مجلــة البحث القانوني و السياسي
Journal of Legal and Political Research
ISSN2543-3881 EISSN: 2588-2368
المجلد: 3 / العدد: 1 / السنة: 2018 / ص ص: 31-53

الحقوق الزوجية بعد تعديل قانون الأسرة 2005
بين الاسترشاد بالعرف والمواءمة التشريعية

نظيرة عتيق[1]
[1]جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة (الجزائر)، dratiknadira@yahoo.fr

Marital rights after the family law amendment 2005 between being guided by custom and legislative harmonization

Dr. atik nadira [1]
Universityut of 20 aout 1955 skikda(Algeria)[1.]

ملخص :

جاء المشرع الجزائري في 2005م بتدابير حماية للعلاقة الزوجية من خلال التعديلات التي أدخلها على قانون الأسرة والتي من المفروض أن تكون ملائمة ومواءمة للمقصد العام لأحكام الأحوال الشخصية وهو حفظ كيان الأسرة وحمايته متماشية مع الخلفية الاجتماعية والدينية للمجتمع الجزائري ولا يكون ذلك إلا من خلال مجاراة العرف والاسترشاد به في إطار المصدرية الشرعية للقواعد القانونية الخاصة بالأسرة.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أعاد بناء الحقوق والواجبات الزوجية من جديد حيث تراجع عن التوزيع المقابل لها في إطار تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في ما يخص آثار الزواج ،فألغى النص على الحقوق والواجبات من جهة واحدة ،حيث كان تقسيمه لها إلى حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين حسب نص المادة 36 من قانون الأسرة ؛و حقوق للزوج على الزوج المادة ؛37 و حقوق للزوجة على الزوج المادة 38 ،و أورد النص فقط على الحقوق و والواجبات المتبادلة بين الزوجين تحت مسمى حقوق وواجبات الزوجين حسب نص المادة 36 من قانون الأسرة ؛و هو ما يفرض علينا البحث عن مدى استرشاد المشرع الجزائري بالعرف في إعادة بناء هذه الحقوق.

.

1. مقدمة.

جاء المشرع الجزائري في 2005م بتدابير حماية للعلاقة الزوجية من خلال التعديلات التي أدخلها على قانون الأسرة والتي من المفروض أن تكون ملائمة ومواءمة للمقصد العام لأحكام الأحوال الشخصية وهو حفظ كيان الأسرة وحمايته متماشية مع الخلفية الاجتماعية

والدينية للمجتمع الجزائري ولا يكون ذلك إلا من خلال مجاراة العرف والاسترشاد به في إطار المصدرية الشرعية للقواعد القانونية الخاصة بالأسرة.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أعاد بناء الحقوق والواجبات الزوجية من جديد حيث تراجع عن التوزيع المقابل لها في إطار تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في ما يخص آثار الزواج ،فألغى النص على الحقوق والواجبات من جهة واحدة ،حيث كان تقسيمه لها إلى حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين حسب نص المادة 36 من قانون الأسرة ؛و حقوق للزوج على الزوج المادة 37؛ و حقوق للزوجة على الزوج المادة 38 ،و أورد النص فقط على الحقوق و والواجبات المتبادلة بين الزوجين تحت مسمى حقوق وواجبات الزوجين حسب نص المادة 36 من قانون الأسرة ؛و هو ما يفرض علينا البحث عن مدى استرشاد المشرع الجزائري بالعرف في إعادة بناء هذه الحقوق.

2. مفهوم العرف و مكانته كمصدر من مصادر قانون الأسرة الجزائري.

1.2. تعريف العرف و مدى اعتباره في الأحكام.

لغة :العرف اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس[1] و يطلق لغةً أيضا على « ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم[2]، والعُرف : المعروف[3]، والعرف : شعر عنق الفرس ، ولحمة مستطيلة على رأس الديك ،والعرف : موج البحر ، والمكان المرتفع[4].

أما اصطلاحا فقد اختلفت عبارات علماء أصول الفقه في تعريف العرف بتعاريف مختلفة في اللفظ متقاربة في المفهوم والمعن ،و الناظر في هذه التعاريف يجد أنهم لم يفرقوا أيضا في التعريف الاصطلاحي بين العرف و العادة ما دام أن مبنى الحكم عليهما معا، لكون عامل التكرار الذي تتسم به العادة يجعل الناس يسكنون ويطمئنون لهذه العادة،ومن هذه التعاريف ما يأتي :

– عرفه النسفي بأنه ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول[5]،و هو تعريف يجعل العرف و العادة بمعنى واحد و مرتبة واحدة.

---

[1]_ ابن منظور،لسان العرب،(236/9-237).

[2]_ مجمع اللغة العربية, المعجم الوسيط،ص 595

[3]_ الخليل بن أحمد الفراهيدي،العين ،(135/3).

[4]_ مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ،ص595

[5]_ صالح عوض ،أثر العرف في التشريع الإسلامي،ص51.

– عرفه ابن عابدين بأنه عبارة عن ما استقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة[1] ،والعادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية فالعادة و العرف بمعنى واحد[2].

–عرفه الدريني بأنه ما يغلب على الناس من قول أو فعل أو ترك[3].

– عرفه أبو زهرة بأنه ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أمورهم[4].

فالعرف هو ما ألفه الناس و اعتادوا السير عليه في حياتهم من قول، أو فعللهذا هناك من علماء الأصول من ساوى بين العرف و العادة ، و لذلك يقال هذا ثابت بالعرف و العادة[5].

وما يتعارفه أكثر الناس ويجري بينهم من وسائل التعبير وأساليب الخطاب والكلام وما يتواضعون عليه من الأعمال ويعتادونه من شؤون المعاملات ، فما اعتاده الناس و ساروا عليه من قول أو فعل و قد يكون معتبرا شرعا أو غير معتبر العرف و إن كان خاصاًفهو معتبر عند أهله وإن كان عاماً فهو معتبر في حق الجميع[6].

و العرف قد يكون قوليا بأن تكون عادة أهل العرف يستمعلون اللفظ في معنى معين و لم يكن ذلك لغة[7] أو عمليا بوجوب أن يوضع اللفظ لمعنى يكثر استعمال أهل العرف لبعض أنواع ذلك المسمى دون ببقيةأنواعه[8] و قد يكون عاما و هو الذي يكون فاشيا في جميع

---

[1]_ ابن عابدين،رسالة نشر العرف،ص140.

[2]_ ابن عابدين ،مجموعة رسائل ابن عابدين ،(114/2).

[3]_ فتحي الدريني،المناهج الأصولية،ص441.

[4]_ أبو زهرة محمد ،أصول الفقه،ص273

[5]_ عبد الكريم زيدان المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ،ص 205

[6]_ قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمرة الخامس بالكويت من 1 إلى 6 جمادي الأولى 1409 هـ/ 10 إلى 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م. بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع (العرف) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله.

[7]_ القرافي،الفروق،(377/1)

[8]_ المرجع نفسه،(381/1).

البلاد بين عامة الناس كتأجيل جانب من المهر، أو خاصا ،و هو الذي يكون مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر أو فئة من الناس دون أخرى[1] و هو بجميع هذه الأنواع قد يكون صحيحا أو فاسدا[2].

و لا يختلف المعنى القانوني للعرف عن المعنى الأصولي فقد جاءتعريف العرف قانونا أنه اعتياد الناس على سلوك معين لاعتقادهم أن ذلك سلوك ملزم[3].

وجاءت الكثير من الأدلة التي يستفاد منها أثر العرف في بناء الأحكام الشرعية عليه مما يدل على مكانته و منزلته بين أدلة الأحكام في الشريعة الإسلامية و من هذه الأدلة قوله تعالى :﴿**خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ**﴾ [الأعراف: 199] ،و قوله تعالى :﴿**فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ**﴾ [البقرة: 178].

فالعرف معتبر في الشرع ويصح ابتناء الأحكام عليه، فالشارع الحكيم يراعي أعراف العرف الصالحة و في حقيقته يرجع إلى دليل من أدلة الشرع المعتبرة كالإجماع والمصلحة المرسلة والذرائعو قد كان احتجاج الفقهاء بالعرف في مختلف العصور واعتبارهم إياه في اجتهادهم دليل على صحة اعتباره لأن عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي فضلا عن تصريح بعضهم به وسكوت الآخرين عنه فيكون اعتباره ثابتا بالإجماع[4].

