Route Educational and Social Science Journal *ISSN: 2148-5518*

Volume 5(1), January 2018

Article History

Received/Geliş	*Accepted/Kabul*	*Available Online/Yayınlanma*
30/12/2017	*04/01/2018*	*10/01/2018*

إشكالية المساواة بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05

د.سامية بن قوية

ملخص

إن كثيرا من التعديلات يبدو أنها جاءت استجابة لاتفاقية سيداو التي كان الهدف منها هو إعطاء مزيد من الحقوق للمرأة من خلال تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين ،علما أن المساواة التي يدعون إليها هي المماثلة وهذه لا يمكن أن تكون في ظل الاختلاف البيولوجي والنفسي بين الذكر والأنثى ، وقد سبقت الشريعة الإسلامية النظم الحديثة في تكريم المرأة من خلال عدم إرهاقها بالتكاليف.

والفقه الإسلامي غني بالفتاوى التي قد نحتاجها لإثراء قانون الأسرة الجزائري ، وقد وجدنا في ثنايا كتب الفقه الحنفي والمالكي ما يتماشى والتطور الذي عرفه المجتمعات الإسلامية مؤخرا ، حيث يجيز الأحناف مثلا زواج المرأة بدون ولي شرط أن لا يعترض عليه وليها ، كما أجازوا ولايتها على القصر.

الكلمات المفتاحية

المساواة ، الزوجين ، الفقه الإسلامي ، اتفاقيات دولية ، قيام الرابطة الزوجية ، انحلال الرابطة الزوجية

المقدمة

تعتبر قضايا المرأة من أهم القضايا التي أثارت الجدل عبر التاريخ الإنساني وخاصة في ظل العولمة، ولعل أبرز هذه المسائل المثارة هي مسألة المساواة بينها وبين الرجل في كامل الحقوق المادية والمعنوية ،وأصبح الخطاب حول حقوق المرأة ذي تأثير كبير في الأوساط الحقوقية و الإعلامية والأكاديمية و اتجهت الأنظار الى الادعاء بأن لإسلام هو الدين الذي يعمل على مصادرة حقوق المرأة، و إهانتها مما جعلهم يرفضون رفضا راديكاليا النص القرآني والحديث النبوي الشريف ، غير مفرقين بين الواقع المزري والبائس للمرأة، و المستمد من الأعراف والتقاليد المتوارثة في العالم الإسلامي و بين تعاليم ومبادئ الإسلام السمحة التي كرمت المرأة، وأعلت من شأنها وحرمت أي ظلم يرتكب في حقها .

وظلت المنظمات و الهيآت الحقوقية والجمعيات النسوية تناضل من أجل إصدار اتفاقية دولية لحقوق المرأة تلزم الدول بتطبيق موادها في قوانينهم الداخلية لتغيير النظرة النمطية للمرأة، والجزائر كغيرها من الدول العربية الأخرى صادقت على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الانسان بصفة عامة وعلى اتفاقية سيداو وهي الاتفاقية الخاصة بمكافحة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م حيث أن جوهر هذه الاتفاقية هو إلزام الدول بتحقيق المساواة بين الجنسين وخاصة ما ورد في المادة 2 الفقرة 1 والمادة 7 .

وهذا ما جعل الدولة الجزائرية تعدل قانون الأسرة بموجب أمر رئاسي 02/05 بدل أن يعرض كمشروع قانون أمام البرلمان خوفا من تصادم وجهات النظر وتسيس القضية وفتح مجال للمنظمات الدولية للتدخل، وحفاظا على الهوية الإسلامية.

وفي نفس الوقت سعت إلى المصادقة على الاتفاقيات الدولية المنادية بالمساواة بين الجنسين حتى لا تقدم تقارير سوداء ضدها في مجال حماية الحقوق والحريات العامة ، غير أن هذا التعديل مازال محل انتقاد من حقوقيين وبعض السياسيين بدعوى أن قانون الأسرة قانون غير دستوري و لم يرق إلى المساواة أو المماثلة والدليل على ذلك عدم المساواة في الإرث وعدم النص صراحة على إلغاء الولي ،و الإبقاء على العدة رغم التطور العلمي ، وعدم تجريم التعدد في الحالات غير الضرورية .

وهنا وقع المشرع الجزائري في حرج بين التوفيق بين المرجعية الإسلامية وبين المرجعية الدولية وهذا من خلال تحفظها على المادة 2 ،9 الفقرة 2، والمادة 15 الفقرة 4 ، والمادة 16 ، والمادة 29 الفقرة 1

والإشكال المطروح هو :

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في إقرار المساواة بين الزوجين وفق المرجعية الإسلامية والدولية ؟

ولأجل ذلك قسمت المداخلة إلى مبحثين :

المبحث الأول :إشكالية المساواة بين الزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني : إشكالية المساواة بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أسباب اختيار الموضوع :

بعد مصادقة الدولة الجزائرية على اتفاقية سيداو ورغم إبداء بعض التحفظات على بعض البنود إلا أن مضمون الاتفاقية يلزم الدول بتطبيق المساواة المطلقة بين الجنسين وهو ما يتنافى والمرجعية الإسلامية .

أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع في المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05بعد المصادقة على اتفاقية سيداو ذات الطابع القانوني والإلزامي وما يترتب عليها من تبعات قانونية ،وبيان مدى دور المرجعية الدينية في عدم المساس بما أجمع عليه العلماء .

المبحث الأول : إشكالية المساواة بين الزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولا : المساواة في الأهلية بين الرجال والنساء

نصت المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم :بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

المادة السابقة: تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، وللمرأة بتمام 18 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

وهذا التعديل هو استجابة صريحة للمادة 2 من اتفاقية سيداو[1] الفقرة (أ) التي طالبت فيه الدول بإدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة.

