذ منظور آخر من ناحية الزوج فأصبح يمارسها بتسلط وتقليل من شأن المرأة وجعلها في مستوى أدنى منه بسم الاسلام وحقوق التي شرعها الله له في مقابل أن الرسالة التي جاءت بها الشريعة تكريما للمرأة وحفظها عند خروج من ولاية أبيها أي ولاية زوجها ومعاشرتها بالمودة والمعروف هذه هي مقاصد الاسلام.

وعلى أساس هذا توجه المشرع إلى اتجاه آخر وحماية لحقوق المرأة وفي إطار تحقيق المساواة بين الزوجين ضد كل ما هو تمييز على المرأى ولقوله تعالى: "يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء"[1]

وعلى أساس اتفاقية المساندة لحقوق المرأة التي كان لها أثر كبير في تعديل قانون الأسرة من بينها إلغاء المادتين 38 و39 وجعلها حقوق مشتركة في المادة 36 ق. أ.

الفرع الثاني: الحقوق المشتركة بين الزوجين:

نظرا لانتشار عدة انواع التميز ضد المرأة خاصة في الفترة الأخيرة في مجتمعنا المعاصر عامة والمجتمع العربي خاصة.

حاول المشرع الجزائري وتحت ضغوطات كثيرة إضفاء توجه جديد يقوم على مبدأ المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بآثار الزواج.

((1)) – سورة النساء، الآية 1.

وبمصادقة الجزائر على اتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على كافة أشكال التميز ضد المرأة، التي منعت كل إجراء او معاملة تنطوي على تفرقة أو استبعاد أو تقيد المرأة في أي أمر من الأمور المتعلقة بحقوقها الغير مالية عند قيام الرابطة الزوجية، وفق ما نصت عليه المادة 16 من هذه الاتفاقية في الفقرة الأولى بقولها "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية"[1].

فيتوجب على المشرع إجراء تعديل يتماشى مع هذه الاتفاقية وحقوق المرأة بعدما كان يأخذ في قانون الأسرة 11/84 بتقسيم ثلاثي لحقوق وواجبات الزوجين، حيث نصت المادة 36 المعدلة على حقوق الزوجين المشتركة، اما المادتين 38 و39 نصت على حقوق الزوج على زوجته، وحقوق الزوجة على زوجها.

إلا أن هذا التقييم آثار خلاف وانتقاد واسعا، حيث رأى البعض أن هذه الحقوق والواجبات ليست متكافئة، نتيجة استغلال مفهوم المساواة الشرعي الحقيقي يتناقض مع مدلوله الاجتماعي الذي أدى بدوره إلى هدم أساسه نسجه لإقرار أفضلية للرجل مقابل خضوع المرأة بنية طاعة الرجل ورئاسته.

وهذا نسجته المادة 39 من قانون الأسرة الذي كرسها المشرع بهدف إنشاء علاقة زوجية أساسها الاحترام والمساواة[2] والتعاون، وفهمها عكس مضمونها وتماشيا مع المطالب القائلة بإعادة النظر في توزيع الحقوق والواجبات بين الجنسين في دائرة الأسرة، حتى تتلائم مع الاتفاقية الدولية الداعية إلى تطبيق مبدأ المساواة تدخل المشرع الجزائري وعدل قانون الأسرة وذلك بإلغاء المادتين 38 و39، التي تحدثت عن الحقوق سالفة الذكر، وجمعها في المادة 36 من نفس القانون لحقوق مشتركة بين زوجين والتي سنتناول دراستها تباعا.

وبيان مظاهر وبوادر هذا المبدأ في قانون الأسرة الجزائري.

((1)) – اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المرجع السابق.

((2)) – وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، قسم قانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018–2019، ص 85.

- **المساواة في المعاملة والروابط الأسرية:**

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود من الفقرة الاولى للمادة 36 من قانون الأسرة لكن من مدلول عبارة الروابط الزوجية يمكن القول أنه كل حق متعلق بحياة الزوجية المشتركة والخاصة بين الزوجين نذكر منها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر حق الاجتماع الذي هو حق العشرة الطبيعي والفطري بين الزوجين في إطار عقد الزواج وهو حق مكفول لكلا الطرفين، يلتزم بموجبه كل زوج بتمتيع الزوج الآخر، في حدود المعقول دون الإضرار فيه أي منهما وفق المساكنة الشرعية فيحق لكل زوج مساكنه الآخر في بيت زوجته والإقامة معه فيه، فقد كان هذا الحق مقتصر فقط على حقوق الزوج على زوجته يلتزم به الزوج، غير انه يتطور الظروف والأفكار أصبح حق يناسب كلاهما[1].

- **المعاشرة بالمعروف والاحترام والمودة:**

فهذا الحق المشترك ينص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 36 (المعدلة) من فقرتها الثانية .

- إن حق المعاشرة بالمعروف قبل التعديل كان مقتصر على حقوق الزوج فقط وهو واجب على عاتق الزوجة وذلك بطاعة زوجها وامتثال لما يطلبه ترجمه لهذا الحق، إلا أنه بعد تعديل أصبح حقا مشتركا او ألغيت المادة المتعلقة بحق الطاعة للزوجة وواجب الزوجة.
- وعليه فالمعاشرة بالمعروف بمفهوم المشترك يجب على طرفي علاقة الزوجية أن يبذلا جهدها في حسن معاملة بعضهما وتحقيق أسباب السعادة للأسرة.
- فلا يجوز أي منها الاساءة للآخر أو الامتناع عن المعاشرة الجنسية إلا بعذر شرعي، كالحيض أو نفاس او السفر، كما أن المعاشرة بالمعروف بالمعروف لا تقتصر فقط على حق الفراش الذي سبق ذكره، بل يشمل تبادل المودة والاحترام والاخصاص في أداء الواجبات الزوجية[2].
- فالمشرع الجزائري في هذه المادة أثبتت كل ملامح الجدة التي أثر بها الأمر 05-02 فملامح وتوجيهات أحكام الشريعة الاسلامية واضحة في هذا النص، بكل صراحة على وجوب المعاشرة

((1)) – فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثاره في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 106.

