جامعة محمد الصديق بن يحي –جيجل–
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة:
فردي دنيا

إشراف الأستاذة:
د/ رواحنة نادية

لجنة المناقشة:

إسم ولقب الأستاذ(ة)	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
بن غريب رابح	أستاذ	جامعة جيجل	رئيسا
رواحنة نادية	أستاذة محاضرة أ	جامعة جيجل	مشرفا و مقررا
حايد سعاد	أستاذة محاضرة أ	جامعة جيجل	مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

بعد حمدي لله عز وجل على توفيقي في إتمام هذا البحث، و بعد الصلاة والسلام على رسولنا الكريم محمد صلى الله عليه وسلم

أتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى الدكتورة "رواحنة نادية"، التي شرفتني بقبولها الإشراف على هذه المذكرة، والتي لم تبخل علي بنصائحها و توجيهاتها وسعة صدرها، فكانت نعم المشرفة والمرشدة.

كما أتقدم بالشكر :

إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على

قبولهم مناقشة هذه المذكرة

و إلى كل من ساعدني في إعداد هذا العمل

من قريب أو من بعيد

إهـــداء

أهدي هذا العمل إلى روح أمي الحبيبة رحمها الله ، و كم تمنيت

أن تكون بجانبي في هذه اللحظة

إلى أبي و زوجي و ابنتي الصغيرة ريم

إلى إخوتي

و إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل.

قائمة المختصرات:

- ج.ر: جريدة رسمية
- ق. أ : قانون الأسرة
- ق .إ .م. إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
- ق. م : القانون المدني
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية
- د.ط : دون طبعة
- ج : الجزء
- د.ب.ن: دون بلد النشر
- د.س.ن: دون سنة النشر

مقـدمـة

مقدمة

اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة، وأحاطتها بعناية خاصة، كما حرصت على توطيد العلاقات بين الأزواج، فقد شرع الزواج في الإسلام لتلبية الحاجات الفطرية التي من ضمنها الاستقرار والمودة، وكذا استمرار النسل، وبقاء النوع الانساني، واعتبره ميثاقا غليظا يربط الزوجين مما يجعل عقد الزواج ذو طبيعة خاصة تميزه عن باقي العقود وتجعله أسمى منها، وما ذلك إلا ليحقق المقاصد والحاجات الفطرية، التي لا يمكن أن تؤدي ثمارها مالم تكن الحياة الزوجية تكتنفها المودة والرحمة بين الزوجين، غير أن هذا الرباط قد تعترضه أسباب تؤدي إلى قطعه، فتنحل الرابطة الزوجية بسبب ذلك.

وكما أولت الشريعة الإسلامية الاهتمام بالزواج وتوطيد العلاقات بين الزوجين، وضعت كذلك مبادئ وأسس للتفريق بينهما، فشرع الإسلام طرقا لفك الرابطة الزوجية بينهما بالتساوي دون تفضيل أحدهما على الآخر، فمنح الزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وقت ما شاء، وقيد هذا الحق بوجود الحاجة الشديدة له تحت طائلة الكراهة، ووجوب تعويض الزوجة ما لم يحترم حدود هذا الحق المرسومة شرعا.

وفي المقابل، لم يهمل حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية، سواء عن طريق الخلع، خلاصا من زوجها بافتداء نفسها منه إذا ما رأت أنها تبغضه ولا تجد معه ما تنشده من حياة مستقرة، فضلا عن منحها إمكانية اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق للضرر.

ولعل مسألة المساواة بين الرجل والمرأة من القضايا الكثيرة التي طرحت في الغرب حديثا، نتيجة ما عاشته المرأة من احتقار في العصور السابقة، ليأتي الإسلام ويخلصها من كل المهانات التي كانت تعاني منها، وذلك بمنحها مكانة خاصة وهامة في جميع المجالات، خاصة من حيث المساواة في الحياة الأسرية التي أولتها المنظمات الدولية أيضا اهتماما كبيرا، وذلك من خلال مختلف النصوص الدولية، أبرزها اتفاقية سيداو للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، والتي نصت على وجوب اتخاذ كافة التدابير للقضاء

على أي تمييز بين الرجل والمرأة، ومن ذلك المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية، فمنح المشرع الجزائري بموجب ذلك للزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة، وبالمقابل منح الزوجة الحق في الخلع، وهو منهج الشريعة الإسلامية التي استمد منها المشرع أحكام قانون الأسرة.

وباعتبار الجزائر من الدول التي صادقت على اتفاقية سيداو السابقة الذكر، والتي أبدت تحفظات بشأنها، إلا أن المشرع عدل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، والذي ظهر عليه بوضوح محاولة تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين، منها المساواة بينهما في فك الرابطة الزوجية بشكل متذبذب بين ثوابت وقيم الشريعة الاسلامية من جهة، وبين مفهوم المساواة المزعوم في الاتفاقيات الدولية الداعية للمساواة بين الزوجين من جهة أخرى .

أهمية الدراسة :

تتجسد أهمية دراسة هذا الموضوع على عدة مستويات:

- تسليط الضوء على موضوع المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري، من خلال منح المرأة حقوقا تساوي حقوق الرجل، حيث أعطاها الشرع والقانون الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع والذي يقابله حق الرجل في الطلاق.

أهداف الدراسة:

تتجلى أهداف هذه الدراسة في تبيان مظاهر المساواة بين الزوجين في طرق فك الرابطة الزوجية، وفي الآثار المترتبة على انحلالها، ومدى مراعاة المشرع لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأصلي لأحكام قانون الأسرة من جهة، ومدى استجابته للنصوص الدولية التي تنادي بالمساواة دون مراعاة لخصوصية وطبيعة الرجل والمرأة والأدوار المنوطة بكل واحد منهم.

- يمثل موضوع المساواة بين الرجل والمرأة أهم وأبرز المواضيع الحالية التي ينادي بها العالم ككل، ومنها المساواة في فك الرابطة الزوجية التي انتشرت بشكل كبير في المجتمع مؤخرا.
- توضيح أهم الحقوق التي منحها المشرع للمرأة استنادا إلى أحكام الشريعة الاسلامية من جهة، وما تنادي به المنظمات الدولية التي تناشد بحقوق المرأة ومطالبتها بمساواتها مع حقوق الرجل من جهة أخرى.

الدراسات السابقة:

في حدود اطلاعنا لمختلف المواضيع ذات الصلة بالموضوع الحالي، كأطروحة الدكتوراه للباحثة سمية بوكايس، المتعلقة بالمساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي دراسة مقارنة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018، والتي حاولت من خلالها إماطة اللثام عن مبدأ المساواة بين الجنسين في كلا القانونين وتبيان أهم الفروقات بينهما، وأيضا مذكرة الماجيستير للباحثة خيرة فلاح، والمتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في تشريع الأسرة الجزائري، جامعة يوسف بن خذة، الجزائر،2022/2021، التي حاولت من خلالها تسليط الضوء على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في قانون الأسرة الجزائري من حيث الزواج والطلاق، لتضيف دراستي إبراز المساواة بين الرجل والمرأة في فك الرابطة الزوجية بشكل مفصل أكثر، باعتبارها مخصصة لتبيان المساواة بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية من حيث طرقها وكذا آثارها.

أسباب اختيار الموضوع:

إن اختيارنا لهذا الموضوع يرجع لعدة أسباب، منها ما هو ذاتي، ومنها ما هو موضوعي، فبالنسبة للأسباب الذاتية فتتمثل في:

-الرغبة في تحليل ومناقشة الحقوق التي منحها المشرع للمرأة مقارنة مع حقوق الرجل عند فك الرابطة الزوجية، وذلك بسبب انتشار الطلاق بشكل كبير في الآونة الاخيرة أين أصبحت المحاكم الجزائرية تعج به، وما يترتب عنه من آثار سلبية في الغالب على الفرد والمجتمع.

وأما الأسباب الموضوعية فتتمثل في:

-قلة الأبحاث التي تناولت هذا الموضوع مما يعطيه المزيد من الاهتمام.

-إضافة بحث علمي ليصبح كمرجع للبحوث بسبب نقص الدراسات المعمقة في هذا الموضوع، وإثراء المكتبة القانونية به.