.وأكدت هذا المبدأ المادة 15 من نفس الاتفاقية (اتفاقية سيداو) حيث نصت على :

1 . تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون.

2 . تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشئون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوى بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة المتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.

ونلاحظ أن اتفاقية سيداو تركز على الأنظمة والإيديولوجيات والمؤسسات التي تنكر على المرأة تساويها في الحقوق مع الرجل مساواة كاملة .كما أن لجنة مركز المرأة في الأمم المتحدة[2](CSW) ، طالبت الحكومات – صراحة –

[1] ـ تعد اتفاقية سيداو ثمرة 30 سنة من الجهود التي قامت بها مركز لجنة المرأة في الأمم المتحدة لتحسين أوضاع المرأة.
اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/3 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979م .
تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول/سبتمبر 1981، وفقا لأحكام المادة 27 الفقرة 1،وقد صادقت عليها الجزائر بتحفظ بعد تـــــردد دام 17 سنة بموجب المرسوم رقم 96/51 المؤرخ في 1996/01/22م.
وتمثل الصكوك الدولية العامـــة القاعدة القـــانونية التي تقوم عليها مهام الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الإنسان .

بتحديد كل من السن القانوني لممارسة الجنس minimum legal age of consent [3]، وسن الزواج مع رفع سن الزواج إذا لزم الأمر [4] .

ولتجنب المعارضة من الدول الإسلامية، يتم ترجمة المصطلح بشكل مختلف للغة العربية بحيث يتم استبدال عبارة **السن القانوني لممارسة الجنس** (بعبارة) **سن قبول الزواج** وبالتالي فالترجمة الرسمية للبند هي: "استعراض وإصدار قوانين ولوائح تتعلق **بالحد الأدنى لسن قبول الزواج** والحد الأدنى **لسن إتمام الزواج** والتقيد بإنفاذها، ورفع الحد الأدنى لسن الزواج حيثما تقتضي الضرورة.

فنلاحظ أن المشرع الجزائري استجاب لاتفاقية سيداو حيث اشترط في التعديل الجديد لقانون الأسرة [5]تساوي الرجل والمرأة فيما يتعلق بأهلية الزواج لتتوافق أيضا مع القانون المدني الجزائري : كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر (19).

وفي الفقه الإسلامي ليس هناك تحديد لسن الزواج ،بل أحكامه العامة قاضية ببلوغ سن الرشد حين البلوغ الجنسي فعلا وتقديرا بخمس عشر سنة [6].

وقد استدلوا بما رواه الإمام البخاري في صحيحه رواية لابن عمر يقول فيها: **عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن ثلاث عشرة سنة فلم يجزني, وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشر فأجازني.** [7]

ومن ثم فالفقه الإسلامي فصل في هذه العلامات وهي تختلف من جنس للآخر ، وتركت الحرية للشخص في اختيار سن الزواج ما دام بالغا .

---

[2] . تأسست لجنة مركز المرأة Commission on the Status of Women (CSW)سنة 1946م، كهيئة رسمية دولية تتألف من خمس وأربعين دولة من الدول الأعضاء، تجتمع سنويًا؛ بهدف دراسة أوضاع النساء على النطاق العالمي، وعمل مسودات وتوصيات وتقارير، ووضع توصيات خاصة بالمرأة، وبشكل خاص: تمكين المرأة Woman Empowerment ، ومساواة الجندر.Gender Equality

[3] . "Review, enact and strictly enforce laws and regulations concerning the **minimum legal age of consent** and the minimum age for marriage, raising the minimum age for marriage where necessary".

[4] . الاستنتاج المتفق عليه الصادر عن الجلسة الواحدة والخمسين للجنة مركز المرأة بالأمم المتحدة، البند 13/ ، مارس 2007 م .

[5] . **قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم:بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005) والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 (ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005).**

[6] ـ المرأة بين الفقه والقانون ، مصطفى السباعي ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، الإسكندرية الطبعة الرابعة ،2010م ، ص39.

[7] . شرح النووي على مسلم ، يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا ، دار الخير ، سنة النشر: 1416هـ / 1996م ،كتاب الإمارة ، باب بيان سن البلوغ، 14/2

. ثانيا :إلغاء الولي كركن من أركان الزواج

لا شك أن اعتبار الرضا هو الركن الوحيد والأساسي للزواج وما عداه اعتبر شروطا لصحة الزواج من خلال المادة 9:من قانون الأسرة (أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005)

ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.

المادة السابقة: يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق.

المادة 9 مكرر :أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

-أهلية الزواج

-الصداق

-الولي

-شاهدان

-انعدام الموانع الشرعية للزواج.

إن نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 يدل بوضوح أن الولي لم يعد يعتبر وجوده كركن من أركان الزواج بل شرط من شروط صحة ، إذ لا يعتبر الزواج صحيحا إلا اذا اكتملت شروطه.و اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج[8] تلزم الدول المصدقة على الالتزام بنصوص المواد ومنها **المادة الأولى** من **اتفاقية الرضا بالزواج** لسنة 1962م و التي تنص على أنه : **لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعرابهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون.**

إن الاتفاقية تؤكد الطبيعة الرضائية للزواج وهذا لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية التي تقر بمبدأ الرضا الذي عرفه جمهور الفقهاء بقصد الفعل دون أن يشوبه إكراه .[9]

[8] . **اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج** هي اتفاقية طرحت في الأمم المتحدة عن معايير الزواج .تم عرض الاتفاقية للتوقيع والتصديق خلال قرار الجمعية العامة رقم 763 ألف (د-17) في 7 نوفمبر 1962 ودخلت في حيّز التنفيذ 9 ديسمبر 1964 [1].وقعّت على الاتفاقية 16 دولة وتوجد 55 دولة طرفا فيها .

