جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إشكالات المواد الملغاة من قانون الأسرة الجزائري

- باب الزواج -

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

من إعداد الطالب : **إشراف الأستاذ:**

بن الشيخ نوار **د. عز الدين مسعود**

لجنة المناقشة :

د. ثامـــــري عمـــــر..... **رئيسا**

د. عز الديــن مسعــود..... **مشرفا و مقررا**

د. مخلـــــط بلقاســـــم..... **مناقشا**

السنة الجامعية : 2016/2015 م

1437/1436 هـ

جامعة زيان عاشور

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إشكالات المواد الملغاة من قانون الأسرة الجزائري

- باب الزواج -

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

من إعداد الطالب : **إشراف الأستاذ:**

بن الشيخ نوار **د. عز الدين مسعود**

لجنة المناقشة :

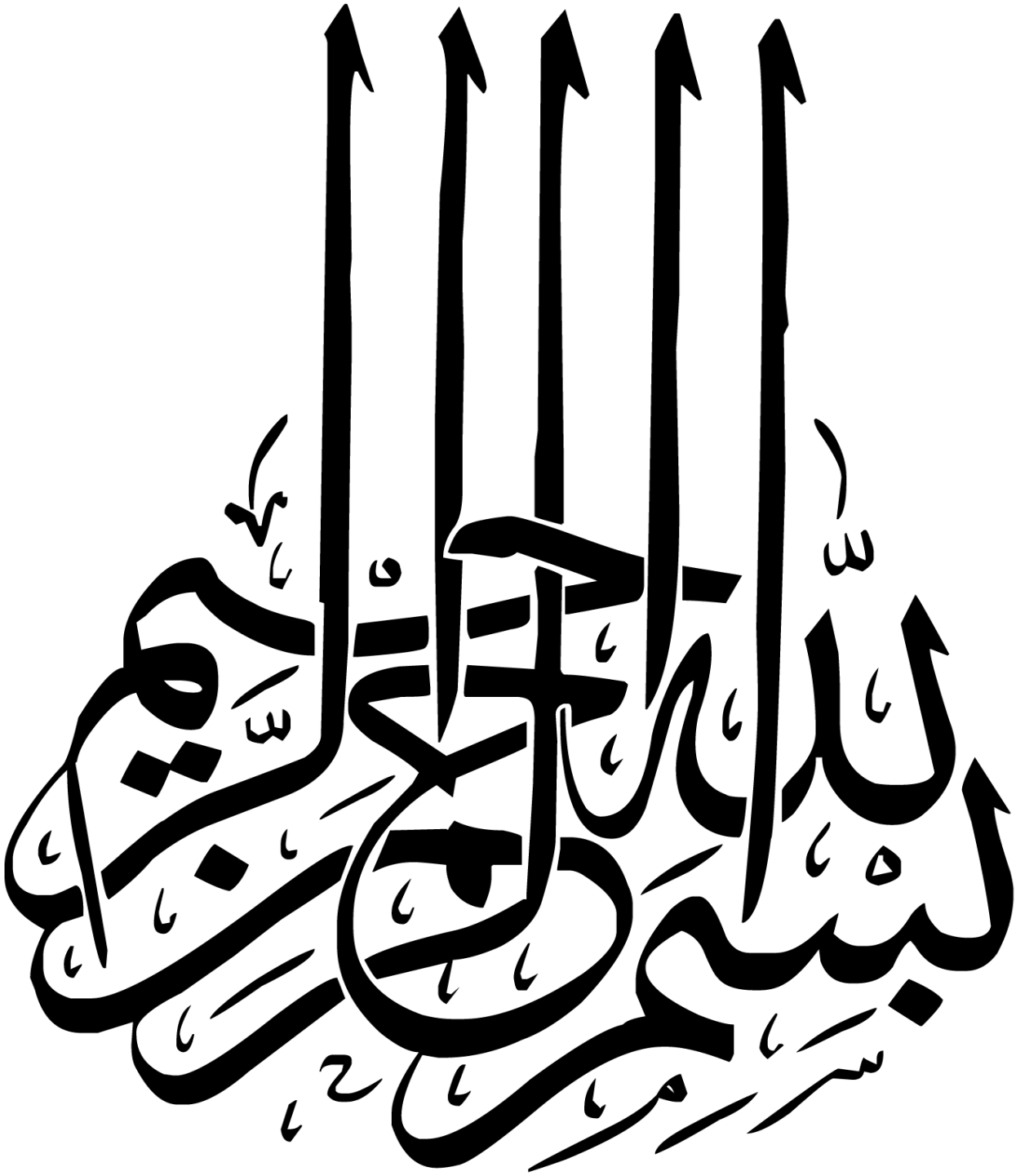
د. ثامـــــري عمـــــــر..... **رئيسا**

د. عز الديـــن مسعـــود..... **مشرفا و مقررا**

د. مخلـــــط بلقاســـــم..... **مناقشا**

السنة الجامعية : 2016/2015 م

1437/1436 هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاس ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبًا ﴾

سورة النساء الآية (1)

﴿ وَٱلۡمُؤۡمِنُون وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍ ۚ يَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤۡتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَيُطِيعُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ ۚ أُوْلَٰٓئِكَ سَيَرۡحَمُهُمُ ٱللَّهُ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾

سورة التوبة الآية (71)

إهـــــــــــداء :

- إلى الراحلة الغالية التي ربتني .
- إلى رمز العطاء و الحنان والذي دعمني لسنين طويلة أبي الحنون حفظه الله وأطال في عمره.
- إلى منبع الحنان و الدفء ، أمي الحبيبة.
- إلى إخوتي .
- إلى زوجتي وولدي .

كلمة شكر وعرفان

نحمد الله عز وجل أن من علينا بإنجاز هذا العمل المتواضع ، وأشكره على آلائه التي تفضل بها علينا .

وعملا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يَشْكُرُ الله من لا يَشْكُرُ النَّاس » فإني أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الفاضل " عز الدين مسعود " على الدعم والمساعدة التي قدمها لي وتشجيعه المتواصل لي طيلة إنجاز هذا العمل ومد يد العون لي بنصائحه وتوجيهاته القيمة .

كما أتقدم بالشكر الخالص و الاحترام الكبير إلى أعضاء الجنة المناقشة ، الذين تجشموا عناء قراءة وتقويم هذا البحث .

وكل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد، ولم يبخلوا علي بالرأي السديد .

إلى كل هؤلاء شكرا جزيلا .

مقدمـــــــة

لبناء مجتمع راق ينبغي بناء أسرة وفق أسس وقواعد سليمة ، ولتحقيق هذا عمد المشرع الجزائري إلى أن يضع نصوصا قانونية مستوحاة من الشريعة الإسلامية حتى تتلاءم مع وضعية المجتمع الجزائري ، فصدر قانون الأسرة رقم 11/84المؤرخ في 1984/06/09[1] مقننا أحكام الشريعة ولم يحد عنها ، لأن واضعوه كانوا يعتقدون اعتقادا جازما أن الشريعة الإسلامية تعبر عن وجدان الشعب الجزائري ، وعن أصالته وهويته الذي بقي مدة اثنان وعشرين سنة دون قانون ينظم أحواله ، فبصدور هذا القانون تكون الجزائر قد حققت مكتسبا آخر في المجال التشريعي يضاف إلى القوانين الأخرى ، ولكن تأتى هذا بعد مخاض عسير.

وككل الأعمال البشرية التي يعتريها النقص ، لم يمض على الشروع في تطبيقه حتى بدت تلوح في الأفق ردود الفعل الخاصة والعامة على هذا القانون ، وتوالت الانتقادات وبدأت المطالبات والاقتراحات بتعديله ، فمنها من أراد ذلك على أساس معالجة جوانبه التطبيقية بمعنى تعديل يحدد فيه مواطن الثغرات والضعف التي خلفتها أسباب عديدة منها ما هو راجع إلى سوء الصياغة ، وأخرى ظهرت في التناقضات الواردة على مستوى أحكامه ، ونصوصه أحيانا أخرى وذلك حتى يكون القانون أكثر انسجاما ، مراعيا بذلك الجوانب القانونية والشرعية ، ويأخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع من الجانب العملي والاقتصادي والاجتماعي تحقيقا لمصلحة الأسرة ، ومنها من أرادت ذلك لمآرب شتى .

وتحت هذه المطالبات استجاب المشرع الجزائري وقام بتعديل قانون الأسرة من خلال الأمر رقم02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005[2] وكان ذلك بأشراف لجنة مكونة من 52عضوا من فقهاء قانونيين وسياسيين واجتماعيين باشرت عملها في شكل ورشات

[1] القانون رقم : 11/84 المؤرخ في رمضان عام 1404 هـ الموافق ل1984/06/09م والمتضمن قانون الآسرة الجزائري (الجريدة الرسمية العدد 15 سنة 1984) .

[2] الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل27 فبراير 2005 م المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 .

على مستوى المحكمة العليا فظهرت إلى الوجود هذه التعديلات التشريعية الجديدة التي مست قانون الأسرة .

1.أسباب اختيار الموضوع :

أ) الأسباب الموضوعية :

لقد دفعني لاختيار هذا الموضوع العديد من النقاط المدرجة تحت على النحو الآتي :

1.خطورة موضوع عضل المرأة عن الزواج بدعوى جهلها بمصالحها كونها لا تخالط الرجال ولا تعرف حقيقتهم ، وما يؤكد هذا أن الله سبحانه وتعالى نبه عليه في آيات كتابه الحكيم .

2. النقاش الحاد حول مدلول إلغاء الوكالة في الزواج ، بين مختلف شرَّاح القانون .

3.خطورة موضوع الحقوق الزوجية ، وما يلعبه من دور في فهم العلاقة بين الزوجين قبل الإقبال على الزواج وبعده ، والتي كثرت حولها المزايدات السياسية والأيديولوجية المختلفة .

4.أن هذا البحث لم يسبق بالدراسة.

ب) الأسباب الذاتية :إن موضوع البحث له من الأهمية بمكان يجعله فعلا جديرا بالدراسة لأنه يتناول المرأة التي تعتبر أهم مؤسسة في بناء المجتمع .

2.أهداف الدراسة: لقد كان الهدف من هذه الدراسة ما يلي :

أ. بيان إشكالات المواد الملغاة من قانون الأسرة رقم 11/84 .

ب. بيان موقف كل من الفقه والتشريع من هاته الإشكالات .

ج. بيان ما جاء به المشرع في تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 لحل هاته الإشكالات .

3. المنهج المعتمد:

بما أني عمدت إلى معرفة ما جاء به المشرع في تعديله لمعالجة هذه الإشكالات

ومقارنــة مـا هـو موجـود فـي قانــون الأسـرة القديـم التــي كشفـت عنهـا الدراســات السابقــة و الممارســة العمليــة علــى مـدار20 سنــة أو أكثـر مـن صـدوره لـم يكـن أمامــي مـن سبيـل سوى إتباع المنهج المقارن ، والتحليلي وقد استخلصت بهذين المنهجين أهم إشكالات مواد القانــون القديــم الملغاة من باب الزواج ، وأهــم مـا جــاء بـــه تعديـل قانون الأسرة 05 /02 لحـل هــذه الإشكــالات .

4. الصعوبات والعراقيل:

قـد واجهتنــي بعـض الصعوبـات التــي كـادت أن تحــول بينــي وبيـن إنجـاز هـذا العمـل تمثلـت فـي قلــة المراجــع القانونيــة والأكاديميــة التــي تتحـدث عـن هــذه الإشكــالات .

5.الإشكـاليـــة: فيم تمثلــت إشكــالات المواد الملغاة :(12) و(20) و(38) و(39) من قانون الأسرة 11/84 ؟ مـا مبـررات المشــرع فــي إلغــاء هــذه المــواد؟ وهـل كــان لزامـا لمعالجـة هــذه الإشكــالات إلغــاء هـذه المـواد ؟ وهـل وفـق فـــي هــذا التعديل؟.

للإجابــة علــى هــذه الإشكـالات قمت بتقسيم البحـث إلـى فصلين ، تناولت في الفصل الأول إشكـالات المــادتين (12) و(20) الملغاتين ، مـن خلال مبحثين ، تطرقت في الأول إلى إشكالات المادة (12) وفي المبحث الثاني إلى إشكالات المادة (20) .

أما الفصل الثاني فتناولت فيه إشكالات المادتين (38) و(39) الملغاتين من خلال مبحثين تعرضت في الأول إلى إشكالات المادة (38) ، وفي المبحث الثاني إلى إشكالات المادة (39).

وأنهي دراستي بخاتمة تتضمن النتائج المتوصل إليها والإقترحات التي يجب تفعيلها وتنفيذها على أرض الواقع.

الفصل الأول

إشكالات المادتين 12 و20 الملغاتين من قانون الأسرة الجزائري

إن الشريعة الإسلامية نظام يسعى إلى حفظ الحقوق ، وإقامة التوازن فيها حتى يبقى أفراد المجتمع متماسكين متحابين ينصر بعضهم بعضا ، لذا فمن عجز عن رعاية مصالحه أقام له من يتولى أمره ، ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر، وعلى هذا الأساس شرعت ولاية التزويج ، ثم إنه من باب حفظ الحقوق وضع الفقه الإسلامي قاعدة أن من ملك بنفسه تصرفا من التصرفات قابلا للإنابة فله أن يتولاه بنفسه وله أن يوكل به غيره، وأن من لا يملك تصرفا من التصرفات بنفسه فليس له أن يوكل به غيره ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، وأيضا أن كل عقد جاز أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به غيره وسنعالج الفصل من خلال مبحثين

المبحث الأول : إشكالات المادة (12) الملغاة .

المبحث الثاني : إشكالات المادة (20) الملغاة .

المبحـــــــث الأول:إشكـــالات المـــادة (12) الملغـــاة من قانون الأسرة .

مم لاشك فيه أن الغرض والأصل العام من ولاية التزويج هو حماية المولى عليها وهذا لصغر سن الفتاة بسبب عدم بلوغها ، أو عدم تجربتها في الحياة الزوجية بالنسبة الفتاة البكر البالغة ، أو مساعدة المرأة التي سبق لها الزواج في اختيار الزوج الأصلح لها لأن عقد الزواج يتميز عن العقود الأخرى بأنه ينشئ علاقات عاطفية من محبة ومودة ورحمة وسكينة بين الزوجين ، ومما سبق ذكره تم إعطاء هذا الدور للولي، لكنه وضع له قيدا على سلطته بأن لا يمنعها من الزواج ممن رغبت فيه سواء أكانت بكرا أو ثيبا، فإذا وقع المنع بغير مبرر فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتزويجها أو يأذن لها في الزواج لأن رفع عضل المرأة من اختصاص القاضي .
ومعالجة هذا المبحث جاءت في مطلبـين.

المطلـــب الأول:حـــدود وظيفـــة الولـــــي في قانون الأسرة رقم 11/84.

نصت الفقرة الأولى من المادة (12) من قانون الأسرة رقم 11/84 على أنه :" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج وكان أصلح لها.... "
تعرض المشرع في هذه الفقرة إلى حق البنت في اختيار زوجها بحيث لا يستطيع وليها عضلها عن الزواج بمن رغبت فيه ، ولكن متى يكون الامتناع عن الزواج عضلا ؟.
عرف العضل بأنه : منع العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهم في صاحبه[1]. ولقد اتفق العلماء على تحريمه لنهي الله سبحانه وتعالى عنه في قوله :﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ سورة البقرة الآية 232 ، ولقد كان سبب نزول عَنِ الحَسَنِ، {فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ} [البقرة: 232] قَالَ: حَدَّثَنِي مَعْقِلُ بْنُ يَسَارٍ، أَنَّهَا نَزَلَتْ فِيهِ، قَالَ: زَوَّجْتُ أُخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا، حَتَّى إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوَّجْتُكَ وَفَرَشْتُكَ وَأَكْرَمْتُكَ، فَطَلَّقْتَهَا، ثُمَّ جِئْتَ

1 الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، دمشق ، 1985 ، جزء 7 ، صفحة 215 .

تَخْطُبُهَا، لاَ وَاللَّهِ لاَ تَعُودُ إِلَيْكَ أَبَدًا، وَكَانَ رَجُلًا لاَ بَأْسَ بِهِ ، وَكَانَتِ المَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ هَذِهِ الآيَةَ: {فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ } [البقرة: 232] فَقُلْتُ: الآنَ أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «فَزَوَّجَهَا إِيَّاهُ»[1]

قال ابن تيمية: ولا يعضلها عن نكاح من ترضاه إذا كان كفئا ، وهذا باتفاق الأمة .....و هذا كله ـ العضل ـ من عمل الجاهلية والظلم والعدوان [2].

ولتحقق العضل اشترط الفقهاء ، أن تكون المرأة مكلفة (عاقلة ، بالغة) ، وأن يكون الزوج كفئا لها ، وأن يكون المهر مهر مثلها [3] ، ثم إنهم ميزوا العضل عن الامتناع عن التزويج وفق حالتين :

1 . **الحالة الأولى** : إذا كانت المرأة مجبرة ، فقال المالكية إن المجبر لا يعد عادلا برد الخاطب ولو تكرر ذلك لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته ، ولجهلها بمصالحها إلا إذا تحقق أنه قصد الإضرار بها [4] ، وإذا دعيت المرأة لكفء وأراد الولي تزويجها من غير كفء وهو قول الشافعية في الأصح ، أن كفء الولي أولى لأنه أكمل نظرا منها، لكن قال الحنابلة بل يلزم إجابتها إلى إجابتها إلى نفسها أعفافا لها[5] .

2 . **الحالة الثانية** : إذا لم تكن المرأة مجبرة ، ويكون الولي عاضلا في صورتين :

أ . الصورة الأولى: بمجرد امتناعه عن تزويج موليته من كفئها الذي رضيت به ، ويتحقق بمجرد رد أول خاطب .

ب . الصورة الثانية: بمجرد تزويجها من كفء غير الكفء الذي رضيتـه لنفسها[6] .