أما من الناحية القانونية فيعتبر العرف المصدر الرسمي الأول في تاريخ النظم القانونية، وبظهور السلطة العامة،أخذت مكانته في التضاؤل فأصبح من المصادر الاحتياطية الرسمية للتشريع، آخذا مكانه القانون، للتطور الحاصل في حياة المجتمع، و سرعة معالجة القوانين الوضعية لمصالحه، عكس العرف الذي يحتاج إلى وقت أطول نسبيا، وقد جعله المشرع الجزائري بعد مبادئ الشريعة الإسلامية في المصادر الرسمية الاحتياطية[5].

2.2. العرف كمصدر من مصادر قانون الأسرة الجزائري.

يعد قانون الأسرة أحد القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية و التي حدد المشرع مصادرها في المادة الأولى من القانون المدني لسنة 1975م ؛و الذي جاء قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984م؛ حيث جاء في المادة الأولى فقرتها الثانية :"و إذا يوجد نص تشريعي

---

[1] ـ الزرقا،المدخل الفقهي العام،(878/1).

[2] ـ عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه ،ص 252

[3] ـ علي فيلالي ،المدخل في القانون ،ص250.

[4] ـ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص254-255

[5] ـ عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره في قانون السرة الجزائري،رسالة ماجستير ،جامعة المسيلة،2015م،ص4

ISSN: : 2661-7234 ISSN2543-3881

حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضي القانون الطبيعي و قواعد العدالة" فمن خلال هذه المادة يتضح لنا بأن المصادر الرسمية للقانون الجزائري و الذي يندرج قانون الأسرة ضمن مجموعة هذه القوانين التي ينطبق عليها نص هذه المادة هي :

- التشريع بمعنى صدور القوانين من الجهات المختصة في مجال التشريع
- الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص تشريعي حيث يلجأ القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية للفصل في القضايا المعروضة عليه.

العرف حيث يلجأ القاضي إلى الاستعانة بالعرف للفصل في القضايا المطروحة و التي لا يوجد لها نص في القانون أو في مبادئ الشريعة الإسلامية[1].

ولما جاء قانون الأسرة سنة 1984 جعل الشريعة الإسلامية كمصدر أصلي واحتياطي لهو الشريعة الإسلاميةمقرة بالأعراف الصحيحة في جميع مجالات الحياة و منها الأحوال الشخصية،انطلاقا من هذا كان المشرع الجزائري متفتحا على جميع المذاهب الفقهية بحثا عن الحلول القانونية التي تناسب مصالح الأمة تماشيا مع روح العصر.

و الناظر في القواعد القانونية المنظمة للأسرة يجد أن المشرع الجزائري قد استمد الكثير من الأحكام من العرف مراعيا عادات و تقاليد المجتمع الجزائري كمسائل الخطبة و اقترانها بالفاتحة كما تنص عليه المادة 6 ،فالكثير من النصوص القانونية يعتبر فيها العرف مساعدا لها ،حيث أن القاضي لا يستطيع تطبيق النصوص القانونية إلا بالاستعانة بالعرف[2].

و مع الوقت أظهرت الجوانب التطبيقية لقانون الأسرة الكثير من العيوب التي تعتري قواعد قانون الأسرة فجاء تعديل القانون سنة 2005 و كان ذلك ضمن المصادر الرسمية و العرفية لقانون الأسرة إضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر لاسيما المتعلقة باتفاقية منع كل أشكال التمييز ضد المرأة و تلك الخاصة بحقوق الطفل ،حيث ظهرت مسألة المطالبة بالمساواة في المركز القانونية بين الجنسين نظرا للوضعية الاجتماعية التي تحياها المرأة في المجتمع الجزائري،وهو ماجعل المشرع يدخل الكثير من التعديلات المهمة و التي كان لها تأثير على المراكز القانونية لكل من الزوج و الزوجة في عقد الزواج.

3. الحقوق الزوجية بعد تعديل قانون الأسرة 2005م

---

[1] ـ يرى الدكتور الرشيد بن شويخ بأن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في هذا الترتيب لأن مصطلح الشريعة الإسلامية يضم بداخله العرف و فقهاء الشريعة خاصة علماء الأصول يعتبرون العرف من ضمن المصادر التبعية للتشريع الجزائري

⇦الرشيد بن شويخ،الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري ،ص14.

[2] ـ المرجع نفسه،ص52.

ISSN: : 2661-7234ـــ ISSN2543-3881

خلافا لما كان عليه في قانون الأسرة:84-11،ألغى المشرع الجزائري التمييز الثلاثي الذي كان موجودا في الحقوق و الواجبات الزوجية بين الحقوق و الواجبات المشتركة بين الزوجين من جهة أولى ثم حقوق الزوجة على زوجته من جهة ثانية، و بعدها حقوق الزوج على زوجته من جهة ثالثة، فقد قام المشرع الجزائري في المادة المعدلة 36 من قانون الأسرة بجمع مقتضيات المواد من 36 إلى 39 من نفس القانون ،و قام بالنص على الحقوق و الواجبات الأخرى- كالحق في الصداق و الحق في النفقة- في مواد متفرقة.

و بالرجوع لنص المادة 36 المعدلة نجد أن المشرع كأصل عام جعل الحقوق و الواجبات المشتركة مقصدها لا يتوقف على الزوجين فقط؛ بل تعداها لرعاية مصلحة الأسرة والإبقاء على الرابطة الزوجية ،فكلاهما يملكان مسؤولية تسيير و رعاية شؤون الأسرة و التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة ببيت الزوجية و تربية الأولاد و رعايتهم و تنظيم النسل و هو ما يتماشى مع القواعد العرفية المنتشرة في المجتمع الجزائري حيث كانت الزوجة و لا تزال شريكة الزوج في إطار التعاون و التكافل الأسري،لكن في المقابل خالف العرف العام عندما أسقط بعض الحقوق الزوجية

و بمقارنة نص المادة 36 المعدلة مع النص القديم نجد أن المشرع قد قام بدمج حقين جعلهما ضمن الحقوق المتبادلة و المشتركة بعد أن كانت خاصة بالزوجة حسب نص المادة 38 من قانون الأسرة الملغاة و كذلك المادة 39 الملغاة من نفس القانون و هما :

- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،
- زيارة آل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف .

و استحداث حقين جديدين و هما :

- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات.

1.3. إبقاء بعض الحقوق الزوجية بعد تعديل 2005م

أعاد المشرع بناء الحقوق و والواجبات الزوجية من جديد حيث تراجع عن التوزيع المقابل لها في إطار تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في ما يخص آثار الزواج ،فألغى النص على الحقوق والواجبات من جهة واحدة ،حيث كان تقسيمه لها إلى حقوق وواجبات مشتركة بين الزوجين حسب نص المادة 36 من قانون الأسرة ؛و حقوق للزوج على الزوج المادة ؛37 و حقوق للزوجة على الزوج المادة 38 ،و أورد النص فقط على الحقوق و والواجبات المتبادلة بين الزوجين تحت مسمى حقوق وواجبات الزوجين حسب نص المادة 36 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه :"

يجب على الزوجين:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،
- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،

ISSN: : 2661-7234 ISSN2543-3881

– حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،

– المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف،

– زيارة آل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف ".

فقد أدرجت هذه المادة في الفقرات الأربع الأولى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين و كيفية العناية بالأبناء أما الفقرات الثلاث الأخيرة فجاءت تختص بمسألة توطيد الصلة بين الأقارب و الأصول و الفروع و هي حقوق معنية مشتركة بين الزوجين.

و من أهم الحقوق التي أبقاها المشرع الجزائري و جعلها مشتركة ما يأتي حيث سنبحث عن اعتبار العرف فيها.

أ. حق المعاشرة بالمعروف.