[9] . **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الحطاب أبي عبد الله مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عبد الرحمن ، وبهامشه كتاب التاج والاكليل للمواق الغرناطي، دار الكتب العلمية بيروت، 9 / 5** .

والولي أصبح شرطا وليس ركنا ،وهذا يخالف ما قررته السنة النبوية الشريفة من إثبات الولاية على المرأة التي لم يسبق لها الزواج كما في قول النبي ﷺ. **لا نكاح الا بولي** "[10].

.كما تم إلغاء المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري السابق ، التي كانت تنص على السماح للأب بأن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في ذلك مصلحة لها ،وهكذا أطلق العنان للمرأة في أن تتزوج بمن تشاء ، واقتصر وجود الولي على مجرد الحضور واختلف العلماء في ذلك، فذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب اشتراط الولي، وذهب أبو حنيفة ومن وافقه إلى الاستحباب، حيث ورد في بدائع الصنائع : " .....و القول الثاني لأبي حنيفة وزفر والشعبي والزهري وقولهم عدم اشتراطه والولي عندهم في النكاح مندوب إليه، وليس بشرط[11].

إلا أن أبا حنيفة لما لم يشترط الولي ولكن أعطاه الحق في إيقاف العقد وإبطاله إذا لم يكن الزوج كفؤا[12].فيفسخه القاضي إلا أنه إذا سكت حتى ولدت أو حملت حملا ظاهرا ، سقط حق الولي في الاعتراض وطلب التفريق .[13]

قال ابن قدامة رحمه الله: أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة ﷺ وإليه ذهب سعيد بن المسيب و الحسن و عمر بن عبد العزيز و جابر بن زيد و الثوري و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة و ابن المبارك و عبيد الله العنبري و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد وروي عن ابن سيرين و القاسم بن مُحَمَّد و الحسن بن صالح و أبي صالح و أبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فإن فعلت كان موقوفا على إجازته.[14]

[10] . سنن أبو داود ، أبو داود السجستاني ، المحقق: شعيب الأرناؤوط وآخرون ، دار الرسالة العالمية ،1430 هـ /2009 م ، ،كتاب النكاح ، باب في الولي، حديث 2085، 635/1،

[11] . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، مطابع الحلبي ، ط2 1402هـ/1982م ، 241/2

[12] . الأحوال الشخصية ،مُحَمَّد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1377هـ /1984م ،ص 141.

[13] ـ الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، دار الفكر ، ،ط2، 1984، ،ص190 .

[14] . المغني ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن مُحَمَّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ، دار الكتاب العربي ،بيروت، 6/ 446

ومن أدلة الجمهور أيضاً: ما بوب به البخاري في صحيحه قال: **بَاب مَنْ قَالَ لا نِكَاحَ إِلا بِوَلِيٍّ** لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى "**فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أن ينكحن أزواجهن**"[15] وفي حديث عائشة المرفوع : "**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل** " الحديث وفيه : "**والسلطان ولي من لا ولي لها** [16].

قال الشوكاني : وقد ذهب إلى اعتبار الولي جمهور السلف والخلف ، حتى قال ابن المنذر قال : إنه لا يُعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك[17].

إن اشتراط الولي ليس تقييدا لحرية المرأة ، وليست إهانة لها ، أو إنقاصا من قيمتها ، بل حضوره تشريف لها ، وثبت أنه يحق للمرأة أن ترفض من لم ترد الارتباط به ، كما رد الرسول ﷺ . نكاح المرأة التي تعسف الأب وزوجها دون رضاها لرواية عائشة – رضي الله عنها – **أن فتاة دخلت عليها، فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، وأنا كارهة، فقالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ، فجاء رسول الله ﷺ، فأخبرته، فأرسل إلى أبيها، فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم الناس، أن ليس للآباء من الأمر شيء** .[18]

و عن الخنساء بنت خدام الأنصارية، أن أباها زوجها، وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ﷺ، فرد نكاحها[19].

و قال ابن القيم الجوزية : وموجب هذا الحكم، أنه لا تجبر البالغ على النكاح، ولا تزوج إلا برضاها، وهذا قول جمهور السلف، ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايات عنه، وهو القول الذي ندين الله به، ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله ﷺ، وأمره، ونهيه، وقواعد شريعته، ومصالح أمته[20].

ثالثا : إلغاء حق الطاعة

---

[15] . سورة البقرة الآية 232 .

[16] . فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين ، دار المعرفة ، بيروت ، 1379م ، 191/9.

[17] . السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، الشوكاني مُحَمَّد بن علي بن مُحَمَّد ، تحقيق : محمود ابراهيم زايد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 259/2.

[18] . مسند أحمد ، الإمام أحمد بن حنبل، دار المعارف ، القاهرة. تحقيق: أحمد شاكر، دار المعارف ، القاهرة. (6/ 316).

[19] . صحيح البخاري ، مُحَمَّد بن إسماعيل البخاري ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1991 م ، (6/ 165 رقم 5138.

[20] . زاد المعاد في هدي خير العباد ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط – شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة – بيروت – لبنان. الطبعة السادسة 1404هـ. 1984 م ، 5/ 96 .

ألغيت المادة 39 من قانون الأسرة السابق ، حيث كانت تنص على أنه يجب على الزوجة :

1. طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.
2. إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم،
3. احترام والدي الزوج وأقاربه.