---

[1] البخاري ، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح ، كتاب تفسير القرآن ، بـاب إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، دار طوق النجاة ، بيروت طبعة الأولى ، 1422 هـ ، جزء 6 ، صفحة 29 ، حديث رقم:4529 .

[2] ابن تيمية ، تقي الدين احمد ، مجموعة الفتاوى ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، طبعة الأولى ،1998 ، جزء3 ، صفحة 32 .

[3] قاضي سعيد , رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة , رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإسلامية , جامعة الجزائر ، السنة الجامعية2010 / 2011 ، صفحة 162 و 166.

[4] الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية ، بيروت، طبعة الأولى ،1996 ، جزء3 ، صفحة32.

[5] ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر،بيروت ، دون طبعة ، 2000 ، جزء2 ، صفحة 315.

[6] قاضي سعيد , رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ،المرجع نفسه ،الصفحة162 و166 .

لكن وبالرجوع إلى المادة 1/12 نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يا خذ برأي أبي حنيفة على إطلا قه ، ذلك أنهم قيدوا تدخل الولي بشرطين هما الكفاءة ، وألا يكون المهر أقل من مهر المثل ، على عكس المشرع الجزائري الذي ترك الباب مفتوحا لتدخل الولي ، فلم يحدد الحالات التي تقتضي تدخله.

ثم إنه إذا كانت هذه الفقرة واضحة من حيث ألفاظها فإن الغموض يكتنفها من حيث مقصود المشرع منها ، فهل يقصد أن حق اختيار المولى عنها هو المبدأ ومن ثم يكون حـق الولي في الاعتراض على الزواج هو الاستثناء يدفع به حينما يتبين له أن الزواج ليس من مصلحتها ؟ أم هل المبدأ هو حق الاعتراض لكنه مقيد وخاضع لرقابة القاضي؟[1] .

الفرع الأول: أساس تقدير مصلحة المولى عليها.

إذا كان المشرع قد ميز بين البنت البكر والثيب على أساس ربما لعلة أن الثيب سبق لها الزواج فهي مدركة تماما لما تحتوي عليه الحياة الزوجية ولا يمكن إغواؤها فهي تتحكم في عواطفها على عكس البكر، التي لم تسبق لها حياة زوجية ولعل هذا هو السبب في وجود فقرتين في المادة (12) ، و كما أنه قصر سلطة المنع والاعتراض على الأب على ابنته في عبارة "غير أن الأب " دون آخر فهي سلطة مخولة للأب على ابنته فقط ، وذلك لما يكنه لابنته من عطف وحنان ، وكلما تباعدت القرابة تقلصت درجة الحنان والمودة ، ولكن من لوازم هذه السلطة مراعاة مصلحة المولى عليها إلا أنه أمر شابه غموض ، فإذا كان التشريع الإسلامي قد حدد معالمه في نصوصه كقول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ سورة الحجرات الآية 13.

وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :« إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَزَوِّجُوهُ ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ، وَفَسَادٌ عَرِيضٌ »[2]، فالرجل

[1] علي فيلا لي ، تعليق على قرار المحكمة العليا المؤرخ في1993/03/30 ، ملف رقم90468 والمتعلق بامتناع الأب عن تزويج ابنته ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 2000 ، عدد 1 ، صفحة78.

[2] الترمذي ، محمد بن عيسى , سنن الترمذي ، أبواب النكاح ، بـاب إذا جاءكم من ترضون ، دار بابي الحلبي ، طبعة الثانية ، 1359 هـ ، جزء3، صفحة386 حديث رقم : 1084.

ذا الدين المتين والخلق الكريم هو رجل حسن المعاملة وطيب العشرة قائم بكل ما يجب عليه إزاء زوجته وأسرته ومجتمعه[1]، فإن المشرع في المادة (12) نص على أن يكون في المنع مصلحة فما هي معايير تحديد الأصلح للبنت ؟ ، وما هي الزاوية التي بجب النظر منها للقول أن شخصا ما هو أصلح للبنت ؟ ، هل هي زاوية الأب الذي قد يؤدي به الأمر إلى الاستبداد والتعسف في حق ابنته ؟ ، أم هي زاوية القانون ؟ أم الشرع الإسلامي؟ ، وإن كان هناك اجتهاد لقضاة المحكمة العليا حدد فيه معنى أن يكون الرجل أصلح للمرأة من خلال القرار الصادر بتاريخ1990/03/30 ملف رقم 90468 الذي جاء فيه : "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها ، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة (09) من هذا القانون (قانون الأسرة) [2].

الفرع الثاني : حلول القاضي محل الولي عند تجاوز هذا الأخير لحدود مهمته .

إذا امتنع الأب عن تزويج موليته بغير حق كان عضلا ، والعضل ظلم ، ولا يعتبر الأب عاضلا إلا إذا تحقق منه قصد الإضرار بها بعدم تزويجها ، ومتىَ ثبت العضل كان للمرأة أن ترفع الأمر إلى القاضي ليرفع الظلم عنها ، وفي هاته الحالة يأمره القاضي بتزويجها فإن امتثل فبها ونعمت ، وإن امتنع زوجها القاضي نيابة عَنه ، و لا تنتقل الولاية للولي الأبعد بسبب عضل الولي الأقرب فالعضل أمر تقديـري، وربما كان امتناع الولي لمصلحة يراها ، لذا يرفع الأمر إلى القاضي فإذا لم يبد الولي أي مبرر معقول للمنع ، تبين ظلم الولي بامتناعه عن تزويجها ولم تكـن ثمة مصلحة رفع هذا الظلم وزوجها ، ولكن السؤال ما مدى قدرة القاضي في أن ينوب عن الولي في ولايته ؟ فهل بإمكانه أن يحل محل الولي على الشكل الذي يخوله معرفة الوقائع والأحداث مما يساعده على تقدير أحسن من الولي؟ ، كما يؤخذ على المشرع أنه منح سلطة الإذن للمرأة لتجاوز المنع الذي تقابل به دون أن يوضح شكل هذا الإذن ، ثم كيف ينسجم مع ضرورة مراعاة أحكام المادة

[1] آيت حمودي حليمة ، حماية البنت عند امتناع الولي عن تزويجها ،مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 2000 ، عدد1، صفحة 69.

[2] المجلة القضائية ، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، عدد 2001 ، صفحة 47.

(09) من قانون الأسرة الجزائري والتي تجعل من فقدان الولي سببا من أسباب فسخه أحيانا وسببا مكملا من أسباب بطلانه أحيانا أخرى؟ . [1]

المطلـب الثانـــي: حـــدود وظيفـــة الولـــي في قانـــون الأســرة رقـم 02/05

لقد كانت لأحكام الولي في قانون 11/84 والتي أثارت جدلا في أوساط الباحثين والدارسين وشراح القانون نظرا لما اشتملت عليه من تناقضات على الأقل من وجهة نظرهم ، ولضغط الجمعيات النسوية المطالبة بتحرير المرأة ومساواتها بالرجل والذين يرون أنه لا يعقل أن تكون المرأة التي هي في المناصب العالية كالوزيرة أو القاضية مثلا أن تكون عليها ولاية ، هذا من جهة ولما جاءت به الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من جهة أخرى الأثر الكبير على المشرع في تعديل بعض مواد نصوص قانون الأسرة ومن بينها المادة (11) وإلغاء البعض منها كالمادة (12) ، حيث كفى نفسه العناء وأختصر الطريق بإلغائها ، وبالتالي لم يبق في قانون الأسرة الجزائري اليوم أية مادة تعالج مشكلة عضل الولي ، وما هذا إلا تأكيدا لمسعى إضعاف دور الولي في عقد الزواج ، وهذا التعديل أو الإلغاء نتج عنه ما يلي:

1ـ الفـــرع الأول : إشكالات الفقرة الثانية من المادة (11) من قانون الأسرة .

إذا كان جمهور الفقهاء قد ذكروا في حالة عضل الولي موليته انتقلت الولاية إلى القاضي ، و يكون تزويج القاضي للمولى عليها نيابة عن هذا الولي ، ومن ثم فإن عقد القاضي يكون في قوة عقد هذا الولي ، إلا أن المشرع الجزائري في تعديله للمادة (2/11) قد أثار ما يلي:

أ) ـ تقليص مجال رقابة القاضـي للعضـل :

نصت الفقرة الثانية من المادة (11) المعدلة : "دون الإخلال بأحكام المادة (07) من هذا القانون ، يتولى زواج القصر أولياؤهم ، وهم الأب فأحد الأقارب الأوليين ، والقاضي ولي من لا ولي له".

لعل أهم ما مسه التعديل في هذه الفقرة ، هو مجال إعمال مبدأ " القاضي ولي من لا ولي له" حيث كان مجال تطبيقه قبل التعديل هو كل امرأة ، بكرا كانت أو ثيبا ، راشدة كانت أو غير

[3] عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه .، الجزائر ، الطبعة الثالثة ،1996 ، صفحة 122 و123.

راشدة ، أما بعد التعديل فقد انكمش هذا المجال وتقلص ، وانحصر في حق القاصرة ، أي الصغيرة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج المنصوص عليها في المادة السابعة (07) وهي تسعة عشر كاملة ، وهي التي ليس لها ولي يتولى أمر تزويجها ، دون المرأة المكلفة الراشدة!! [1] فيكون بذلك المشرع قد أوجد على نفسه فراغا تشريعيا في المسألة.

ب) ـ مسألة عضل القاصرة:

نصت الفقرة الثانية من المادة (11) : " دون الإخلال بأحكام المادة (7) من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم ، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين ، والقاضي ولي من لا ولي له ".

يفهم من نص هذه الفقرة أنه ليس للقاصر أن تباشر عقد زواجها بنفسها، بل يتولى ذلك وليها وهو الأب فأحد الأقارب الأولين ، والقاضي ولي من لا ولي له ، دون الإخلال بأحكام المادة السابعة من هذا القانون " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج " ، على خلاف المرأة الراشدة التي يمكنها اختيار من يتولى عقد زواجها ممن تأذن له به ، كما يفهم من نص المادة (13) " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها " ، أنه ليس للولي أبا كان أو غيره إجبار القاصر على الزواج ، ولا يكون ذلك إلا بموافقتها ورضاها .

إلا أنه في حال رغبتها في الزواج فهل للولي أن يمنعها وبخاصة إذا لم يكن أصلح لها، حيث أن المشرع لم يبين المقصود بالقاصر صراحة (عديم الأهلية أو ناقصها) ، فهل يشمل بذلك القاصر –الصغير والصغيرة ، المجنون والمجنونة ؟ . وإذا كان الأمر كذلك فهل يملك الولي سلطة الإجبار في تزويج القصر طبقا للمادة (81) من قانون الأسرة والتي تنص على أنه : " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون " . وبمفهوم المخالفة فهل يجوز للولي عضل موليته القاصر إذا أرادت كفؤا وأراد هو غيره أم لا؟.

[1] قاضي سعيد ، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ، مرجع سابق ، صفحة 175 .

يفهم من إلغاء المشرع للفقرة الثانية من المادة (12) " غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت " ، أنه يجوز للولي عضل موليته البكر (القاصرة) ، غير أنه ما دام لا يسمح بالزواج بالنسبة للقاصر حتى بلوغ السن القانونية المقررة في المادة (7) في فقرتها الأولى " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة " ، استلزم إلغاء المادة (12) لأنه لا معنى لعضل المرأة غير المسموح لها بالزواج أساسا . أما في حال ترخيص القاضي للقاصر بالزواج لضرورة أو مصلحة فإن القانون لم يبين دور الولي صراحة في توليه منع موليته القاصر[1]

الفـــرع الثانـــــي : حكم اعتراض الولي على الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري .

قد يحدث في الحياة العملية أن ترغب المرأة الراشدة في الزواج بمن ترغب فيه فتلقى معارضة من أهلها أو من الولي ، فكيف سيكون الوضع في هذه الحالة؟، وبما أن المشرع في تعديله لقانون الأسرة لم يتعرض لهذه الحالة ، هل يجوز لهذه المرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي لكي يأذن لها بالزواج؟ لقد كانت المادة (12) من قانون الأسرة تعالج هذا المشكل لاحتوائها على نص صريح يمنع الولي من عضل موليته المكلفة ، باعتبار أن العضل ظلم وتحكم في مشاعر المرأة المكلفة بغير حق،ومصادرة لحقها الشرعي والطبيعي في اختيار من ترضاه زوجا ، كما أن فيها نصا صريحا على حق المرأة المكلفة في رفع دعوى قضائية ضد الولي العاضل لرفع الظلم عنـها.

إن المادة (12) قبل التعديل تحقق التوازن المطلوب شرعا وواقعا بين منع الولي من إجبار موليته على شخص لا ترضاه ، وبين حق الولي خاصة الأب في الاعتراض على زواج لا يحقق مصلحة ابنته ، وذلك باعتبار الكفاءة حقا للمولية تطلبها من شخص الخاطب ، وحقا كذلك للولي، وحماية لشرف الأسرة [2] .

وملخص القول هو السِؤال المطروح ماالذي حمل المشرع الجزائري على إلغاء نص المادة (12) من قانون 11/84 مع أن النص وضع لحماية المرأة راشدة أو قاصرة من تعسف الولي في

[1] محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،رسالة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية ، 2009/2008 ، صفحة 403 و404 .

[2] قاضي سعيد , رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ، مرجع سابق ، صفحة 176 .

سلطة التزويج[1] ، ثم ما كان عليهم لو منحوا هذا الولي المتعثر حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد زواج مع غير كفء أو مع فاسق [2] خاصة وأن الإشكال يطرح نفسه حول هذا الولي المختار أو المستعار الذي لم يحدد المشرع شروطه ولا مواصفاته ، وما العمل إذا ما اختل أحد شروط الولاية كشرط الإسلام مثلا في الولي المختار؟ ، هل يحق للولي الشرعي منع هذا الزواج أو طلب فسخه ؟ ، وكيف يتأتى له ذلك إذا كانت هذه الصفة قد نزعت منه أصلا من طرف من؟[3] .

المبحـــث الثانـــي : إشكالات المادة (20) الملغاة من قانون الأسرة.

أجاز الفقهاء التوكيل في عقد النكاح من الرجل وقد استدلوا بما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وكل أبا رفع في تزويجه ميمونة رضي الله عنها ، ووكل عمر ابن أمية في تزويجه أم حبيبة رضي الله عنها ، ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع[4].

وقد كان نص المادة (20) من رقم 11/84 ينص صراحة على أنه " يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة " غير أن المشرع ألغى هذه المادة بمقتضى تعديلات الأمر 02/05 المؤرخ في2005/02/27[5].

وبما أن المشرع نص في المادة (49) :" لا يثبت الطلاق إلا بحكم...." سنتطرق أيضا في المطلب الثاني إلى مدى صحة الوكالة في الصلح بين الزوجين.

المطلـــب الأول : مـدى صحـة الوكالـة في عقـد الـزواج .

يعتبر عقد الزواج من العقود القابلة للتوكيل ، و الأصل المقرر في الفقه الإسلامي أن من ملك بنفسه تصرفا من التصرفات قابلا للإنابة أن يتولاه بنفسه له أن يوكل به غيره.

---

[1] بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2008 ، ص70.

[2] عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، دار هومة ، الجزائر 2007 ، صفحة 42 .

[3] حكومي منير ، الولاية في عقد الزواج ،مقال منشور في مجلة المحضر القضائي ، العدد التجريبي ،2006/02/23 ، صفحة19.

[4] ابن قدامـة، عبد الله بن أحمد ، المغني ، دار الفكر، بيروت ،الطبعة الأولى، 1405 هـ ، جزء 6 ، صفحة462 .

[5] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة السادسة، سنة 2010 ، صفحة 166 .

وعرفت الوكالة على أنها : تفويض شخص لغيره كي يقوم مقامه في تصرف معين يحق له فعله ويكون قابلا للنيابة[1]. والوكيل في النكاح إما أن يكون وكيلا عن الزوج أو الزوجة :

1ــ توكيل الزوج غيره في النكاح : و هو باتفاق الفقهاء على صحته فيجوز للرجل البالغ إذا أراد أن يتزوج أن يوكل غيره في مباشرة عقد زواجه ، أو أن يتولى العقد بنفسه بغير خلاف .

2ــ توكيل المرأة من يزوجها: اختلــف الفقهاء في جواز توكيل المرأة من يزوجها:

أ) الرأي الأول :

قال الحنفية يجوز للمرأة البالغة العاقلة الراشدة أن تباشر عقد الزواج سواء زوجت نفسها أم زوجت غيرها فلها أن توكل من يزوجها ، لأن من شروط الموكل أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به نفسه[2] ، وهذا الرأي هو المعمول به في قضاء مصر .

وهناك قول للمالكية إذا وكلت الدنيئة كالمعتقة والمسكينة أجنبيا في بلد ليس فيه سلطان أو فيه لكن يعسر وصولها إليه ولا ولي لها جاز[3].

لقد كان المشرع الجزائري في المادة (20) قبل إلغاءها ينص على أنه يجوز للزوج أن يوكل غيره في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة فلم يكن هناك مانع من ذلك حيث قررت " يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في ابرم عقد الزواج بوكالة خاصة " ، ولكن الإشكال الذي يطرح هل تطبيق النص يكون على الزوجين أو على الزوج أي الرجل؟ لأن النص العربي على خلاف النص الفرنسي للمادة (20) ، فالنص الفرنسي يجمع في الحكم بين الزوجين أي الرجل والمرأة [4]، ثم إن المشرع قد نص في المادة (11) بقوله :" يتولى زواج المرأة وليها " فهل يعني هذا وكيلها؟ ، و بالتالي يكون المشروع قد قام بتفسير المقصود من نص المادة (20) ، أو على الأقل تدارك جواز صحة الوكالة من الزوجة .

---

[1] رمضان علي الشرنباصي و محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2010/2009 ، صفحة192 .

[2] الكاساني أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،دار الفكر ، بيروت 1982 ، جزء 6 ، صفحة 20.

[3] القرافي أحمد بن إدريس ، الذخيرة ، دار الغرب ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى، سنة 1994 م ، جزء 4 ، صفحة 240.