-الرد على الزعم القائل أن الإسلام لا يتضمن حقوقًا للإنسان أو أنه ينكر فكرة مساواة المرأة بالرجل، وأن الإسلام قد أعطى للمرأة مكانة تجردها من أبسط الحقوق كالحقوق الشخصية والسياسية، وقد أجحفها من كل الحقوق التي يتمتع بها الرجل، وما مدى تقارب المبادئ العالمية لحقوق الإنسان مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

إشكالية الدراسة:

من أهم المواضيع التي خصها المشرع الجزائري بالعناية موضوع الطلاق، وذلك من خلال تعديل نصوصه سواء من حيث جوانبه الموضوعية أو الاجرائية، مما يدفعنا لطرح الإشكال الآتي: إلى أي مدى راعى المشرع مبدأ المساواة بين الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية من خلال أحكام قانون الأسرة؟

ويندرج تحت هذا الإشكال مجموعة من الأسئلة الفرعية الآتية:

- فيما تجسدت هذه المساواة؟

-هل وازن المشرع بين قيم الشريعة الإسلامية وبنود الاتفاقيات الدولية الداعية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؟

منهج الدراسة:

للبحث في الموضوع وسبر أغواره، وظفنا في دراستنا المنهج الاستقرائي والمقارن، وذلك من خلال استقراء النصوص القانونية المقررة في التشريع الجزائري والمتعلقة بالحقوق المقررة للرجل وكذا المرأة عند فك الرابطة الزوجية، وما يترتب عنه من آثار، والمقارنة بين هذه الحقوق من حيث مدى المساواة بين الزوجين.

صعوبات الدراسة:

أثناء مباشرتنا لدراسة هذا الموضوع، واجهتنا بعض العراقيل والصعوبات منها:

-ضيق الوقت، والذي يعد من أصعب ما واجهناه أثناء بحثنا.

-قلة المراجع التي تناولت هذا الموضوع.

خطة الدراسة:

للإجابة على الإشكالية الأساسية التي يطرحها الموضوع، والوصول إلى إجابة وافية، ارتأينا تقسيم دراستنا إلى فصلين، بحيث تناولنا في الفصل الأول مظاهر المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية، وقسمناه إلى مبحثين، خصصنا الأول لدراسة المساواة بين الزوجين في اعتبار الإرادة المنفردة للطلاق، أما الثاني للمساواة بين الزوجين في الطلاق بالتراضي ومنح الزوجة حق التطليق للضرر.

وجاء الفصل الثاني بعنوان التباين الموضوعي بين الزوجين في آثار الطلاق حيث أدرجنا في المبحث الأول مظاهر المساواة بين الزوجين في الآثار المالية للطلاق، وفي المبحث الثاني مظاهر المساواة في الآثار غير المالية للطلاق.

مظاهر المساواة بين الزوجين
في طرق فك الرابطة الزوجية

الفصل الأول

مظاهر المساواة بين الزوجين في طرق فك الرابطة الزوجية

على الرغم من أهمية الزواج، إلا أنه قد لا يحظى بالنجاح والطمأنينة التي بني لأجلها، فقد تتنافر القلوب ويستحيل معها العشرة، وينقطع حبل المودة مما قد يؤدي إلى استحالة استمرار هذا الزواج، لذا أصبح الانفصال أمرا ضروريا بفك هذا الرابطة الزوجية عن طريق الفرقة، ولهذا أحل الإسلام الطلاق على الرغم من أنه أبغض الحلال عند الله.

وبناء على ذلك، قد يأتي الطلاق من الزوج بإرادته المنفردة، و قد يكون بناء على طلب من الزوجة عن طريق الخلع **(المبحث الأول)**، كما قد يأتي بالاتفاق بينهما أيضا، مع منح الزوجة الحق في طلب التطليق للضرر **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

المساواة بين الزوجين في اعتبار الإرادة المنفردة للطلاق

إن إيقاع الطلاق يكون إما من الزوج وإما بطلب من الزوجة، فبالنسبة للزوج فإن مطالبته للطلاق تكون بإرادته المنفردة، أما الزوجة فطلاقها يكون عن طريق الخلع.

و من هنا، يمكن القول أن للطلاق بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين صورتان، منها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج **(المطلب الأول)**، ومنها الطلاق بطلب من الزوجة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

يحق للزوج متى شاء إنهاء عقد الزواج بإرادته المنفردة دون أي تدخل لإرادة المرأة ، إذ يكفي أن يكون هو راغبا فيه باعتباره من يتحمل غالبا الواجبات المالية من نفقة وغيرها، و بالتالي يملك حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة **(الفرع الأول)**، مع تحمله لنتائج هذا الطلاق متى كان متعسفا، أي قيود الزوج في إيقاع الطلاق **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

حق الزوج في إيقاع الطلاق الطلاق

من الحقوق المقررة للزوج شرعا وقانونا، حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة بأدلة من النصوص الشرعية **(ثانيا)**، وقبل ذلك نعرف الطلاق **(أولا)**.

أولا :تعريف الطلاق

-عرفه الحنفية" :إزالة النكاح الذي هو قيد معنى "[1]

(1) – علاء الدين بن مسعود أبي بكر الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، كتاب الإيمان ،ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997 ، ص182 .

-عرفه المالكية" :حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص "[1]

-عرفه الشافعية" :حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه "[2]

-عرفه الحنابلة" :حل قيد النكاح أو بعضه"[3]

أما قانونا، فقد ورد تعريف المشرع للطلاق في المادة 48 من ق. أ، والتي تنص على أنه: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة"[4]،واستعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج، والسبل التي تؤدي إلى فراق الزوجين أو صور الطلاق، سواء بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي[5].

ثانيا: دليل مشروعية الطلاق

المتتبع لآيات الذكر الحكيم في شأن الطلاق ، يجد أن الله عز وجل خاطب الرجال دون النساء في إيقاع الطلاق، لقوله تعالى: "**يَـــــــأَيُّـهَـا ٱلـنَّـبِيُّ إِذَا طَلَّقْـتُمُ ٱلـنِّـسَآءَ فَـطَلِّـقُـوهُنَّ لِـعِدَّتِـهِنَّ وَأَحْـصُوا ٱلْـعِدَّةَ**"[6]، و قال أيضا :" **لَّا**

(1) – محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث، دار الندوة، د.ب.ن، 2001، ص81 .

(2) – عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، تتمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1997، ص479.

(3) – منصور بن يونس بن إدريس البهوني، كشاف القناع في متن الاقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، ج4، ط1، عالم الكتب، بيروت،1997 ، ص205.

(4) – المادة 48 من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر، عدد15، مؤرخ في2005.

(5) – رابح بن غريب، إنحلال الرابطة الزوجية، محاضرات ملقاة على طلبة السنة أولى ماستر قانون الأسرة، ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، د.ن، ص3، متاح على الرابط :elearning.univ-jijel.dz/cour

(6) – سورة الطلاق، الآية: 01.

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَة ".[1]

كما لا ننسى أن في القرآن الكريم سورة كاملة باسم الطلاق تبين مشروعيته وأحكامه وضوابطه[2].

ومن السنة، قوله صلى الله عليه وسلم:" **أبغض الحلال عند الله الطلاق.**"[3]

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه :"**طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها**".

فكل هذه النصوص الكريمة، والأحاديث الشريفة وقول الصحابي الكريم، ذات دلالة واضحة على أن الإسلام أعطى الرجل الحق في إيقاع الطلاق على زوجته، ولعل هذا الحق مرده في الإسلام بعض الحكم منها:

– قوامة الرجال على النساء، مصداقا لقوله تعالى:" **ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ "**[4].

– ضبط العاطفة عند الرجل كما سبق القول، ذلك أن المرأة أسرع انقيادا من الرجل في عواطفها ، فهي أسرع غضبا وأقل احتمالا.

– تحمل الرجل الأعباء المالية على سبيل الوجوب دون المرأة، ذلك أن الرجل مطالب عند الإقدام على الزواج، بتوفير متطلبات الزواج المالية من مهر وإعداد بيت الزوجية وغيرها[5].

وغيرها[5].

---

(1) – سورة البقرة، الآية: 236.

(2) – رابح بن غريب، المرجع السابق، ص3.

(3) – رواه البيهقي (أبو بكر بن أحمد بن الحسين بن علي)،السنن الكبرى،ج7، ط1، كتاب الخلع والطلاق، باب ماجاء في كراهية الطلاق، مطبعة مجلس دائرة المعارف، 1353هـ، ص322.

(4) – سورة النساء الآية: 34.

(5) – محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ،2008 /2009، ص 531.

أما المرأة، فقد لا تتروى في ايقاعه بسبب سرعة تأثرها وانفعالها، ولو جعل الطلاق بيد المرأة مع مالها من حقوق مختلفة على الرجل، لكان في ذلك ظلم صارخ للرجل بضياع ما أنفقه في سبيل هذا الزواج من نفقات مالية، وهي كثيرة جدا، وعلى هذا الأساس، فلم يكن للمرأة حق طلب الطلاق إلا عن طريق القاضي، ولأسباب معينة[1].