و هذا الإلغاء هو محاولة من المشرع الجزائري تكييف النصوص بما يتماشى ومبدأ المساواة بين الزوجين وفق اتفاقية سيداو التي اعتبرت أن القوامة هي عنف معنوي وهذا ما نصت عليه المادة 15الفقرة 4 من اتفاقية سيداو

1. تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون.

2. تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية ، وتكفل للمرأة ، بوجه خاص ، حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميـــع مراحل الإجراءات القضائية.

3. تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية.

4. تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم.

إن **الفقرة 4 من اتفاقيـــة سيداو** التي نصت على أن للمرأة الحق في اختـيار مكان إقامتها و سكنها، و هو ما يتعارض مع قانون الأسرة الجزائري الذي يلزم المرأة المتزوجة بالإقامة في مسكن الزوجية، و هو التعارض الذي دفع الحكومة الجزائرية للإعلان على تحفظها على هذه المادة بغية المحافظة على الأعراف الجزائرية التي تقضي على بأن تسكن المرأة المتزوجة مـع زوجها كنتيجة حتمية و منطقية لعقد الزواج وإلا لا معنى للزواج إن لم تستقر الأسرة ،ويشب النزاع .بين الزوجين لأجل الاختلاف في بقاء كل واحد منهما في المكان الذي يختاره .

ولهذا استبدلت القوامة بالشَّراكةِ ومن ذلك ما ورد في الفقرة 271 من التقرير الأممي "وينبغي إنشاء جهاز وطني يتولى معالجة مسألة العنف داخل الأسرة، وصوغ سياسات وقائية وتوفير أشكال مؤسسية لتقديم المساعدة الاقتصادية وغيرها من أنواع المساعدة لحماية ضحايا العنف من النساء والأطفال. كما ينبغي تعزيز الإجراءات التشريعية وتقديم المساعدة القانونية، كما أن المادة الثانية من اتفاقية سيداو تدور حول التزام الدول الأطراف

بشجب جميع أشكال التمييز ضد المرأة وكفالة المساواة بينها وبين الرجل في التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في الاتفاقية. واتخاذ جميع التدابير المناسبة –دون إبطاء .

ففي التقرير الأممي الصادر عام 1985 بمناسبة تقييم منجزات عقد الأمم المتحدة للمرأة، اعتبروا أن الحائل والعقبة الكؤود أمام تمكين المرأة هو جعل الرجل مسئولاً عن الأسرة. وطالب التقرير الدول الأطراف بتغيير التشريعات فجاءت البنود المختلفة لتنص على ذلك وهو اعتبار ممارسة الرجل مسئوليات القوامة داخل الأسرة "عنفًا ضد المرأة

بينما مفهوم الطاعة في الشريعة الإسلامية هي :

" الطاعة هي إلزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج "[21] بينما عمد بعض مشوهي مقاصد الشريعة في الزواج إلى تأويل النصوص تأويلا يتوافق مع النظرة النمطية للمرأة .**قال الله تعالى : " وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ، وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ، وَاللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) "**[22].

ووجه الاستدلال **من الآية هو :" وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ".**

وقوله تعالى: " وللرجال عليهن درجة " : أي في الفضيلة والخلق و الخلق والمنزلة والطاعة والانفاق والقيام بالمصالح والفضل في الدنيا والآخرة كما قال تعالى: **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم**[23].

وقال الله سبحانه وتعالى أيضا :

" الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا "[24].

ومحل الاستدلال من الآية هو : "الرجـال قوامون على النساء" ، قال القرطبي مُحَمَّد بن أحمد : ابتداء و خبر أي يقومون بالنفقة عليهن والذب عنهن ؛ وأيضا فإن فيهم الحكام والأمراء ومن يغزو ، وليس ذلك في النساء . يقال : قوام وقيم [25].

أخبرنا ابن المبارك قال : سمعت سفيان يقول : وبما أنفقوا من أموالهم بما ساقوا من المهر.

---

[21] ـ الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، محمد كمال الدين إمام ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ص145 .
[22] . سورة البقرة الآية 228
[23] ـ تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير أبو الفداء إسماعيل ، المحقق : محمود حسن، دار الفكر ، الطبعة الجديدة، 1414هـ/1994م، 1-257.
[24] ـ سورة النساء الآية 34 .
[25] ـ تفسير القرطبي ، محمد بن أحمد القرطبي ، دار الفكر ، دون سنة النشر ، 48/5.

قال أبو جعفر : فتأويل الكلام إذا : الرجال قوامون على نسائهم ، بتفضيل الله إياهم عليهن ، وبإنفاقهم عليهن من أموالهم .."[26]

ولو لم تطعه فيما أمرها الله بها لاعتبرت الزوجة ناشز، وإن كان المشرع الجزائري لم يعرّف النشوز في المادة 55 من قانون الاسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 بل أشارت إلى الإجراء الواجب اتخاذه من طرف القاضي حيث نصت المادة : **عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف** المتضرر.

ويكون النشوز عادة بمغادرة الزوجة بيت زوجها ، وبعد رفع دعوى رجوع المرأة إلى بيت الزوجية ، فان امتنعت عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر ضدها و القاضي برجوعها الى بيت الزوجية اعتبرت ناشزا .

حيث جاء قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/5/5 في الملف رقم 41718 أنه في حالة امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية يعتبر نشوزا ، و بالتالي تفقد حقوقها من نفقة و غيرها.

كما قضت المحكمة العليا في قرار صادر في 1984/7/9 في الملف رقم 33762 أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها[27].