[4] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية، سنة 2008 ، صفحة 43 .

ب) الرأي الثاني:

جمهور الفقهاء ليس للمرأة أن تلي عقد الزواج بنفسها سواء زوجت نفسها أم غيرها فليس لها أن توكل من يتولى عقد زواجها ، لأنها لا تملك هذا الحق فما لا تملكه لا يصلح أن توكــل فيه .[1]

أنواع الوكالة في الزواج : قد تكون مطلقة أو مقيدة .

1ــ الوكالة المطلقة : وهي التي لم يذكر فيها الموكل ما يقيد سلطة الوكيل ، فلا يعين فيها الرجل امرأة معينة ، ولا بأهلها ، ولا بوصفهـــا، ولا بقدر معين من الصداق .

أ) إذا كان الموكل الزوج : عند أبي حنيفة أن يتصرف وفق ما يرى، وينفــذ تصرفه على الموكل ما لم يكن متهما في هذا التصرف ، أما عند أبي يوسف محمد فالوكيل يتقيد بالمتعارف عليه وإلا كان تصرفه موقوفا على إجازة الموكل ، لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص.

ب) إذا كان الموكل الزوجة : فهنا الوكيل يتقيد بالكفء ومهر المثل أو أكثر وإلا كان العقد متوقفا على الإجازة منها ومن وليها .

2ـ الوكالة المقيدة : هي التي يقيد فيها الوكيل بشيء معين[2]، هنا يلتزم الوكيل بالحدود التي قيده بها الموكل فلا يجوز له مخالفتها إلا إلى ما هو أفضل ، فإن لم يكن كذلك و تجاوز الوكيل حدود هذه الوكالة أصبح عقد الزواج موقوفا على إجازة الموكل حتى ولو حصل دخول بالمرأة طالما لم يعلم الموكل بالمخالفة[3] .

إلا أن بعد تعديل قانون الأسرة لموجب الأمر 02/05 ، اختلف شراح القانون حول مدى صحة الوكالة في عقد الزواج إلى اتجاهين:

---

[1] ابن قدامــة، المغني ، مرجـــع سابـــق ، جزء 6 ، صفحة 449 .

[2] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، مرجـــع سابـــق، صفحة 44 .

[3] رمضان علي الشرنباصي و محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء مرجـــع سابـــق، صفحة 195 .

الفرع الأول : صحة الوكالة في عقد الزواج .

يرى البعض أن التوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا و قانونا، فهي تدخل ضمن أحكام النظرية العامة للعقد كما أن الوكالة أمر فيه تسهيل للناس ، و خاصة إذا كان الزوج مسافرا في بلد أجنبي و لا يستطيع التنقل فمنـــع الوكالة إذا في عقد الزواج من شأنه التضييق على الناس، ثم رغم إلغاء المادة (20) من قانون الأسرة الذي يكون من جرائه أوجد المشرع فراغا قانونيا بمقتضى التعديل الجديد لا يعنى هذا عدم رجوع القاضي إلى أحكام المادة (222) من قانون الأسرة أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية مما يعني العودة مجددا إلى أحكام الوكالة في عقد الزواج [1] ، وبالتالي يصبح التعديل لا معنى له .

نص المشرع في المادتين (09) و (10) من قانون الأسرة الجزائري على تبادل الرضا الذي يكون بعـــرض من طرف وقبول من الطرف الآخر، ولكنه سكت عن الطريقة التي يجب أن يتم بواسطتها التعبير عن الرضا، فهل يجب لإبرام عقد الزواج أن يعبر كل من الزوجين عن رضاه شخصيا ، و مباشرة أمام ضابط الحالة ، أو الموثق الذي يتولى تحرير عقد الزواج وبحضور الولي والشاهدين أم يجوز للمرأة أو الرجل أن يوكلا من يشاء لمباشرة إبرام عقد زواجهما و الإعلان عن رضائهما كما هو الحال بالنسبة إلى قواعد النيابة أو الوكالة في الشريعة الإسلامية[2]

إن أمر مسألة الوكالة منصوص عليها في القانون المدني في المادة (571) و ما يليها ، فالمشروع بإلغائه لنص المادة كان على سبيل التكرار فقط[3].

الفرع الثاني: عدم صحة الوكالة في عقد الزواج .

إن قانون الأسرة الجديد يمنع التوكل في عقد الزواج نهائيا، وهو ما يستفاد من إلغاء المادة (20) المتضمن نصا خاصا بإلغاء الحكم القديم ، و بالتالي يعتبر الحكم الجديد ناسخا للحكم القديم ثم إن

[1] بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجـــع سابـــق ، صفحة 71 .

[2] عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ، صفحة 43 .

[3] فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1989 ، صفحة27 .

نص المادة (222) من قانون الأسرة يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي لها الأسبقية في مسائل الأحوال الشخصية بدلا من القانــون المدنـــي[1] .

إن إلغاء المشــرع للوكالة في عقد الزواج يكون بذالك راعى حساسية المسألة فمفهوم الوكالة لا ينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني ، ذلك أن عقد الزواج من العقود الشكلية الرسمية الخطيرة التي تقوم على الاعتبار الشخصي ، وعلى مبادئ الرضا و الحرية و الاختيار ثم أن الوكالة في عقد الزواج تختلف في طبيعتها القانونية ، و وظيفتها وكذا آثارها عن الوكالة كما هي منظمة بمقتضى أحكام المادة (571) من القانون المدني فمثلا: إذا قال المتعاقدين لشخص "زوجني" فهذه الصيغة تدل على معنى التوكيل ، و عقد الزواج يصح أن يتولاه واحد عن الطرفين ، وفي ذلك يختلف عن العقد العادي ، وقد يتولى عقد الزواج عاقد واحد يقوم مقام عاقدين و تقوم عبارته مقام عبارتين ، وذلك يكون إذا كانت له ولاية إنشاء العقد من كل الجانبين وعليه يجب إبعاد الفضولي[2] .

المطلــب الثانـــي: مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين.

أثير نقاش حاد على المستوى العملي حول ما إذا كان من حق الزوجين توكيل غيرهما لحضور إجراءات الصلح قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية بينهما أم لا ؟ ، وسبب هذا النقاش هو اختلاف العمل القضائي في هذا الخصوص ، ويتجاذب هذا الموضوع اتجاهان مختلفان ، يدعو الأول منهما إلى مشروعية الوكالة في إجراء الصلح بين الزوجين قبل الطلاق ، بينما يرى الاتجاه الثاني أن الصلح بين الزوجين مسألة شخصية غير قابل لإجرائه بطريق الوكالة ، ولكل من الاتجاهين مناصرون ، يتمثلون في رجال القانون و القضاء ، وما زال النقاش إلى يومنا يشق طريقه بين أخذ ورد وهذا ناتج إلى غياب نصوص قانونية واضحة تعالج هذا الموضوع من جهة ، ومن جهة كون نص المادتين (49) و(439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تميزتا بالشمولية والعموم فيما يخص إجراء الصلح ، ولم تتطرقا إلى إمكانية توكيل الأطراف أو عدم إمكانية ذلك ، إي حضور

[1] بلحاج العربي , الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، صفحة 168 .

[2] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، صفحة 43.

مجلس الصلح ما عدا نص المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية التي تطرقت في فحواها إلى الوكلاء ، مما يثيـر التسـاؤل عن قصد المشرع بقوله حضور الطرفين فهل يقصد بذلك طرفي عقد الزواج أي الزوج و الزوجة ، أم يقصد غيرهما ممن يملك الوكالة عنهما أو عن أحدهمـــا .

الفرع الأول : جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين.

واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجج التالية :

1. إجراءات محاولة الصلح كما تصح من الزوجين شخصيا تصح كذلك من وكلائهم، و لا مجال للقول بخصوصية قضايا شؤون الأسرة لا سيما و أن المشرع لم يستثن الوكالة من قضايا شؤون الأسرة[1]. والدليل نستشفه من صياغة نص المادة (431) من نفس القانون التي تنص على أنه " يتأكد القاضي ، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا ينظر مع الزوجين أو وكلائهما" . وإن كان المشرع قد ألغى الوكالة في الزواج في المادة (20) بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، إلا إلغاء هذا النص فيما يخص الإنابة في الزواج لا الطلاق، وإن نص المادة (431) لم يستبعد المشرع من خلالها حضور الممثل القانوني بدليل ذكر أن القاضي ينظر مع الوكلاء في الاتفاق.

2. لو كانت للمشرع رغبة في منع الوكالة في هذا المجال أو جعل حضور الزوجين لجلسة الصلح شخصياً واجباً رتب عليه جزاءات بالنص الصريح على ذلك ، كما أن منع التصرفات لا يكون إلا بنص و إلا فهي مباحة إلى أن يتم تقيدها أو منعها تشريعـــا وليس اجتهادا[2] .

3. إن توكيل الزوجين وكيلين عنهما للقيام بمحاولة الصلح لا يختلف عن بعث القاضي حكمين ، خاصة وأن الحكمين في مفهوم القانون وكيلان وليس قاضيين ، علما أن الوكيلين يكونان دائما يحملان عبارات موكليهما ، وتحل إرادتهما محل إرادة الأصيل امتثالا لأوامره وتحقيقاً لإرادته ورغبته ، و إذا كان بعث الحكمين مما ينص عليه القانون ، ويستساغ عقلا ، فما تنصيب الوكيل سوى جزء من هذا المنظور، الذي لا يختلف عنه في الجوهر وإن كانا مختلفين شكلاً مع العلم أن

---

[1] روحمات عبد الله ، الوكالة في صلح الزوجين بين القانون و الواقع العملي ، مقال منشور في مجلة الإشعاع ، المغرب ، 2003 ، عدد 27 ، صفحة 50 .

[2] روحمات عبد الله ، المرجع السابق , صفحة 51 .

حضور الوكيل أو حضور الحكم بصفته وكيلاً ، يغني عن حضور الأصيل بداهة وإلا لما كان للوكالة معنى.

4. أن الوكالة تجوز في كل التصرفات القانونية بما في ذلك الأعمال الإجرائية ، و على ذلك تجوز الوكالة في رفع الدعوى وفي الخصومة ، و ما تتصل بذلك من إجراءات في مادة شؤون الأسرة إذا قام الزوج أو الزوجة بتحرير وكالة لشخص آخر، و قد تكون الوكالة للمحامي بغية رفع دعوى الطلاق أو الخلع أو التطليق ، إلى متابعة الإجراءات إلى غاية صدور الحكم ، فإن مهمته تضم جميع الإجراءات من رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم ، وبما في ذلك حضور الجلسات و تقديم مذكرات و تمثيل الموكل أثناء جلسة الصلح و التحدث باسمه ، وثمة قرار غريب صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14 صرح بوجوب حضور الزوج شخصياً أثناء جلسة محاولات الإصلاح و إبداء طلباته تحت طائلة رفض دعواه [1] فهذا القرار جاء غير مستساغ فيما يخص الوكالة في الطلاق ، فيجوز لأي من الزوجين أن يوكل غيره ليباشر دعوى الطلاق نيابة عنه إلى غاية صدور الحكم أو إلى غاية صدور حكم نهائي ، و تدخل الوكالة في جميع الإجراءات المؤدية إلى صدور الحكم بما في ذلك إجراء محاولة الإصلاح ، وعلى ذلك باستطاعة الوكيل أن يحضر الجلسة لمحاولة الإصلاح نيابة عن موكله و ليس للقاضي أن يشترط حضور الموكل شخصيا ، لأن هذا الأخير قام بتوكيل و إنابة من يمثله أمام القضاء ليتحدث باسمه و لمصلحته ، وقد ذهب إلى هذا الرأي الأستاذ زودة عمر بقوله أن الوكلاء ينظرون في كل شيء في محاولة الصلح وكل الأمور المادية التي ينصب حولها الاتفاق ، و الاجتهاد ذهب عكس القانون الذي لم يستثن محاولات الصلح من الوكالة ، فإذا حضر الأطراف لا يوجد مشكل و في إطار الدور الايجابي للقاضـــي له أن يطلب من الدفاع طلب الحضور الشخصي للزوجين و إذا لم يحضر طالـــب فك الرابطة الزوجية يقوم القاضي بشطب الدعوى ، وهو بهذا التصرف يرتكب خطأ لأنه لا وجود لغياب لكي يكون هناك جزاء ، وان القول بعدم قبول الوكيل هو كلام خارج القانون و روح القانون ، لأن الزوج غير غائب مادام حضر في مكانه الوكيل و عند غيابهما أي الزوج و الوكيل يمكن عندها

[1] بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع – دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة – سلسلة دراسات قانونية , دار هومة ، الجزائر، 2013 ، صفحة 159 .

الشطب أو لو أن القانون قال يجب الحضور الشخصي تحت طائلة الشطب أو الجزاء، لكن هنا القانون أجاز حضور الوكلاء[1].

الفرع الثاني : عدم جواز الوكالة في محاولات الصلح بين الزوجين .

وحجج أصحاب هذا الاتجاه ما يلي:

1.أنه يتعيـــن فيه حضور الزوجين شخصياً لجلسة الصلح أمام القاضي وذلك لتحقيق الغاية المنشودة وهي التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما و الظروف و الملابسات المحيطة به ، كما أن الحضور الشخصي يساعد القاضي على الاسترشاد بالتفسيرات التي قد يبديها الطرفان و التي لها أهمية خاصة في العملية الصلحية ، والأكثر من ذلك أن الصلح في حد ذاته يقتضي تنازلات يقبلها الطرفان وأن الوكلاء لا يمكنهم التعهد بذلك إلا بالرجوع إلى موكليهم لاسيما و أن المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تؤكد على أن يتم الصلح في جلسة سرية نظرا للخصوصية و المسائل الشخصية لكل بيت و لكل زوجين ، مما يتعين معه عدم السماح بحضور غير أطراف الدعوى ، حفاظا على حرمة الأسرة ، وهذا تفاديا لفضح أسرار الأسر[2] وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم 417622 مؤرخ في: 2008/01/16 و الذي جاء في حيثياته ما يلي: " و أن هذا الإجراء هو محاولة الصلح بيت الطرفين و إنه كاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين ولا يصح فيه النيابة ، ومتى تبين أن هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور ، و يعد خطأ في تطبيق القانون لا سيما المادة (49) من قانون الأسرة [3] ".

2. إن المشرع ذكر في المادة (49) قانون الأسرة ، التي تنص:" يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين " ، أي لا بد

---

[1] بن هبري عبد الحكيم ، أحكام الصلح في قضايا شؤون الأسرة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، فرع قانون الأسرة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014 ، صفحة 130 .

[2] قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر، السنة الجامعية 2009/2008 ، صفحة212 .

[3] المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة والمواريث ، قرار رقم 417622 ، مؤرخ في01/16/ 2008 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 ،2009، صفحة 302.

من ضرورة حضور الطرفين ، وذكر المشرع أيضاً في نص المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن القاضي يستمع إلى الزوجين على إنفراد ، ثم معـــا و يتأكد من رضائهما و لم يقل يستمع إلى الوكلاء و إنما ينظر مع الوكلاء في الاتفاق ، ثم لو فرضا وقع الطلاق بالوكالة في ظل غياب الزوجين أو أحدهما ، ثم يطعن أحدهما في الوكالة بالتزوير[1] ، وكانت الزوجة المطلقة مثلا قد تزوجت برجل أخر فكيف يمكن تدارك هذه الأشكال ؟ .

رغم أن الحل لتفادي مثل هذه الأشكال هو منع جواز الصلح بالوكالة بحيث يتوجب أن يتدخل المشرع ويضع نصـــا قانونيـــا يستثني إجراءات الطلاق من المبادئ العامة المتعلقة بالوكالة.

3. إن المحامي له إنابة خاصة في الدعوى ، فهو لا ينوب في الأمور الشخصية بما في ذلك الصلح و إلا هذا الأخير يصبح بدون جدوى إذ يعد مجرد إجراء شكلي، ضف لذلك أن الحكمة المنصوص عليها في المادة (431) تنتفي.

4. يفهم عدم جواز توكيل شخصا أخرا بوكالة خاصة طبقا لنص المادة (574) من القانون المدني فلهذا يستحسن حضورهما أمام القضاء وخصوصـــا أن القضاء يرتب آثار في حالة عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجية ، و بذلك وجب حضوره لتفادي شطب القضية ، وحتى يتأكد القاضي من إرادة طالب فك الرابطة الزوجية فيما إن كانت إرادته صحيحة وغير مشوبة بعارض أو بمانع من موانع الأهلية ولذا اتجه العمل القضائي إلى عدم جواز الإنابة عن الزوجين في محاولة الصلح ، كل ذلك للتأكد من صحة انصراف إرادة الزوجين أو أحدهما شخصياً لوضع حد لإنهاء عقد الزواج.

لقد أضحى لزاما أن يتدخل المشرع ، ويبرز موقفه بوضوح بشأن الوكالة في إجراءات الصلح بين الزوجين وذلك بتعديله لنـص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، حتى يضع حدا للممارسات القضائية المختلفة[2].

---

[1] بن حليمة يمينـــة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة– دراسة مقارنة– ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة ابن خلدون ، تيارت ، السنة 2012/2011 ، صفحة 119.

[2] بن هبري عبد الحكيم ، أحكام الصلح في قضايا شؤون الأسرة ، مرجع سابق ، صفحة 228 .

الفصـــل الثاني

إشكالات المادتين 38و39 الملغاتين

من قانون الأسرة الجزائري

إن الإسلام يسوي بين الرجل والمرأة وهي مساواة تترجم إلى حقوق وواجبات ، ويعد عقد الزواج واحدا من أهم المساحات الفقهية التي تتحرك فيها حقوق الرجل والمرأة في تكامل يحقق المساواة ، وفي تبادل يوافق العدالة ، وقد نص القرآن الكريم في قوله تعالى :﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ سورة البقرة الآية 228.

فالآية الكريمة تضع المبدأ العام ، وتنص أحكام القرآن على تطبيقاته في ميادين كثيرة ، ومجالات متعددة والزواج الإسلامي يأتي في مقدمة هذه الميادين والمجالات .