و يرى الأستاذ" بلحاج العربي "أن بعض المستشرقين و رجال القانون ممن ولعوا بالثقافة الغربية، و الذين يهدفون إلى النيل من قانون الأسرة الإسلامي، يدعون بأن الإسلام يشجع على الطلاق، و أن في هذا ظلما للمرأة و تشردا للأطفال، ناهيك عن هدمه لدعائم الأسرة، والحقيقة العلمية أن هؤلاء يبتعدون عن معالجة المعطيات القانونية بنزاهة وصرامة إرضاء لميولهم و أهوائهم المتعصبة، ذلك أن الطلاق في الإسلام هو تشريع استثنائي وعلاج نهائي لا يقدم عليه إلا عند اشتداد الداء و تفاقم الضرر و الشقاق و الخلاف، فشرع رفعا للضرر و منعا للظلم حين لا تنفع كل وسائل العلاج [2].

فقد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يقبله، فيؤدي ذلك إلى النفور منها، وعدم قدرته على البقاء معها، ويرى أن هناك مبررات شرعية وقانونية تدفعه للطلاق، حيث تجعل الحياة الزوجية مع زوجته لم تعد ملائمة، فيلجأ إلى المحكمة طالبا من القضاء حل الرابطة الزوجية، والحكم بالطلاق بينه وبين زوجته[3]، ليكون الطلاق بذلك ضرورة لحل مشكلات الأسرة ومشروعا للحاجة، ومنفذا متعينا للخلاص من المفاسد والشرور الحادثة.

وكما أن اقتصاديات الزواج تقع كلها على الزوج، فلن ينه زواجا قائما بأعبائه إلا بعد تفكير عميق، ولن يبدأ زواجا جديدا إلا بعد تمهل وتثبيت .

(1) – رابح بن غريب، المرجع السابق، ص4.

(2)– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 ، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ، ص214–215.

(3)– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 254.

ولأن أعباء الفراق مادية، وتقع جميعها على عاتق الزوج، كان طبيعيا أن يكون قرار الطلاق بيده، مع التحرز من أن يستبد به ويحول دون كثر تكراره وما يرفع عند وقوعه من أخطار.

ولكن بالمقابل، فالطلاق كما سبق الذكر أنه وإن كان حقا مطلقا بيد الزوج بمقتضى الشرع والقانون، إلا أنه مقيد بأسبابه ودواعيه، وذلك بما لا يضر ويؤذي الزوجة أو يسيء إلى سمعتها، فالزوج في إيقاعه الطلاق مقيد بقيود حتى لا يحيد عن الحكمة والقصد من تشريعه وإلا أعتبر طلاقه تعسفيا.

الفرع الثاني

قيود الزوج في إيقاع الطلاق

حق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مقيد بعدم إساءة استعماله، فلا يجوز لصاحب الحق إيقاعه وقت ما شاء وبدون وجه حق، فإذا تمادى الزوج وحاد عن الأسس الشرعية و القانونية في استعمال حقه للطلاق، فهو بفعله هذا يعد متعسفا ويترتب في ذمته تعويض زوجته عن الضرر الذي لحق بها، وهذا ما يطلق عليه بالطلاق التعسفي، ولمعرفة متى يعتبر الزوج متعسفا في استعمال حق الطلاق، ارتأينا تقسيم هذا الفرع إلى قسمين: نتطرق في القسم الأول إلى معنى الطلاق التعسفي(**أولا**)، ثم نتناول في القسم الثاني صوره(**ثانيا**).

أولا :مفهوم الطلاق التعسفي

لم يرد تعريف للطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى وشراح القانون، وذلك لأنها اقتصرت على بيان بعض صور التعسف في الطلاق، وعليه يمكن تعريفه بأنه: "مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مالا بلفظ مخصوص".[1]

أما المشرع الجزائري، فقد تناول موضوع الطلاق التعسفي من خلال نص المادة 52 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ

(1)–جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص123.

في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، التي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[1]

وعليه، فإذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقه دون سبب معقول أو مبرر، وأصاب الزوجة ضرر من الطلاق، جاز للقاضي أن يحكم لها بالتعويض من طليقها حسب حالة ودرجة التعسف.

ثانيا: صور الطلاق التعسفي

لم يذكر المشرع الجزائري صور الطلاق التعسفي تاركا ذلك لاجتهاد القاضي، ومن خلال بحثنا ارتأينا أن هناك صورتان بارزتان للطلاق التعسفي، هما الطلاق لسبب غير معقول وطلاق المريض مرض الموت.

01-الطلاق لسبب غير معقول

الطلاق وإن كان حقا للزوج يوقعه بإرادته المنفردة، إلا أن استعماله ليس مطلقا، بل هو حق مقيد له إذا تحققت الحاجة إليه، فإذا أوقع الطلاق لسبب غير معقول أو كان الغرض منه الإضرار بالزوجة بدافع الانتقام أو الكراهية أو غيرها، أو الحصول من وراءه على فائدة غير مشروعة، أو كانت المصالح التي يرمي الزوج إلى تحقيقها أقل أهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الزوجة من ضرر جراء الطلاق، يكون بذلك قد أساء استعمال حقه ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه ماديا، كما لو كانت المطلقة تمارس عملا كمدرسة مثلا تكتسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج، أو معنويا كتشويه سمعة المطلقة بسبب طلاقها[2]، فإذا تبين للقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب هذا الطلاق، جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بحسب نسبة التعسف ودرجته[3].

(1)- المادة 52 من ق.أ، مرجع سابق.

(2)- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون، بحث مقارن، ط 1، دار المعارف ، مصر،1967، ص78.

(3)- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 103.

و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 28784 المؤرخ في 1982/11/12، والذي ورد فيه أنه من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، فإن للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة.[1]

02-طلاق المريض مرض الموت

مرض الموت هو المرض الذي اتصل بالموت، وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ولا يزيد عن سنة، أو هو المرض الذي يعجز الإنسان عن القيام بمصالحه خارج البيت ويحول دون قيامه بواجباته، ويترتب عليه شرعا تغيير في بعض أحكام من يصاب به حماية للغير من تصرفاته.[2]

والطلاق في مرض الموت، صورة مبنية على نظرية التعسف في استعمال الحق، فإذا طلق الرجل زوجته وهو مريض مرضا انتهى به إلى الموت، وكانت المرأة لاتزال في عدتها من طلاقه، فإنها ترث منه ولو كان الطلاق بائنا لأنه أراد حرمانها من الميراث مادامت العدة قائمة لبقاء آثار الزوجية، وإذا قام الدليل على أنه لم يرد من طلاقها حرمانها من الإرث لم يكن، فترث منه مادامت في العدة من الطلاق الرجعي و لا ترث من الطلاق البائن.[3]

والمشرع الجزائري لم يتعرض إلى طلاق المريض مرض الموت لا من حيث أحكامه ولا من حيث آثاره، إلا أن قانون الاسرة يحيلنا بموجب المادة222 منه في حالة عدم ورود نصوص فيما يخص بعض المسائل فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر التفسيري لتشريع الأسرة.[4]

---

(1)- قرار صادر عن المحكمة العليا، غ.أ.ش رقم 28784 بتاريخ 1982/11/12، 1986، العدد 2، ص 21 نقلا عن العربي بلحاج، الزواج و الطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 227.

(2)- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 244.

(3)- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 99.

(4)- رابح بن غريب، المرجع السابق، ص 66.

المطلب الثاني

فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق الخلع

من المسائل التي نظمها قانون الأسرة معتمدا على أحكام الشريعة الاسلامية مسألة خلع المرأة نفسها من زوجها، وهي طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية منحت للمرأة بديلا للطلاق الذي ينفرد به الزوج ويوقعه بإرادته المنفردة، فكما جعل الشارع الطلاق بيد الزوج، منح كذلك للمرأة حق فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة وذلك ما يعرف بالخلع.

ودراسة الخلع من جانب مبدأ المساواة، تقتضي التطرق إلى تعريف الخلع وتبيان مشروعيته **(الفرع الأول)**، ثم أحكامه **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف الخلع ودليل مشروعيته

أولا: تعريف الخلع

يعرف الخلع بأنه إنهاء العلاقة الزوجية بتراضي الزوجين مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، كما يقال أن الخلع فرقة على عوض راجع إلى الزوج، أو هو إزالة ملك النكاح بعوض، وبألفاظ مخصوصة[1].

ثانيا :دليل مشروعية الخلع

لقد ثبتت مشروعية الخلع في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الأمة والمعقول، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: "**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ**

(1)– منال محمود المثني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية –أحكامه ، آثاره ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 2008 ، ص 38.

اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ".[1]

لقد ذكرت الآية الكريمة أن الطلاق بيد الرجل، وهو حق من حقوقه وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله، فإن كانت الكراهية من المرأة، فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من العلاقة الزوجية بطريق الخلع، بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه باسم الزوجية أي الصداق.