تعتبر المعاشرة بالمعروف من الواجبات المتبادلة بين الزوج و الزوجة و المرتكز الأساسي للعلاقات الأسرية،و قد جاء المشرع الجزائري ليقنن " المعروف " في المادة 36 و اعتبره أساس العلاقة الزوجية من زاوية الحق و الواجب لكلا الطرفين لتبادل الاحترام و المودة و الرحمة و الحفاظ على مصلحة الأسرة ،و قد جاءت المادة 36 في فقرتها الثانية تنص على :" المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة".

والمشرع هنا بجعله هذا الحق مشتركا قد تنبه إلى النقص الذي كان ضمن المادة 36 و ما بعدها –قبل التعديل– بعدم وجود أهم حق من الحقوق الزوجية و هو المعاشرة بالمعروف.

ولاشك أن كل ارتباط بين الزوجين يرجى استيفاء مقاصده لا يتم إلا بالألفة التي تستلزم توافر خصال مثل: المواساة، العفو و الانتباه من كل ما يوغر الصدور مع دوام الملاطفة، و طلاقة الوجه[1] فالحق الأصلي المشترك بين الزوجين هو حل العشرة الزوجية بينهما[2] و حل المقاربة بينهما بما يقتضيه الطبع الإنساني ؛و لا يكون ذلك إلا بالمعاشرة بالمعروف.قال الله عزوجل :﴿**وَعَاشِرُوهُنَّبِالْمَعْرُوفِ** ۚ **فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُواشَيْئًاوَيَجْعَلَاللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**﴾[النساء :19].ووجه الدلالة أيعاشروهن على ما أمره الله من حسن المعاشرة،وذلك بإعطائها حقا في المهروالنفقة، وأن يكون منطلقا في القول لا فضا ولا غليظا، ولا مظهرا ميلا إلى غيرها، فأمر الله تعالى بحسن صحبة النساء إذا عقدوا عليهن، وتكون أدمة أي خلطة مابينهم وصحبته مع لى الكمال،فإنه أهدأ للنفس وأهنأ للعيش[3].

[1] _ الدهلوي،حجة الله البـــــالغة ،(2/ 209).

[2] _ أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره،ص 218.

[3] _ القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،(97/5).

و جاء في تفسير الجصاص ؛ أن الله عزوجل أمر الأزواج بعشرة نسائهم بالمعروف؛ و من المعروف أن يوفيها حقها من المهر و النفقة و القسم في حالة التعدد و عدم إيذائها بالكلام الغليظ و الميل إلى غيرها[1].

فانعدام الصحبة و عدم المخالطة بالمعروف الذي تعرفه و تألفه الطباع و لا يستنكر شرعا و لا عرفا و لا مروءة ،فالتضييق في النفقة و الإيذاء بالقول و الفعل و كثرة عبوس الوجه و تقطيبه عند اللقاء ،كل ذلك ينافي العشرة بالمعروف،و الغرض أن يكون كل من الزوجين مدعاة سرور الآخر و سبب هنائه في معيشته[2].

ومعا لمالعشرة الحسنة بين الزوجين،إحسانا لزوج معاملة زوجته ورعايتها رعاية حسنة يقابل ذلك طاعةالمرأة لزوجها،ولو قام كل منهما بما يجبعليه بإحسان واتقان فإما يعيشان حياة سعيدة ويصبح كل منهما بالنسبة للآخر نصفه الذي لاغنى عنه[3].

ثم إن التماثل في تأدية كل منهما حق الآخر بالمعروف لا يمطله و لا يظهر الكراهية ؛بل ببشر و طلاقة و لا يتبعه أذى و لا منة ،و يستحب لكل واحد من الزوجين تحسين الخلق مع صاحبه و الرفق به و احتمال أذاه[4].

و بالرجوع لنص المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد جاء مؤكدا لفلسفته في بناء الأسرة على أساس القيم ،جاء في نص المادة 03 من قانون الأسرة على أنه :" تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط و التكافل وحسن العشرة و التربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية".

و تأكيده على هذا الحق في التعديل الجديد على غيره ماكان عليه قبل التعديل و الذي كان ينص على حسن المعاشرة بالمعروف ضمنا ؛مرده إلى أن الأسرة الجزائرية التي كانت أكثر امتثالا للقيم الدينية و الاجتماعية خصوصا المتعلقة بالأسرة؛ أصبحت اليوم معرضة للانحلال و التفكك بسبب أن الأزواج من الأجيال الجديدة لا يأبهون للقيم التي تحكم الأسرة و المجتمع؛ و هذا ما يفسر كثرة الطلاق،فجاء النص صراحة – على حسن المعاشرة – ؛ "من أجل التـــأكيد و التـــنبيه على هذا الأمر و ضرورة وجوده في الأسرة ؛ولأجل خطورته عمد المشرع إلى إدراجه ضمن الواجبات التي تقع على عاتق الزوجين قبل بعضهما وقبل الأسرة التي يشرفان عليها"[5].

---

[1]_ الجصاص،أحكام القرآن ،(105/2).

[2]_ محمد رشيد رضا،تفسير المنار ،(456/4).

[3]_ الأشقر،أحكامالزواجفيضوءالكتابوالسنة،ص293 .

[4]_ ابن قدامة،المغني،(220/10).

[5]_ محمد لمين مسيخ،التنازل عن توابع العصمة الزوجية،ص14

و إذا كان حق المعاشرة بالمعروف الذي جاءت به المادة 36 من قانون الأسرة هو حق مشترك بين الزوج و الزوجة على أساس مبدأ المساواة إلا أن هدفه هو حماية المرأة من سوء المعاملة التي قد تصدر من الزوج فكثيرا ما يستعمل الزوج العنف مع المرأة والضرب و الطرد من المسكن العائلي و عدم توفير سكن منفرد مستقل و غيرها من المنغصات التي يجب الكف عنها بالمعاشرة بالمعروف[1].

و قد جاء قانون الأسرة في المادة 53 المعدّلة في فقرتها الثامنة تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين وإنعدام المعاشرة والتشاور والتفاهم بين الزوجين مما يؤدي في نهاية المطاف إلى إنهاء العلاقة الزوجية وتشريد الأولاد وضياعهم، و عليه إن أساء الزوج معاملة زوجته و لم يعاملها بحسن العشرة يمكنها رفع أمرها إلى القاضي.

ب. **حق التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات.**

جاء التعديل الجديد بحق مشترك يخص كل من الزوجين في الفقرة الرابعة من المادة 36 التي تنص على :" التشاور في شؤون الأسرة و تباعد الولادات ".

_ التشاور في تسيير الأسرة.

تتطلب الأسرة تنظيما محكما لنشأتها واستمرارها واستقرارها، و مقومات هذا التنظيم لابد أن تكون متكاملة شاملة تتصل بكل جوانب الزوجين النفسية و العقلية و السلوكية و هي الجوانب ذات العلاقة المباشرة بدوام الرضى و الاستقرار و ضمان البناء الأسري المتماسك.

و لا شك أن مما يدعم ذلك هو إدارتها على أساس من الشورى و تبادل الرأي بين أفرادها ، فالتشاور بين الزوجين مبدأ أصيل هدفه الوصول إلى الرضا النفسي و الشعور بالاستقرار والمعايشة الوجدانية و تقارب الأفكار،كما أنه يهدف إلى ترسيخ مفهوم الشورى عند الأبناء.

والتشاور في تسيير الأسرة كمبدأ عام هي طريق لمنع تسلط الرجل على المرأة من جهة ،و من الجهة المقابلة تقييد ممارسة المرأة في حياة الرجل ،و هذا حفظا للاستقرار الأسري و استمراره،و قد بنت الشريعة الإسلامية مجتمعاتها على أساس من الشورى و تبادل الرأي قال الله عزوجل [**وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ**][آل عمران:159].

"إن إبداء الرأي والتشاور بين الزوجين هو الترجمة الواقعية لاستقرار الحياة العائلية المبنية على أساس المودة والرحمة التي جعله االله بين الرجل والمرأة، وهو أيضا التعبير الصادق عن الحقوق المتبادلة وحسن تسيير شؤون الأسرة "[2].

[1]_ بلحاج العربي،أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري،ص523.

[2]_ ربيحة إلغات،الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهاد القضائي الجزائري، ص48.