وتنفيد الحكم القاضي بالرجوع لا يمكن تنفيذه عن طريق الجبر و لا بواسطة القوة العمومية و لا يجوز لأعوان السلطة القضائية و لا غيرهم إجبار الزوجة على الرجوع تنفيذا للحكم الصادر ضدها و لكن يحق للزوج أن يطلب من الموظف القائم بالتنفيذ (المحضر القضائي) أن يحرر له محضر رسمي (محضر عدم الرجوع) يتضمن رفض الزوجة الرجوع إل. بيت زوجها رفضا صريحا و دون اي مبرر شرعي بعد صدور الحكم النهائي القاضي برجوعها لكن لو غادرت بيت الزوجية لسوء المعاشرة أو بسبب ممارسة العنف ضدا سواء عنف معنوي أو مادي فهنا الأمر يختلف.

رابعا : استقلال الذمة المالية للزوجين

حسب نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05، فإنه يقع على عاتق الزوج واجب الإنفاق على زوجته. كما نصت الفقرة الأولى من المادة 37 على أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة، فالمرأة لها كامل الحق في التملك والانفراد بذمتها المالية التي تبقى مخصصة لمعاملاتها المالية، وهي بذلك تعتبر غير تابعة أو مكملة لذمة الزوج، ويكون لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، كما رتبت المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري عقوبة جنائية على الزوج الذي يمتنع عن دفع نفقة زوجته، أو أحد أصوله أو فروعه بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج.

[26] - تفسير الطبري ، الطبري محمد ن جرير ، دار المعارف ، دون سنة النشر ، 290/8 .
[27] - 5 - ttp://www. https://elmouhami.com/قرارات-المحكمة-العليا-في-موضوع-نشوز-

و تنص المادة 37 من قانون الأسرة المعدل بأمر 02-05 :**لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.**

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما

إن الذمة هي قبول الانسان شرعا لزوم الحقوق دون التزامها [28].وقد أثبت الفقه الإسلامي استقلال الذمة المالية للزوجين .

وفيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات فإن الجـزائر تأخذ في هذا الشأن بأحكام قانون الأسرة الجزائري المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية [29]. التي أشارت إلى استقلالية الذمة المالية في قوله تعالى : **"لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا"[30].**

ووجه الاستدلال من هذه الآية هي " **وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا**" لقد أبطل ما كان متعارفا عليه قبل الإسلام من حرمان المرأة والصغير من الميراث، فالمرأة المسلمة ترث وفق ما نصت عليه الشريعة الإسلامية مما قل أو كثر ،ولا يجوز أخذ مالها إكراها لقوله تعالى : " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ النِّسَاء كَرْهًا** " [31] وقال المولى عز وجل أيضا :

«**فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**»[32] والمرأة داخلةٌ في هذا العموم على الصحيح من أقوال أهل العلم. ومن قال سوى ذلك، فقوله تحكمٌ لا دليلَ عليه كما قال القرطبي في تفسيره [33].

وهنا نستخلص أن الزواج لا أثر له على أموال الزوجين سواء أكانت منقولة ، أو عقار ،اكتسباه قبل الزواج أو بعده .

المبحث الثاني : إشكالية المساواة في فك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولا : حق المرأة في فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة ـ الخلع

نصت المادة 54 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 م على أنه :

---

[28] . أنوار البروق في أنواء الفروق المشهور بالفروق ، شهاب الدين قرافي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 200/2 .

[29] . الوجيز في قانون الأسر الجزائري ، بلحاج العربي ،المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، ط4 ، ص119 . 118

[30] ـ سورة النساء الآية 7

[31] ـ سورة النساء الآية 19 .

[32] . سورة النساء الآية 6.

[33] . تفسير القرطبي ، مُحَمَّد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، دار الكتب المصرية ، ط2، 1353هـ /1935م ، 38/5_39 .

يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وبالعودة إلى المراحل التي مر بها تشريع الخلع نرى أن الاجتهاد القضائي قبل سنة 1992م قد نص على اشتراط رضا الزوج بالخلع ، حيث أنّ قانون 84 لم يصرح بهذا الأمر .أما بعد 1992 م لم تنص الأحكام القضائية على اشتراط رضا الزوج .وفي التعديل الجديد دفعا لكل لبس نص صراحة على عدم اعتبار رضا الزوج .

و من ثم جاء نص المادة 54 المعدل واضحا مزيلا لكل غموض في أنه لا يشترط موافقة الزوج في طلب الخلع، كما كان في السابق لأنه لو كانت موافقته شرطا لكنا بصدد طلاق بالتراضي لا بصدد خلع، و عدم الاعتبار لرأي الزوج في موافقته على دعوى الخلع هو الأرجح وحصر الاتفاق على مقدار التعويض لا الخلع نفسه.

إن تشريع الخُلع يعتبر من روائع وعظمة التشريع الإسلامي، لقد أجاز الإسلام للمرأة أن تفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة ،ودون اعتبار لرضا الزوج ،ودون حق طلب الرجعة من الزوج طالما أنها غير راغبة في الاستمرار في هذه العلاقة الزوجية ،ففي تشريع الخلع إعلان للإرادة الحرة التي منحها الإسلام للمرأة. لقوله تعالى : " **ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلاّ أن يخافا ألاّ يقيما حدود الله ،فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به** "[34].