((2)) – عطاء الله غربي، الحقوق الزوجية في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 544.

بالمعروف بين الزوج والزوجة وتعايشهما في كنف الألفة والاحترام لقوله تعالى "وعاشرهن بالمعروف" وقوله أيضا جل "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليه وجعل بينكم مودة ورحمة"[1].

- وعليه فالمادة 36 المعدلة من قانون الأسرة أصبحت أدق وأضبط في دلالة على هذا الحق[2].
- التعاون والتشاور في شؤون الأسرة.
- أن حق التشاور بين الزوجين من المبادئ الاسلامية العتيقة، حيث كان يجسده الرسول صلى الله عليه وسلم مع الصحابة حين كان يشاورهم على أمر يخص الاسلام وبعثته، تصديقا لقوله تعالى "وشاورهم في الأمر"[3].
- وقوله أيضا "وامرهم شورى بينهم"[4].

فالأخذ بهذا المبدأ بين الزوجين، مشاركة على الحياة الزوجية والتشاور بينهم تشع روح المحبة والتفاهم، ويعزز الثقة والطمأنينة في النفس، ففي التشاور خروج برأي صائب يناسب مصلحة الأسرة وتماسكها.

فالشريعة الاسلامية جاءت المبدأ التشاور من مبدأ المساواة والمشاركة بين الزوجين في شؤون الأسرة على أساس التفاهم والتراضي.

حيث أدرج المشرع الجزائري هذا الحق من المادة 36 (المعدلة) من قانون الأسرة مع الحقوق المشتركة بين الزوجين، وهذا على عكس اتفاقية سيداو التي لم تنص او تتكلم عن هذا الحق ضمن نصوصها.

وعليه نجد أن المشرع قد أصاب في هذه المسألة كونه أعطى للمرأة الحق في المشاورة زوجها لها في كل امور عائلتها، خلافا لاتفاقية سيداو التي أهملت هذا الأمر الأساسي في الأسرة ونجاحها[5].

((1)) – سورة النساء، الآية 19.

((2)) – المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

((3)) – سورة آل عمران، الآية 159.

((4)) – سورة الشورى، ص 38.

((5)) – مصطفاوي فايزة، لعماري صبرينة، حقوق المرأة بين الاتفاقية سيداو وقانون الأسرة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017، ص ص 39-40.

وما تجدر الاشارة إليه نجد أن المشرع الجزائري قد حسن من مبدأ المساواة بين الزوجين فما يخص ذمة مالية مستقلة وهذا ما سبق الحديث عنه ضمن الحقوق المالية.

وكحوصلة على ما سبق دراسته في هذا المطلب نجد أنه:

بالرغم من التعديلات التي قام بها المشرع جزائري ضمن قانون الأسرة 1984 بموجب الأمر 05-02 بإلغاء المادتين 38 و39 المتعلقين بحقوق كل زوج وذلك يجعل قانون الأسرة يتماشى وتتوافق مع حقوق المرأة ضد كل تمييز.

وبحكم ان المجتمع جزائري مثله مثل كل مجتمع عربي اسلامي، فغنه يمتد حل أحكامه خاصة المتعلقة بالأسرة من الشريعة الاسلامية، ويظهر ذلك مجسدا في قانون الأسرة 85-11 الذي تناقض أحيانا مع بعض احكما اتفاقية سيداو.

فإن المشرع لم يستطيع تحقيق مبدأ المساواة بين الزوجين فيما يخص الحقوق المعنوية تحقيقا كليا وفعليا وذلك نتيجة الضغوطات التي على المشرع لمحاولة الموازنة بين الشريعة الاسلامية وما نصت عليه اتفاقية سيداو المتعلقة بالقضاء على كل تمييز ضد المرأة.

وأيضا الجدال والخلاف الكبير حول حقوقه الزوجية المعدلة، كونه وضع الرجل والمرأة في مركز مساوي الذي لا يتناسب مع طبيعة كل جنس، فالشريعة بين دور الرجل في الأسرة ومكانة المرأة كزوجة كل حسب طبيعته الفطرية التي خلق عليها، فبإلغاء حق الطاعة بالنسبة للزوج، أدى ذلك بإحراج المرأة التي تتميز بالأنوثة إلى كائن وضع على عاتقه مسؤولية مساوية لمسؤولية الرجل هوية التحمل والحبس فليس من المنطقي هذه المساواة التي تحدث خلل في بنية الأسرة واستقرارها، فالقوامة جعلت للرجل وليس للمرأة وهذه طبيعة بشرية، وكذلك فيما يخص حق الإرضاع الذي كان منصوص عليه في القانون قبل التعديل الذي يجعل الزوجة تحبس ارضاع اولادها حفاظا على جسدها.

فبالرغم من إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة المتضمنة حق الطاعة، إلا أنها مجسدة من الناحية الفعلية وذلك استنادا على المادة 222 التي تحيلنا إلى الشريعة الاسلامية، ومن بين أمثلة ذلك ما داء في قرار المحكمة العليا الذي ينص على "يعنى الطاعن على القرار المطعون فيه كونه منعدم التسبب

لمخالفته لأحكام المادة 39 من قانون الأسرة التي توجب متابعة الزوجة والالتحاق به أينا طاب له العيش، رغم ثبوت عدم طاعتها له وعدم مراعاتها الحالة الصحية جوا ومناخا معينا...." [1].

وعليه فإن تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين من الناحية الفعلية شبه مستحيل خاصة مما يتعلق بحقوق غير مالية الذي وجب على المشرع أن يكيف مبدأ المساواة بما يتماشى ويتناسب مع فطرة وطبيعة كل زوج.