ISSN: : 2661-7234ـــ ISSN2543-3881

فالأصل في الحياة الزوجية التحاور والتشاور والتشارك، لطفاً ولياناً ومودة ورحمة ،و عدم الاستئثار وقد كان النبي –ﷺ– يستشير زوجاته، ويأخذ برأيهن فيما يعرض عليه من أمور،ومن ذلك ما فعله حين جاءه جبريل أول مرة، فرجع فزعا إلى زوجه خديجة وهو يقول: «زملوني زملوني »[1].

و مافعلته أم المؤمنين خديجة أنها قدمت للنبي –ﷺ– الدعم الذاتي حيث بشرته بماوجده من خلال تذكيره بنقاط قوته و تاريخه المليىء بالمواقف المشرقة[2] و الدعم الجماعي حينها أخذت بيده لابن عمها ورقة بن نوفل.

و بالرجوع لقانون الأسرة و التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري نجده قد كرس مبدأ المساواة المطلق بين الزوجين حين جعل قيادة الأسرة مشتركة بين الزوجين[3]، حيث قام بتحميل الزوجة عبء المشاركة في إدارة شؤون الأسرة التي جعل لها مبدأ أساسيا تقوم عليه و هو التشاور بين الزوجين،فمصطلح التشاور يحيل إلى الواجبات و اقترانه بمصطلح التسيير الذي يعني القيادة و التوجيه يجعله يمنح سلطات للزوجين على حد سواء،تحقيقا للتوازن في العلاقة بين الزوجين.

وهو ما يؤكد الاتجاه الذي أخذه المشرع الجزائري في إعادة تكييفه وترتيبه للحقوق الزوجية بما يتماشى و مبدأ المساواة المطلقة حيث تشارك الزوجة زوجها في كل مايتعلق بالأسرة وقراراتها و بالتالي إلغاء كلي لقوامة الزوج ورئاسته للعائلة حب ماكان ينص عليه قانون الأسرة قبل التعديل.

_ تباعد الولادات

جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة ليجعل للزوجين مطلق الحرية في مسألة تباعد الولادات من خلال التشاور بينهما،باعتبار أنه أصبح في الوقت الحاضر مما يدخل في تنظيم الأسرة واستراتيجية فعالة لبقاء الطفل،من خلال تأخير الحمل الأول والمباعدة المناسبة بين الولادات ووضع الحد بمحض الإرادة لعدد مرات الحمل.

والنسل هدف أصيل من أهداف الحياة الزوجية،و هو مقصد في الزواج ،فهو يضمن استمرار الأمة و دوامها،و لاشك أنفي تنظيمه مصلحة للأسرة بجميع أطرافها– لذا يجب أن يتم التنظيم باتفاق الزوجين وتراضيهما النابع من ظروفهما الخاصة –فهي مصلحة للأب،ومصلحة للأم تجد فرصة لترتاح بين حمل وآخر،وكذلك مصلحة للولد حتى لا تسوء صحتهم أو تضطرب تربيتهم بقدوم ولد آخر[4].

---

[1]_ البخاري، الجامع الصحيح،كتاب بدئ الوحي،باب،رقم الحديث:4،(4/1).

[2]_ جاسم محمد المطوع،زوجات النبي ﷺ في واقعنا المعاصر تأملات في مواقف زوجية مشرقة، ص30.

[3]_ هجيرة دندوني،التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية،مجلة الدراسات القانونية،مجلة أكاديمية سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي ،جامعة تلمسان،2010م، ع:07،ص13.

[4]_ يوسف القرضاوي،الحلالوالحرامفيالإسلام.،ص176.

ومسألة تنظيم النسل التي عبر عنها المشرع الجزائري –بتباعد الولادات– تعتبر من المسائل الفقهية التي اختلف فيها الفقهاء بين المجيزين و المانعين.

و المراد بتنظيم النسل القيام بإجراءات معينة للتنسيق بين حمل و آخر و بعبارة أخرى هو العمل الوقائي لمنع الحمل منعا مؤقتا بالوسائل العلاجية المتاحة و قد يراد به التقليل من النسل و قد يراد به حماية الأم والحفاظ على صحتها ،و قد يراد به إتاحة الفرصة لرعاية الأولاد والاهتمام بهم[1].

ففي الوقت المعاصر هناك طرق حديثة ووسائل تسمح بمنع الحمل مؤقتا كوسائل منع الحمل و منها الميكانيكية كاستعمال اللولب– le sterilet– أو الكيميائية و الهرمونية و قد غدت أكثر انتشارا و استعمالا في العالم بأسره[2].

و جاء في بحث لهيئة كبار العلماء أن تنظيم النسل :"هو استعمال وسائل معروفة لا يراد من استعمالها إحداث العقم أو القضاء على وظيفة الجهاز التناسلي بل يراد بذلك الوقوف عن الحمل فترة من الزمن لمصلحة ما يراها الزوجان أو من يتقان به من أهل الخبرة "[3].

فإن كان هذا التحديد بقرار عام من جهة رسمية فلا يجوز؛ لأنه يعارض توجيه الإسلام إلى تكثير النسل؛ولأنه في الغالب يبنى على مقاصد اقتصادية، وأن كثرة النسل تؤثر على المستوى الاقتصادي للبلاد،وأن الموارد لاتكفي إلا لعدد محدود، وهذا كله مخالف لحسن الظن بالله والتوكل عليه، وأنه مامن نفس منفوسة إلا على الله رزقها، وهذا ما أفتى بمنعه مجمع الفقه الإسلامي بقوله": لايجوز إصدار قانون عام، يحد من حرية الزوجين في الإنجاب"[4].

و من الفقهاء المعاصرين من قالوا بجواز العزل و مسألة تنظيم النسل مثل الشيخ البوطي أبو زهرة ؛والشيخ محمود شلتوتو غيرهم [1]،لكن كتصرف فردي و ليس قانونا تلزمه الدولة لأفراد المجتمع حيث رأى أن :" العمل على منع الحمل منعا مؤقتا يمكنّ الأم من إرضاع الطفل إرضاعا كاملا نقيا، وقد حددت الشريعة الإسلامية مدة الرضاع بحولين وبمنع الحمل في ذلك الوقت تستريح الأم، وتستعيد

---

[1]_ القرة داغي علي محي الدين –علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية مقارنة، ص454.

[2]_ في الجزائر حسب التحقيق الوطني لصحة الأم و الطفل لسنة 1992م أوضح أن هناك 76.5% من النساء الجزائريات يستعملن هذه الوسيلة لتنظيم نسلهن.اما استعمال اللولب و الذي بدأ سنة 1970 فهناك 2.3 %من النساء المتزوجات مابين 15–49 سنة تسستعملن هذه الوسيلة كطريقة لتنيظم النسل.

:جويدة عمير،الخصوبة و تنظيم النسل ، ص 64–67.

[3]_ الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء ،أبحاث هيئة كبار العلماء ،الرئاسة العامة للبحوث العلمية و الإفتاء– السعودية،ط:الخامسة،2013م،(505/2).

[4]_ المرجع نفسه،(505/2).

مافقدت من قوتها بسبب الحمل وعناء الوضع، وتتفرغ بهمة ونشاط لتربية الولد وإنمائه إرضاع طفلها إرضاعا كافيا نقيا و يمكن الأم من الراحة لتسعيد مافقد من قوتها بسبب الحمل و عناء الوضع[1].

فليس للحاكم أن يحتج بحالة يجيز الشارع فيها للزوجين العمل على تحديد النسل فيبني عليها دعوة عامة إلى ذلك و يشرع القوانين و الإلزامات الأدبية بالوسائل المختلفة[2].

و إن كان المشرع الجزائري لم يخرج عن النظرة الشرعية لمسألة تنظيم النسل و تباعد الولادات ؛إلا أنه كان متأثرا في نفس الوقت بما ذهبت إليه المواثيق الدولية حيث جاء في تقرير الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة سنة 2005م إشارة ممثل الجزائر أن السياسة المطبقة في مجال تنظيم الأسرة أفضت إلى زيادة سنتين في معدل العمر المتوقع للمرأة ومكنت من تقليص وفيات الرضع و النوافس و خفض معدل خصوبة الأزواج[3]، و قد كانت الاتفاقية جد واضحة في مسألة تحديد و تنظيم النسل فقد نصت المادة 16 في فقرتها الأولى على أنه :"على الأطراف أن تضمن للمرأة نفس الحقوق في أن تقرر بحرية و بشعور من المسؤولية عدد أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل و آخر"[4].