كما أن الحقوق التي هي لكل واحد منهما ، هي بطبيعة الحال بمثابة واجبات على الآخـــر، وبمراعاة هذه الحقوق والقيام بتلك الواجبات ، تستقر وتزكى الرابطة الزوجية ، وتقوم الحياة الزوجية على المودة و الرحمة .

ولقد نظم قانون الأسرة حقوق وواجبات الزوجين في مواده من(36) إلى (39) ، فورد في المادة (36) الواجبات المشتركة بين الزوجين ، و أما الواجبات التي هي على الزوج نحو زوجته ، بينها المشرع في المادة (37) السابقة منه ، أما في التعديل الجديد تكلم عن الذمة المالية فقط ، وجاءت المادتان (38) و(39) السابقتـــان تنص على حقوق وواجبات الزوجة واللتان ألغيتا بموجب الأمر 02/05.

بالزواج الشرعي يتم حماية المجتمع من الفساد و إحصان الرجل والمرأة ، وهذا ما يرتب حقوق وواجبات لكل منهما بموجب هذا العقد وسنتطرق إلى معالجة هذا الفصل من خلال مبحثين :

المبحث الأول : إشكالات المادة (38) الملغاة .

المبحث الثاني: إشكالات المادة (39) الملغاة .

المبحـــــث الأول : إشكـــالات المـادة (38) الملغـــاة من قانون الأسرة :

تعرض قانون الأسرة قبل التعديل إلى حقوق الزوجة علي زوجها في المادة (38) ومن بينها : حق زيارة أهلها واستضافتهم ، وحرية التصرف في مالها ، أما في التعديل فقد أدرجت هاته الحقوق في المادتين (36) و (37) ، ولأن هذه الحقوق تفرض نفسها شرعا وقانون وجب أن نتطرق إليها .

المطلب الأول: السماح للزوجة بزيارة أبويها ومحارمها واستضافتهم .

نصت المادة (1/38) بأنه: " للزوجة الحق في زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف", فيحق للزوجة زيارة أهلها بالذهاب إليهم في مسكنهم ، أو استقبالهم في مسكنها بالمنطق والمعقول طبقا لأحكام الشرع والعرف ، واشترط المشرع الجزائري أن تكون مقصورة على المحارم وهم الذين ليس معهم حق إنشاء عقد الزواج , كالوالدين و الإخوة و الأعمام والأخوال وأن تكون هذه الزيارة بالمعروف أي في حدود اللزوم ولمدة مقبولة وفي الأوقات المناسبة حتى لا تتحول إلى أداة تخريب وعلى حساب رعاية الأولاد[1] .

وقد طرح التساؤل حول هذا الحق الممنوح للزوجة وأهميته , فهل كان من الضروري تقنين سلوك وتحرك الزوجة ضمن قانون الأسرة؟ ، أو ليس هذا الأسلوب هو حماية لمركز الرجل في وسط الأسرة ،وفي حالة رفض الزوج تنقل الزوجة فماذا بإمكانها العمل هل يحق لها طلب التطليق مثلا؟ لقد ذهب الاجتهاد القضائي في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/02/25 أن عدم رغبة الزوجة في البقاء مع الزوج الذي منعها من زيارة أهلها في فرنسا لا يعد سببا لتطليقها وجاء في حيثيات القرار:

"حيث أن الزوجة المطعون ضدها طلبت التطليق بدعوى أن زوجها منعها من السفر لزيارة أهلها

[1] يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ، الزواج والطلاق ، دار هومة ، الطبعة الثانية ، الجزائر، سنة 2008 ، صفحة 35 .

وهذا داخل في باب الضرر ولا تطلق بموجبه وأن القرار المطعون فيه بعد تعسف الزوجة في طلب الطلاق حكم لها على أساس أنها غير راغبة في زوجها[1]

أما عن موقف المشرع الإسلامي فجاء كما يلي :

ـ قال المالكية والحنفية في القول المفتى به عندهم : للمرأة الخروج لزيارة والديها كل جمعة ومحارمها كل سنة ولو بغير إذن الزوج لأن ذلك من المصاحبة بالمعروف المأمور بها ومن صلة الرحم ، وقيده المالكية بأن يكون الولدان في البلد[2]

والصحيح من مذهب الحنفية وهو قول المالكيـــة لا يمنع أبوي الزوجة من الدخول عليها كل جمعة ولا يمنع غيرهما من المحارم كل سنة, وكذا بالنسبة لأولادها من غيره إن كانوا صغارا لا يمنعهم الزوج من الدخول إليها كل يوم مرة وإن اتهم والديها بإفسادها فيقضي لهم بالدخول مع امرأة أمينة من جهة الزوج وعليه أجرتها .

– وذهب الشافعية وهو قول للحنفية إلى أن له المنع من الدخول معللا بأن المنزل ملكه وله حق المنع من دخول ملكه وهو ظاهر الكنز وهو اختيار القدوري وجزم به في الذخيرة.

وقيل لا منع من الدخول بل من القرار لأن الفتنة في المكث وطول الكلام .

– ومذهب المالكية أن يقضي بزيارة والديها وأولادها الكبار من غيره في بيت الزوجية كل جمعة مرة[3] .

وذهب الشافعية إلى أن للمرأة الخروج من بيت الزوجية لزيارة والديها ومحارمها في غيبة الزوج إن لم ينهها عن الخروج وجرت به العادة من التسامح بذلك أما إذا نهاها عن الخروج في غيبته فليس

---

[1] ربيحة إلغات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي ، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، السنة 2011 م ، صفحة 50.

[2] ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار , مرجع سابق ، الجزء2 ، صفحة 664 .

[3] قليوبي ، أحمد بن أحمد ، وعميرة أحمد البرلسي ، حاشيتا قليوبي وعميرة ، إشراف مكتب البحوث الإسلامية ، دار الفكر ، بيروت ، دون طبعة ، 1995 ، جزء 4 ، صفحة 74.

لها الخروج لزيارة والديها ومحارمها ولا لغيرهم[1].

وذهب الحنابلة إلى أنه ليس للزوج منع أبويها من زيارتهما لها لما فيه من قطيعة الرحم ، لكن إن عرف بقرائن الحال حدوث ضرر بزيارتهما أو زيارة أحدهما فله المنع[2] .

إذا كان هذا موقف المشرع الإسلامي وقانون الأسرة رقم 11/84 فما موقفه بعد تعديل قانون الأسرة؟ .

تبنى المشرع هذا الحق وأقره في تعديله الجديد في الفقرة السابعة من المادة (7/36) بنصه على ما يلي: " زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه واستضافتهم بالمعروف" وأصبح هذا الحق لكلا الزوجين بعد أن كان مقصورا على الزوجة فقط في المادة (01/38) ولعل هذا من باب المساواة المنادى بها في الحقوق الزوجية لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو الفارق في عبارة أقاربه المنصوص عليها في المادة (07/36) المعدلة وعبارة " أهلها من المحارم" التي ذكرت في المادة (01/39) ، لأن الفارق في العبارة قد يطرح نزاعا على مستوى الزوجية بل قد يمتد إلى الأسرة ، وذلك باعتبار أن المجتمع الجزائري مجتمع محافظ بطبعه ، ألم يكن المشرع أدق في عبارته في نص المادة (01/38) استنادا إلى قول الشرع في ذلك أم أن هذا الأمر عذره موجود في قانون الأسرة أنه قد وجد على عجل فيكون من باب الأخطاء اللغوية والتي كثيرا ما نراها في نصوص مواد قانون الأسرة؟ أم هو من باب التوسيع في حرية المرأة تحت ضغط الجمعيات النسوية ؟

---

[1] الأنصاري ، زكريا بن محمد ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ,الطبعة الأولى، 2000، جزء 7 ، صفحة 20.

[2] البهوتي ، منصور بن يونس ، شرح منتهى الإرادات ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ،الطبعـــة الأولى ، 1421 هـ/2000 م ، جزء5 ، صفحة 317 .

المطلب الثاني: حق حرية الزوجة في التصرف في مالها .

قبل التطرق إلى رأي المشرع الجزائري في قانون الأسرة نعرج إلى معرفة رأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة .

الفـــرع الأول: موقـــف المشرع الإسلامي.

القاعدة العامة للزوجة حرية التصرف في أموالها ما دامت متمتعة بأهلية التصرف في أموالها وأهلية التقاضي ومع ذلك هل يمكن تصور عدم تدخل الزوج خاصة لبعض التصرفات الخطيرة التي قد تبرمهـــا الزوجـــة؟ هذا الإشكال يتجاذبه اتجاهان:

ـــ الاتجاه الأول : جواز تصرف المرأة في مالها الخاص.

للزوجة أن تحتفظ بنفس الحقوق والسلطات على أموالها كما كان وضعها قبل الزواج فهي ليست في حاجة لا لإذن الزوج ولا إلى مساعدته فلها الحرية في كل التصرفات في أموالها فالزوجة تبقى مالكة لكل الأموال التي جاءت بها قبل الزواج أو أثناءه ، فليس للزوج الحق في التدخل في تصرفاتها المالية سواء كانت معاوضة أو تبرع مادامت بالغة رشيدة وهذا القول لجمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية ومالك وأحمد في روايتين عنهما [1] واستدلوا بما يلي:

ـ الكتاب :

قوله تعالى ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ وَلَا تَأۡكُلُوهَآ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْۚ وَمَن كَانَ غَنِيّٗا فَلۡيَسۡتَعۡفِفۡۖ وَمَن كَانَ فَقِيرٗا فَلۡيَأۡكُلۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِذَا دَفَعۡتُمۡ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبٗا ﴾ سورة النساء الآية (6) ففي الآية دليل على رفع الحجر ببلوغ سن الرشد ويستوي في ذلك الذكر والأنثى متزوجة أو غير متزوجة .

ـ السنة:

ما رواه الشيخان عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ: « قَامَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ

[1] ابن عابدين , رد المحتار على الدر المختار , مرجع سابق ، صفحة 153 .

الفِطْرِ فَصَلَّى، فَبَدَأَ بِالصَّلاَةِ، ثُمَّ خَطَبَ، فَلَمَّا فَرَغَ نَزَلَ، فَأَتَى النِّسَاءَ، فَذَكَّرَهُنَّ وَهُوَ يَتَوَكَّأُ عَلَى يَدِ بِلاَلٍ، وَبِلاَلٌ بَاسِطٌ ثَوْبَهُ يُلْقِي فِيهِ النِّسَاءُ الصَّدَقَةَ » [1] .

فالحديث يدل على جواز الصدقة من الزوجة مطلقا بمالها دون إذن زوجها ولم يحدد بالثلث.

ما رواه البخاري عَنْ أَسْمَاءَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا لِيَ مَالٌ إِلَّا مَا أَدْخَلَ عَلَيَّ الزُّبَيْرُ، فَأَتَصَدَّقُ؟ قَالَ: « تَصَدَّقِي، وَلاَ تُوعِي فَيُوعَى عَلَيْكِ »[2]

ففي الحديث أنه أمر بالصدقة مما في يدها من مال ولم يأمرها باستئذان الزبير وهو زوجها.

ـ الاتجاه الثاني: عدم جواز تصرف المرأة في مالها الخاص:

جاءت المالكية باستثناء على قاعدة الزوجة من الناحية المالية في حرية تصرفها، فوضعوا قاعدة وجوب التضييق من حرية المرأة ومجال هذا التضييق نوعان من عقود التبرع :

1.الهبة إذا تجاوزت ثلث أموال المرأة و يدخل في هذا التصرف المهر لأنه يعتبر من أموال الزوجة .

2 ـ الكفالة لمصلحة الغير .

وأدلتهم من:

ـ السنة:

حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: قال صلى الله عليه وسلم : « لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ، إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » [3], فالحديث يدل على منعها من التصرف مما يؤدي إلى إنهاك المال والإتيان عليه بلا عوض ما لم يكن هناك إجازة صريحة من زوجها وقيده مالك بالثلث قياسا على

---

[1] البخاري ، كتاب أبواب العيدين ، بـاب موعظة الإمام النساء يوم العيد ، جزء2 ، صفحة 21 ، حديث رقم 978.

[2] البخاري ، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها ، بـاب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة , جزء 3 ، صفحة 158 , حديث رقم 2590.

[3] النسائي ، كتاب الزكاة ، بـاب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، حلب ،الطبعة الثانية ، 1406 هـ جزء 5 ، صفحة 65 ، حديث رقم 2540 .

المريض ، بينما منع ذلك مطلقا طاووس واستثنى مالك اليسير من العطية مما تعارف في عادة الناس.

قال القرافي في الذخيرة [1] في معرض حديثه عن هبة المرأة لصداقها " إذا وهبته للزوج بعد القبض أو قبله وهي نافذة التصرف فلا رجوع لها.... أو لأجنبي قبل القبض نفذت الهبة إن حملها ثلثها وإن زاد على الثلث بطل الجميع , لأن المرأة محجور عليها بسبب الزوج في مالها إلا في الثلث فيكون هذا التصرف باطلا إلا أن يجيزه الزوج .

ولعل الإمام مالك رحمه الله عليه لما أقر للمرأة حق التصرف في أقل من الثلث وعلق ما يزيد عليه على إجازة الزوج لما له من حق عليها أنه أراد أن يقيد هذا بالحديث الصحيح الذي رواه أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: « تُنْكَحُ المَرْأَةُ لأَرْبَعٍ : لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ، تَرِبَتْ يَدَاكَ »[2].

لاحتمال أن هذا الرجل قد تزوجها لمالها فيكون تصدقها بالمال والتصرف المطلق فيه تقوية لمقصد الزوج وربما غاب هذا المقصد عن المشرع الجزائري في المادة(02/38).

الفرع الثاني: موقف المشرع في قانون الأسرة رقم 11/84.

لم يعتمد المشرع الجزائري رأي المالكية وأقر مبدأ حرية المرأة في التصرف في أموالها إذ لا ولاية على مال الزوجية في نص المادة (02/38)"..... حرية التصرف في مالها" وتخضع الزوجة للقيد العام الوارد على الوصية وفقا للمادة (185) من قانون الأسرة " أن تكون الوصية في حدود ثلث التركة " وما زاد متوقف على إجازة الورثة الشرعيين والزوج يرث من زوجته وهو من أصحاب الفرض شرعا وقانونا (144-145) من قانون الأسرة [3] .

---

[1] القرافي ، الذخيرة ، مرجع سابق ، جزء 4 ، صفحة 358.

[2] البخاري ، كتاب النكاح ، بـاب الأكفاء في الدين ، جزء 7 ، صفحة 7 ، حديث رقم : 5090.

[3] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، صفحة 326.

لكن مبدأ حرية تصرف الزوجة في مالها لا يعني الأخذ به على الإطلاق فهو من الناحية العملية يؤدي إلى عدة إشكالات خاصة منها :

1.عدم الاستقلالية الفعلية للذمة المالية للمرأة:

إذا كان المشرع قد كرس مبدأ حرية المرأة في التصرف في أموالها فإن هذا المبدأ وتطبيقاته قد يكون شاسعا لأنه من الصعب التعبير عن الحياة الزوجية المشتركة القائمة على المودة دون أن يساهم كل من الزوجين بموارد مالية .

2.صعوبة إثبات ملكية الأموال:

خاصة تلك التي لا يعرف مصدرها (كالحلي) فهي تؤدي إلى منازعات خطيرة بين الزوجين لأنه بمجرد الطلاق يحظى الجانب المالي منه بنصيب من هذه المواجهات .

3.مشكلة المسكن العائلي:

ويتعقد الوضع إن لم يكن المسكن ملكا لأحد الزوجين فإلى أي منهما يعود في حالة الطلاق ، وطبقا للقواعد العامة [1] يعين القاضي من الزوجين من يمكنه من الانتفاع بحق الإيجار باعتبار تكليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد لكن مجيء المادة (52) من قانون الأسرة 11/84 بما تكشفه عن بعض الثغرات أنها لا تسمح للزوجة في كل الأحوال بالانتفاع من المسكن العائلي إلا بشرط ألا يقبل الولي إيواء الزوجة وأن لا يكون للعائلة مسكن آخر فإن طبق هذا النص وكانت الزوجة خاصة فقد ارتكب الظلم في حقها بعد تعديل قانون الأسرة.

إن تركيز العلماء في الشريعة الإسلامية على الروابط الإنسانية والروحية للزواج وانصراف المرأة في العصور الإسلامية إلى شؤون البيت الزوجي دفعهم إلى مناقشة العلاقات المالية بين الزوجين في مجالات ضيقة[2] .

---

[1] دنوني هجيرة ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري ،مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1994، العدد 1، صفحة155 .

[2] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، صفحة 326 .

وملخص القول أن الفقرة الثانية من المادة (38) من قانون الأسرة صريحة بشأن تصرف الزوجة في مالها من تجارة أو عمل أو هبة أو ميراث وليس للقاضي في ذلك اجتهاد والحل متروك لتراضي الزوجين أو اشتراطهما في العقد طبقا للمادة (19) من قانون الأسرة التي تنص : " أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون "

أما بشأن حرية التصرف في مالها الذي تكسبه من وراء العمل الذي تقوم به ، فلا بد من تقييده ، و ذلك أن مقتضيات الزواج تحتم على الزوجة أن تتفرغ لتدبير شؤون المنزل و تربية الأولاد، و أن يتفرغ الزوج للعمل ، ليؤمن حاجيات الزوجة و الأولاد ، و إذا حصل أن طرأ تغيير على هذا الوضع بأن غيرت المرأة وضعها الطبيعي لكسب المال، لأنها ستصرفه حتما في أمور جانبية و يبقى الزوج ملزما بالإنفاق عليها ، وملزما بإطعامها و إكسائها و إسكانها هي و أولادهما من المال الذي يحصل عليه بكدّه ، و قد لا يكفي وحده ولا يفي بحاجياتهم الكثيرة .[1]

ورغم كل هذا الجدال يبقى الزوج ملزما شرعا وقانونا بالإنفاق على زوجته ، من غذاء وكساء وعلاج وسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة و هذا طبقا لنص المادة (78) من قانون الأسرة .