ومن السنة النبوية : روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في كتب الحديث الصحيحة روايات كثيرة في مشروعية الخلع ولعل أهمها:

عن إبن عباس رضي الله عنهما قال : **جاءت إمرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت يا رسول الله فرق بيني وبين ثابت فإني أبغضه ولقد رفعت طرف الخباء فرايته يجيء في أقوام فكان أقصرهم قامة وأقبحهم وجها وأشدهم سوادا وإني أكره الكفر بعد الإسلام، فقال ثابت :يا رسول الله مرها فلترد عليا حديقتي التي أعطيتها فقال الرسول صلى الله عليه وسلم ما تقولين، فقالت: نعم وأزيده فقال رسول الله لا بل حديقته فقط ثم قال لثابت: خذ ما أعطيتها وخل سبيلها**[2]، ففعل فكان ذلك أول خلع في الإسلام.

الفرع الثاني

أحكـام الخلـع

نص التشريع الجزائري على أحكام الخلع في المادة 54 من ق.أ، وحصر موضوعها في هذه المادة الوحيدة، حيث أصدرها بموجب القانون 11/84، وقد شكل الخلع إحدى صور فك الرابطة الزوجية، وعرف تطبيق الخلع في القضاء الجزائري عدة محطات، إضافة إلى أن

(1)- سورة البقرة، الآية: 229.

(2)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع و كيف الطلاق فيه، دار البشرى، السعودية، د.س.ن، ص 46-47.

النص الأصلي في ق.أ الذي نظمه كان محل تعديل، ونتيجة لذلك التعديل تباينت الآراء حول نجاعة القاعدة القانونية التي نظمته بين من يرى فيها إنصافا للزوجة ومن يرى أنه تجاوز صارخ وقفز على العصمة التي هي بيد الزوج :

أولا : تقييد حق الزوجة في الخلع قبل تعديل قانون الأسرة 2005

نص المشرع في المادة 54 من القانون11/84 قبل التعديل، على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وذلك أسوة بما ذهب إليه الفقه الإسلامي، فقد ذهب المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة و الظاهرية إلى القول أن الخلع عقد بين الزوجين يقع بالتراضي بينهما عن طريق الإيجاب والقبول، سواء أكان الزوج هو الموجب وكانت الزوجة هي القابلة أم كانت الزوجة هي الموجبة وكان الزوج هو القابل، فقضوا بالإجماع على وجوب موافقته على الخلع.[1]

وذهب الفقهاء المعاصرون أيضا إلى أنه لابد لتحقق الخلع من رضا الزوجين، حيث قال ابن رشد الحفيد :"والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل". [2]

ثانيا: توسيع حق الزوجة في الخلع بعد تعديل قانون الأسرة 2005

بعد صدور التعديل الجديد لقانون الأسرة، جعل المشرع من الخلع حقا خالصا للزوجة بحيث تستطيع أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها، فنص في المادة 54 منه على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، حيث يفهم من نص المادة

(1)– كريم داودي، رضا الزوج في المخالعة، مجلة الحضارة الإسلامية، عدد29، جوان ،2006، ص224، متاح على الرابط :https://www.asjp.cerist.dz/en/article/30055

(2)– محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق، ج 2، د. ط ، مكتبة ابن تيمية، 1993، ص133.

أنها لم تلزم الزوجة بتقديم أسباب طلب الخلع بإيراد الوقائع المؤدية إلى إحداث الضرر الموجب للخلع، كما انحصر دور القاضي في تحديد قيمة المقابل المالي عند عدم الاتفاق عليه بين الزوجين[1].

و أيضا، لم يحدد المشرع قيمة مقابل الخلع، تاركا المسألة لاتفاق الطرفين كأصل و في حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

كما أن المشرع قد جانب الصواب، إذ أنه لم يأخذ بعين الاعتبار حالة ما إذا كان الزوج قد دفع قيمة صداق أعلى بكثير من قيمة صداق المثل، مما قد يدفع بالزوجة أحيانا إلى تعمد عدم الموافقة على قيمة الصداق حتى تدفع أقل، و بالتالي فإن الزوج سيتضرر ماليا بخلاف لو طلب الزوج مقابلا ماليا كبيرا، فإنه من حق القاضي التدخل و تخفيضه إلى ما يعادل قيمة صداق المثل .[2]

وكان القضاء الجزائري حتى وقت متأخر، يعتبر الخلع قد شرع لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لتمكينها من طلب التطليق أو الطلاق من زوج أصبحت تبغضه و لا تطيق العيش معه، ولم يمنحه لها في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، وقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1976/02/23القضية رقم 1267، مضمونه أنه لا يجوز للقاضي أن يصرّح بالخلع من تلقاء نفسه، بل لابد من وجود التراضي بين الزوجين، غير أن المشرع الجزائري قد غيّر رأيه حديثاً وأصبح يعتبر الخلع حقا للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق، وليس رخصة لتمكينها من التخلص من زوج لم تعد تطيقه، وهذا التعديل أصبح يوجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق مقابل مال تحت

(1)- محفوظ بن صغير،المرجع السابق ص 611.

(2)–خيرة فلاح، المساواة بين الرجل والمرأة في تشريع الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2021–2022،ص113.

تسمية الخلع بمجرد طلبه، وبمجرد عرض مبلغ من المال مقابل الخلع، دون أي اعتبار لإرادة الزوج أو موافقته.[1]

و الغاية من تعديل المادة 54 من قانون الأسرة السالفة الذكر، هو تكريس المشرع مبدأ المساواة بين الجنسين وفقا للبند "ج" من المادة 16 من إتفاقية سيداو، فكان بذلك أكثر ليونة فيما يخص الخلع، الأمر الذي جعل المسألة أكثر سهولة للمرأة مقارنة مع النص القديم قبل تعديله، و منه فقد أصبح الخلع حقا أصيلا مخولا لزوجة، يقابله حق الطلاق بالإرادة المنفردة المخولة للزوج.

وبذلك، لم يهمل لا الإسلام ولا التشريع حق المرأة في فك الرابطة الزوجية متى وقعت الكراهية من جانبها، وجعل أمامها سبيل للخلاص من حياة زوجية تفتقر للراحة النفسية مع هذا الزوج والاستقرار، فمنحها إمكانية مخالعة نفسها، ومنحها طريقا للخلاص من زوجها بافتداء نفسها منه إذا رأت أنها تبغضه ولا تجد معه ما تنشده كل زوجة من حياة زوجية مستقرة، فتخاف أن لا توفيه حقه ،أو أن تخرج عن الطريق الذي رسمه الشرع في المعاملة .

فكما أباح الشارع الحكيم للزوج أن يوقع الطلاق إذا دعت إليه الحاجة، أباح للزوجة حق الانفصال عن زوجها إن هي كرهته ولم تطق العيش معه، وعلى نفس المنوال أتاح المشرع الجزائري للزوج حقه في الطلاق بإرادته المنفردة وفق ما جاءت به المادة 48 من ق.أ، وبالمقابل منح للزوجة حقها في الخلع بموجب المادة 54 من ق.أ، وبذلك يكون المشرع قد جسد مبدأ المساواة بين الزوجين في طلب الطلاق المقرر في الشريعة الإسلامية، والذي تدعو إليه النصوص الدولية حديثا.

(1)– سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص129 .

المبحث الثاني

المساواة بين الزوجين في الطلاق بالتراضي

وحق الزوجة في طلب التطليق للضرر

إذا انعدمت السكينة والهدوء في حياة الزوجين، وأصبح استمرار العلاقة الزوجية أمرا مستحيلا، وكان الزوجان على قدر من الوعي، فيقرران الانفصال وديا بطرية متحضرة وراقية وهو ما نسميه الطلاق بالتراضي، ويسمى في فرنسا بالطلاق اللطيف.

فكما أباح الشرع والقانون للزوجين حق الطلاق بالإرادة المنفردة لهما، أباحا أيضا حق الفرقة والانفصال بالتراضي بينهما عند استحالة استمرار الحياة الزوجية **(المطلب الاول)**، كما منح المشرع للزوجة الحق في اللجوء الى القضاء لطلب التفريق للضرر **(المطلب الثاني)**.

المطلب الاول

المساواة بين الزوجين في الطلاق بالتراضي

عرف المشرع الطلاق بالتراضي في نص المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة ".[1]

وعرفه الأستاذ باديس الذبياني بقوله: "يقصد بهذه الصورة أن كل من الزوجين يريد فك الرابطة بقناعة كاملة، على أن استمراريتها أصبحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب، أو ظرف من الظروف التي تجعل أحدهما أو كلاهما غير قادر على الاستمرار

(1)– المادة 427 من القانون رقم 08–09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج.ر، عدد 12، مؤرخ في 2008/07/23.

على هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.[1]

من خلال التعاريف السابقة، يتضح أن الطلاق بالتراضي هو تجسيد لمبدأ المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية، لأنه يساوي بين الرجل والمرأة في إنهاء الزواج بناء على رغبتهما المشتركة في حال استحالة الحياة الزوجية، حيث تظهر هذه المساواة من خلال رفع الدعوى **(الفرع الأول)**، وإجراء الصلح **(الفرع الثاني)**.

الفرع الاول

المساواة بين الزوجين في رفع دعوى الطلاق بالتراضي

إن لرفع دعوى الطلاق بالتراضي إجراءات تتميز بنوع من الخصوصية عن تلك المقررة للطلاق بصفة عامة تتعلق أساسا بخصوصية العريضة الافتتاحية لدعوى الطلاق التي يقدمها الزوجان **(أولا)**، وخصوصية التكليف بالحضور **(ثانيا)**.

أولا: خصوصية العريضة الافتتاحية في دعوى الطلاق بالتراضي

ننوه أولا أنه لرفع أي دعوى أمام القضاء، لابد من توافر شروط ترتكز عليها وهي الاختصاص(النوعي والإقليمي)، الصفة والمصلحة، حيث نشير إلى أن هذين الشرطين الأخيرين ضروريان في جميع الدعاوى دون استثناء ودون خصوصية دعوى عن الأخرى، فيجب أن تتوفر في جميع الدعاوى بموجب المادة 13 من ق إ م إ .

وكذلك الاختصاص النوعي، فالقسم الخاص بشؤون الأسرة يختص بجميع قضايا الأسرة دون استثناء.

أما الاختصاص الإقليمي، الذي يخول جهة قضائية معينة النظر في القضايا التي تقع في دائرة اختصاصها، كدعاوى الطلاق التي ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مسكن

(1)- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر ،2007، ص24.

الزوجية، منح المشرع دعوى الطلاق بالتراضي نوعا من الخصوصية فيه، فترفع الدعوى بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما، وهذا ما نصت عليه المادة 3/442 من ق إ م إ بقولها:"... في موضوع الطلاق أو العودة لمسكن الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما"[1]، ومن هنا يبدأ تجسيد المشرع للمساواة بين الزوجين عند رفع دعوى الطلاق بالتراضي.

أما العريضة الافتتاحية لرفع هذه الدعوى، فتتميز عن تلك المقررة لرفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة، حيث أشارت المادة 228 من ق .إ .م. إ إلى شكل العريضة المقدمة عند الطلاق بالتراضي بقولها:" في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط."

حيث يفهم من نص المادة أنه عند الطلاق بالتراضي تقدم عريضة واحدة مشتركة بين الزوجين وموقعة من كليهما يوضحان فيها كل طلباتهما التي تم الاتفاق عليها برضائهما دون أي ضغط أو إكراه، والتي تم سردها في المادة 429 من ق. إ .م. إ من حيث بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها طلب الطلاق، إلى اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ميلادهما، وتاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء الأولاد القصر .

و أيضا بعرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق بينهما حول توابع الطلاق، كما يجب أن ترفق العريضة بشهادة عائلية ومستخرج من عقد زواجهما، ويجب أن تتم باللغة العربية حسب نص المادة 2/8 من ق إ م إ.[2]

وعليه، يتضح من خلال ما سبق اختلاف العريضة المقدمة من الزوجين في الطلاق بالتراضي عن عريضة الطلاق بصفة عامة، فجسد المشرع من خلالها المساواة بينهما من

(1)- المادة: 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(2)- معمر جبلي ، معمر جبلي، خصوصية إجراءات دعوى الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2015-2016 ص31.

خلال اشتراكهما في تقديم العريضة الافتتاحية، وكذا الاتفاق على توابع الطلاق دون تفضيل أحدهما على الاخر.

ثانيا: خصوصية التكليف بالحضور في دعوى الطلاق بالتراضي

تتميز دعوى الطلاق بالتراضي عن غيرها من الدعاوى في ق .إ .م. إ، بخصوصية عدم اشتراط مهلة العشرون يوما للتبليغ بالحضور المنصوص عنها قانونا كقاعدة عامة في جميع القضايا، فلا يوجد تكليف بالحضور عن طريق المحضر القضائي.

فبعد قيد الدعوى بأمانة ضبط المحكمة، يتم إخطار الطرفين في الحال أي لحظة تسجيل العريضة بتاريخ حضورهما لأول جلسة أمام القاضي، ويسلم لهما أمين الضبط استدعاء لهذا الغرض، وهذا ما ورد في نص المادة 430 من ق. إ .م. إ، التي جاء فيها: " يخطر أمين الضبط الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض."

فلا توجد مهلة العشرون يوما ولا التكليف بالحضور عن طريق المحضر القضائي كما سبق الذكر، بل يسلم لهما استدعاء فيه أهم البيانات التي تبين تاريخ وساعة الجلسة ورقم القضية ويوقع الطرفان باستلامهما الاستدعاء، وهذا لسببيين:

الأول: لأنه لا يوجد نزاع ولا توجد خصومة بين طرفي الدعوى أي بين الزوجان، حسب ما جاءت به المادة 427 من ق. إ. م. إ بقولها :"الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة "، فالدعوى جاءت في شكل طلب رضائي موقع من كلا الطرفين بتطابق إرادتيهما ، فلا توجد طلبات أو دفوع مقابلة أو متعارضة لاحقا.

الثاني: لأنه عند تسجيل الدعوى في دعوى الطلاق بالتراضي، يحضر كلا الطرفين أمام أمانة ضبط المحكمة لتسجيل العريضة فلا ضرورة للتكليف بالحضور.

الفرع الثاني

المساواة بين الزوجين في إجراء الصلح

تظهر المساواة بين الزوجين في إجراء الصلح من خلال إلزامية الصلح بينهما في دعوى الطلاق بالتراضي **(أولا)**، وخصوصية سير جلسات الصلح **(ثانيا)**.

أولا :إلزامية الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي

نصت المادة 49 من ق.أ ما يلي " : لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح يوقعه كل من كاتب الضبط و الطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العام" .

يفهم من المادة السابقة أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، و يجب أن تسبقه عدة محاولات صلح، وبهذا يعد إجراء الصلح الذي يقوم به القاضي ملزما في جميع دعاوى الطلاق بقوة القانون، وهذا طبقا للمادة 439 من ق إ م إ، التي نصت على أن :"محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية."، ونصت أيضا المادة 49 من القانون نفسه أنه :"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة 03 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"، بالنسبة لجميع دعاوى الطلاق.

ثانيا : خصوصية سير جلسات الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي

أخص المشرع الطلاق بالتراضي بإجراءات خاصة بالنسبة لسير وانعقاد الجلسات فيه، فنص في المادة 431 من ق. إ .م .إ :" يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا".

فمن خلال هذه المادة، نستنتج أن هناك خصوصية في جلسة الصلح في الطلاق بالتراضي أين يستمع القاضي إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويقوم بمحاولة الصلح محاولا إقناعهما بالعدول عن رأيهما مع إمكانية إعطائهما فرصة للتفكير.

كما له أن يعين حكمين للإصلاح بينهما، وفقا للمادة 56 من ق.أ التي جاء فيها:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين ان يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

و يجوز للقاضي إنهاء مهام هذين الحكمين تلقائيا قبل انقضاء المدة المحددة قانونا إذا رأى عدم جدوى المهمة التي كلفا بها، فيعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة، أما إذا تم الصلح يثبت ذلك في المحضر ويصادق عليه القاضي.

وبذلك، يظهر جليا مما سبق، تجسيد المشرع مبدأ المساواة بين الزوجين في الطلاق بالتراضي من خلال إجراءاته، بدء من اشتراك الزوجين في رفع دعوى الطلاق ومنح العريضة الافتتاحية المقدمة من قبلهما بيانات خاصة، وأيضا محاولة الصلح بينهما من قبل القاضي بالاستماع إليهما منفردين ثم مجتمعين إلى تعيين حكمين من أهليهما، حكما من أهله وحكما من أهلها عندما يشتد الخصام بينهما، إلى غاية الفصل في دعوى الطلاق.

المطلب الثاني

حق الزوجة في طلب التطليق للضرر

الثابت في الشريعة الإسلامية أن الإرادة المنفردة في إحداث أثر الطلاق مخولة للزوج وحده دون الزوجة لاعتبارات عديدة، والمبدأ العام المستمد أساسه من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج، حدثت فيه بعض الاستثناءات من طرف الفقهاء تيسيرا على الزوجة وبما يتفق مع ديننا الحنيف، فوجد سبيل آخر لحل الرابطة الزوجية عن طريق القاضي حينما ترغب الزوجة في الانفصال، وهذا ما يطلق عليه بالتطليق.