و ماجاء على لسان ممثل الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تجسد فعلا في تعديل قانون الأسرة و جعل المشرع الجزائري تباعد الولادات حقا مشتركا للزوج و الزوجة[5].

---

[1]ــ و هو رأي الأكثرية من الفقهاء المعاصرين منهم : محمد البهي ،أحمد الكبيسي،أبو الأعلى المودودي

: جمال محمد باجلان،المرأة في الفكر الإسلامي،ص251.

[2]ــ محمودشلتوت،الإسلامعقيدةوشريعة ،ص212.

[3]ــ البوطي،مسألة تحديد النسل وقاية و علاجا،ص20.

[4]ــ التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر و الملاحظات الختامية للجنة جلسة رقم 667 و جلسة رقم 668 بتاريخ :11-01-2005 وثيقة الأمم المتحدة: CEDAW/C/SR.667 - CEDAW/C/SR.668

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=DZA&Lang=AR.

[5]ــ تؤكد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 120 أن سبب إعطاء المرأة الحق في أن تقرر عدد أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل وآخر هو أن مسؤوليات المرأة المتعلقة بالحمل وتربية الطفال تؤثر على حقوقها في الحصول على التعليم و العمل وغيرها من الأنشطة كما أن تلك المسؤوليات تلقي على عاتقها أعباء مجحفة من العمل ولعدد الأطفال والفترة بين إنجاب طفل وآخر أثر مماثل على حياة المرأة و على صحتها البدنية والعقلية وصحة أطفالها.

ISSN2543-3881 ــــــ ISSN: : 2661-7234

2.3. اسقاط بعض الحقوق الزوجية الشخصية بعد تعديل قانون الأسرة.

قام المشرع الجزائري بإلغاء المادة 38 و 39 من قانون الأسرة المتعقلة بحقوق الزوجة و واجباتها ،حيث أن المادة 38 تنص على حق الزوجة في زيارة أهلها و استضافتهم بالمعروف و كذا حرية التصرف في مالها.

ووفق هذا الإجراء –كما تقدم ذكره– هناك حقوق لم تلغ بل تم إدراجها ضمن حقوق و واجبات الزوجين المادة 36 ،و هناك حقوق تم إدراجها ضمن مواد أخرى كماهو الشأن بالنسبة للعدل في حالة الزواج و حرية التصرف في الأموال و النفقة الشرعية و التي نصت عليها المواد 8 و 37 و 74 من قانون الأسرة على التوالي.

في المقابل ألغى حقين تنص عليهما المادة 39 و المتعلقة بـــــ:

- طاعة الزوج و مراعاته باعتباره رئيس العائلة
- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم

أ_ إلغاء واجب طاعة الزوج و رئاسته للعائلة

إن تشريع الإسلام للقوامة الزوجية مقصده أن تكون روح النظام سائدة في العلاقة الزوجية؛من خلال وضع ضوابط المسؤولية الزوجية و تنظيم مسائل الإدارة و الإشراف توضيح الاختصاصات التنظيمية في الشؤون الأسرية فجاء تحديد أن القوامة في المؤسسة الزوجية للرجل[1].

و لاختلاف الخصائص النفسية و الجسدية لكل من الرجل و المرأة تفرض عليهم المسؤولية الزوجية وظائف متنوعة و متكاملة ؛و الشريعة الإسلامية حريصة كل الحرص على انضباط المجتمع و أفراده بنظام الحياة الصحيح و لاشك أن البيت أول ما يغرس فيه ذلك ،فكانت القوامة سلامة للمسيرة الحياتية بين الرجل والمرأة و الأولاد.

و كون الرجل قواما على المرأة هو من باب الرئاسة التي تختارها المرأة بإرادتها؛ لتحقق من خلالها الحماية و الكفاية[2]، قال الله عزوجل[**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَاللَّهُبَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ** ۚ] [النساء :34]. فقوامون

لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر، 1994م ، التوصية العامة رقم :21، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية–http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm#recom21

[1]_ عبد النور عيساوي،حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية و قانون الأسرة،ص76.

[2]_ يمينة ساعد بوسعادي،الثابت و المتغير من أحكام الأسرة في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية ،ص347.

مأخوذة من القيام على الشيء والاجتهاد في الحفاظ عليه[1] ، و تكون قوامة الرجل على المرأة بتدبير أمورها و حفظها و صيانتها من كل سوء مع تأديبها إن اقتضى الأمر[2].

والآية تظهر سبب تفضيل الرجل بالقوامة دون المرأة بما أوجب من التكاليف و الأحكام الشرعية و في الحقوق والواجبات وللتفاوت بما أودعه الله عزوجل من تركيب و جبلة و فطرة في الرجل و المرأة،و بما أنفقه و ينفقه الرجل على المرأة مما ألزمه الشرع من النفقة و التكاليف الأخرى[3].

فالخطاب الشرعي كان عادلا بالنسبة للزوج و الزوجة ،فلأ تكون القوامة في الأسرة للرجل لا للمرأة فلمصلحة الأسرة و استقرارها،و هي أمر طبيعي تقتضيه الحياة المشتركة بين الزوجين و لا تتعداه إلى ما يتعلق بالمرأة من خصوصيات كحرية التصرف في مالها لما تتمتع به من إستقلالية مالية كمبدأ عام، و التنويع في التكوين و الاستعداد ناشء عن اختلاف المهام و الوظائف لا عن امتياز و تفضيل ؛و إذا كان الله عزوجل خص الرجال دون النساء بالتفضيل وقوامية الزوج على الزوجة ضرورية للحياة الزوجية و استقرارها و استمرارها ،فهي في جوهرها علاقة تشاركية لابد لها من رئيس،ثم إن الزوجان قد يختلفان و هنا لابد من رئيس تكون له الكلمة النافذة فيما يطرأ من اختلاف بينهما[4].

و بالرجوع لقانون الأسرة نجد نص المشرع الجزائري في المادة 39 من قانون الأسرة – قبل التعديل– على مبدأ قوامة الزوج على الزوجة ووجوب طاعتها إياه ؛ و التي ألغيت بمقتصى التعديل الجديد ،و بهذا يكون المشرع الجزائري قد ألغى حقين للزوجة اتجاه زوجها و هما : رئاسة البيت، و ما تقتضيه من وجوب الطاعة له،و هو ما يظهر تأثير مباشر للإتفاقيات الدولية[5]، و الفلسفة العالمية الجديدة في نظرتها للتشريعات الأسرية خاصة الإسلامية التي تراها بدائية و تقليدية حيث ظهرت مصطلحات حادثة أخرجت القوامة من مفهومها الصحيح بإعتبارها تضمن القيام بأمر الزوجة و الحفاظ عليها و النفقة و العناية بشؤونها إلى مجرد وصاية ذكورية أو تسلط ذكوري ،أو مجرد مسألة ثقافية تتغير بتغير الزمان و تطوراته .

---

[1] _ محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (68/5).

[2] _ القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،(168/5-169).

[3] _ الجصاص،أحكام القرآن (148/3).

[4] _ البغوي،تفسير البغوي معالم التنزيل،ص296.■الجصاص،أحكام القرآن،(148/3).■القرطبي،الجامع لأحكام القرآن ،(168/5-169).

[5] _ عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم،(279/7).

ISSN: : 2661-7234 ISSN2543-3881

و يظهر ذلك جليا من خلال التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث و الرابع المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة و ذلك بالنص على أنه :" و تعرف مجلة الأسرة الجديدة في مادتها 36 الحقوق و الواجبات التي يجب أن يلتزم بها القرينان،و هكذا فإن مفاهيم طاعة الزوج و احترام والديه و أقاربه قد حذفت و لم يحل مكانها سوى حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين.."[1].

ب_ إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم .

إن أهم ما يعين على نجاح العلاقة الزوجية هو الفهم الصحيح للحقوق التنظيمية للعلاقة بين الزوجين ثم بينهما و بين الأبناء ،لهذا كانت هذه الحقوق و ما يقابلها من واجبات تتميز بالخصوصية لما لها من الأهمية و المكانة خاصة ما يتعلق بتربيتهم.

فالتربية رعاية الإنسان في جوانبه الجسمية و العقلية و اللغوية و الانفعالية و الاجتماعية و الدينية و توجيهها نحو الإصلاح و الوصول بها إلى الكمال،و هو ما ينجسم مع المنهج النبوي و طريقة الإسلام في التربية إذ أنها معالجة للكائن البشري كله معالجة شاملة لا تترك منه شيئا و لا تغفل عن شيء جسمه و عقله و روحه و كل نشاطه على الأرض[2].

و من مقتضيات التربية الجسمية و التي تعتبر من حقوق الطفل الأدبية حقه في الرضاع ؛ويقصد به تغذية الطفل للمحافظة على بقائه و نموه من خلال "مص الرضيع من ثدي الآدمية في مدة الرضاع"[3].

---

[1]_ بدأت الاتفاقيات الدولية تشير إلى مسألة القوامة و الرئاسة في العائلة فقد اعتبر التقرير الأممي الصادر عام 1975م بمناسبة تقييم منجزات عقد الأمم المتحدة للمرأة أن الحائل و العقبة أمام تمكين المرأة هو جعل الرجل مسؤولا عن الأسرة و طالب التقرير الدول الأطراف بتغيير التشريعات باعتبار أن قوامة الرجل تعوق حصول المرأة على الانتماءات و القروض و الموارد المادية و غير المادية،ووجوب إدخال عبارات أخرى على درجة من الشمول تكفي للتعبير عن دور المرأة على نحو مناسب في الوثائق القانونية ضمانا لحقوقها،و قد تم دعوة الحكومات أيضا إلى تدخلها في قوانين الأحوال الشخصية لتخليص المرأة من الممارسات التمييزية ضدها،و قد جاء الضغط أيضا من خلال اتفاقية سيداو،و تقارير لجنة الأمم المتحدة للضاء على التمييز ضد المرأة على سبيل المثال= ===الموجه لدولة السعودية حيث نص أنه يجب أن لا يطغى العمل بالشريعة الإسلامية على معاهدة حقوق المرأة الدولية "سيداو" التي تم توقيعها من طرف السعودية سنة 2000م و أن المعاهدات الدولية لها الأولوية على القوانين المحلية .

يمينة ساعد بوسعادي،الثابت و المتغير من أحكام الأسرة في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية،ص355-358.

[2]_ التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث و الرابع للجزائر المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18-05-2009م

http://hrlibrary.umn.edu/arabic/cedaw.html:

[3]_ محمد قطب،منهج التربية الإسلامية ،(18/1).

و قد جاءت النصوص الشرعية تحث الأمهات على إرضاع أولادهن تمام الرضاعة و هو ماكان في الحولين.و قد انعقد الإجماع على مشروعية الرضاع، و لم يخالف في ذلك أحد، و تلك المشروعية ثابتة لاينكرها أحد[1]، فحليب الأم هو أصلح غذاءا لنمو الطفل بدنيا ونفسيا وروحيا، فهو تتمة غذائه حين كان جنيناً في أحشائها، فالطفل جزء من كيان الأم وفلذة من كبدها، فلذلك كان حليبها أصلح شيء لمولودها ما لم تكن هناك علة مانعة للرضاعة ولها وجه شرعي وليس سببا دنيويا وماديا تمنع به الطفل من الرضاعة لوجوب ذلك على الأم باعتباره حقا من حقوق الطفل لمدة عامين تامين، ولعلم رب العالمين والناس بأن هذين العامين فيهما كفاية لتأسيس نمو الطفل قال الله عزوجل :[**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَأَوْلَادَهُنَّحَوْلَيْنِكَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّالرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّوَكِسْوَتُهُنَّبِالْمَعْرُوفِ**] [البقرة:233].والآية تدل على مشروعية إرضاع الأمهات لأولادهن كمال الرضاعة ،وهي سنتان،فلا اعتبار بالرضاعة بعد ذلك[2].

وقد جعل الله الرضاع حولين رعيا لكونهما أقصى مدة يحتاج[3]، فيها الطفل للرضاع إذا عرض له ما اقتضى زيادة إرضاعه ، فأما بعد الحولين فليس في نمائه ما يصلح له الرضاع بعدُ[4]، و جاء في تفسير الآية أيضا تأكيد للدلالة على أن هذا التقدير تحقيقي لا تقريبي[5].

و الأحكام الفقهية التي بنى عليها الفقهاء مباحث باب الرضاع جاءت لتؤكد أهمية الرضاع فهي مقصد قائم بحد ذاته ناهيك عن المقاصد التبعية له[6]، فالرضاع للطفل غذاء كامل له خلال العامين يعيش عليه و ينمو به لحما و عظما و من هنا كان تأثير الأم المرضعة عليه حتى إنه ليرث عاداتها و أخلاقها إلى جانب ما يرث من أمه الأصلية من عادات و أخلاق بسبب حملها أولا ثم بسبب إرضاعها

---

[1]_ الجرجاني،التعريفات،ص114.

[2]_ ابن قدامة، المغني،(191/9).

[3]_ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ،(278/1).

[4]_ الكاساني،بدائع الصنائع،(76/5). ■ابن قدامة،المغني،(320/11) ■ الشيرازي،المهذب،(583/4). ■ الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(503/2).

[5]_ ابن عاشور،التحرير و التنوير،(431/2).

[6]_ الشوكاني ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، ص157.

ISSN2543-3881 ـــــ ISSN: : 2661-7234

إياه ثانيا[1]، قال النبي -ﷺ-: «فإنما الرضاعة من المجاعة »[2].و قد تم الاستدلال بهذا الحديث على أن الرضاعة إنما تعتبر في الصغر لأنها الحال التي يمكن طرد الجوع فيها باللبن بخلاف حال الكبر وضابط ذلك بتمام الحولين.[2]

و قد أثبتت الدراسات الحديثة أن الأطفال الذين يعتمدون على الرضاعة الصناعية أكثر تعرضا للأمراض من أولئك الذين يعتمدون على الرضاعة الطبيعية،و هنا يكمن المقصد الأصلي للرضاعة فرضاعة الطفل و التقامه لثدي أمه هو الطريقة الوحيدة الكفيلة بتحصينه ووقايته من الأمراض فبعد أن كان جنينا في بطن أمه يتغدى من دمها فبعد خروجه تواصل امه هذه المهمة و تكفل له الغذاء الذي يحتاجه خاصة في الأشهر الأولى[3].

و بالرجوع لقانون الأسرة نجد نص المشرع الجزائري قبل التعديل في المادة 39 التي تعني بواجبات الزوجة في فقرتها الثانية على وجوب إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم ،و رغم أن هذا النص لم يشر إلى أن الرضاعة حق للأم و اعتبرها واجبا مغلبا مصلحة الطفل إلا أنه ألغي و ليس هناك أي مبرر لإلغائه فقد اكتفى في المادة 36 بعد التعديل في فقرتها الثالثة بنصه على وجوب التعاون على مصحلة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم.

و ما يلاحظ هو العموم الذي صاحب النص المعدل في مفهومه إذ أوجب على الزوجين السهر على تحقيق مصلحة الأولاد بتربيتهم التربية الحسنة و رعايتهم و الحفاظ عليهم،لكنه لم يوضح حدود هذه الرعاية و بالتالي لا يستطيع المشرع إجبار الأم على إرضاع الولد و يفتح المجال لكل أم أن ترفض ذلك بحجة أنها غير ملزمة قانونا بذلك[4].