المطلب الثاني: من حيث الواجبات الملقاة على عاتق الزوجين:

نتيجة لمصادقة الجزائر سنة 1996 على اتفاقية المتعلقة بالقضاء على كل تمييز ضد المرأة، مع جملة التحفظات التي ابدتها على بعض أحكام هذه الاتفاقية التي قد تتناقض مع أحكام الشريعة، ونتيجة لتطور المجتمع من ناحية الاجتماعية والسياسية والاقتصادية....إلخ وتغير مركز القانوني والاجتماعي للمرأة اتجه المشرع إلى مفهوم آخر في تحديد الواجبات والتزامات الزوجين للآثار الغير مالية في عقد الزواج عبر تحقيق مبدأ المساواة، بعدما كان توزيع هذه الحقوق والواجبات بشكل تبادلي وفردي، فحقوق الزوج وواجبات على زوجه، وحقوق الزوجة واجبات على الزوج، وبتعديل قانون الأسرة 1984 وتخلى عن هذا التقييم وركز في المادة 36 المعدلة على وواجبات مشتركة كمادة واحدة تبنينا لمبدأ الشراكة والتعاون بين الجنسين ، حيث نصت المادة 36 المعدلة في الفقرة 5 على جملة من الواجبات المشتركة بين الزوجين كما يلي: "حسن المعاملة كل منهما للآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والاقربين بالحسن والمعروف.
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"[2]
- لذا كان علينا دراسة نتائج هذا التعديل ومدى استطاعة المشرع من تحقيق هذا المبدأ فيما يخص الواجبات والالتزام الزوجية تماشيا مع الأسرة الجزائرية والشريعة الاسلامية.
- وعليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: حيث نتطرق إلى واجبات الزوجين اتجاه الأولاد في الفرع الأول، وواجبات الزوجين اتجاه الأقارب والأبوين كفرع ثاني.

([1]) – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 12-02-2009، ملف رقم 4035557، قرار غير منشور.

([2]) – قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

الفرع الأول: واجبات الزوجين اتجاه الأولاد:

من منطلق التوجه الجديد الذي يقضي بحماية المرأة والمساواة بينها وبين الرجل من حيث الحقوق والالتزامات أصبح واجب رعاية الأولاد واجب مشترك بين الزوجين، بعدما كان في كل المجتمعات السابقة واجب على الزوجة وق للزوج، وعليه ندرس في هذا الموضوع من حيث ثلاث نقاط:

- واجب رعاية الأولاد واتفاقية سيداو.
- موقف الشريعة وأحكامها على رعاية الأولاد بين الزوجين.
- الجانب القانوني لواجب رعاية الأولاد بعد التعديل 2005.

أولا: واجب رعاية الأولاد المشترك واتفاقية سيداو:

تحدثت المادة 16 من اتفاقية سيداو سالفة الذكر على مبدأ أساس يقاس عليه في جميع نواحي المتعلقة بالمساواة بين الزوجين، وألزمت كل دولة من دول الأعضاء القضاء على كم ما هو تميز ضد المرأة فيما يتعلق بالزواج واثارة من أجل ضمان بوجه خاص تساوي بين الرجل والمرأة.

ونصت المادة 5 من اتفاقية CEDEW على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي:

- كفالة أن تتضمن التربية الاسلامية تفهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية والاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من الرجال والنساء في تنشئة أطفالهم وتطورهم، على ان يكون مفهوما أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات"[1].
- وبناء على هذه المواد فإن اتفاقية سيداو من اكثر الاتفاقيات الدولية التي تطالب وتناهض على حماية المرأة ضد كل تميز وضمان مساواتها مع الرجل، فكانت ملمة بكل الوسائل المؤيدة والمتعلقة لفكرة المساواة حتى في الالتزامات والتي من بينها المساواة في واجب رعاية الأولاد والمشاركة مع الزوج.

((1)) – اتفاقية سيداو هي معاهدة دولية تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1979 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة ثم عرضها لتصديق بقرار في 180/34 في 18 ديسمبر 1979 وانضمت إليها الجزائر في 22 ماي 1981 ودخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1981.

فقد نصت عليه صراحة في المادة 5 فقرة ب بقولها "والاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من الرجال والنساء في تنشئة أطفالهم وتطورهم"[1].

وفي مجمل القول فإن واجب رعاية الأطفال المشترك واجب لابد منه على الزوج تطرقت له اتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة.

فالزوج يجب عليه تقاسم رعاية أولاده مع المرأة في الحياة الزوجية مادام يساعد الأسرة على تكامل ويعرر فكرة التعاون، كما أن الأخذ بهذا الواجب دون المساس بواجب الرضاعة المتعلقة بالمرأة مادام لا يمس ولا يتناقض مع الشريعة الاسلامية.

ثانيا: موقف الشريعة وأحكامها على رعاية الأولاد بين الزوجين:

من الأمر الطبيعي المتعارف عليه أن الزوجة معنية بالدرجة الأولى في رعاية أولادها وتربيتهم لاسيما من الناحية الخلقية والجسدية، فرعاية احتياجاتهم تدخل في نطاق المهام المنزلية، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم "..... والمرأة راعية على بيت زوجا" حيث ذكر النبي (صلى) على واجب الرعاية الذي لا تبرا عنه إلا إذا قامت به لأهل بيتها، ولكن هذا لا يعني انه يجب ان يقتصر كواجب على الزوجة فقط، بل حتى الزوج من جهة اخرى يجب عليه رعاية أولاده وأن يشارك الزوجة في السر البيت والاشراف على إدارة ايجابية اتجاه ابنائهما ضمانا للحفاظ على الأسرة وتعزيز مبدأ التعاون وغرسه أيضا في الأبناء وهذا بدليل النبي الذي حصن الزوج أيضا بجانب من المسؤولية تجاه أهل بيته ومنهم أبناءه لقوله صلى الله عليم وسلم ".... والرجل راع على أهل بيته" وفي لفظ: الرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته"[2]، فمشاركة الزوجين على رعاية أبنائهم تنشأ الأسرة في حدود سليمة وصحيحة.