ومحل الاستدلال من الآية هو : "**فلا جناح عليهما فيما افتدت به** " قال الطبري : من صداقها الذي كان آتاها زوجها الذي تختلع منه[35]

وعليه فإن الخلع كطريقة لانحلال الرابطة الزوجية هو نظام أقره الإسلام ، وهو حق أصيل للزوجة تلجأ إلى فك هذه الرابطة الزوجية متى أرادت إذا استحالت العشرة الزوجية مقابل مال تدفعه للزوج ، فلا تحتاج إلى مجلس عقد ولا إيجاب الزوج وهذا الرأي قال به المجتهد ابن رشد [36].

و قانون الأسرة الجزائري لم يفرد له إلا نصا واحدا مما استوجب علينا البحث في الموضوع انطلاقا من مصدره وهو الشريعة الإسلامية فقد ترك الحق في حل هذه الرابطة بإرادتها المنفردة بما اصطلح عليه فقها بـ الخلع لسبب لا يمكن إثباته قضاء ، أو لأسباب لا يمكن البوح بها أمام القضاء خوفا من نشر أسرار الزوج والتي لا يجوز شرعا إفشاؤها إلا للقاضي إن دعت الضرورة .

---

[34]. سورة البقرة الآية 227 .

[35] ـ تفسير الطبري ، مصدر سابق ، 573،574/4 .

[36] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ـ ابن رشد الحفيد ، دار الكتب الإسلامية المصرية ، ج68/2 .

. ثانيا : توسيع الأسباب التي تسمح للمرأة طلب التطليق

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق لكن نص على الأسباب القانونية للتطليق في المادة 53 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأر 02/05 ومنح الزوجة فيها حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة إذا توفر لها سبب من هذه الأسباب :

1 . عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد (78 و79 و80) من هذا القانون.2 _ العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

-3الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،4 . الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،5 . الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه،7 _ ارتكاب فاحشة مبينة، 8 _ الشقاق المستمر بين الزوجين، 9_ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، 10- كل ضرر معتبر شرعا

نلاحظ أن المشرع الجزائري فتح باب التطليق على مصراعيه، فبينما كان ينص على 7 أسباب للتطليق في المادة المعدلة أصبح ينص على 10 أسباب كنموذج ، وكل ما يعتبر ضررا شرعيا فهو موجب للتعويض وطلب التطليق إن أيقن القاضي أنه لا سبيل لحل النزاع بين الزوجين غير التطليق .

أما في الشريعة الإسلامية فقد وردت نصوص في القرآن تؤكد ضرورة عدم الإضرار بالمرأة ، قال الله تعالى :

﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾[37].

ووجه الاستدلال من الآية هو : "**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**" قال مجاهد **نهى الله عن الضرار " ضرارا "** أن يطلق الرجل امرأته ثم يراجعها عند آخر يوم يبقى من الأجل ، حتى يفي لها تسعة أشهر ، ليضارها به[38] .

وهذا تطبيقا للقاعدة الفقهية الضرر يزال ،أ ولا ضرر ولا ضرار ، وجب على المرأة أن تدفع الضرر عن نفسها إذا استحال التحكيم والصلح وذلك عن طريق طلب التطليق مع حصولها على تعويض لها عن الضرر اللاحق بها .وكما أباحت الشريعة الإسلامية للرجل حق فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة ،أوجبت عليه تقديم مبلغ مالي . يطلق عليه "المتعة" حتى وإن لم يكن متعسفا في استعمال حقه ، جبرا لخاطر المرأة ،و قد الزمت بعض التشريعات العربية في حالة الطلاق التعسفي فقط دفع مبلغ مالي، و للقاضي السلطة التقديرية في تحديده يسرا وعسرا وبقدر الضرر الذي لحق بالمرأة .

[37] ـ سورة البقرة الآية 231 .
[38] ـ تفسير الطبري ، مصدر سابق ، 7/5 .

ونلاحظ أن التوسع في ذكر بعض أسباب التطليق هو الارتقاء التدريجي لتطبيق المادة 16 من اتفاقية سيداو .

ثالثا : المساواة بين الرجل والمرأة في الحضانة

إن من أهم وأبرز الآثار المترتبة عن الطلاق هي مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج سواء أكان صحيحا أو غير صحيح ما ينجر عنها مشاكل عويصة حول مصير الأطفال من حيث التكفل بهم والحفاظ عليهم . فهل استجاب التعديل الجديد لقانون الأسرة فيما يتعلق بالحضانة إلى إملاءات الاتفاقيات الدولية أم لا ؟

تعتبر اتفاقية حقوق الطفل أول وثيقة في تاريخ العلاقات الدولية المعاصرة، تفرض حقوق الطفل على الدولة بقوة الإلزام القانوني حيث توجب مراعاة هذه الحقوق و التقيد بها أثناء وضع التشريعات الداخلية من أجل ضمان المصلحة العليا للطفل في المادة الثالثة منها حيث تنص على جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال.

كما نصت المادة الثامنة عشرة الفقرة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 م على :

تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أن كلا الوالدين يتحملان مسئوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه، وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين, حسب الحالة, المسئولية الأولى عن تربية الطفل ونموه, وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي.

وعند اللجوء إلى القضاء، تثار إشكالات تمس بمصلحة الطفل ، وهو الأمر الذي يدعو القاضي إلى التصدي لها، فالحضانة تعد من أعقد المسائل التي ينظرها القاضي ، وعليه أن يتعامل معها بكل دقة مراعيا في الأساس مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها.

وكان المشرع الجزائري في النص السابق للمادة 64 قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

وهذا ما يتماشى والفقه الإسلامي وروحه تسهيلا للأم رؤية ابنها متى أتيحت لها الفرصة وإن تزوجت رجلا أجنبيا، أما بعد التعديل الذي يدعي أنه راعى التطور الاجتماعي للجزائريين وتحقيقا لمبدأ المساواة ، فقد أصبح الترتيب على النحو الآتي : الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمة ثم الأقربون.