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة .

لعل أول بادرة لتقييد حرية المرأة في التصرف في أموالها جاء في تعديل المادة (36) من قانون الأسرة بإضافة الفقرة الثالثة والتي جاء فيها : " التعاون على مصلحة الأسرة بالمساهمة المادية والمالية .."

و تحدد المادة (36) ككل واجبات الزوجين وتجعل منها واجبات مشتركة و متبادلة قائمة على أساس المساواة من أجل مصلح أسرتهما .

وتجدر الملاحظة أن التعديل جعل من الواجبات والحقوق التي كانت بين الزوجين ، واجبات فقط بموجب تعديل المادة (36)، وألغت واجبات الزوج الواردة بالمادة (37)، وحقوق الزوجة

[1] عبد العزيز سعد , قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد , مرجع سابق ، صفحة 202.

الواردة بالمادة (38) وواجباتها الواردة بالمادة (39) وعبر عنها ب"يجب على الزوجين " و ضمنها بالمادة (36) على أنها مشتركة و متبادلة بينهما ، رغم أن الأصل في الإنفاق انه من واجب الزوج و ذلك بالكتاب و السنة والإجماع والقياس.

أما الكتاب :

فقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ ﴾ **سورة** البقرة الآية (233)

و قوله أيضا : ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ ﴾ .سورة الطلاق الآية (07)

و أما الحديث : فقوله صلى الله عليه و سلم : « فَاتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ، فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ »[1]

و في القياس فإنـه من القواعد المقررة في النفقة أن من حبس لحق غيره ، فنفقته واجبة عليه ، فلقد حبست الزوجة نفسها للقيام على البيت ورعاية شؤونه فحقت لها النفقة جزاء الاحتباس ، و لقد انعقد إجماع المسلمين على ذلك من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى الآن لم يخالف في ذلك أحد , فمخاطبة الزوجة في هذه الفقرة للمشاركة في الإنفاق هو خروج عن الأصل ، خصوصا و أن الفقرة جاءت ضمن واجبات الزوجين و كأن الزوجة يجب عليها الإنفاق على زوجها، فإن كان واضعوا التعديل يقصدون المرأة العاملة وجب عليهم إبراز هذا الجانب , ثم أتى المشرع بتعديله بالنقيض في المادة (37) منه بتأكيده على استقلال الذمم المالية لكل من الزوجين و هذا كأصل عام مما كانت تنص عليه المادة (38) من حرية المرأة في التصرف في أموالها ، و الاستثناء الذي جاء به المشرع أن الزوجان يمكنهما أن يتفقا على خلاف ذلك بموجب عقد رسمي، و ذلك حين إبرام عقد الزواج أو بعده بأن تكون الأموال التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية مشتركة

[1] مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، كتاب الحج ، بـاب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون طبعة ، ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، جزء2 ، صفحة 886 ، حديث رقم : 1218.

بينهما ، حسب النسب التي يتفقان عليها و لكن هذا يوحي بأن الحياة الزوجية مجرد صفقات ، يتم فيها احتساب النسب و ما إلى ذلك ، و تنتفي معها حلاوة الحياة الزوجية من ثقة و اطمئنان للطرف الآخر .

و لعل واضعي التعديل أرادوا أن يلفتوا انتباه الزوجة إلى إمكانية مشاركة الزوج في الإنفاق إذا كانت صاحبة مال ، و هذا لجعل الحياة الزوجية أكثر ميسرة و ذلك من باب حسن العشرة و الأخلاق ، و لكن لا يمكن جعل هذه الإمكانية في باب الواجبات لأن الزوجة في النهاية غير مجبرة على الإنفاق مع الزوج و هذا ما أكدته المادة (37) المعدلة و ما يدعم هذا الرأي بأنها غير مجبرة على الإنفاق مع زوجها ، أنه إذا رفع الزوج دعوى طلاق وبرر طلبه بـــأن الزوجة لم تقم بالمساهمة المادية و المالية من أجل مصلحة الأسرة ، فهل يحكم القاضي بالطلاق مع تظليم الزوجة، أم أنه طلاق تعسفي ؟ .

فالزوج مثلا إذا لم تعامل زوجته والديه معاملة حسنة ، فيكون الطلاق مع تظليم الزوجة بسبب الضرر الذي ألحقته به ، وبالتالي فإنه من غير المنطقي تظليم الزوجة بسبب عدم الإنفاق، لان هذا يتنافى مع الشرع ، و ما الحل إذا ما دفع الزوج بفسخ عقد الزواج إذا تضمن شرط حرمان المرأة من الإنفاق عليها أو شرط التنازل له عن راتبها الشهري ؟ .

فهناك احتمالان :

ـــ إ ما بناء على المادة (19) من القانون الأسرة الذي تتيح إمكانية اشتراط ما يراه الزوجان في العقد ما لم يتناف مع هذا القانون ، و منه اعتبار أن التنازل عن النفقة و التنازل عن الراتب مخالف للشرع و القانون مما يؤدي إلى إبطال الشرط و إبقاء العقد صحيح ، و ذلك باعتبارها شروط مخالفة لمقتضى العقد.

ـــ و إما فسخ عقد الزواج لعدم التزام الزوجة بمقتضيات العقد ، و تفريقها عن زوجها لمجرد أنها لم ترض بالإنفاق ، و هذا حسب اعتقادنا إجحاف في حق المرأة .

و لم نجد في الواقع العملي حالة وقع فيها فسخ عقد الزواج لعدم التزام الزوجة ، بما ورد في العقد و هذا راجع حتما إلى أنه لا يمكن أن تتنازل الزوجة عن حق من حقوقها أصلا ، أي لا توقع العقد أساسا إذا كان سيحرمها من ثمرة جهدها أو حقها في قيام الزوج بواجباته تجاهها .

و لكن ورغم كل هذه الإشكاليات و الجدال حول الذمة المالية للمرأة أننا نعلم أن المرأة المسلمة عموما إذا كانت صاحبة مال فهي لا تبخل بأن تساهم في مصاريف الحياة الزوجية ولا أن تفك ضيقة لزوجها ، و هذا من طباع المؤمنين الذين ألف الله بين قلوبهم بالإيمان .

إضافة إلى هذا إن المشرع لم يعط تفصيلات لهذا الموضوع وبالتالي فالمسألة خاضعة لاتفاق الطرفين في المقام الأول وإلا فإنها تخضع للأحكام العامة في القانون المدني والتجاري حسب طبيعة الموضوع و الذي أغفله المشرع ضمن هاته التعديلات حق عدم التعرض لأموالها الخاصة التي تتصرف فيها بكل حرية دون رقابة الزوج.[1]

المبحث الثاني : إشكالات المادة 39 الملغاة من قانون الأسرة .

كما خصص المشرع الجزائري المادتين(37) و (38) من قانون الأسرة لتنظيم حقوق الزوجة فحصرها في حق النفقة الشرعية و العدل بين الزوجات عند التعدد ، و زيارة الأهل و استضافتهم بالمعروف و حرية التصرف في مالها ، و رغم أن المشرع اكتفى بذكر هذه الحقوق إلا أنه لا يقصد إعفاء الزوج من بقية الالتزامات الأخرى التي تحتمها مقتضيات نظام الزواج و أهدافه فنصت المادة (39)عن حقوق الزوج على زوجته و حصرها في طاعة الزوج باعتباره رئيس العائلة و إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و احترام والـدي الزوج و أقاربه .

المطلب الأول: طاعة الزوجة لزوجها.

نصت المادة (39) من قانون الأسرة رقم : 11/84 على " طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة" ، إن حق الطاعة حق مقرر للزوج على زوجته فعلى الزوجة أن تطيع زوجها في غير ما نهى الله تعالى عنه لحديث عبد الله بن مسعود قال النبي صلى الله عليه وسلم « لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ

[1] بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل, دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، مرجع سابق ، صفحة 166 .

فِي مَعْصِيَةِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ » [1] ، و لحديث النبي صلى الله عليه وسلم « لاَ طَاعَةَ فِي مَعْصِيَةٍ، إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي المَعْرُوفِ »[2] .

كما أنه ليس من المقصود بالطاعة : الطاعة العمياء وإنما للزوجة حق في إبداء الرأي في شؤون الأسرة وفي نظام تربية الولد بما يشعرها بالحياة المشتركة[3].

الفرع الأول :حق الطاعة في الشريعة الإسلامية.

أولا: تعريف الطاعة.

أ) **لغـــة:** هي الانقياد والموافقة يقال طاعة إطاعة أي انقاد له والاسم طاعة ، قالوا ولا تكون الطاعة إلا عن أمر كما إن الجواب لا يكون عن قول: يقال أمره طاعة فأطاع وطوعت له نفسه رخصت وسهلت[4].

ب) اصطلاحا: موافقة أمر الزوج والامتثال له على الوجه الذي يقره الشرع ويحميه .

ثانيا: أدلة مشروعية الطاعة.

من القرآن:

قال تعالى﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٞ لِّلۡغَيۡبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُۚ ﴾ سورة النساء الآية 34. قال القرطبي: قيام الرجال على النساء هو أن يقوم بتدبيرها وتأديبها وإمساكها في بيتها ومنعها من البروز (الخروج) ، وأن عليها طاعته وقبول أمره ما لم تكن معصية[5].

---

[1] أحمد بن حنبل ، مسند الإمام أحمد ، طبعة دار الرسالة ، الطبعة الأولى، 1421 هـ ، جزء 6 ، صفحة 432 ، حديث رقم 3889.

[2] البخاري ، كتاب أخبار الآحاد، بـاب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق ، جزء9 ، صفحة 88 ، حديث رقم7257 .

[3] أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية ، مكتبة الفلاح ، الكويت ،1985 ، صفحة 274 وما يليها.

[4] الفيومي ، أحمد بن محمد ، المصباح المنير في شرح غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية ، بيروت بدون طبعة ، بدون سنة ، جزء 2 صفحة 380 .

[5] القرطبي ، محمد بن أحمد ، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية ، طبعة2 ، 1964م ، جزء5 ، صفحة 169.

قال تعالىۚ ﴿وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾ سورة البقرة الآية 228.

قال الإمام الرازي " إن الزوج كالأمير والراعي والزوجة كالمأمور والرعية فيجب على الزوج سبب كونه أميرا و راعيا أن يقوم بحقها ومصالحها ويجب عليها في مقابلة ذلك إظهار الانقياد و الطاعة[1].

من السنة النبوية الشريفة :

ومن الأحاديث الدالة على وجوب طاعة المرأة زوجها وعظمة حقه عليها ما يأتي:

عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، قَالَ: « قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " إِذَا صَلَّتِ الْمَرْأَةُ خَمْسَهَا، وَصَامَتْ شَهْرَهَا، وَحَفِظَتْ فَرْجَهَا، وَأَطَاعَتْ زَوْجَهَا قِيلَ لَهَا: ادْخُلِي الْجَنَّةَ مِنْ أَيِّ أَبْوَابِ الْجَنَّةِ شِئْتِ»[2] ، ولحديث النبي صلى الله عليه وسلم « لَوْ كُنْتُ آمِرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِأَحَدٍ لَأَمَرْتُ المَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا »[3] .

ثالثا: حدود الطاعة.

قال ابن حجر لو دعاها الزوج إلى معصية فعليها أن تمتنع فإن أدبها على ذلك فإن الإثم عليه[4] .

وفي مخالفة أمر الزوج والخروج على طاعته الإثم العظيم لما روى جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم : « ثَلَاثَةٌ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ لَهُمْ صَلَاةً وَلَا يَصْعَدُ لَهُمْ حَسَنَةٌ: الْعَبْدُ الْآبِقُ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى مَوَالِيهِ، فَيَضَعُ يَدَهُ فِي أَيْدِيهِمْ، وَالْمَرْأَةُ السَّاخِطُ عَلَيْهَا زَوْجُهَا حَتَّى يَرْضَى، وَالسَّكْرَانُ حَتَّى يَصْحُو »[5].

---

[1] الرازي ، محمد بن عمر ، مفاتيح الغيب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، طبعة3 ، 1420هـ ، جزء 6 ، صفحة 440 .

[2] أحمد ، مسند الإمام أحمد جزء 3 ، صفحة 199 ، حديث رقم : 1665.

[3] الترمذي ، أبواب الرضاع ، بـاب ما جاء في حق الزوج على المرأة ، حديث رقم :1159.

[4] ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار المعرفة ، بيروت ،1379هـ ، ج9 ، ص 304 .

[5] ابن خزيمة ، محمد بن اسحاق، كتاب الصلاة ،باب نفي قبول صلاة المرأة الغاضبة لزوجها ، وصلاة العبد الآبق ، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة،1404هـ، جزء1 ، صفحة 466 ، حديث رقم : 940.

الفرع الثاني : حق الطاعة في قانون الأسرة الجزائري.

إذا أدى الزوج ما عليه من حقوق والتزامات فأوفى المرأة حقها في الصداق والنفقة والمسكن وحسن المعاشرة أصبحت الطاعة الزوجية واجبة على الزوجة شرعا من غير توقف ذلك على حكم من القاضي بمقتضى القوامة الزوجية ، وعلى الزوجة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة.

أولا: حق الطاعة قبل تعديل قانون الأسرة.

نص المشرع على جملة من الحقوق المعنوية الخاصة تتضمنها المادة (39) من قانون الأسرة من بينها حق الطاعة في الفقرة الأولى: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة " وبالتالي فإن واجب طاعة الزوجة لزوجها مقرر قانونا وشرعا ما لم يكن في ذلك معصية لله عز وجل ، وما يعزز ذلك أن قانون الأسرة في المادة (222) بقولها " كل ما لم يرد عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

وبموجب هذه المادة والتي أقرت بمبدأ الإحالة نجد العديد من النصوص القرآنية والسنة النبوية الشريفة ما تفيد بطاعة الزوجة لزوجها [1] باعتباره رب الأسرة وأب أولادها ورفيق دربها في السراء والضراء وهي معه تحت سقف واحد ويربطهما مصير واحد في حدود الشرع والقانون.

إن الإسلام أعطى الرجل حق القوامة والرياسة في البيت كفاء مسؤوليته المختلفة تجاه الأسرة لقوله تعالى : ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٞ لِّلۡغَيۡبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُۚ ﴾ سورة النساء الآية 34 .

وتظهر قوامة الرجل عندما تختلف وجهات النظر ، وأما في الأمور العادية فكل منهما مسؤول عن الأسرة في حدود مسؤوليته ، لحديث عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، قال: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: « كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، الإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْئُولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالخَادِمُ رَاعٍ فِي

[1] يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ، الزواج والطلاق ، مرجع سابق ، صفحة 62.

مَالِ سَيِّدِهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ قَالَ: – وَحَسِبْتُ أَنْ قَدْ قَالَ – وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي مَالِ أَبِيهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِه »[1].

ثانيا: حق الطاعة بعد تعديل قانون الأسرة.

جاءت المادة (36) بفقراتها السبع بمجموعة من الحقوق المشتركة والمتبادلة بين الزوجين وألغى المشرع المادة (39) من قانون الأسرة والتي كانت تنص على الطاعة في فقرتها الأولى مسايرا في ذلك بعض الاتجاهات المعاصرة التي تدافع عن حقوق المرأة ومطالبة بالمساواة وفسرت واجب الطاعة وفق منظور خاطئ وبعيد عن تعاليم الشريعة الإسلامية ضاربة عرض الحائط ومتجاهلة النصوص من الكتاب والسنة التي تثبت مكانة الرجل وقوامته في الأسرة كأب وزوج , فقام باستبدال مضمون ما جاء في المادة (39) من قانون الأسرة القديم بما احتوته الفقرة "2" من المادة (36) من قانون الأسرة المعدل.

وبمراعاة كل النصوص التي وردت في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة وأيضا النماذج الحية من سلفنا الصالح ، نجد أنفسنا أمام موقف تعلـوه الحسرة والتضجر فكيف يغفل موضوع الطاعة وتلغى مادته؟ .

لقد كان من الأجدر إضافة مواد أخرى لتعزيز هذه المسألة بدل السقوط في فخ أولئك الذين ينادون بأن لا طاعة لأحد من الزوجين على الآخر لان الأفضلية موجودة بحكم القرآن كما هو مذكور في الآية (34) من سورة النساء , لأنه لا مجال لرفع الشعارات الواهية والتنديد بالإنقاص من قيمة الرجل بدعوى المساواة ويكفي الزوجة فخرا و اعتزازا أن الإسلام اعتبر طاعة الزوجة لزوجها جهادا في سبيل الله ، قال الإمام علي رضي الله عنه" :جهاد المرأة حسن التبعل " أي حسن طاعة واحترام ومعاشرة زوجها[2]

[1] البخاري ، كتاب الجمعة ، بـاب الجمعة في القرى والمدن ، جزء2 ، صفحة5 ، حديث رقم 893.

[2] ربيحة إلغات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ، صفحة 195 .

كما وأن المشرع أقر حق النفقة والصداق للزوجة كان يستوجب عليه عدم إغفال حق الزوج من طاعة زوجته وبذلك يكون المشرع قد اوجد على نفسه فراغا قانونيا كبيرا[1] ,

الفـــرع الثالث: مقتضيات حق طاعة الزوجة لزوجها.

أولا: القـرار فـــي البيـــت.