---

[1] – وجاني جلاي، حماة حقوق المرأة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء اتفاقيات دولية، مرجع سابق، ص ص 100-101.

[2] – رواه البخاري (104/8) ومسلم (1459/3).

وعليه فرعاية الأبناء من جهة كونه حقا مشتركا بين الزوجين يعين على زوجة القيام به مشاركة زوجها لها، من أجل ضمان أحسن لأبنائهما فالرسول في حديثه خاطب الرجل كما اطب المرأة تماما لا فرق بينهما ودليل على ان واجب رعاية الاولاد واجب مشترك حتى في الشريعة الاسلامية[1].

وعليه فمقاصد الشريعة هو التشارك في تربية الأبناء والعناية بهم في مصلحة الأسرة وتربيتهم تربية صالحة وهو الأبناء وواجب بتعاون وتشارك بين الزوجين، وذلك تربية حسنة متفقة مع المنهج الاسلامي ومقاصده وإعدادهم ليكونوا عضوا نافعا لأنفسهم وللمجتمع والأمة الاسلامية.

وهذا بالإضافة إلى تعليم والتدرج في ذلك حسب سنهم وقدرتهم، وبذلك فإن مشاركة الزوجين في هذا الوجاب له دور كبير في بناء الأسرة وتكاملها وترابطها[2].

ثالثا: الجانب القانوني لواجب رعاية الأولاد المشترك بعد التعديل:

إن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة تحدق عن واجب واحد يخص الأولاد وذلك ضمن المادة 39 الملغاة منه في الفقرة الثانية منه على أن "ارضاع الاولاد عند الاستطاعة وتربيهم" فهذه الفقرة حددت واجب الارضاع على الزوجة فقط وبالتالي هنا المشرع أسند الرعاية فقط للزوجة كإلزام على عاتقهما، فحق الارضاع الذي كان للزوج على زوجه واحبائهما تتطلبه الطبيعة فطرية للزوجة، وإضافة إلى مضمونة تقوم المرأة بكون ما تتطلب رعاية الأطفال منذ صغرهم إلى كبرهم وتربيهم والاحسان إليهم لفطرتها البشرية وهذا له دور كبير للمرأة ومسؤولية عظمى في ترابط الأسرة واستقرارها.

لكن بعد تعديل قانون الأسرة وتأثر المشرع بإلزامية تحقيق المساواة بين الزوجين من حيث الحقوق والواجبات ألغى المادة 36 من قانون الأسرة، وجعل واجب الرعاية واجب مشترك بين الزوجين دون تحديد وذلك ضمن المادة 36 سالفة الذكر التي نصت صراحة على وجوب الزوجين التعاون والسهر على رعاية الأولاد وحسن تربيتهم عن طريق غرس الأخلاق الحميدة.

((1)) – عبد المنعم نعمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الاحياء، العدد الخامس عشرن جامعة باتنة، ص 443.

((2)) – نكاس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسرتين الجزائري والتونسي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص القانون الخاص، المخبر المتوسطي للمدارس القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018–2019، ص ص 98–99.

وعليه فالزوجين معنيان معا بالتعاون على رعاية مصالح الأسرة التي من بينها الحرص على الرعاية الأولاد رعاية طيبة والتفاني في تربيتهم تربية جيدة.

وهذا مع ان المشرع الجزائري بخصوص رعاية الأبناء لم يعط أولوية أكبر وأفضلية كانت للزوجة تحديدا، على اعتبار انها قد تتحمل العبء الأكبر من هذا الوجاب.

إلا أن هذا الوضع إن صح فإن يكون إلا في الاختلاف الفطري بين الزوجين كرعاية المنزلية للزوجة، والاهتمام بالجانب المادي للأطفال بالنسبة للزوج وهنا يمكن القول أن هذه الرعاية المشتركة قد تختلف بالنسبة لكل زوج في الرابطة الزوجية[1].

وعليه ما يمكن قوله بخصوص هذا الواجب المشرك بين الزوجين الذي جاءت به اتفاقية سيداو الدولية وتحدثت عنه الشريعة الاسلامية واجب مهم جدا للأسرة وتوافقها، وإنشائها مبنية على تعاون وغرسه في الأولاد وقد أخذ به المشرع ونص عليه ضمن قانون الأسرة إلا أنه تكلم عنه بصفة دون تحديد دور كل من الزوجين، بما يتميز به ككل جنس كواجب الرضاعة للمرأة ورعاية اولادهما وبيتها، وواجب النفقة عليهم وتربيتهم في أخلاقهم وحياتهم الاجتماعية.

فالغرض هنا هو المساواة في رعاية وفحواه، غرض هادف وقد لا يتعارض مع الشريعة إلا أن المشرع وجب التحديد بدقة، وإظهار منحنى الاشتراك وطبيعته، حتى لا يمس بواجبات الطبيعة للزوجة وأن لا تجعلها تقتصر فيها بحجتها بهذا الواجب.

الفرع الثاني: واجبات الزوجين اتجاه الأقارب والولدين:

تناول المشرع هذا الواجب المشترك بين الزوجين داخل العلاقة الزوجية بعد تعديل 2005 ضمن المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة في فقرات 5 و7 بعدما كان ينص عليها في المادة 38 الملغاة كواجب للزوجة كونها تنتقل من بيت أبيها إلى بيت زوجها، ونتيجة الذهاب نحو مبدأ المساواة بين الزوجين في حقوق والالتزامات شرع القانون هذا الواجب بالنسبة لكلاهما وتباعا سنتناول هذا الواجب المشترك تقسمه إلى:

(1) – عبد المنعم النعيمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 453.

أولا: واجب زيارة الوالدين والأقارب.

ثانيا: واجب احترام كل من الزوجين لأهل الزوج الآخر.