والأصل أن هذه الصورة استحدثت لإيجاد رخصة للزوجة في إمكانية حل زوجيتها ولكن ليس بإرادتها المنفردة، بل عن طريق القاضي بعد تقديمها للطلب وإثباتها للأسباب والعلل الشرعية لتي تجعلها تطالب بهكذا طلب .

ومن هذا المنظور، أكد المشرع الجزائري على حق المرأة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، وذلك استنادا إلى نص المادة 53 من ق.أ محاولا التوسع فيه وفي الحالات الموجبة له حماية للمرأة ودرء للمفاسد والأضرار التي قد تلحقها من طرف الزوج .[1]

ولمعرفة متى يحق للزوجة طلب التطليق، نتعرف على الأسباب التي تخولها حق المطالبة به **(الفرع الثاني)**، وقبلها تعريف التطليق **(الفرع الأول)**.

الفرع الأول

تعريف التطليق

لم يعط فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمون تعريفا شاملا ودقيقا للتطليق، فكل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات والأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق ويكون ذلك أما القاضي الذي يثبته بحكم.[2]

أما قانونا، لم يتناول المشرع من خلال نصوصه تعريفا محددا للتطليق، بل اكتفى بالنص على أسبابه في المادة 53 من ق.أ، ويمكن تعريفه بأنه:" حل أو إنهاء للرابطة الزوجية الصحيحة بواسطة القاضي بناء على طلب الزوجة متى توفرت الأسباب المذكورة في المادة 53 من ق أ، أو لأي سبب أخر معتبر شرعا"[3].

(1)- سمية عبد العزيز، طرق إنحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، مدرسة الدكتوراه في القانون الأساسي والعلوم السياسية، 2015، ص 75.

(2)- يوسف عزيرية، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004، ص 08.

(3)- رابح بن غريب، المرجع السابق، ص24.

وقد عرفه الدكتور بلحاج العربي أنه: " طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، و يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، و يفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف.[1]

الفرع الثاني

أسباب التطليق

نصت المادة 53 من ق.أ على عشرة (10) أسباب يمكن للمرأة أن تؤسس طلبها على واحد منها أو أكثر لطلب التطليق تتمثل في:

أولا:عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج

يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق لعدم إنفاق زوجها عليها، ولكن قبل اللجوء الى طلب التطليق استنادا إلى نص المادة/ 53 ق 1 من ق.أ، يتعين على الزوجة رفع دعوى النفقة، و بعد أن يصبح الحكم نهائيا تلجأ إلى إجراءات التنفيذ، فإذا رفض الزوج دفع مبلغ النفقة تتقدم بشكوى بتهمة الامتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء، و بعد صدور الحكم بالإدانة ترفع دعوى تطليق بشرط أن لا تكون عالمة بإعساره وقت الزواج.

إلا أنه يمكن توجيه بعض الانتقادات لنص م/ 53 ف.1، إذ أن النفقة واجبة شرعا و قانونا، و بالتالي لا داعي لصدور حكم بل يكفي توجيه إعذار للزوج بالدفع إذ لم ينفذ تطلب التطليق، ناهيك عن كون المشرع لم يأخذ بعين الاعتبار حالة الزوج إذا كان سبب الرفض مجرد الامتناع أم عدم القدرة[2] .

كما لم يميز بين الزوجة الغنية و الفقيرة، و لم يأخذ بعين الاعتبار علم الزوجة بعسر الزوج قبل الزواج على اعتبار أن الإعسار مسألة مؤقتة، و أن الزوج سوف يسعى إلى إيجاد

(1)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية ،2004، ص 273.

(2)- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 189.

عمل لاحقا، و بالتالي من غير المنطقي معاقبتها بعدم التطليق، لذلك يتعين على المشرع إدراج بعض الاستثناءات لتصبح المادة 53ف1 أكثر مرونة.[1]

ثانيا: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

يقصد بالعيب كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع تحقيق مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية الطبيعية، حيث يحق للزوجة عند وجوده طلب التطليق.

وقد تكون عيوب جنسية تمنع الدخول، وأخرى لا تمنع من الدخول لكنها تؤثر على الحياة الزوجية كالأمراض المعدية أو المزمنة أو المنفرة.

وقد أحسن المشرع صنعا بعدم تحديده للعيوب على سبيل الحصر، بل توسع فيها مع اشتراطه تأثيرها على حياة الزوجة تأثيرا بالغا، وترك للقاضي سلطة تقدير ذلك.[2]

ثالثا: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها إذا هجرها بناء على شروط منها:

-أن يكون الهجر متعمدا ومقصودا لا مبرر له شرعا ولا قانونا.

-أن يتجاوز الهجر 04 أشهر متتالية دون وقوع اتصال بين الزوجين في هذه الفترة وهما على فراش واحد.

أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى مثلا، أو كون الهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر ولو بيوم واحد، لا يجوز للمحكمة الحكم بالتطليق لأن الهجر هنا سببه شرعي ومعقول[3].

(1)-الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص190.

(2)- المرجع نفسه، ص193.

(3) - رابح بن غريب، المرجع السابق، ص36.

رابعا: الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية

جاء في المادة 53 ق.أ، أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة على الزوج فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها العشرة والحياة الزوجية.

وانطلاقا من هذا النص، فالمشرع يشترط لطلب الزوجة التطليق على أساس الحكم بعقوبة على الزوج مايلي:

– حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به في جريمة ارتكابها.

– أن تكون هذه الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، كأن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها، مثل عقوبة العرض والاغتصاب واستعمال القوة.

– أن تكون قرينة على استحالة العشرة الزوجية وتعذر الاستمرار في الرابطة الزوجية بما وصلت إليه من البغض والكراهية والحقد بسبب ما ينشأ بين الزوجين من خلافات وخصومات[1].

خامسا:التطليق لغياب الزوج

جعل القانون للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها الغائب، ويعتبر الزوج غائبا حسب نص المادة 110 من ق .أ، إذا غاب عن مسكن الزوجية لأكثر من سنة دون عذر ودون ترك نفقة لأسرته، ويجب إصدار حكم مسبق يقضي بفقدان الغائب قبل إصدار الحكم بموته، غير أن المشرع أضاف شرطا آخر وهو انتفاء عذر الغياب، فلو كان مسافرا للعمل مثلا لما قبلت دعواها[2].

(1)–رابح بن غريب، المرجع السابق، ص39.

(2)– يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة –الزواج و الطلاق–، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 57.

سادسا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من ق .أ

يتضح من خلال المادة 53 من ق.أ، أنها منحت للزوجة السابقة واللاحقة حق التطليق عند مخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة، و المتعلقة بضرورة إخبار كل من الزوجة السابقة و اللاحقة في حالة التعدد والحصول على إذن من المحكمة بعد التأكد من موافقتها، و بالتالي فإن إبرام عقد الزواج دون علم واحدة منهما أو كلتاهما معا يمنح للزوجة السابقة و اللاحقة حق طلب التطليق. [1]

سابعا: إرتكاب فاحشة مبينة

المقصود بالفاحشة في المادة 53 من ق.أ، هو الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة في ضوء الفقه الاسلامي والعرف والضمير الاجتماعي، فإذا أريد بالفاحشة المنصوص عليها في هذه المادة الزنا، فعلى هذا إذا اقترف الزوج الفعل المحرم عد من الإضرار بالزوجة ويوجب لها حق طلاقة الفرقة[2].

ثامنا: الشقاق المستمر بين الزوجين

إذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يستطع الحكمان اللذين قام القاضي بتعيينهما لصلح الشقاق الذي بينهما، وتضررت الزوجة من هذا الشقاق، يجوز لها طلب التطليق.

تاسعا: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

نصت المادة 19 من قانون الأسرة، على أنه": للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وعليه، وفي حال مخالفة الزوج للشروط الموضوعة في العقد، جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب، وإذا لم يحصل الدخول جاز للزوجة المطالبة بفسخ العقد.

(1)- خيرة فلاح، المرجع السابق، ص 109.

(2)- رابح بن غريب، المرجع السابق، ص42.

أما بعد الدخول، فلا يبقى أمام الزوجة سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة لذلك مع الاحتفاظ بحقها في طلب التعويض فوق ذلك، والمسألة تقديرية للقاضي حسب المعطيات المعروضة أمامه.[1]

عاشرا:التطليق للضرر المعتبر شرعا

يكون الضرر معتبر شرعا، إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق أو أساء معاشرة الزوجة أو أهمل النفقة الشرعية، أو عن طريق إهانات خطيرة أو جسيمة أو تهرب من الواجبات الزوجية بدون سبب شرعي.