ثم إن هذا العموم في النص قد يخلق إزدواجية قانونية في التشريع الجزائري باعتبار أن قانون الوظيفة العمومية يقر للعاملة المرضع حقها في ساعة الرضاعة يوميا غير وقت الاستراحة العامة ؛و أحد الحقوق المكفولة قانون لحماية الطفل حيث تنص المادة 214 من قانون الوظيفية العمومية[5]، أن للموظفة المرضعة الحق ابتداء من تاريخ انتهاء عطلة الأمومة و لمدة سنة في التغيب ساعتين مدفوعتي الأجر كل يوم خلال الستة أشهر الأولى و ساعة واحدة مدفوعة الأجر كل يوم خلال الستة الأشهر الموالية مع إمكانية توزع عدد الغيابات على مدار السنة حسبما يناسب الموظفة.

---

[1]_ فريدة زوزو،النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات العصر، ص290.

[2]_ عبد الحليم عويس،موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر،(514/2).

[3]_ البخاري،الجامع الصحيح،كتاب النكاح،باب من قال لا رضاع بعد حولين،قم الحديث:5103،(1053/3).

[4]_ ابن حجر،فتح الباري،(121/9).

[5]_ فريدة زوزو،النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات العصر ،ص290.

ISSN: : 2661-7234 ISSN2543-3881

4. تقييم موقف المشرع في مدى اعتباره للعرف أو عدم اعتباره في تعديل الحقوق الزوجية.

بالرجوع إلى الفلسفة الإسلامية فموارد الشريعة تدور بين اعتبارها مقاصدا و بين اعتبارها وسائل لتلك المقاصد[1]، و من هنا جعلت الشريعة الإسلامية في سبيل اعتنائها بعقد الزواج الحقوق الزوجية من الوسائل المؤدية إلى ذلك المقصد؛ حيث تعمل هذه الحقوق على ضبط العلاقات و الروابط الناشئة في ظل نظام الزواج؛ أو التي له علاقة بها كرابطة الزوجية، والنسب، وهذا لا يعني أن المطلوب تحقيقه بين الرجل و المرأة المساواة المطلقة والتماثل في الأدوار إنما هو التكامل مع التوازن في الأعباء والتكاليف،و قد جعلت العدالة الإلهية أعباء المرأة وفقا للاستعدادات النفسية و العقلية و العضوية المعينة تضاف إلى أعباء الرجل وفقا لخصائص عقلية و عضوية محددة تساوي التكامل الإنساني و الأسري و الاجتماعي،ثم إن مقومات المساواة في الحقوق والمسؤوليات تقتضي العدالة الناجعة و ليس بالضرورة المساواة المطلقة

و الظاهر أن المشرع الجزائري استجاب للفلسفة العالمية التي كرستها الاتفاقيات الدولية في نظرتهم للزواج حيث أكدت المادة 16 من اتفاقية سيداو على مبدأ المساواة بين الجنسين في الحقوق و الواجبات و ذلك من خلال نصها على وجوب ضمان الدول الأطراف على أساس تساوي المرأة و الرجل نفس الحقوق و الواجبات أثناء الزواج،و المساواة في الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور بالمسؤولية عدد أطفالها و فترة سن إنجاب طفل وآخر و في الحصول على المعلومات و التثقيف، كما نصت المادة 12 الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية دائما على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها بالتساوي مع الرجل الحصول على خدمات الرعاية الصحية بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتخطيط الأسرة.

و المشرع الجزائري بهذه الفلسفة الجديدة- و عن كان ساير العرف في حق المعاشرة بالمعروف و التشاور في أمور البيت و تباعد الولادات و ما ذلك سوىهو تمتين للعلاقة بين الزوجين و استقرارها على أساس المودة و الرحمة، فوجب على الزوجة طاعة زوجها الملقاة على عاتقه مسؤولية كبيرة، دون تجبر أو تسلطمنه، ولها كذلك مسؤولية لا يمكن أن تقوم دون مشاركتها، مما يمثل الصورة الحقيقية للتشاور وحسن تسيير الأسرة، الذي ينتج عنه استقرا رها وسعادتها[2].

لكن من جهة أخرى خالف العرف في مسألة جد هامة و هي حقي القوامة و الطاعة التي تدور مع أحكام الشرع في أنها للزوج و هي من عرف المجتمع الجزائري ،و بالتالي فالمشرع الجزائري لم يعتبر العرف الصحيح المستنبط من تطبيق الشريعة الإسلامية في حق طاعة الزوجة لزوجها[3].

---

[1]_ خيرة العرابي،حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، ص95.

[2]_ الأمر رقم:06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية .

:الجريدة الرسمية ،التاريخ :16 يوليو 2006م، ع 46 .

[3]_ القرافي، الفروق ،(61/2)

ISSN: : 2661-7234 ISSN2543-3881

و القوامة في المجتمع الجزائري ثابتة للزوج شرعا و عرفا فللعادات و التقاليد دور كبير في ثبات هذه القوامة، فالسلطة في الأسرة قائمة على سيطرة تقليدية مستنبطة من العادات والتقاليد، حيث أن صاحب السلطة يطاع بناءا على تقاليد أو عادة قد يسير عليها زمنا طويلا.

و على ذلك و حسب الاتفاقية فإن المساواة على أي سلطة أو حق للرجل في قوامته على أسرته مع الإستغناء عن واجب طاعة الزوجة له في كل ما يتعلق بشؤون و قرارات الأسرة تكون بالمشورة بينهما،فاتفاقية سيداو تعتبر طاعة الزوجة لزوجها و قوامتها عليها هو تمييز ضدها و تكريس لدنيوية المرأة على الرجل فللمرأة –حسب الاتفاقية– يصبح واجبها الانقياد و الطاعة أما الزوج فله الرئاسة و السيادة،مع العلم أن الجزائر تحفظت على المادة 15 فقرة 4 من اتفاقية سيداو بقولها:" تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنه لا يجب تفسير أحكام الفقرة 4 من المادة 15 لاسيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مقر إقامتها و مسكنها بمفهوم يتعارض مع أحكام الفصل الرابع من قانون الأسرة الجزائري"[1]. و ها يظهر جليا أن الأمر متعلق بمسألة إلغاء الطاعة الزوجية مما يؤكد أن المشرع الجزائري قد تراجع بصفة غير مباشرة على تحفظاته السابقة،و عدم إلزام الأم بمسألة إرضاع الأبناء .

و بإلغاء المادة 39 يكون المشرع الجزائري أيضا قد حذا حذو المشرع الفرنسي الذي ألغى رئاسة الأسرة للزوج سنة 1970م، و المشرع المغربي سنة 2004م .

وباعتبار أن المشرع الجزائري اكتفى بإلغاء المواد و لم ينص صراحة على خلاف ما كانت تقتضيه؛فتبقى المسائل السابقة على رأسها مسألة القوامة و الطاعة في قانون الأسرة الجزائري تدور في فلك المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية.

[1] _ عبد الرحمان هرنان: محطات قانون الأسرة الجزائري، ص 117.

ISSN: : 2661-7234 ISSN2543-3881

5. الخاتمة.

يتضح من خلال تتبع الأسباب المعلنة لتعديل قانون الأسرة أن التوزيع الجديد للحقوق و الواجبات الزوجية يؤسسه واضعو القانون على أمرين هما :مسايرة التطور الحاصل في مراكز المسؤولية في الأسرة الجزائرية ،و مواكبة العصر والتماشي مع التشريعات الأسرية التي واكبت الاجتهادات المعاصرة في مجال الأحوال الشخصية ،جاء في بيان أسباب تعديل قانون الأسرة :" وضع مشروع تمهيدي لقانون الأسرة بهدف مسايرة التطور الذي عرفته الأسرة الجزائرية و ما طرأ داخلها من تغيير على مراكز المسؤولية بتحولها من أسرة يرأسها الزوج إلى أسرة قوامها التعاون و التآزر بين الزوج و الزوجة و مواكبة للعصر و تماشيا مع الأنظمة الإسلامية التقدمية في مجال الأحوال الشخصية"[1].