أولا: واجب زيارة الوالدين والأقارب:

استنادا على مبدأ المساواة منح المشرع الجزائري لكل من زوج والزوجة واجب زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه، وكذلك استضافهم بالمعروف وذلك وفق ما نصت عليه المادة 36 المتعلقة بالحقوق والواجبات المشتركة بقولها "..... زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"[1].

وما يمكن ملاحظة في هذه الفقرة أن المشرع لم يحدد ما المقصود بالأقارب مثلما كان سابقا في المادة 38 الملغاة حيث حصر الأقارب بالنسبة للزوجة في المحارم.

إلا أن المشرع في هذه المادة ظهر شكل واضح شبه لمبدأ المساواة والشراكة بين الجنسين، بعدما كان م. اساسا ولكن تكيفا مع كل زوج بما يطيق ويتناسب مع فطرته، وبعد التعديل جاء المشرع عن ذلك بجعل الحياة الزوجية مجالا مشتركا بين الجنسين، يبنى على أساس المساواة والتماثل[2].

وعليه يجب على كل واحد من الزوجين المحافظة على روابطه القرابة ومعاملة الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف، وهذه المعامل تشمل الاحترام الدائم والمتبادل والمودة، فزوجة تطيع والدي الزوج والعكس صحيح، فالمحافظة على روابط القرابة وزيارة الوالدين ضرورة في إطار تماسك المجتمع وخلق التعاطف والتآلف، بما يضمن المودة والرحمة داخل الأسرة، ويحقق الانسجام والتضامن والاستقرار[3].

كما أن الشريعة الاسلامية جاءت ضمن أحكامها المتعلقة بالأسرة بهذا الواجب المشترك بين الزوجين خاصة والأفراد خاصة لقوله تعالى "وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شيء عليم"[4]، والمقصود بالآية أي أقارب الزوج والزوجة معان وذلك عن طريق تبادل الزيارات وتفقد أحوالهم ومساعدتهم في كل ما يحتاجونه.

((1)) – القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق،

((2)) – مليكة ساسي، أثر اتفاقية سيداو على مبدأ المساواة بين الجنس في قانون الأسر الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد بوضياف 2018-2019، ص 50.

((3)) – بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2007، ص 227.

((4)) – سورة الأنفال، الآية 75.

ثانيا: واجب احترام كل من الزوجين لأهل الزوج الآخر:

إن واجب احترام الوالدين من قبل الزوجين واجب مشترك ومتبادل بينهما إذ تعامل الزوج مع والدي الزوجة وأقاربها بالإحسان، طبقا لما نص عليه المشرع في الحقوق والواجبات المشتركة في المادة 36 معدلة، كما ان تقدير الزوجة بدورها كذلك لوالدي زوجها وأقاربه، فاحترام كل منهما للآخر لأهل الزوج سواء بالفعل كالمعاملة وحسن الاستقبال أو بالقول كالتودد إليهم بالكلام الطيب، أو حسن اضافتهم ومساعدتهم والسؤال عليهم[1].

وتجدر الاشارة إلى أن هذا الوجاب ليس جديد بل سبق النصوص عليه في المادة السالفة الذكر قبل التعديل، إلا أن المشرع أعاد صياغته ووضعه مع المعطيات الجديدة التي جاءت بها هذه المادة.

وعليه ما يمكن قوله إلا أن المشرع الجزائري يهدف إلى تجسيد المساواة من حيث الواجبات والتزامات الزوجين قد أصاب في هذه النقطة، فتحقيقه فعلا المساواة من ناحية القانونية والاجتماعية فيما يخص الآثار غير المالية المتعلقة بالأولياء والأقارب.

أن ما يمكن استخلاصه بما يتعلق بالواجبات المشتركة بين الزوجين وما قام به المشرع من تعديلات لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02 ذلك لتحقيق المساواة بين الزوجين في عقد الزواج.

ففي ما يخص الواجب المشترك لرعاية الاولاد، وفكرة المسؤولية التضامنية بين الرجل والمرأة في ذلك، كأساس لتعويض كل منهما الآخر أمر شبه مستحيل لأنه يحدث في حالات ضيقة جدا لأن الأبناء يحتاجون إلى نوعين من الرعاية، رعاية مادية التي يتكفل بها الزوج عموما ورعاية معنوية المسند دائما إلى المرأة لما تتميز به من قدر كافي من حنان وحب وتوجيه، وما نلاحظه أنه بالرغم من تساوي الزوجان في واجب رعاية أولادهم من الناحية القانونية إلا أنه من الناحية الفعلية توجد خصائص وامتيازات فطرية يختص بها كل من الزوج على الآخر فحكمة الله تعالى تجعل الرجل والمرأة لا يختلفان جنسا فقط بل حتى في وظائف الحياة، وعليه بالرغم من ان المشرع قد حاول تجسيد التعاون في مشاركة هذا الواجب إلا أنه لم يكن موضحا توضيحا بفعل دور كل زوج والتزاماته المتعلقة برعاية الأبناء.

---

[1] – عبدلي سعيد، بن عرعور اليزيد، الحقوق العائلية للزوجة بين الشرائع الثلاث وقانون الأسرة، مرجع سابق، ص 56.

أما فيما يخص واجب الزوجين اتجاه أولياءهم وأقاربهم، فالمشرع أبقى على واجب احترام الأقارب والوالدين، وألغى فكرة اقتصاد زيارة الزوجة لوالديها وجعلها حتى على الزوج وعموما هذه التعديلات لم تمس كثيرا واجبات اتجاه الأقارب والأولياء، إلا أن مواد المساواة بين الزوجين كانت ظاهر كثير في هذا الواجب.

ملخص الفصل:

نستنتج مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري حاول تحقيق المساواة التامة بين الزوجين من خلال تكريس استقلالية الذمة المالية للزوجين وحرية التصرف في الأموال طبقا للمادة 37 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري، مع جوازية الإتفاق على الأموال المشتركة بين الزوجين وهو ما يتوافق مع المادة 16 من اتفاقية سيداو وما ذهبت إليه الشريعة في حرية التصرف الزوجة في مالها.