فنص المادة 64 المعدلة هي كما يلي : ".الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون".....

أي أنه يمكن للأب اكتساب حق الحضانة بطلبه من القاضي المختص شرط أن يكون أهلا لهذه المسؤولية ، وأصبحت حضانة الطفل تؤول بعد الأم إلى الأب وهذا في نظر البعض حرمان للمرأة من رؤية ابنها متى شاءت حينما تكون الجدة لأم هي الحاضنة ، بينما يتعذر عليها رؤية ابنها وهو محضون عند أبيه .والمادة 16 من اتفاقية سيداو في الفقرة (و) تعطي نفس الحقوق والمسئوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنشطة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفى جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

. إسناد الولاية لمن تؤول إليه الحضانة

كما أن التعديل الجديد في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري جعلت إسناد الولاية لمن تؤول إليه الحضانة أمّا كانت أو أبا وأصبحت المرأة هي الولية على محضونها إن أسندت إليها الحضانة .

وهنا تتداخل مفهوم الولاية مع الحضانة ، فالمظهر الواحد من مظاهر الحضانة يمكن أن يكون أيضاً مظهراً من مظاهر الولاية على الطفل.

والولاية من النظام العام لا يمكن التنازل عنها ، فإنّ الحضانة إذا كانت للأم فإنّ الولاية على النفس و المال تبقى من اختصاص الأب ، و الحضانة عندنا لا تنقل لصاحبها أي سلطة على الطفل و يبقى خاضعا لولاية العصبة من الذكور.

وقانون الأسرة الجزائري لم يعرف الولاية و لكن يمكننا أن نفهم معنى الولاية من نصي المادتين 87 ، و 88 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري المعدل حيث نص في الأولى على أن من له الحق في الولاية على القصر والتي جاء فيها : يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا .

وإذا كانت السلطة الأبوية هي أساس مسؤولية الأب في المادة 135 من القانون المدني الجزائري فمعنى هذا أنّ الأب يبقى دائما مسؤولا طالما أن السلطة الأبوية متوفرة فيه إلى أن يتوفى ، وإن لم يساكن ابنه ، وتصبح الأم الحاضنة مسؤولة عن أفعال ابنها المحضون الضارة بموجب المادة 134 على أساس مسؤولية متولي الرقابة .

ولم تحدد نص المادة 87 المعدلة ما إذا كانت الولاية التي تمنح للحاضن هي ولاية على المال أم ولاية على النفس أم كليهما ،فإذا كانت ولاية على المال فقط فالإشكال لا يثور بحدة ، أما إذا كانت الولاية ولاية على النفس أو على النفس والمال معا ، فإن هذا يعتبر تعدي على أحكام الشريعة الإسلامية حسب رأي بعض الفقهاء .

ففي نهاية المحتاج": "ولا تلي الأم في الأصح قياسا على النكاح . والثاني أي القول الثاني : تلي بعد الأب والجد وتقدم على وصيهما لكمال شفقتها[39] .

وليس للمرأة . وإن كانت أحق بولدها . أن تشتري له وتبيع؛ لأن الثابت لها حق الحضانة، فأما ولاية التصرف للأب، أو لمن يقوم مقامه بعده، فإن كانت هي وصية أبيه فلها أن تتصرف بسبب الوصاية لا بسبب الأمومة.[40]

وقد استند المشرع الجزائري إلى الآراء الفقهية القائلة بجواز ولاية الأم على الأطفال القصر صدقا لقوله الله تعالى : **"وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعضٍ في كتاب الله[41] "**

ويعتبر هذا النص حجّةً ودليلاً محكماً ومتقناً على تقدّم الأم، حيث إن قرابتها ورحميّتها أقرب لأولادها من قرابة الجدّ أو غيره.

وهنا نلاحظ حجم توظيف مواد من اتفاقية حقوق الطفل بقانون الأسرة المعدل جليا سواء من حيث إثبات النسب أو الحضانة [42].

خامسا: إشكالات مساواة الرجل والمرأة في الإرث

تثار مسألة الإرث جدلا حادا في الأوساط النسائية خصوصا بعد مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو ، ولكن علماء الفقه الإسلامي بينوا أن نظام الإرث نظام خاص يحقق العدالة الاجتماعية ومن الحكمة التي يذكرها العلماء في كون نصيب المرأة على النصف من نصيب الرجل في بعض الحالات : أن المرأة ليست مكلفة بالنفقة على نفسها

---

[39] . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ومعه حاشية أحمد بن عبد الرزاق المغربي الرشيدي، الرملي شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، 375/4

[40] . المبسوط ، السرخسي مُحَّد بن أحمد بن أبي سهل، دار المعرفة ، 1409هـ / 1989 م ، 6/ 17 .

[41] . سورة الأنفال الآية 75.

[42] **. انظر : المادة السابعة الفقرة الأولى اتفاقية حقوق الطفل رقم 260 لسنة 1990:يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية ويكون له قدر الإمكان ,الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما .**

أو بيتها أو أولادها ، ولا بدفع المهر عند زواجها ،فهي ترث من الأب والزوج ، والابن والأخ ، والجد وإنما المكلف بذلك الرجل ، كما أن الرجل تعتريه النوائب في الضيافة والدية والصلح على الأموال ونحو ذلك.

ولكن لو ثبت أنها كانت تساعده في العمل داخل البيت أو تنازلت عن حقها في النفقة مقابل استثمار مالها في تجارة ما ، فالشرع يوجب أن تعطى النصف من التركة ، والنصف الآخر يقسم على الورثة وتأخذ حقها من النصف الثاني ، وهو ما عبر عنه فقهاء القرن الثالث عشر حق : الكد والسعاية .