على الزوجة أن تقيم في البيت مع الزوج في المسكن الذي أعد لهما ، كما عليها أن تكون مع زوجها أينما يكون ، أو تنتقل معه إلى محل إقامته ، فمما على الزوجة لزوجها قرارها في مسكن الزوجية لتتمكن من القيام بواجبها على أكمل وجه ، ولا تخرج من بيت الزوجية بغير إذن زوجها ، قال تعالى ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ ٱلْجَـٰهِلِيَّةِ ٱلْأُولَىٰ﴾ سورة الأحزاب الآية (33)

قال ابن تيميـة:" لا يحل للزوجة أن تخرج من بيتها إلا بإذنه ،.....وإذا خرجت من بيت زوجها بغير إذنه كانت ناشزة ، عاصية لله ورسوله ، ومستحقة للعقوبة.[2]

وقال ابن كثير في تفسيره لقوله تعالى :﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ ٱلْجَـٰهِلِيَّةِ ٱلْأُولَىٰ﴾ الزمن بيوتكن فلا تخرجن لغير حاجة ، ومن الحوائج الشرعية الصلاة في المسجد بشرطه ، كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تمنعوا إيماء الله مساجد الله وليخرجن وهن تفلات » وفي رواية « وبيوتهن خير لهن»[3], إن مهمة الزوجة مرتبطة باستقرارها حيث تتفرغ لإنجاب الأطفال وتنشئتهم ، والاهتمام ببيتها وشؤونه ، ويمكن القول أن القرار في البيت ليس حكما على الزوجة بالحبس ، وحرمانها من الحياة خارج البيت ، وإنما يفضي هذا الحق إلى تنظيم مسؤوليات الأسرة ، وتأكيد مفهوم القوامة ، وأن تؤدي رسالتها على أكمل وجه ، غير أن هناك استثناءات وهو خروج الزوجة لزيارة والديها من حين لآخر ، وإذا كان والدها في حاجة إلى خدمتها فليس للزوج منعها من الذهاب إليه بل يجوز لها أن تزور والدها ، و تتعهده بالرعاية بغير إذن زوجها ، ذلك أن

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، صفحة 317/316 .

[2] ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، مرجع سابق ، جزء 32 ، صفحة 281 .

[3] أحمد شاكر ، عمدة التفسير عن الحافظ ابن كثير ، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر ،الطبعة الثانية ، 2008 ، جزء 3 ، صفحة 41 .

الزوج إذا كان من حقه منع زوجته من الخروج إلا أنه يجب أن يكون حسن النية بأن لا يقصد من المنع الإضرار بها .

وقد أجاز الأحناف خروج الزوجة لتأدية فريضة الحج ولو دون إذن الزوج ، أما الشافعية فقالوا بعدم جواز خروجها للعبادة دون إذن زوجها لأن حقه مقدم[1] .

ثانيا :الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه .

من حسن العشرة بين الزوجين قيام كل طرف بما عليه بما يتلاءم وفطرته البشرية والخلقية ، فهناك مهام لا تصلح إلا للرجل ، وأخرى إلا للمرأة ، ومن هذه المهام قيام الزوجة على شؤون البيت ، والتي طالما كانت محل إشكال يفرض نفسه ، هل خدمة البيت يعد حقا للزوج ، وتكون المرأة مسؤولة عنه ؟ ، أم ليس عليها واجب الخدمة ؟ والمسألة محل نزاع بين اجتهادات الفقهاء .

موقف الفقهاء من خدمة الزوجة للبيت .

أ) **الرأي الأول : عدم وجوب خدمة الزوجة لزوجها .**

وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية [2]، وأدلتهم :

قوله تعالى ﴿ نِسَآؤُكُمۡ حَرۡثٞ لَّكُمۡ فَأۡتُواْ حَرۡثَكُمۡ أَنَّىٰ شِئۡتُمۡۖ وَقَدِّمُواْ لِأَنفُسِكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّكُم مُّلَٰقُوهُۗ وَبَشِّرِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴾ سورة البقرة الآية (223)

1. لم يوجب للرجل على زوجتـــه سوى الحدث بمعنى الولاء والاستمتاع.

2. إن المعقود عليه من جهة الزوجة هو الاستمتاع فلا يلزمهـا غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه قال القرطبي : "إن عقد الزواج يتناول الاستمتاع لا الخدمة إلا أنه ليس بعقد إجارة ، ولا تملك رقبة ، وإنما هو حق الاستمتاع ، والمستحق بالعقد هو الاستمتاع دون غيره ، فلا تطالب بأكثر

[1] محمد سمارة ، أحكام واثار الزوجية ، دار الثقافة ،عمان، الطبعة الأولى، 2008 ، صفحة 265.

[2] ابن قدامــة ، المغني ، مرجع سابق ، جزء7 ، صفحة 21 .

منه مصداقا لقوله تعالى﴿فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرٗا ﴾ سورة النساء الآية (34).

وفصل أبو حنيفـــة ومالك والشافعي فقالوا : أن عقد الزواج للعشرة الزوجية لا للاستخدام وبذل المنافع ليس من مقتضى العقد خدمة البيت والقيام بشؤونه ، لأن إعداد البيت واجب على الزوج ، وحق للزوجة على الزوج وبذلك قال تعالى : ﴿أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ ﴾ سورة الطلاق الآية (6) ، وقالوا ليس في أدلـــة الشرع ما يلزم المرأة بخدمة زوجهـــا إلا إن كانت من طبقة تجيز لها ذلك[1].

نقد أصحاب هذا الرأي : إن قولهم بأن الله سبحانـــه وتعالى لم يوجب للرجل على زوجتـــه سوى الوطء والاستمتاع فلا يلزمها غيره ، قول مأخوذ عليـــه ، فالاستمتاع بين الزوجين من الحقوق المشتركة بينهما أي بين الزوجين ، إذ لكل واحد منهما أن يستمتع بالآخر، فليس مخصصا بواحد منهما فقط ، وإنما كانت النفقة والكسوة والمسكن في المقابل الاستمتاع بالزوجة وخدمتهـــا، وهذا ما جرت عليـــه عادة الأزواج ، والأعراف داخل المجتمعات . .

ب)الـرأي الثاني: وجوب خدمة الزوجة لزوجها.

وبه قال المتأخرون من المالكية مخالفين بذلك قول الإمام مالك رحمه الله وهو قول أبو ثور أن عليها أن تخدم زوجها في كل شئ وأدلتهم قوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ ﴾ سورة البقرة الآية (228) ، فقالوا :

1. أن الخدمة هو المعروف عندما خاطبهم الله سبحانه بكلامه ، فترفيه المرأة وخدمة الزوج وكنسه وطحنه وغسيله .... وقيامه بخدمة البيت هو المنكر قوله تعالى : ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ ﴾ سورة النساء الآية(34) ، إذا لم تخدم المرأة بأن يكون هو الخادم لها فهي القوامة عليه .

[1] بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية , دار النهضة العربية ، بدون سنة ، صفحة 281.

2. إن المهر في مقابلة البضع ، وكل من الزوجين يقضي وطره من صاحبه فإنما أوجب الله سبحانه نفقتها وكسوتها ومسكنها في مقابلة استمتاعه بها وخدمتها بما جرت به عادة الأزواج .

3.العقود المطلقة إنما تنزل على العرف والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلية .

4.القول أن الأحاديث محمولة من باب التبرع والإحسان يرده حديث عَلِيٌّ رضي الله عنه « أَنَّ فَاطِمَةَ رضي الله عنها أَتَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَشْكُو إِلَيْهِ مَا تَلْقَى فِي يَدِهَا مِنَ الرَّحَى »[1] ، فلم يقل لعلي لا خدمة عليها وإنما هي عليك ، وكذا الأمر لحديث أسماء رضي الله عنها قالت : « كُنْتُ أَخْدُمُ الزُّبَيْرَ خِدْمَةَ الْبَيْتِ، وَكَانَ لَهُ فَرَسٌ، وَكُنْتُ أَسُوسُهُ، فَلَمْ يَكُنْ مِنَ الْخِدْمَةِ شَيْءٌ أَشَدَّ عَلَيَّ مِنْ سِيَاسَةِ الْفَرَسِ، كُنْتُ أَحْتَشُّ لَهُ وَأَقُومُ عَلَيْهِ وَأَسُوسُهُ »[2] ، وقد وعى نساء الصحابة هذه الأعمال فهما وعملا .

والرأي الراجح عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، قَالَ :قَالَتْ لَنَا أَسْمَاءُ بِنْتُ أَبِي بَكْرٍ: «يَا بَنِيَّ وَبَنِي بَنِيَّ، إِنَّ هَذَا النِّكَاحَ رِقٌّ، فَلْيَنْظُرْ أَحَدُكُمْ عِنْدَ مَنْ يُرِقُّ كَرِيمَتَهُ »[3] ، قال ابن تيمية وهو الصواب وجوب الخدمة فإن الزوج سيدها[4] في كتاب الله وهي عانية عنده بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعلى العاني ـ الأسير ـ والعبد الخدمة ، ولأن ذلك هو المعروف ، ثم من هؤلاء من قال تجب الخدمة اليسيرة ، ومنهم من قال تجب الخدمة بالمعروف ، وهذا هو الصواب فعليها أن تخدمه الخدمة المعروفة من مثلها لمثلها ويتنوع ذلك بتنوع الأحوال وقد نص قانون الأسرة الجزائري على هذا الحق في المادة (1/39) من خلال مفهوم كلمة " مراعاته" ، فهي تستلزم خدمة الزوج والقيام على شؤونه داخل البيت .

---

[1] البخاري ، كتاب النفقات ، بـاب عمل المرأة في بيت زوجها ، جزء 7 ، صفحة 65 ، حديث رقم 5361 .

[2] مسلم ، كتاب السلام ، بـاب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعيت في الطريق ,جزء 4 ، صفحة 1717 ، حديث رقم 2182 .

[3] سعيد بن منصور ، بـاب ما جاء في المناكحة ،تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، دار السلفية ، الهند ،الطبعة الأولى، 1403 هـ ، جزء 1 ، صفحة 191 ، حديث رقم 591.

[4] إشارة إلى قوله تعالى ﴿ وَأَلۡفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا ٱلۡبَابِۚ ﴾ سورة يوسف الآية 25 وعنى بالسيد "الزوج ".

ثالثا : عـدم الإضرار بالزوجـــة .

للزوج حق تأديب زوجته بمقتضى ولايته و رئاسته في الأسرة و هذا ما تنص عليه المادة (39) من قانون الأسرة فقرة " 1" كما أنه يجب عليه نحو زوجته حسن المعاشرة و النفقة الشرعية حسب وسعه و العدل في حالة تعدد الزوجات طبقا لنص المادة (37) من قانون الأسرة.

و قد يسيء الزوج استعمال حقه في ذلك فيؤدي ذلك إلى الإضرار بالمرأة بأي صورة من صور الضرر المنهي عنه شرعا سواء كان ماديا أو معنويا ، مصداقا لقوله تعالى:﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ سورة النساء الآية 19 وهذا الضرر قد يكون سببا من أسباب التفريق بين الزوجين لأن فيه إخلال بحق الزوجة المقرر شرعا هو عدم الإضرار بالزوجة بالفعل والقول.

1. تعريـــف الضرر:

1. أ) لغـــة :

الضرر هو اسم من" الضّر "بالفتح والضّر ضد النفع ومنه قوله تعالى :﴿ وَإِن تَصْبِرُوا۟ وَتَتَّقُوا۟ لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْـًٔا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ مُحِيطٌ ﴾ سورة آل عمران الآية (120) ، والمضرة خلاف المنفعة ، وضرهيضره ضراوضر به ، وأضر به ، وضاره ومضارة وضررا، أما"الضر " بالضم فهو ما كان من سوء حال كالفقر أو شدة[1] ومنه قوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا دَخَلُوا۟ عَلَيْهِ قَالُوا۟ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْعَزِيزُ مَسَّنَا وَأَهْلَنَا ٱلضُّرُّ﴾ "سورة يوسف الآية (88)

1. ب) اصطلاحا:

يقول بعض الفقهاء في تعريف الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقا [2]ومعنى الضرر الذي نود تعريفه هو ذلك الذي يصدر من الزوج سواء بالقول أو بالفعل أو الترك، ويكون هذا الضرر بقصد

[1] ابن منظور ، محمد بن مكرم بن على ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الثالثة، 1414هـ ،جزء4، صفحة482.

[2] أسامة عبد العليم الشيخ ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2007 ، صفحة 57.

وتعمد من طرف الزوج وبدون حق ومبرر مشروع ،لأنه من مقتضيات حسن العشرة بين الزوجين عدم الإضرار بالمرأة بأي صورة من الصور.

2 . حرمـــة الضرر:

عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار[1]» ، والإضرار بالزوجة حرام لكونه من النوع الضرر العام المنهي عنه في الحديث بل هو أشد حرمة ولقد تضافرت النصوص الشرعية على تحريم إضرار الزوج بزوجته ، نجد قوله تعالى: ﴿وَلا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ ﴾ سورة الطلاق الآية (6) .

وهذا موجه للمطلقة وهي في العدة ، فالتي في عصمة الزوج أولى بعدم الإضرار بها أو بحرمتها. و قوله تعالى:﴿ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ ﴾ سورة البقرة الآية (231) ، فالآية و إن كانت في حرمة المراجعة بقصد الإضرار بالزوجة إلا أن هذه الآية فيها دليل على تحريم إضرار الزوج بزوجته بدون حق أو مبرر شرعي ، والضرر المحظور بالزوجة يشمل كل أنواع الضرر سواء بالقول أو بالفعل و سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، فقد جاء في الحديث الشريف عن معاوية القشري عن أبيه ، قال: « قلت : يا رسولَ الله ، ما حق زوجة أحدِنا عليه؟ قال : أن تُطعمَها إذا طَعِمتَ ، وتكسُوَها إذا اكتَسَيْتَ – أو اكتسبْتَ – ولا تضربَ الوجهَ ، ولا تُقبِّحَ ، ولا تَهْجُرَ إلا في البيت »[2] فالحديث قد اشتمل على النهي عن الضرر بالفعل والقول .

3. أنواع الضرر [3]:

1.3. الضرر المادي: وهو نوعان:

---

[1] ابن ماجة ، محمد بن يزيد ، سنن بن ماجة ،كتاب الأحكام ، بـاب من بنى في حقه ما يضر جاره ، دار إحياء الكتب العربية ،بدون طبعة ، بدون سنة ، جزء2 ، صفحة784 ، حديث رقم:2341.

[2] أبو داود ، سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داود ، كتاب النكاح ، بـاب في حق المرأة على زوجها ، مؤسسة الرسالة العالمية ، بيروت ، الطبعة الأولى، 1430 هـ ، جزء3 ، صفحة 476 ، رقم الحديث : 2142.

[3] أسامة عبد العليم الشيخ ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية ، مرجع سابق، صفحة 65 وما يليها .

1.3.أ) الضرر الجسماني:

هو ما يصيب الإنسان في جسمـه من جراح يتـرتب عليــه تشويه أو عجز عن العمل أو ضعف في الكسب ، و يكون كليا يؤدي إلى إتلاف النفس أو جزئيا.

1.3. ب) الضرر المالي: و يتمثل في تفويت مال على مالكه ، سواء كان هذا التلف قد أصراب المال كله أو بعضه ، أو عيب أصاب هذا المال فأنقص من قيمته [1].

2.3. الضرر المعنوي: وهو نوعان :

2.3. أ) الضرر الأدبي: هو ذلك الضرر الذي لا يمكن تقويمه بالمال ويتمثل فيما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد بمثابة إهانة له ، مثل القذف والسب ، مثال: أحد يشتم أحد فيسبب له آلام نفسية.

2.3.ب) الضرر المعنوي :

يتمثل في تلك التصرفات التي فيها أذى وضرر بها بالقول أو الإشارة أو النظر أو السخرية أو عدم التكلم معها ونحو ذلك من التصرفات غير المشروعة والمضرة بالزوجة.

ـ ومن الضرر المادي والمعنوي أيضا إساءة الرجل وتعسفه في استعمال حقه ، و لأنه من الإضرار بالزوجة عدم إيتائها حقها في الجماع ما دام صحيحا لم يمنعه مانعا فهو من الحقوق المشروعة للزوجة على زوجها قال تعالى : ﴿ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلۡمَيۡلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلۡمُعَلَّقَةِۚ ﴾ سورة النساء الآية (129) ، فلاهي فارغة فتتزوج و لاهي متزوجة إذ لم يوفها حقها من الوطء.

وقد صرح النبي صلى الله عليه وسلم بأنه حق للمرأة لحديث عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو بْنِ العَاصِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « يَا عَبْدَ اللَّهِ، أَلَمْ أُخْبَرْ أَنَّكَ تَصُومُ النَّهَارَ وَتَقُومُ اللَّيْلَ؟» قُلْتُ :بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: « فَلاَ تَفْعَلْ، صُمْ وَأَفْطِرْ، وَقُمْ وَنَمْ، فَإِنَّ لِجَسَدِكَ عَلَيْكَ حَقًّا ، وَإِنَّ لِعَيْنِكَ عَلَيْكَ حَقًّا ، وَإِنَّ لِزَوْجِكَ عَلَيْكَ حَقًّا »[2]

من الأمور التي ينبغي على الزوج ليتجنب عدم الإضرار الزوجة وهي تتمثل فيما يلي:

---

[1] أسامة عبد العليم الشيخ ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية ،مرجع سابق، صفحة 63.

[2] البخاري ، كتاب النكاح ، بـاب لزوجك عليك حقا ، جزء7 ، صفحة 31 ، رقم الحديث : 5199 .

على الزوج أن يكون رحيما ومتسامحا مع زوجته مراعيا في ذلك ما جبلت عليه المرأة من ضعف معنوي ونفسي ، وسرعة التأثر والاندفاع نتيجة التوتر والغضب وخاصة أثناء فترة الحمل والنفاس، وكذلك معاناتها في تربية الأولاد ورعايتهم فضلا عن أعباء الزوج نفسه ، كل هذه الأحوال قد تؤدي بها لتوتر والاضطراب فتظهر الغضب وترفع الصوت وفي بعض الأحيان تمتنع عن تنفيذ ما يأمرها به الزوج ، فعلى الزوج في مثل هذه الأحوال أن يكون متسامحا مع زوجته ويلتمس العذر واللوم الخفيف[1].