والمشرع لم يتقيد بضرر معين، بل ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر بدون قيد، وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقدير هذا، وقد أحسن عندما لم يحدد أنواعا معينة للضرر، وحيث يكون الضرر المعتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى النزاع والشقاق ومما ينتج عن استحالة استمرار الحياة الزوجية، وعلى هذا الأساس، فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها يحق لها طلب التطليق من القاضي[2].

و بهذا، إذا تحقق للزوجة أي سبب من هذه الأسباب، واستطاعت أن تثبته بأي وسيلة من الوسائل القانونية، فإن من حقها أن تتوجه إلى محكمة مقر الزوجية مدعمة بحجج و أدلة الإثبات لتحصل على حكم لها بالتطليق.[3]

ومما سبق، نجد أن المشرع قد أضاف(03) حالات، بتعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، منها تعدد الزوجات، وهو بذلك قد وسع من دائرة الأسباب التي تخوّل للمرأة طلب التطليق، وجاء بأسباب أكثر مرونة وجعله حقاً أصيلاً يقابل حق الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، بدل أن يكون مجرّد استثناء عن القاعدة العامة.

(1)- الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 207.

(2)- رابح بن غريب، المرجع السابق، ص46.

(3)- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد-أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، ط 4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2010 ، ص 126.

وهذا ما أكده التقرير الجامع للتقريرين الدّوريين 3 و 4 المقدّم من الجزائر سنة 2012 أمام لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والذي جاء فيه:" لقد جرى توسيع الأسباب التي يمكن للزوجة أن تستند إليها في هذا الصدد، فبعدما كان عدد هذه الأسباب سبعة في القانون عام 1984 أصبحت عشرة في القانون عام 2005....[1]

والغاية من وراء ذلك، هو محاولة التوفيق بين إرادة الطرفين من أجل تحقيق المساواة المزعومة المنصوص عليها في إتفاقية سيداو[2]، وهي إتفاقية أصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1979، والتي تهدف إلى القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث وافقت عليها الجزائر سنة1996[3]، وقامت بجملة من التعديلات على قانون الأسرة لحماية حقوق المرأة خاصة عند فك الرابطة الزوجية، حيث أقر لها المشرع حق التطليق والخلع دون موافقة زوجها.

(1)- ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع، (cedaw-dza-3-4)،2012،ص31.

(2)- إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الجمعية العامة للأمم المتحدة (cedaw)،1979.

(3)-الأمر رقم 96-03 المؤرخ في يناير 1996 ، يتضمن الموافقة مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ج.ر عدد 3، 1996.

خلاصة الفصل الأول

تطرقنا في الفصل الأول إلى مظاهر المساواة بين الزوجين في طرق فك الرابطة الزوجية، والتي شرّع الإسلام إمكانية انحلالها بطرق تختلف باختلاف طالبها، فطالما استحال العيش بينهما كان لزاما انفصالهما.

وكما أجازت الشريعة الإسلامية للزوج الطلاق لأي سبب شرعي، في المقابل أباحت للزوجة مخالعة زوجها إذا بغضته أو كرهت العيش معه، فتفتدي نفسها بدفع بدل الخلع له، فاتبع القانون الشّرع في ذلك، فقابل حق الزوج في الطلاق وبإرادته المنفردة بحق الزوجة في خلع زوجها ودون موافقة منه، وألزم الزوج بتعويض زوجته إذا تعسف في استعمال حقه في الطلاق وألحق ضررا بها، وهذا ماتم تناوله من خلال المبحث الأول.

كما تبرز المساواة بين الزوجين في الطلاق بالتراضي، الذي أباحه الشرع الحكيم أيضا عند استحالة استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، حال ما يقرران الانفصال وديا وحضاريا دون أن يشكل أحدهما عقبة للثاني، حيث سار المشرع على منوال الشريعة الإسلامية في تقرير حق الزوجين الاتفاق على فك الرابطة الزوجية، وأقر ذلك في العديد من نصوصه، ونظم كيفية فك هذه الرابطة بدء من رفع الدعوى التي جعلها حق مشتركا لكلا الطرفين ووضع شروطا يجب توافرها في العريضة الافتتاحية المقدمة من قبلها.

وألزم القاضي القيام بإجراء محاولة الصلح بينهما، وتعيين حكمين من أهليهما إذا اشتد الخصام، ثم الحكم بفك الرابطة الزوجية بينهما عند فشل محاولات الصلح تحقيقا لرغبتيهما المشتركة في إنهاء هذه العلاقة الزوجية.

ومثلما منح المشرع للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومنح الزوجة مقابل ذلك الحق في مخالعة نفسها من زوجها، وأيضا أقر للزوجان حق الطلاق بالتراضي، منح الزوجة حق التطليق للضرر الذي يصيبها من زوجها، وعدد هذه الحالات التي تخولها المطالبة بهذا الحق تحت مبدأ المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية وهذا ما قمنا

بدراسته في المبحث الثاني الذي خصص لدراسة المساواة بين الزوجين في طلب الطلاق بالتراضي وحق الزوجة في التطليق للضرر.

و تبني المشرع لهذا الموقف، دليل منه على تكريسه لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الذي ينادي به العالم ككل من أجل القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

مظاهر المساواة بين الزوجين في آثار الطلاق

الفصل الثاني

مظاهر المساواة بين الزوجين في آثار الطلاق

لا يقتصر فك الرابطة الزوجية على انتهاء العلاقة بين الزوجين فقط، بل ينتج عن ذلك عدة آثار حفاظا على حقوق الزوجين والأولاد بشكل خاص، حيث تبين هذه الآثار الحقوق و الالتزامات التي تنشأ عن الطلاق والتي يمكن تقسيمها إلى آثار مالية كالحق في التعويض عن الطلاق ومتاع البيت عند النزاع حوله، وأخرى غير مالية كالحضانة و الولاية على القصر.

وقد اعتمد المشرع الجزائري على تجسيد مبدأ المساواة بين الزوجين ضمن هذه الآثار، لذلك سنوضح الآثار المالية للطلاق في **(المبحث الاول)**، ثم الآثار غير المالية في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

مظاهر المساواة بين الزوجين في الآثار المالية للطلاق

ينتج عن إنهاء عقد الزواج آثار مالية قد ترتبط بالمطلقين معا منحها المشرع لكلا الطرفين جراء فك الرابطة الزوجية، وقد تمتاز بها المطلقة فقط، لذلك سنوضح كيف جسد المشرع مبدأ المساواة بين الطرفين في التعويض عن الطلاق و متاع البيت عند وجود نزاع حوله (**المطلب الأول**)، ثم إفراد المطلقة بالعدة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

المساواة بين الزوجين في التعويض عن الطلاق ومتاع البيت

من الآثار المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة، نجد التعويض عن فك هذه الرابطة (**الفرع الأول**)، و أيضا اعتماد حل قانوني للنزاع حول متاع البيت (**الفرع الثاني**):

الفرع الأول

التعويض عن الطلاق

التعويض هو ذلك الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بآداءات مالية أو عينية[1]، أما شرعا، فهو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا لغيره . [2]

والضرر قد يكون مادي وقد يكون معنوي أيضا، فالمادي هو كل إيذاء وسوء يصيب الإنسان في جسده أو ماله، ويمكن أن يشمل كل ما يلحق الشخص من خسارة وما يفوته من

(1)– عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 35 .

(2)– محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1998 ، ص48.

كسب، أما الضرر المعنوي، فهو الألم والحزن والأسى الذي يصيب الإنسان في شعوره وعاطفته أو كرامته وشرفه.[1]

ولقد منعت الشريعة الاسلامية الإضرار بالغير، حيث وضعت جزاءات لذلك من بينها الجزاء التعويضي أو ما يعرف بالضمان كعقوبة مالية إذا أصبح الضرر واقعا، حفاظا على أموال الاخرين و أنفسهم وجبرا للضرر وزجرا للمعتدين[2].

أما المشرع، فقد خول لكلا الزوجين عند فك الرابطة الزوجية الحق في الحصول على التعويض إذا ما توافرت شروطه ،حيث تعرض له في عدة نصوص منها المادة 52 من ق أ قائلا: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "، إضافة إلى نصه في المادة 53 مكرر من ق.أ أنه: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "، وهذا إلى جانب المادة 55 بقوله: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر".[3]

يظهر من خلال النصوص المذكورة أن المشرع منح المطلقة حق التعويض على أساس تعسف الزوج ونشوزه إلى جانب تضررها من التطليق، أما الزوج فقد منحه التعويض في حالة نشوز الزوجة و يحق له أيضا الحصول على مقابل مالي في حالة الخلع، وهو ليس تعويضا لأن الأخير قانونا للضرر، وهو ما سنوضحه من خلال حق المطلقة في التعويض (**أولا**)، وحق المطلق في التعويض **(ثانيا)**.