أما المرأة بصفة عامة فلها حالات مختلفة في الإرث :

أ . فتارة تأخذ نصف نصيب الرجل ، كالبنت مع أخيها الذكر ، وكالأم مع الأب مع عدم وجود الأولاد أو الزوج أو الزوجة ، وهو المثال الذي ذكرت ، فترث المرأة هنا نصف الرجل لأن الأم لها الثلث حينئذ ، وللأب الباقي وهو الثلثان ، وليس الأمر كما ظننت من تساويهما في هذه المسألة

ب . وتارة تأخذ مثله ، كالأم مع الأب في حال وجود الابن ، فللأم السدس ، وللأب السدس والباقي للابن . وكالأخ والأخت لأم ، فإنهما يرثان بالتساوي ؛ لقوله تعالى : **وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ** "[43].

ج . وتارة تأخذ أكثر منه ، كالزوج مع ابنتيه ، فله الربع ، ولهما الثلثان ، أي لكل واحدة منهما الثلث . وكالزوج مع ابنته الوحيدة ، فله الربع ، ولها النصف ، ويرد الربع الباقي لها أيضا .

د . وتارة ترث ولا يرث ، كما لو ماتت امرأة وتركت : زوجاً وأباً وأماً وبنتاً وبنت ابن ، فإن بنت الإبن ترث السدس ، فى حين لو أن المرأة تركت ابن ابن بدلاً من بنت الابن لكان نصيبه صفراً ؛ لأنه كان سيأخذ الباقي تعصيباً ، ولا باقي .

وما سبق من الحالات له أمثلة كثيرة تجدها في كتب المواريث.

[43]. سورة النساء الآية12

الخاتمة .

. إن الإسلام باعتباره دين الدولة الجزائرية كما نص عليه الدستور في المادة 2 ، لا يمنع من ترقية القوانين ومعالجة المستجدات والنوازل الخاصة بالأسرة . و طبقا لذلك فإن قانون الأسرة السابق فعلا كان يحتاج إلى تعديل ،وحتى الحالي لا زال لا يستجيب لمتطلّبات حماية الأسرة و الطفل، و يجعل الأسرة بعيدة عن المقاصد الحضارية التي تتطلع إليها الأمة الجزائرية. كما أن الاتفاقيات الدولية لم تحترم هذا التنوع القيمي و الثقافي للشعوب .ومعظم المواد المعدلة جاءت مدعمة لمركز المرأة القانوني وكذا الاجتماعي تماشيا مع مبدأ المساواة التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية وكان الأمر جد صعب أثناء محاولة التوفيق بين المرجعية الدينية والدولية .

قائمة المراجع

1. الأحوال الشخصية ،مُحَمَّد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1377هـ /1984م .

2. أنوار البروق في أنواء الفروق المشهور بالفروق ، شهاب الدين قرافي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، ط1

3 . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو يكر بن مسعود الكاساني ، ، مطابع الحلبي ، ط2 1402هـ/1982م .

4. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، . ابن رشد الحفيد ، دار الكتب الإسلامية المصرية.

5 . تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير أبو الفداء إسماعيل ، المحقق : محمود حسن، دار الفكر ، الطبعة الجديدة، 1414هـ/1994م.

6 . تفسير القرطبي ، مُحَمَّد بن أحمد القرطبي ، دار الفكر ، دون سنة النشر

7 . تفسير الطبري ، الطبري مُحَمَّد ن جرير ، دار المعارف ، دون سنة النشر

8. زاد المعاد في هدي خير العباد ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط – شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة – بيروت – لبنان. الطبعة السادسة 1404هـ. 1984 م .

9. الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، مُحَمَّد كمال الدين إمام ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت.

10 سنن أبو داود ، أبو داود السجستاني ، المحقق: شعيب الأرناؤوط وآخرون ، دار الرسالة العالمية، 1430 هـ /2009 م .

11. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، الشوكاني مُحَمَّد بن علي بن مُحَمَّد ، تحقيق : محمود ابراهيم زايد ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

13. شرح النووي على مسلم ، يحي بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا ، دار الخير ، سنة النشر: 1416هـ / 1996م ، كتاب الإمارة ، باب بيان سن البلوغ.

14 صحيح البخاري ، مُحَمَّد بن إسماعيل البخاري ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، طبعة 1991 م .

15. فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين ، دار المعرفة ، بيروت ، 1379م .

16. الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، دار الفكر ، ،ط2، 1984

17. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد تعديله ، سعد عبد العزيز ، المؤسسة الوطنية للكتاب.

18. المبسوط ، السرخسي مُحَمَّد بن أحمد بن أبي سهل، دار المعرفة ، 1409هـ / 1989 م .

19. المرأة بين الفقه والقانون ، مصطفى السباعي ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، الإسكندرية الطبعة الرابعة ،2010م.

20. مسند أحمد ، الإمام أحمد بن حنبل، دار المعارف ، القاهرة. تحقيق: أحمد شاكر، دار المعارف ، القاهرة. (6/ 316).

21 . المغني ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن مُحَمَّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ، دار الكتاب العربي،بيروت.

22 . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الحطاب أبي عبد الله مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عبد الرحمن ، وبهامشه كتاب التاج والاكليل للمواق الغرناطي، دار الكتب العلمية ،بيروت .

23. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ومعه حاشية أحمد بن عبد الرزاق المغربي الرشيدي، الرملي شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان .

24 .. الوجيز في قانون الأسر الجزائري ، بلحاج العربي ،المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، ط4 .