و إذا كان المشرع الجزائري جعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي و الاحتياطي لقانون الأسرة فلم يهمل في المقابل اعتبار العرف كمصدر احتياطي لفهم النصوص القانونية ،فنجده قد وفق في تعديل بعض الحقوق الزوجية التي اعتمد في صياغتها على العرف كمسألة المعاشرة بالمعروف و التشاور في تسيير الأسرة و مسألة التباعد في الولادات ،إلا أنه خالف الشريعة الإسلامية و خالف العرف في إسقاطه لبعض الحقوق الزوجية خاصة المتعلقة بالقوامة و مسالة إرضاع الأم لصغيرها و هو ما يظهر محنى المشرع في إطار الاتفاقيات الدولية و هو ما يوجب تعديل هذه المواد و الأخذ بعين الاعتبار الأعراف المجتمعية التي لا تخالف الشريعة افسلامية على رأسها مسالة القوامة.

المصادر.

- القرآن الكريم برواية حفص

1) الأشقر(عمر سليمان)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،دار النفائس-الأردن،ط:الأولى،1997م.
2) الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء ،أبحاث هيئة كبار العلماء ،الرئاسة العامة للبحوث العلمية و الإفتاء-السعودية،ط:الخامسة،2013م
3) البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل)،الجامع الصحيح،تحقيق:محمد محمد تامر،دار البيان العربي،ط:الأولى،1426هـ-2005م.
4) البغوي(أبي محمد الحسين بن مسعود)،تفسير البغوي معالم التنزيل،دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع-بيروت،ط:الأولى،2003م.
5) بلحاج العربي،أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة-الجزائر،(د.ط)،2013م.
6) لببوطي(محمد سعيد رمضان)،مسألة تحديد النسل وقاية و علاجا،مكتبة الفارابي،(د.ط)،(د.ت)،
7) جاسم محمد المطوع،زوجات النبي ﷺ في واقعنا المعاصر تأملات في مواقف زوجية مشرقة،دار إقرأ للنشر و التوزيع-القاهرة،ط:الثالثة،2007م.

[1] _ عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره في قانون الأسرة الجزائري،ص154.

ISSN: : 2661-7234 ISSN2543-3881

8) لبجرجاني (علي بن محمد السيد الشريف)،التعـــــريفات،تحقيق:د.عبد المنعم الحنفي،دار الرشد،القاهرة-مصر،(د.ط)،(د.ت).
9) لبجريدة الرسمية للمداولات،التاريخ :28 -05- 2005م ، ع:156.
10) لبجصاص (أحمد بن علي الرازي أبو بكر)،أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق قمحاوي،دار إحياء الكتب العربية – مؤسسة التاريخ العربي-بيروت،(د.ط)،1992م
11) جمال محمد باجلان،المرأة في الفكر الإسلامي،دار المعرفة-بيروت،ط:الثانية،2017،
12) جويدة عمير،الخصوبة و تنظيم النسل،رسالة ماجستير في علم الاجتماع،جامعة الجزائر-معهد علم الاجتماع،1995م-1996م.
13) ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي) ،فتح الباري شرح صحيح البخاري،دار إحياء الكتاب العربي-بيروت،ط:الثانية،1406هـــ.
14) الخليل بن أحمد الفراهيدي،العين،دار الكتب العلمية-لبنان،ط:الأولى،2001م.
15) خيرة العرابي،حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة وهران-كلية الحقوق،2012م-2013م.
16) الدسوقي (شمس الدين محمد عرفة)،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،دار إحياء الكتب العربية،(د.ط)،(د.ت).
17) الدهلوي(ولي الله ابن عبد الرحيم)،حجة الله البــــــالغة ،تحقيق: السيد سابق،دار الجيل -بيروت،ط: الأولى،2005م
18) ربيحة إلغات،الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهاد القضائي الجزائري،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة الجزائر 1-كلية الحقوق،2011م،
19) الرشيد بن شويخ،الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة سعد دحلب البليدة كلية الحقوق،2001م.
20) الزرقا (مصطفى أحمد) ، المدخل الفقهي العام، دار القلم،دمشق-سوريا،ط:الثانية،1425هـــ-2004م.
21) أبو زهرة محمد ،أصول الفقه،دار الفكر العربي،(د.ط)،(د.ت).
22) أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره،دار الفكر العربي-القاهرة،(د.ط)،(د.ت).
23) الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، المحقق: يوسف الغوش،دار المعرفة-بيروت،ط:الرابعة،2007م.
24) الشيرازي(أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأباذي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي،تحقيق:محمد الزحيلي،دار القلم-دمشق،ط:الأولى،1992م.
25) صالح عوض ،أثر العرف في التشريع الإسلامي،دار الكتاب الجامعي-القاهرة،1981م.
26) ابن عابدين ،مجموعة رسائل ابن عابدين،(د.ط)،(د.ت).
27) ابن عاشور (محمد الطاهر)، تفسير التحرير و التنوير ،الدار التونسية للنشر،(د.ط)،(د.ت).
28) عبد الحليم عويس،موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر،دار الوفاء-المنصورة،ط:الأولى،2005م
29) عبد القادر بن داود ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال،(د.ط)،2005م.
30) عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم ،مؤسسة الرسالة ، ط :الأولى،1992م.

31) عبد الكريم زيدان المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ،دار عمر بن الخطاب للطباعة و النشر-الإسكندرية،(د.ط)،(د.ت).
32) عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه،مؤسسة قرطبة،ط:السادسة،1976م.
33) علي فيلالي ،المدخل في القانون،موفم للنشر-الجزائر،(د.ط)،2010م،ص250.
34) عماد شريفي،اعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره في قانون الأسرة الجزائري،رسالة ماجستير ،جامعة المسيلة،2015م.
35) فاطمة بن زيد،صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية-تخصص شريعة و قانون،جامعة أدرار-كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية،2009م.
36) فتحي الدريني،المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط 3 ، 1434 هـ..
37) فريدة زوزو،النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات العصر،مكتبة الرشد ناشرون-السعودية،ط:الأولى،2006م.
38) ابن قدامة (موفق الدين عبد الله بن أحمد)،المغني ،تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح الحلو،دار عالم الكتب-الرياض،ط:الثالث،1997م.
39) القرة داغي (علي محي الدين) -علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية مقارنةمزودة بقرارات المجامع الفقهية و الندوات العلمية،دار البشائر العلمية-ط:الثانية،2006م.
40) القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري،الجامع لأحكام القرآن، تحقيق:هشام سمير البخاري،دار عالم الكتب-الرياض ،ط:الثانية،2003م
41) الكاساني(علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي)،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،تحقيق:علي محمد عوض-عادل أحمد عبد الموجود،دار الكتب العلمية-لبنان،ط:الثانية،2003م.
42) ابن كثير (أبو الفداء إسماعيل القرشي)،تفسير القرآن العظيم،مؤسسة المختار،القاهرة-مصر،ط:الثالثة،1423هـ-2002
43) مجمع اللغة العربية, المعجم الوسيط, مكتبة الشروق الدولية , القاهرة:،ط:الرابعة، 2005م.
44) محمد رشيد رضا،تفسير المنار،دار المنار-مصر،ط:الثالثة،1367هـ.
45) محمد قطب،منهج التربية الإسلامية ،دار الشروق-القاهرة،ط:الرابعة عشر،1994م
46) محمد لمين لوعيل،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة،(د.ط)،2004م.
47) محمد لمين مسيخ،التنازل عن توابع العصمة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة- كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية،2007-2008م.
48) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة ،دار الشروق-مدينة نصر،ط:الثامنة عشر،2001م.
49) ابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي)،لسان العرب ،دار صادر-بيروت،(د.ط)،(د.ت).
50) هجيرة دندوني،التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستحدث من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية،مجلة الدراسات القانونية،مجلة أكاديمية سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي ،جامعة تلمسان،2010م، ع:07.
51) يمينة ساعد بوسعادي،الثابت و المتغير من أحكام الأسرة في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية،مركز باحثات لدراسات المرأة-الرياض،ط:الأولى،1736هـ.

52) يوسف القرضاوي،الحلالوالحرامفيالإسلام.،مكتبة وهبة–القاهرة،ط:الثانية و العشرون،1997م.

53) http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Algeria-CedawR.html

54) http://hrlibrary.umn.edu/arabic/cedaw.html

55) http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm#recom21

56) http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=DZA&Lang=AR.

ISSN: : 2661-7234 ISSN2543-3881