4. موقـف قانون الأسرة من الضـــرر :

وتختص هذه الفقرة بكل ضرر معتبر شرعا، و في الفقرة "06 "من المادة (53) قبـل التعديـل كان تخصيص بعبارة :" ولا سيّما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين(8) و(37)" و سواء في النص السابق أو في النص اللاحق في التعديل لم يبرز المشرع وجه الاعتبار الشرعي في نظر القانون على أي ضابط ينبني؟ ، أو على أي أساس يقوم؟ ، فالظاهر أنه لا يقصد الضرر المعتبر في الشريعة الإسلامية فقط ، لأنه حينما كان النص السابق يخصص بالاعتبار مخالفة أحكام المادتين:(8) و(37) من قانون الأسرة بعبارة (و لا سيّما) ، فهو كان يذكر لنا قانون ، و لا يذكر لنا سنّة أو قرآن ولا حكم شرعي ، وهذه الفقرة "10" من المادة (53) من قانون الأسرة ، هي بمثابة إحالة لتقدير القاضي في نظر أي ضرر ترفع الزوجة من أجله دعوى تطليق ، غير الحالات الأخرى ، و بالتالي تمكينه من تقرير ما إذا كان هذا الضرر موجبا للتطليق أم لا ؟! و تبقى إشكالية المصطلح مطروحة بقوة لأن فهمها يختلف لدى القضاة و هي مسألة تقديرية مهما اختلف فيها القضاة و تعارضت أحكامهم [2]

[1] حسن صلاح الصغير عبد الله ، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2007 ، صفحة 96.

[2] بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال ، وهران ،2004 ، صفحة 101.

وعليه فإن أحكام هذه الفقرة ، تبقى مشوبة بالغموض ، في غياب نص واضح يبيّن لنا كيفيات تطبيقها باليقين النافي للجهالة ، لأن المعايير المعتمدة تبقـى غير واضحة في الـقانون بسبب سكوت النص من جهة ، و غموضه أو تناقضه من جهة أخرى ، و هنا يبقى إعمال المادة (222) من قانون الأسرة هو الحل الوحيد ، لإنارة ما خفي من جوانب الفقرة "10" من المادة(53) من قانون الأسرة .

و حتى المادة (08) من قانون الأسرة رقم 84-11 التي ذكرت عبارة المبرر الشرعي لتعدد الزوجات وجاء في الترجمة التفسيرية لها أن الشرعي بمفهوم القانوني لا بمفهوم العبارة العام ، مع التذكير إلى أن إشارة المادة (08) سالفة الذكر لإباحة تعدد الأزواج إذا توافر المبرر الشرعي ليست على إطلاقها بل مقيدة بالمنشور الوزاري المؤرخ في:1985/08/22 الذي حدد المبرر الشرعي في المرض المزمن و العقم على سبيل الحصر ، مما يجعل من عبارة المبرر الشرعي يقصد بها المبرر القانوني و ليس الشرعي بمفهوم الشريعة الواسع ، و يبقى باب الاختلاف حول مفهوم الضرر المعتبر شرعا مفتوحا بين القانون و الشريعة الإسلامية ، مما يقتضي استبدال عبارة معتبر شرعا بعبارة معتبر شرعـا و قانونا رفعا للبس و الإشكال ، أو بعبارة كل ضرر معتبر في الشريعة الإسلامية تبعا لنية المشرع و مراده في هذا الباب .

المطلب الثاني :إرضاع الأولاد عند الاستطاعة:

إن إرضاع الأولاد هو الطريق الأساسي لحماية الطفل من الضياع لأنه في مرحلة الضعف الشديد يعتبر من أهم الواجبات الملقاة على الكبار اتجاه الصغار، وقد نص المشرع الجزائري عليه في المادة(2/39) من قانون الأسرة 11/84على أنه يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة

وتربيتهم فهو من الحقوق المعترف بها شرعا للأولاد [1] , لكن هذا النص تم إلغاؤه بموجـب الأمر 05/ 02 المعدل لقانون الأسرة حيث لم يدرج المشرع الرضاعة ضمن نصوص هذا الأمر وإنما اكتفى بالإشارة إليه فقط في باب موانع الزواج , وهذا ما حتم علينا الرجوع لدراسة هذا المطلب ضمن أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري و إن كان هذا الباب – باب الرضاع ـ من أصعب أبواب الفقه لما له من تداعيات كبيرة على الأسرة و المجتمع وما يطرحه من إشكالات جمة و خطيرة .

الفرع الأول: مفهوم الرضاع مشروعيته وحكمه .

أولا : مفهوم الرضاع :

1. لغة : بكسر الراء و فتحها , مصدر رضع أمه يرضعها بالكسر و الفتح رضعا ورَضَاعا،ورضاعة أي امتص ثديها أو ضرعها وشرب لبنه .[2]

2. شرعـا : اسمٌ لوصول لبن امرأة ، أو ما حصل من لبنها في جوف طفل[3]

ثانيا :.دليل مشروعية الرضاع :

قوله تعالى : ﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ ﴾ سورة البقرة الآية (233)

قوله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ﴾ سورة الطلاق الآية (06)

ثالثا: حكم الإرضاع .

اختلف الفقهاء في حكم الإرضاع إلى اتجاهين :

[1] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، صفحة 167 .

[2] الفيومي ، المصباح المنير في شرح غريب الشرح الكبير ، جزء 1 ، صفحة 229.

[3] ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق ، جزء 2 ،صفحـــة 403 .

1. الاتجاه الذي يرى وجوب الإرضاع :

يجب الرضاع على الأم قضاء وديانة لقوله تعالى ﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ ﴾

فهو إخبار بمعنى الأمر وعند الامتناع يجبرها القاضي بشرطين:

- أن تكون الزوجية قائمة ولو حكما (كالرجعية)
- إذا تعينت الأم لذلك بأن لم يوجد غيرها ولو كانت بائنا من الأب .

واستثنى المالكية :

أ) المرأة المريضة لقوله تعالى ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا ﴾ سورة البقرة الآية (233)

ب) الشريفة التي لا يرضع مثلها [1]

قال ابن العربي والاستثناء من عموم الآية أصل من أصول الفقه هو العمل بالمصلحة ولأن العرف عدم تكليفها بالرضاع فهو كالشرط وبهذا القول يرى الظاهرية .[2]

وقد أخذ بهذا الرأي التشريع العراقي في المادة (55) « على الأم إرضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك»[3] , والتشريع الجزائري في المادة (39 /02) إرضاع الأولاد عند الاستطاعة .

2. الاتجاه الذي لا يرى إجبار المرأة على الإرضاع:

وهو قول الشافعية و الحنابلة : يجب على الأب استرضاع ولده ولا يجب على الأم الإرضاع كما أنه ليس للزوج إجبارها عليه دنيئة كانت أم شريفة في عصمة الأب أم بائنة منه إلا إذا لم يجد من ترضع له غيرها أو لم يقبل الطفل ثدي غيرها أو لم يكن للأب و للطفل مال فتجب حينئذ[4] .

---

[1] الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق ، جزء2 ، صفحة 525 .

[2] رمضان علي الشرنباصي و محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء مرجع سابق ، صفحة 376 و377.

[3] رمضان علي الشرنباصي و محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،المرجع نفسه ، 376 و377.

[4] الأنصاري ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، مرجع سابق، جزء3 ، صفحة 45.

وقال الحنفية يجب على الأم ديانة لا قضاء [1], واستدلوا على وجوب الاسترضاع بقوله تعالى: ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ سورة الطلاق الآية (6)

وبهذا الاتجاه أخذ المشرع الكويتي المادة (186) : « يجب على الأم إرضاع ولدها إذا لم تكن تغذيته من غير لبنها»[2].

الفرع الثاني : ما يجب على الأب و الأم عند الإرضاع .

أولا) ما يجب على الأب :

الرضاع جزء من النفقة والأب وحده هو الذي يتكلف بنفقة أولاده وعليه أجرة الرضاع لمن تقوم به وفرق الفقه بين الأم والمرأة الأجنبية في إجبار الأب على الأجرة بشرطين هما:

1. أن يكون الصغير فقيرا لا مال له فأجر الرضاع جزء من النفقة ونفقة الصغير من ماله .
2. أن لا تكون المرأة متبرعة .

ثانيا) ما يجب على الأم :

ــ الشافعية و الحنابلة : للأم طلب أجرة المثل بالإرضاع سواء كانت في عصمة الأب أم خلية[3] .

ــ الأحناف: إن كانت في عصمة الأب أوفي عدتها فليس لها طلب الأجرة لأن الله أوجب عليها الرضاعة ديانة مقيدا بإيجاب رزقها على الأب بقوله تعالى :﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ سورة البقرة الآية (233) ، و هو قائم برزقها حالة بقائها في عصمته ، أو في عدته أي يستحق النفقة حسب المادة (74) من قانون الأسرة , لأنه لا تجب نفقتان للمرأة و إن تعددت أسباب الوجود ، وهذا بخلاف من لم تكن في عصمته ، ولا في عدته فتقوم الأجرة مقام الرزق ولأن

[1] ابن قدامــة , المغني ، مرجع سابق ، جزء 7 ، صفحة 627.

[2] رمضان علي الشرنباصي و محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع نفسه ، صفحة 378 .

[3] الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق ، جزء 2 ، صفحة 526

إلزام البائن بالإرضاع مجانا مع انقطاع نفقتها على الأب مضارة لها فساغ لها أخذ الأجرة بالرضاع بعد البينونة[1] .

الفرع الثالث: القدر الذي يوجب التحريم ومدته .

أولا) **القدر الذي يوجب التحريم :**

اختلف الفقهاء في القدر الذي يعتبر رضاعا يوجب التحريم

1. الفريق الأول :

ـــ ذهب الشافعية و الحنابلة في القول الصحيح عندهم و معهم عدد من الصحابة منهم عائشة وابن مسعود وابن الزبيـر رضي الله عنهم و به قال عطاء و طاووس إلى أن ما دون خمس رضعات لا تؤثر في التحريم واستدلوا:

أ) ما ورد عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت :« كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ: عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ، ثُمَّ نُسِخْنَ، بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ ، فَتُوُفِّيَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَهُنَّ فِيمَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ »[2]وهو نسخ من التلاوة دون الحكم .

ب) عن ابن الزبير عن عائشة رضي الله عنها قالت . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَالْمَصَّتَانِ »[3] , و بهذا القول يرى الظاهرية خاصة ابن حزم .

وهو ما جاء في المادة (13) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية .

2. الفريق الثاني :

قول الجمهور : الأحناف و المالكية وأحمد في رواية عنه وكثير من الصحابة و التابعين إلى أن قليل الرضاع و كثيره يحرم وإن كان مصة واحدة و استدلوا :

---

[1] ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، مرجع سابق ، جزء2 ، صفحة 675.

[2] مسلم ، كتاب الرضاع ، بـاب التحريم بخمس رضعات ، جزء 2 ، صفحة 1075 ، حديث رقم 1452.

[3] مسلم ، كتاب الرضاع ، بـاب المصة والمصتان ، جزء 2 ، صفحة 1073 ، حديث رقم 1450 .

ـ من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ سورة النساء (23)

ـ من السنة :

أ) حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنه : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ »[1] ، حيث أطلق الرضاع ولم يذكر عددا .

ب) و حديث عقبة بن الحارث : « كَيْفَ بِهَا وَقَدْ زَعَمَتْ أَنَّهَا قَدْ أَرْضَعَتْكُمَا، دَعْهَا عَنْكَ »[2] ، و لم يستفصل عن عدد الرضعات , وهذا الرأي أخذ به المشرع الجزائري في مادته (29) من قانون الأسرة .

ثانيا) المدة التي يعتد فيها بالتحريم :

لا خلاف بين الفقهاء في أن إرضاع الطفل وهو دون الحولين يؤثر في التحريم .

ـ قال الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف ومحمد و هو الأصح المفتى به عند الحنفية : أن مدة الرضاع المؤثرة في التحريم حولان فلا يحرم بعد الحولين لقوله تعالى ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ ﴾ سورة البقرة الآية (233) ، فكمال الحولين تمام الرضاعة و ليس بعد تمام الرضاعة شيء .

وحديث ابن عباس رضي الله عنه : « لَا رَضَاعَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ »[3] .

و حديث أم سلمة رضي الله عنه : قال رسول الله صلى الله عليه سلم « لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي و كان قبل الفطام »[4] .

---

[1] البخاري ، بـاب الشهادة على الأنساب والرضاع ، جزء3 ، صفحة 170 ، حديث رقم 2645 .

[2] البخاري ، كتاب الشهادات ، بـاب شهادة المرضعة ، جزء7 ، صفحة 10 ، حديث رقم5104 .

[3] الدارقطني ، كتاب الرضاع ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2004 ، جزء5 ، صفحة 307 ، حديث رقم 4364 .

[4] ابن حبان ، كتاب الرضاع ، بـاب ذكر الخبر الدال على أن الرضعة و الرضعتين لا تحرمان ،دار الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى، 1988 جزء 10 ، صفحة 37 ، حديث رقم4224.

قال المالكية : يشترط في التحريم أن يرضع حولين أو بزيادة شهر أو شهرين وألا يفطم قبل انتهاء الحولين فطاما يستغني فيه بالطعام عن اللبن , فإن فطم و استغنى بالطعام عن اللبن ثم رضع في الحولين فلا يحرم [1] .

وقال ابوحنيفة مدة الرضاع المحرم حولان ونصف و لا يحرم بعد هذه المدة ، وعلى غرار رأي الجمهور سار قانون الأسرة الجزائري في مادته(29) .

الفرع الرابع : كيفية ثبوت الرضاع .

أولا) الإقرار : ويكون في حالتين:

1. الحالة الأولى :

الإقرار المشترك و يأتي من الرجل والمرأة معا وله صورتان :

أ) **الصورة الأولى** : الإقرار قبل الزواج : و فيه يعترفان معا بوجود الرضاع بينهما فيثبت به التحريم.

ب) **الصورة الثانية:** الإقرار بعد الزواج : و هنا وجب عليهما الفرقة اختيارا وإلا فرق بينهما القاضي إجباريا و يجب للمرأة في هذه الحالة أقل المهرين المسمى و مهر المثل .

2. الحالة الثانية :

أ) **إقرار الرجل** : بأن قال هذه أختي أو ابنتي من الرضاع فإن كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا مهر لهما و إن كذبته فلها نصفه.

ب) **إقرار المرأة** : فإن قالت هو أخي من الرضاعة فأكذبها ولم تأت بالبينة فهي زوجته في الحكم , وهذا إن كان الإقرار ممكنا ، فإن لم يكن ممكنا بأن يقال ابنتي من الرضاعة و هي أكبر منه سنا فهو لغو[2].

[1] الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق ، جزء 2 ، صفحة 503.

[2] ابن قدامـــة ، المغني , مرجع سابق ، جزء 7 ، صفحة 560

ثانيا) البينة :

اختلف الفقهاء في نصاب الشهادة على الرضاع فذهب الحنفية إلى أنه يثبت بشهادة العدول رجلين أو رجل و امرأتين و لا يقبل أقل من ذلك و لا شهادة النساء بإنفرادهن لحديث عمر رضي الله عنه: « قال : حَتَّى يَشْهَدَ رَجُلَانِ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ »[1] ، و كان ذلك بمحضر من الصحابة و لم يظهر النكيــر من أحد فصار إجماعا .

و يرى المالكية أن الرضاعة قبل العقد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة إلا إذا كانت أما للصغير فتقبل شهادتها و يثبت به التحريم عندهم كما يثبت الرضاع عندهم بشهادة رجل و امرأة مطلقا قبل العقد وبعده .

وقال الشافعية : يثبت الرضاع بشهادة رجلين و برجل و امرأتين و بأربع نسوة لأنه مما لا يطلع عليه الرجال إلا نادرا ولا يثبت بدون أربع نسوة .

وقال الحنابلة : يثبت الرضاع بشهادة المرأة المرضية و استدلوا بحديث عقبة السابق ذكره .

ثالثا) شهادة المرضعة:

الحنابلة : تقبل شهادة المرضعة وحدها على فعل نفسها مع اشتراط التفصيل في كيفية الرضاع و أخذت بهذا المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/01/18 ملف رقم 232324[2]

و قال الشافعية و المالكية يقبل مع غيرها لا وحدها ، و اشتراط الشافعية لقبول شهادتها في من يشهد أن لا تطلب أجرة فان طلبت أجرة الرضاع فلا تقبل للتهمة .

الفرع الخامس : الرضاع في قانون الأسرة الجزائري .

أغفل المشرع الجزائري ضمن تعديلات 2005: حق إرضاع الأولاد إلا إذا كان هناك مانع و قد كان ضمن المادة (2/39) من القانون القديم ، ولم يتم إدراجه في أية مادة أخرى وكان يستوجب

[1] البيهقي ، أحمد بن الحسين ، السنن الصغرى ، بـاب الشهادة في الرضاع ، جامعة الدراسات الإسلامية كراتشي ، باكستان ،الطبعة الأولى، 1410 هـ ، جزء 3 ، صفحة 180 ، حديث رقم 2872 .

[2] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، صفحة 175 .

إدراجه ضمن المادة (62) من قانون الأسرة و عدم إغفاله لارتباط الإرضاع بتربية الأولاد والسهر على صحتهم و أخلاقهم و العناية بهم .

كما أن المشرع و بمناسبة ذكره المحرمات بسبب الرضاع : لم يوضح حكم الرضاع من المصاهرة و اكتفى بذكر محرمـات الرضاع من النسب في المادة (27) من قانــون الأسرة .

وعليه السؤال هل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة؟

اتفق الجمهور على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة وذلك لما ثبت بأن الرضاع ينشئ صلة أمومة وبنوة بين المرضع و الرضيع ، فتكون التي أرضعت كالتي ولدت و لهذا يحرم بالرضاع ما يحرم بالمصاهرة وهي :

1. الأم الرضاعية للزوجة و أمها و إن علت سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل بها .
2. البنت الرضاعية للزوجة وبنتها وإن نزلت وبنت ابنها الرضاعي و بنتها و إن نزلت بشرط الدخول بالزوجة .
3. زوجات الابن الرضاعي , وابن ابنه وان نزل بمجرد العقد الصحيح [1] .