غير أنه لم يكرس المساواة في النفقة حسب اتفاقية سيداو باعتبار أن النفقة حق ثابت للزوجة على زوجها طبقا للمادة 74 من قانون الأسرة، فإذا امتنع الزوج عن ادائها جاز لها اللجوء إلى القضاء لجبره على أدائها، وتشمل النفقة طبقا للمادة 78 الغداء والكسوة واعلاج والسكن أو أجرته وكل ما هو من الضروريات حسب العرف والعادة.

أما في ما يمكن استخلاصه فيما يتعلق بالآثار الغير مالية حيث نجده ساوى بين الزوجين في الحقوق المشتركة طبقا للمادة 36 من قانون الأسرة في المحافظة على الروابط الزوجية والمعاشرة بالمعروف وتبادل الإحترام والمودة والتعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن التربية تماشيا مع المبدأ التي تكرسه الاتفاقية والشريعة.

الخاتمة

الخاتمـــة

وفي الختام من خلال التعرض الي مدي تكريس المشرع الجزائري لمبدا المساواة بين الزوجين في قانون الاسرة الجزائري وهل وفق في هذا السعي ثم التوصل الي مجموعة من الاستنتاجات اهمها واولها هو أخد الشرع بمبدأ المساواة بين الزوجين وخاصة بعد التعديل الخير، حيث وفق ما جاءت به الشريعة الاسلامية من أحكام تجسد هدا مبدأ بين الزوجين وما نصت عليه اتفاقية القضاء علي جميع اشكال التميز ضد المراءة

فما يتعلق بالخطبة ساوي بين الخاطب ومخطوبة من حيث انشاء والعدول، أما فيما يخص الهدايا فهنا ميز بين الخاطبين في رد الهدايا المادة 5 من قانون الاسرة الجزائري

أما فيما يتعلق بالزواج فان المشرع الجزائري بعد التعديل ادرج العديد من المواد تدعم المركز المراءة القانوني وكذا الاجتماعي، حيث ساوي بين الرجل والمراءة في حرية اختيار الزوج و جعل الرضا الركن الوحيد لانعقاد الزواج اي ان الزواج كعقد يتماشى ومبدا سلطان الارادة.

توحيد سن الزواج لكلا الجنسين ب 19 سنة كاملة حسب نص المادة 07 من الامر 05_02 المعدل و المتمم لقانون رقم 84_11 و هوا ما اكدته المادة 16 من فقرتها الثانية في اتفاقية سيداو حول توحيد سن الزواج ادني لكلا الجنسين.

لكل من الزوجين حق اشتراط ما يناسبه في عقد الزواج، ومع التأكيد علي حق المراءة في اشتراط عدم التعدد و تقيد هدا الاخير بقيود قضائية صارمة يصعب علي الرجل تحقيقها.

أما فيما يخص أثار عقد الزواج:

وفق المادة 37 فقرة 1 حق المراءة في التصرف في مالها ولكل من الزوجين دمة مالية مستقلة فيما يخص اثار المالية, اما الغير مالية محاولة تحقيق التوازن بين الحقوق و الوجبات مع تكريس مبدا التشاور في تسير شؤون الاسرة, الغاء مبدا القوامة و الطاعة الزوجة المادتين 38 و 39 ملغتين

وأخيرا يمكن القول ان المشرع الجزائري قد و فق في تجسيد مبدا المساواة بين الزوجين بعد التعديل 2005, حيت وازن بين احكام الشريعة الإسلامية فيما يخص انشاء عقد الزواج و اتفاقية سيداو الي حد ما ,رغم انه تحفظ علي جملة من احكام الواردة في المادة 16من اتفاقية, التي تخالف مبدأ و قيم

المجتمع الاسلامي والتي تخالف الفطرة السلمية لجنسين, حيث من غير المنطق السليم تجسيد المساواة التامة بين الزوجين.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المصادر

1/ القرآن الكريم والسنة:

أ- القرآن الكريم

2- الأحاديث

2/ الاتفاقيات:

- اتفاقية سيداو معاهدة دولية تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1979 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، تم عرضها لتصديق بقرار 180/34 في 18 ديسمبر 1979، وانضمت إليها الجزائر في 22 ماي 1981، ودخلت حيز التنفيذ سبتمبر 1981.

3/ الدساتير:

- دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07 جريدة رسمية رقم 76 المؤرخة في 1996/12/08 المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 2002/04/10 جريدة رسمية رقم 25 المؤرخة في 2002/04/14 والقانون 08-19 المؤرخ في 2008/11/15 جريدة رسمية رقم 63 المؤرخة في 2008/11/16 المعدل والمتمم.

- النصوص القانونية

1/ القوانين:

القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-09، المؤرخ في 4 مايو 2005، ج.ر، عدد 43 صادر في 22 يونيو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رمق 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-22 ج. ر عدد المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2/ القرارات:

1- قرار م. ع. ع. أ. ش. 17-03-1992، ملف رقم 81129، م.ق. 1994، ع3.

2- قرار م. ع. غ. أ. س. 16-03-1999، ملف رقم 219313 اجتهاد قضائي، قسم الوثائق المحكمة العليا، د. و، اوت 2001، ص خاص، 39.

3- قرار صادر من المحكمة العليا، غ. ش. أ، ملف رقم: 415123، بتاريخ 2008/03/12، قصية (م. ف) ضد (س. خ)، 2008، عدد 01.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 12-02-2009، ملف رقم 4035557، قرار غير منشور.

ثانيا: قائمة المراجع (المؤلفات):

1/ باللغة العربية:

1- ابن الماجة أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجة كتاب النكاح، باب حق الزوج على المرأة، دار احياء الكتب العربية، ج1.

2- ابن حزم، المحلى بالأثار، تحقيق، البنداري عبد الغفار، ج8، ط1، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت 2003.

3- السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ط9، المكتب الاسلامي، دمشق، سوريا 2012.

4- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، دار إحياء التراث الغربي، بيروت.

5- السنهوري عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جزء1، المجمع العلمي الغربي الإسلامي منشورات حمد الدابة ، لبنان.

6- العربي بلعاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

7- الملكي الحسين، من الحقوق المالية للمرأة "نظام المد والسعاية"، ج2، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع الرباط، 2010.

8- أبو داوود الساحشاني، نسب أبي داوود، ج2، ط1، دار اين حزم، بيروت، 1997، رقم الحديث 2050.

9- أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار أين حزنن القاهرة، 2008، رقم الحديث 5090.

10- أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1979.

11- أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية، ط1، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، مصر 1990.

12- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.

13- أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل الجزائر.

14- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر 2012.

15- بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2007.

16- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلد ونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2008.

17- جبر محمود الفضيلان، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب، باتنة، 1987.

الرشيد بن تشويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، الدار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

18- رعد مقداد الحمداني، " النظام المالي للزوجين"، دار الثقافة، عمان، 2003.

19- رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

20- صالح المنجد، الرضا، ط1، مجموعة زاد للنشر، السعودية، 2009.

21- صلاح محمد أولحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الورق للنشر والتوزيع، الأردن 2005.

22- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

23- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، الجزائر، 1986.

24- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.

25- عبد الله ناصح علوان، آداب الخطبة والزفاف وحقوق الزوجين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1979.

26- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.

27- عمر بن سلمان، الرسل والرسالات، دار النفائس للنشر والتوزيع، الكويت، ط4، 1410هـ-1989م.

28- عمر عبد الله، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية، دون جزء، ط5، 1965، دار المعارف.

29- فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة، دفاتر السياسة والقانون العدد 17، 2017.

30- فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

31- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2005.

32- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكما الزواج ولطلاق والوصية: دراسة مقارنة، دار البازوري العملية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

33- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الاسلامي، دار الكتاب الجامعية مصر.

34- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الاسلامي، ط2، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1996.

35- محمد محدثة، سلسلة الفقه الاسلامية: الخطبة والزواج: دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2 دار النشر شهاب، الجزائر، 2000.

36- محمود محمد حمودة، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.

37- مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج3، دمشق، 1967-1968.

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

39- وهيبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2008.

40- وهيبة الزحيلي، الفقه الاسلامية وأدلته: الأحوال الشخصية، ج7، ط2، دار الفكر، سوريا، 1989.

2/ المذكرات والأطروحات:

أ/ أطروحات الدكتوراه:

1- رزيق بخوش، الرضا في عقد الزواج: دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، 2018.

2- محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه فقه وأصول جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.

3- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005.

4- نكاس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسرتين الجزائري والتونسي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص القانون الخاص، المخبر المتوسطي للمدارس القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019.

5- وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، قسم قانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2018-2019.

ب/ مذكرات الماجستير والماستر:

1- بقه مهدية، يوسفي، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص الشامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، دفقة 2016-2017.

2- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسية في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014.

3- شملال ابتسام، دور الحقوق المشتركة في حفظ الرابطة الزوجية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون الأسرة، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أوكام، البويرة، دفعة 2014-2015.

4- عبد الحميد عبدوني، دور الارادة في ابرام عقد الزواج وانهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

5- عبدلي سعيدة، بن عرعور اليزيد، الحقوق العائلية للزوجة بين الشرائع الثلاثة، قانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2013-2014.

6- كنزي ولمعوش وهيبة، المكتسبات المالية بعد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015-2016.

7- لعماري صبرينة، مصطفاوي فايزة، حقوق المرأة بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2017/2016.

8- مصطفاوي فايزة، لعماري صبرينة، حقوق المرأة بين الاتفاقية سيداو وقانون الأسرة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017.

9- مليكة ساسي، أثر اتفاقية سيداو على مبدأ المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر (المسيلة)، 2018-2019.

10- نجومن سناء، المكتسبات المالية بعد الزواج، دراسة فقهية قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عام شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2016/2015.

11- يوسفي كهينة، ولامي ليلي، عقد الزواج وفقا لأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحرمان ميرة بجاية، 2013/2012.

3/ المجلات والمقالات والملتقيات:

1- أقاش محمد، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، قانون الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، المغرب 2006.

2- إقروفة زبيدة، النظام المالي للزوجين بين الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 1، 2012.

3- إقرونة زبيدة، المكتسبات الزوجية بين التأصيل الفقهي والتقنين الأسري، الملتقى الوطني حول: الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري والمقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 11/10 نوفمبر 2015.

4- حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظرتي الحق الشخصي والحق العيني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، العدد 1-2، جامعة الاسكندرية.

5- دنوني هجيرة، اجحاف قانون الأسرة في حق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد 3، الجزائر 2000.

6- دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية العدد1، 1994.

7- عبد المنعم نعمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الاحياء، العدد الخامس عشرن جامعة باتنة.

8- عطاء الله غربي، الحقوق الزوجية في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري: حوليات جامعة الجزائر1، العدد 32، الجزء الأول، 2018.

9- قاسم العيد عبد القادر، الأهلية في الزواج وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة العلوم الاسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة.

4/ المقالات بالغة الفرنسية:

1- Art.1400. 01. 1er.C. civ.F :"La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent".

2- Art.1497. 01. 1er.C. civ.F :"Les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, modifier la communauté légale par toute espèce de convention non contraires aux articles 1387, et 1389".

5/ المواقع الإلكترونية:

1- www.legifrance.Gov.fr

2- https://mawdoo3.com

3- http://www.lesanarab.com/Kalima/%D89B9%D8%AF%D9%89

4- http://www.Startimes.com/?+=26080714.