قال ابن القيم " إن الله لم ينص في كتابه على تحريم الرضاع إلا من جهة النسب ، ولم ينبه على التحريم به من جهة الصهر البتة لا بنص ، ولا إيماء ولا إشارة ، والنبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يحرم به ما يحرم من النسب وفي ذلك إرشاد وإشارة إلى أنه لا يحرم به ما يحرم بالصهر ، ولولا أنه أراد الاقتصار على ذلك لقال " حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب و الصهر " [2]

و يرى الأستاذ بلحاج العربي انه يجب على القاضي عدم التوسع في هذه الحرمة و خاصة إذا و قد أخذ المشرع برأي ابن تيمية و ابن القيم و كثيرا ما أخذ المشرع بغير المذاهب الأربعة .

المطلــب الثالــث : احترام والدي الــزوج وأقــاربه :

إن الزوجة كما أنها تحب والديها و تكرمهما كذلك ينبغي شرعا وقانونا أن تكرم أهل زوجها خصوصا والديه إذا كانت تقيم معهما لأن إكرامهما إكرام لزوجها ووفاء له وإحسان إليه ، فهو مما

[1] بن شويخ الرشيد , شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، مرجع سابق ، صفحة 90 .

[2] ابن القيم ، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد ، دار الرسالة للتراث ، الطبعة الثالثة ، 1998 ، جزء 5 ، صفحة 114 .

يفرحه و يؤنسه باعتباره سلوك من شأنه أن يؤدي إلى تقوية أسس السعادة و الاستقرار في الأسرة فإحسانها لوالديه شكر لهما على ما أنعم الله عليها من ولدهما اللذان تسببا في وجوده من العدم فأصبح زوجا لها عن أبي هريرة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال:« لا يَشْكُرُ الله من لا يَشْكُرُ النَّاس"»[1] .

ثم إن تفريط الزوجة في احترام أهله هو تفريط في احترامه ، وإن لم يقابل الزوج ذلك في بادئ الأمر بشيء فلم يسلم حبه إليها من الإعراض ، ثم إن الجزاء من جنس العمل ، فقد تهرم هذه الزوجة ويقيض لها من زوجات أولادها من يسئ معاملتها جزاء وفاقا .

وعليه فالمحافظة على روابط القرابة ينصرف أيضا إلى ضرورة إيجاد التعاطف والتآلف ، وهو ما يضمن المودة و الرحمة بين الزوجين ، ويكفل لهما الانسجام و لأسرتهما بمزيد من التضامن والاستقرار .

ولقد كان نص المادة القديم (11/84) من قانون الأسرة يوجب على الزوجة احترام والدي الزوج وأقاربه في نص المادة (39) ، والتعامل معهم بالإحسان طبقا لأحكام الشرع والعرف ، لكن ما أخذ على المشرع أنه كان ينبغي أن يكون هذا الواجب على كلا الزوجين ، إذ يخشى أن يفهم من هذا النص بمفهوم المخالفة أن ليس على الزوج مثل هذا الواجب نحو والدي الزوجة وأقاربها ، مع أن المادة (35) من القانون المدني تنص على اعتبار أقارب أحد الزوجين أقارب للآخر بنفس درجة القرابة المباشرة ، ثم إن هذا الواجب المشترك يتفق مع روح الشريعة الإسلامية [2] ، وهو في الحقيقة من الحقوق المشتركة المتبادلة بين الزوجين[3] ، فكانت هذه المؤاخذة ضمن عيوب وفراغات ونقائص القانون القديم فجاء المشرع بتعديله فألغى المادة (38) وأبدلها بنص الفقرة الخامسة من

---

[1] أبو داود ، كتاب الآداب ، بـاب في شكر المعروف ، جزء 4 ، صفحة 255 ، حديث رقم 4811 .

[2] علي علي سليمان ، حول قانون الأسرة الجزائري ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986 ، عدد 2 ، ص438 .

[3] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، صفحة 315.

المادة (36) والتي جاء فيها : حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم ، ولربما يرجع أكثر أسباب الطلاق في الواقع الجزائري إلى عصيان الزوجة أو الزوج لولدي الطرف الآخر والإساءة إلى أقاربه واتخاذ معهم سلوك عشوائي وعدائي .

خاتمـــــــة

إن صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 في شكل نصوص قانونية محدودة العدد قد سهل على القاضي والمتقاضين معرفة الأحكام الخاصة بالنزاع ، وأصبح كل فرد في الأسرة يعرف ما له وما عليه من حقوق وواجبات ، ووفر على المشتغلين في الحقل القانوني من الخوض في أمهات الكتب الفقهية المتناثرة والتي لا حصر لها .

والذي استنتجته من خلال الدراسة للمواد الملغاة من قانون الأسرة (12 ,20 ، 38 ،39) ما يلي:

- أن هذا القانون الذي تأخر صدوره إلى سنة 1984 قد ميز بوضوح بين حق الأب في الاعتراض على زواج ابنته البكر إذا لم يكن في ذلك الزواج مصلحة لها ، وبين تعسف الأب في عضل موليته من الزواج بكرا أو ثيبا ، بغير مبرر شرعي ، واعتبره ظلما يجب منعه عن طريق رفع دعوى قضائية ، فإن أصر على عضله انتقلت الولاية عنه إلى القاضي ، وكل هذه الأحكام وردت في المادتين (11) و(12) قبل التعديل ،
- بين أن الوكالة أسلوب من شأنه التوسيع على الناس وخاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة ،
- استمد كثيرا من مبادئ الشريعة الإسلامية عندما نظم الأحكام المتعلقة بالحقوق الزوجية خاصة المهر والنفقة والميراث والحقوق المشتركة بين الزوجين وصـاغ هذه المبادئ في شكل نصوص معينة أصبحت قواعد قانونية تشريعية ومن ثم ليس هنـاك اختلاف كبير بين الشريعة والقانون .

ثم جاء المشرع بالتعديل من خلال الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ، بغموضه الذي اكتنفه مرة ، وقصوره في معالجة العديد من المسائل المتعلقة بقضايا الأسرة مرات أخرى خاصة ما تعلق بموضوع البحث فالمشرع قد غفل عن :

- معالجة مشكلة عضل الولي ، واكتفى بإلغاء المادة (12).
- جواز عقد الزواج بواسطة مفوض الزوجة أو وكيلها وكذا الزوج ، أو منعه دون مبرر جدي
- حق عدم التعرض لأموال الزوجة الخاصة التي تتصرف فيها بكل حرية دون رقابة الزوج

وإن كان المشرع ذكره في المادة (37) المعدلة ولكن ذكره بمفهوم الواجب .

- حق إرضاع الأولاد إلا إذا كان هناك مانع .
- حق الزوج في الطاعة والذي فسر من منظور خاطئ بعيد عن مبادئ الشريعة الإسلامية

فالطاعة المقصودة هي طاعة الزوجة زوجها بالمعروف لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق فليس المقصود بها الطاعة الاستبدادية التي كانت سائدة في العصور القديمة.

- ألغى القوامة على الزوجة وبالتالي استجاب إلى طلبات المساواة بين الجنسين.

ومن خلال هذه النتائج التي تم التوصل إليها كان لزاما المبادرة بإعادة النظر في قانون الأسرة بوجه عام ، والمواضيع التي كانت تعالجها نصوص المواد الملغاة والتي أدرجت في بعض فقرات مواد من القانون المعدل من جهة أو التي أغفل ذكرها تماما من جهة أخرى مع اقتراح ما يلي:

1. معالجة مشكل العضل بنص واضح يفرق بين العضل الذي يجب منعه ورفعه ، وبين حق الولي في الاعتراض على زواج موليته المكلفة من خاطب لا يناسبها ، أو على الأقل وفي حال كانت إرادة المشرع متجهة إلى إلغاء أي دور للولي إعادة صياغة المادة (1/11)على الشكل التالي:" تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها ، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة ومهر المثل" .

2. تدخل المشرع بشان النزاع القائم حول صحة الوكالة في الزواج من عدمه.

3. إعادة النظر في المادة (2/37) لأنها قد ينتـج عنهـا تقييد لحرية المرأة في التصرف في مالها.

4. ذكر قوامة الرجل في تعريف الزواج المنصوص عليه في المادة (4) من قانون الأسرة المعدلة.

5. إدراج حق إرضاع الأولاد ضمن المادة (64) من قانون الأسرة لارتباط الإرضاع بتربية الأولاد و السهر على صحتهم وأخلاقهم والعناية بهم .

إن أي تعديل آخر جديد لقانون الأسرة لابد وأن يتم بإشراك المختصين في القانون والفقه الإسلامي وعلماء النفس والاجتماع والأطباء ، مع التركيز على المسائل التي يمتد أثرها إلى الأسرة خصوصا والمجتمع عموما ، أما إن كان تعديلا بدون تحديد لمواطن الثغرات أو الضعف ، وتعمد تعميم المطالب بصيغة جزافية أَقل ما يقال على هذا المسعى أنه لا ينطوي على نية صادقة وجادة في تحديد مواطن العلاج بقدر ما هو مخادعة ومناورة سياسوية ظرفية لا خير يرجى منها.

المصـــادر

و

المراجـــع

- **التفسير:**

1) أحمد شاكــر، عمدة التفسير عن الحافظ ابن كثير ، دار الوفاء، المنصورة ، مصر، الطبعة التاسعة ، 2008 .

2) الرازي ، محمد بن عمر ، مفاتيح الغيب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، طبعة 3 ، 1420هـ.

3) القرطبي، محمد بن أحمد ، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية ، طبعة 2، 1964م.

- **الحديث الشريف :**

4) البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح ، دار طوق النجاة، بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ.

5) البيهقي ، أحمد بن الحسين ، السنن الصغرى ، جامعة الدراسات الإسلامية كراتشي، باكستان، الطبعة الأولى ، 1410 هـ .

6) الترمذي محمد بن عيسى ، دار بابي الحلبي ، الطبعة الثانية ،1359 هـ.

7) ابن حبان ، محمد أبو حاتم ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ،1988 .

8) أحمد بن حنبل ، طبعة دار الرسالة ، الطبعة الأولى ، 1421 هـ .

9) ابن خزيمة ، محمد بن إسحاق ، المكتب الإسلامي ،الطبعة الثالثة ، 1424 هـ .

10) الدارقطني ، علي بن عمر ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2004 .

11) أبو داود، سليمان بن الأشعث ،مؤسسة الرسالة العالمية ، بيروت، الطبعة الأولى، 1430هـ.

12) سعيد بن منصور ، دار السلفية ، الهند ، الطبعة الأولى، 1403 هـ .

13) ابن ماجــة ، محمد بن يزيد ، باب من بنى في حقه ما يضر جاره ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون طبعة ، بدون سنة.

14) مسلم بن الحجاج ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون طبعة ، ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي .

15) النسائي، أحمد بن شعيب ، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، حلب، الطبعة الثانية، 1406 هـ.

- **المعاجم اللغوية .**

16) الفيومي،أحمد بن محمد ،المصباح المنير في شرح غريب الشرح الكبير،المكتبة العلمية

بيروت، بدون طبعة ، بدون سنة.

17) ابن منظور ، محمد بن مكرم بن على ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الثالثة 1414 هـ .

- **كتب الفقه:**

18) الأنصاري ، زكريا بن محمد ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2000 .

19) البهوتي ، منصور بن يونس ، شرح منتهى الإرادات ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1421 هـ/2000 م.

20) ابن تيمية ، تقي الدين احمد، مجموعة الفتاوى ، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، 1998.

21) ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار المعرفة ، بيروت ، 1379هـ .

22) الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ، 1996.

23) الزحيلي وهبة ، بن مصطفى ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، دمشق ، 1985.

24) ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت ، دون طبعة ،2000 .

25) ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، المغني ، دار الفكر، بيروت ، طبعة 1 ، 1405 هـ .

26) القرافي أحمد بن إدريس ، الذخيرة دار الغرب، بيروت ، لبنان ، طبعة1، 1994.

27) قليوبي ، أحمد بن أحمد ، وعميرة أحمد البرلسي ، حاشيتا قليوبي وعميرة ، إشراف مكتب البحوث الإسلامية ، دار الفكر ، بيروت، دون طبعة ،1995 .

28) ابن القيم ، محمد بن أبي بكر زاد المعاد ، دار الرسالة للتراث ، الطبعة الثالثة ،1998.

29) الكاساني،أبو بكر بن مسعود،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر،بيروت، 1982.

- **المراجع القانونية :**

30) أسامة عبد العليم الشيخ ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2007 .

31) بدران أبو العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية ،دار النهضة العربية، بدون سنة .

32) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة السادسة ، سنة 2010 .

33) حسن صلاح الصغير عبد الله ، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2007 .

34) رمضان علي الشرنباصي و محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2009 /2010 .

35) بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال ، وهران ،2004 .

36) بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع (دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة) سلسلة دراسات قانونية ، دار هومة ، الجزائر، 2013 .

37) بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،(دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى ، الجزائر، 2008 .

38) عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 1996 .

39) عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، دار هومة ،الجزائر ،2007.

40) الغوتي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، سنة 2008 .

41) فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، الجزء الأول ، المؤسسة

الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1989 .

42) محمد سمارة ، أحكام واثار الزوجية ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الأولى، 2008 .

43) يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ، الزواج والطلاق ، دار هومة ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، سنة 2008 .

- **المذكرات و الرسائل العلمية**

44) بن حليمة يمينـــة ، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة ابن خلدون، تيارت ، السنة 2012/2011 .

45) ربيحة الغات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي ، أطروحة دكتوراه ، في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2011.

46) قاضي سعيد ، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية،كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر،السنة الجامعية، 2011 / 2010 .

47) قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2009/2008.

48) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، السنة الجامعية 2009/2008 .

49) بن هبري عبد الحكيم ، أحكام الصلح في قضايا شؤون الأسرة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، فرع قانون الأسرة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، السنةالجامعية2015/2014.

- **المجلات والدوريات**

50) آيت حمودي حليمة . حماية البنت عند امتناع الولي عن تزويجها ،مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ،جامعة الجزائرعدد1،سنة 2000.

51) حكومي منير ، الولاية في عقد الزواج ،مقال منشور في مجلة المحضر القضائي ،العدد التجريبي ، 2006/02/23.

52) دنوني هجيرة ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 1994.

53) روحمات عبد الله ،الوكالة في صلح الزوجين بين القانون و الواقع العملي ، مقال منشور في مجلة الإشعاع، عدد 27 ، المغرب ، 2003 .

54) علي علي سليمان ،حول قانون الأسرة الجزائري ،مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، 1986.

55) علي فيلالي ،تعليق على قرار المحكمة العليا المؤرخ في1993/03/30،ملف رقم90468 والمتعلق بامتناع الأب عن تزويج ابنته ،مقال منشور المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، 2000 .

56) المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 417622،مؤرخ في2008/01/16، مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 ، 2009.

57) المجلة القضائية ، العدد الخاص لاجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، عدد 2000.

- **القوانـــين :**

58) القانون رقم : 11/84 المؤرخ في رمضان عام 1404 هـ الموافق ل1984/06/09م والمتضمن قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية العدد 15 سنة 1984) .

59) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل27 فبراير 2005 م المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 .

فهـــــرس المحـــتويات

	العنـــــــــــــــــــــــــوان	الصفحة
مقـــــدمـــــــة		
الفصل الأول	إشكالات المادتين 12 و 20 الملغاتين من قانون الأسرة الجزائري	04
المبحث الأول	إشكالات المادة 12 الملغاة من قانون الأسرة	05
المطلب الأول	حدود وظيفة الولي في قانون الأسرة 11/84	05
ـ الفرع الأول	أساس تقدير مصلحة المولى عليها	07
الفرع الثاني	حلول القاضي محل الولي عند تجاوزه هذا الأخير لحدود مهمته	08
المطلب الثاني	حدود وظيفة الولي في قانون الأسرة رقم 02/05	09
الفرع الأول	إشكالات الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة	09
الفرع الثاني	حكم اعتراض الولي على الزواج بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري	11
المبحث الثاني	إشكالات المادة 20 الملغاة من قانون الأسرة	12
المطلب الأول	مدى صحة الوكالة في عقد الزواج	12
الفرع الأول	صحة الوكالة في عقد الزواج	15
الفرع الثاني	عدم صحة الوكالة في عقد الزواج	15
المطلب الثاني	مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين	16
الفرع الأول	جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين	17
الفرع الثاني	عدم جواز الوكالة في محاولات الصلح بين الزوجين	19

الفصل الثاني	إشكالات المادتين 38 و 39 الملغاتين من قانون الأسرة الجزائري	21
المبحث الأول	إشكالات المادة 38 الملغاة من قانون الأسرة	22
المطلب الأول	السماح للزوجة بزيارة أبويها ومحارمها واستضافتهم	22
المطلب الثاني	حق حرية الزوجة في التصرف في مالها	25
الفرع الأول	موقف المشرع الإسلامي	25
الفرع الثاني	موقف المشرع في قانون الأسرة رقم 11/84	27
الفرع الثالث	موقف المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة	29
المبحث الثاني	إشكالات المادة 39 الملغاة من قانون الأسرة	32
المطلب الأول	طاعة الزوجة لزوجها	32
الفرع الأول	حق الطاعة في الشريعة الإسلامية	33
الفرع الثاني	حق الطاعة في قانون الأسرة الجزائري	35
الفرع الثالث	مقتضيات حق طاعة الزوجة لزوجها	37
المطلب الثاني	إرضاع الأولاد عند الاستطاعة	45
الفرع الأول	مفهوم الرضاع مشروعيته وحكمه	46
الفرع الثاني	ما يجب على الأب و الأم عند الإرضاع	48
الفرع الثالث	القدر الذي يوجب التحريم ومدته	49
الفرع الرابع	كيفية ثبوت الرضاع	51
الفرع الخامس	الرضاع في قانون الأسرة الجزائري	52
المطلب الثالث	احترام والدي الزوج وأقاربه	53
خاتمة		56
قائمة المصادر والمراجع		59
فهرس المحتويات		64