5- https://Khutabaa.com/Scientific-Search187081

6- https://www.aliqtisadalislami.net

6/ المراجع باللغة الفرنسية:

- Bakouche Jonas, Droit des régime matrimoniaux, Master en Droit National, Université Dauphine, 2011, paris.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
الشكر والتقدير	//////
الإهداء	////////
مقدمة	02
الفصل الأول: مبدأ المساواة بين الزوجين في عقد الزواج	06
المبحث الأول: المساواة بين الزوجين في الخطبة	07
المطلب الأول: المساواة بين الزوجين في مرحلة إنشاء الخطبة:	07
الفرع الأول: المساواة بين الزوجين من حيث أسس الإختيار	07
أولا: أسس اختيار المخطوبة:	07
ثانيا: أسس اختيار الخاطب:	09
الفرع الثاني: المساواة بين الزوجين من حيث شروط صحة الخطبة:	12
أولا: الشروط الخاصة بالمخطوبة:	12
ثانيا: الشروط المتعلقة بالخاطب:	14
المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين من حيث انهاء الخطبة:	16
الفرع الأول: المساواة بين الزوجين في انهاء الخطبة:	16
أولا: بالنسبة للهدايا:	18
ثانيا: بالنسبة للمهر:	20
المبحث الثاني: في مرحلة إنشاء العقد	22

المطلب الأول: المساواة بين الزوجين من حيث أركان العقد:	22
الفرع الأول: تعريف ركن الرضا:	22
أولا: تعريف الركن:	23
ثانيا: تعريف الرضا	23
الفرع الثاني: موقف الفقه والتشريع الجزائري من ركن الرضا:	24
أولا: موقف الفقه الإسلامي من ركن لرضا في الزواج:	24
ثانيا: موقف المشروع الجزائري من ركن الرضا في الزوج:	25
المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين من حيث شروط العقد:	27
الفرع الأول: الأهلية:	27
أولا: أهلية الزواج في الفقه الاسلامي:	28
ثانيا: أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائرية:	28
الفرع الثاني: الصداق:	29
أولا: الصداق في الفقه الإسلامي:	30
ثانيا: الصداق في قانون الأسرة الجزائرية:	30
الفرع الثالث: الولاية:	32
أولا: الولاية في الزواج وفقا للشريعة الإسلامية:	32
ثانيا: الولاية في قانون الأسرة الجزائرية:	33
الفرع الرابع: الإشهاد وانعدام الموانع الشرعية للزواج:	34

أولا: الإشهاد في عقد الزواج:	34
ثانيا: انعدام الموانع الشرعية:	37
ملخص الفصل:	40
الفصل الثاني: مبدأ المساواة بين الزوجين في آثار عقد الزواج	43
المبحث الأول: المساواة بين الزوجين من حيث الآثار المالية لعقد الزواج	44
المطلب الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجين	45
الفرع الأول: موقف الفقه من مبدأ استقلال الذمة المالية:	45
أولا: الدليل من الكتاب	45
ثانيا: الدليل من السنة	46
الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات المقارنة	46
أولا: المشرع الفرنسي	47
ثانيا: المشرع الجزائري:	48
المطلب الثاني: الاتفاق على الأموال المشتركة للزوجين	51
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من المكتسبات الزوجية	52
أولا: الدليل من الكتاب والسنة	52
ثانيا: موقف الفقهاء المعاصرين	53
الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات المقارنة	54
أولا: المشرع الفرنسي	54

ثانيا: المشرع الجزائري	56
المبحث الثاني: المساواة من حيث الآثار غير المالية لعقد الزواج:	61
المطلب الأول: المساواة من حيث الحقوق الفردية والمشتركة بين الزوجين:	62
الفرع الأول: المساواة من حيث الحقوق الخاصة بكل زوج (فيه تعديل 2005):	62
أولا: من حيث حقوق الزوج:	62
ثانيا: من حيث حقوق الزوجة:	69
الفرع الثاني: الحقوق المشتركة بين الزوجين:	74
المطلب الثاني: من حيث الواجبات الملقاة على عاتق الزوجين:	79
الفرع الأول: واجبات الزوجين اتجاه الأولاد:	80
أولا: واجب رعاية الأولاد المشترك واتفاقية سيداو:	80
ثانيا: موقف الشريعة وأحكامها على رعاية الأولاد بين الزوجين:	81
ثالثا: الجانب القانوني لواجب رعاية الأولاد المشترك بعد التعديل:	82
الفرع الثاني: واجبات الزوجين اتجاه الأقارب والولدين:	83
أولا: واجب زيارة الوالدين والأقارب:	84
ثانيا: واجب احترام كل من الزوجين لأهل الزوج الآخر:	85
ملخص الفصل	87
الخاتمة	89
قائمة المصادر والمراجع	92

فهرس المحتويات	103

ملخص المذكرة:

يعتبر مبدأ المساواة بين الجنسين من أهم المسائل وأكثرها خطورة وحساسية في المجتمعات نظرا لخلفيته التاريخية وإجحافه لحقوق المرأة، ونتيجة لذلك انضمت الجزائر لمختلف المنظمات الدولية لحماية حقوق الإنسان بصفة عامة، والمرأة بصفة خاصة وكذلك تعديلها لقانون الأسرة الجزائري 05-02 تأثرا منه باتفاقية سيداو مع تمسكه بمبادئ الشريعة الإسلامية بصفتها المصدر الأول الأساسي له.

حيث نجده كرس المساواة بين الزوجين في عقد الزواج في مرحلة الخطبة بجعلها العدول عنها حق للطرفين، وجعل الرضا ركن أساسي ووحيد في العقد، كما حققت المساواة في كل من الأهلية والشهادة، غير أنه لم تحقق المساواة في الصداق والولاية وتعدد الزوجات وزواج المسلمة بغير المسلم حسب الاتفاقية.

كما حاول تكريس المساواة بين الزوجين في آثار عقد الزواج في استقلالية الذمة المالية للزوجين مع جواز الاتفاق على الأموال المشتركة وفي الحقوق والواجبات المشتركة بينهما بإلغاء للمادتين 38 و 39 من قانون الأسرة.