---

(1)- محمد الزحيلي ، المرجع السابق، ص 50.

(2)- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ط 1، دار الحبيب ، سوريا، 2000 ، ص22.

(3)- سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري و التونسي دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان،2018-2019 ص217 .

أولا :حق المطلقة في التعويض

يعتبر التعويض حق مالي للزوجة نتيجة لطلاقها من زوجها سواء كان بإرادتها أو بإرادة الزوج، وذلك لسد حاجياتها لما بعد الطلاق نتيجة إصابتها بضرر في حالة الطلاق التعسفي وحالة نشوز الزوج أو عند التطليق .

01: التعويض عن الطلاق التعسفي

إن التعسف في استعمال الحق هو استعمال الحق من صاحبه على نحو يضر بالغير إضرارا جسيما، وبهذا فالتعسف في الطلاق هو فك الرابطة الزوجية من طرف الزوج وبإرادته المنفردة دون رضا الزوجة وبلا سبب وجيه، ما يبرر قصد الإضرار بها. [1]

ويمكن تقدير وجود تعسف من قبل الزوج على بعض الاعتبارات منها:

– نية الزوج الحاق ضرر بزوجته، وفي هذه الحالة يرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي لمعرفة نية الزوج .

–الأهداف التي يرمي الزوج إلى تحقيقها جراء الطلاق غير مشروعة .

–ترجيح كفة الضرر على المصلحة، إذا أن وبطلاق الزوج من زوجته يكون بذلك قد أضرها أكثر مما نفعها، حيث يهدف الزوج إلى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية مقارنة بالضرر الذي سيصيب الزوجة.[2]

وعليه، فطلاق المرأة في حالة عدم ثبوت تقصير منها يترتب عليه ضرر مادي ومعنوي وجب التعويض عليه نتيجة الضرر اللاحق بها مع ما يتناسب وحجم الضرر الواقع عليها ولهذا، على الزوج إذا ما عبر عن إرادته في إيقاع الطلاق، فإنه ملزم بتقديم الأسباب

(1)– آسيا بوخاتم، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2007، ص 44.

(2)– صالح حمليل، نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والمجتمع، د.ن، عدد 1، ص 65 متاح على الرابط : https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31581.

الشرعية و القانونية التي دفعته إلى اتخاذ هذا القرار، إذ أنه و على الرغم من أحقية الزوج في إيقاعه، إلا أن هذا الحق مرتبط بتحمله مسؤولية قراره، فالأصل أن يكون الزوج متعسف. وعليه أن يثبت خلاف ذلك، وأن مسألة الاثبات تقع على عاتقه، [1]و إلا يتوجب عليه تعويض زوجته عن كل ضرر يلحقها بسبب الطلاق غير المبرر حسب نص المادة 52 من ق.أ التي تنص على أنه: " إذا ثبت للقاضي تعسّف الزوج في الطلاق حكم للزوجة بالتّعويض" .

ولا يخضع التعويض للقواعد العامة المذكورة في المادة 124 ق.م إلى المسؤولية التقصيرية، بل إنه من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثلة في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، وأن مصدر التعويض أساسه مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة، ويكون ملزما بالتعويض عن طلاقه التعسفي عند توفر شروط منها :

- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين .
- أن يكون طلاق الزوج بإرادته المنفردة إضافة إلى كون طلب الطلاق نابعا منه[2].

وأمام عدم نص المشرع على الحالات التي يعتبر فيها الزوج متعسفا، وترك وجود التعسف من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي، فإنه ليس لنا إلا الرجوع إلى القضاء والفقه للبحث عن الحالات التي يعتبر فيها طلاق الزوج تعسفيا وبالتالي التعويض عنه.

ومن الاجتهادات القضائية التي تؤكد التعويض عن الطلاق التعسفي، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ :1998/11/17، الذي منح الزوجة الحق في التعويض في حالة نشوز الزوج او تعسفه في الطلاق، ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض

(1)- باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر،2012 ، ص7 .

(2)- فضيلة دواجي، آثار فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم،2019-2020، ص 36.

دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا.[1]

كما أن المشرع لم يحدد مقدار التعويض تارك ذلك أيضا لعمل القاضي ولسلطته التقديرية في الحكم بمبلغ التعويض المستحق للمطلقة تعسفيا.

ومن الاجتهادات القضائية حول تقدير التعويض، ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/07/12، الذي نص على أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم.[2]

ويتعين على القاضي ألا يجعل من التعسف في الطلاق قيدا على الأخير الذي شرعه الله اذا قامت ووجدت مبرراته وأسبابه، ولا يجوز أن يكون غلاء التعويض عائقا وسيفا على رقاب الرجال.[3]

02 : التّعويض عن التطليق

لم يجعل المشرع الحق في إيقاع الطلاق مقتصرا على الزوج وحده، بل منح الزوجة أيضا الحق في حل عقد الزواج بطلب منها وفي حدود ما هو وارد في نص المادتين53 و 54، فبالرجوع إلى نص المادة 53 من ق .أ، نجدها جاءت باسم التطليق كمسمى لأحد الصور التي تتيح طلب حل الرابطة الزوجية انفراديا من قبل الزوجة، وعددت لنا الأسباب الموجبة لها التي تم التطرق إليها سابقا في الفصل الأول، والتي لأجلها يمكن أن تلجأ الزوجة إلى القضاء طالبة التطليق ملتمسة التعويض عن الضرر اللاحق بها طبقا لنص المادة 53 مكرر من ق .أ، التي جاء فيها " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن

(1) قرار صادر عن م.ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم: 210451 ، بتاريخ 1998/11/17 ، منشور بالمجلة القضائية ، عدد خاص ، ص 252.

(2)- قرار صادر عن م.ع ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم : 368660 ، بتاريخ 2006/07/12 ، منشرو بالمجلة القضائية ، العدد 2 ، ص 483 .

(3)- أحمد نصر الدين الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ، مصر 2009، ص111.

يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[1]، هذا لأنها ليست في وضع يسمح لها بالخيار في فراق زوجها إنما هي مجبرة تحت وطأة هذه الأسباب.

وعليه، فإن تقرير التعويض لها يرجح كفة المساواة لأنه وحسب رأي الأستاذ بن داود عبد القادر،أنه من اللامساواة أن تتحمل المطلقة ضررا آخر فوق ضرر طلبها التطليق.

ونلاحظ من خلال المادة أعلاه، إجازة المشرع في هذه الحالة للقاضي الحكم بالتعويض وعدم إلزامه بالحكم به كما في الطلاق التعسفي[2]، مع الإشارة إلى أن الأسباب التي وردت في المادة 53 من قانون الأسرة المذكورة سابقا ليست كلها تستدعي التعويض، ومن أمثلة ذلك، إصابة الزوج بمرض مزمن أو عقمه مثلا وفي هذا الصدد، فإن الضرر الحاصل يستوجب التطليق فقط دون التعويض لأن مرض الزوج لابد له فيه وخارج عن إرادته، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها، والذي نص على تحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض زوجته طالبة التطليق عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته على الإنجاب[3]، وفي حالة التدليس عليها أيضا.

03:التعويض عند النشوز

حل عقد الزواج بسبب النشوز، هي صورة أو وسيلة أخرى تعطي الزوجة الحق في حل عقد الزواج بإرادتها المنفردة، وهذا ما هو مستفاد من نص المادة 55 من ق.أ التي نصت على أنه عند نشوز أحد الزوجين، يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، فبعدما نص المشرع على النشوز كوسيلة تمكن الزوجة من الانفراد في حل عقد الزواج فإنه لم يقم بتعريفه ولا حتى بتوضيح حالاته أو أسبابه كما فعل مع التطليق، تاركا

(1)– المادة 53 من ق.أ، مرجع سابق.

(2)– عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الاعلامية،عدد خاص، 2004، ص 153.

(3)–قرار المحكمة العليا ،غ أ ش، ملف رقم : 596191 ، بتاريخ 2011/01/13 ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، العدد 2 ، 2011 ، ص 270 .

الباب مفتوحا أمام الاجتهادات الفقهية والقضائية، فقد عرف إبن قدامة نشوز الزوجة أنه معصية الزوج فيما فرضه الله عليها من طاعته، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع وكأنها تعالت عما فرضه الله عليها من طاعته [1]، وبالنسبة لنشوز الزوج هو ترفعه عليها من خلال التقصير في حقوقها [2].

وعرفه الأستاذ بلحاج العربي أنه: " عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك "، ويضيف قائلا "كما يكون النشوز من الزوجة كأن تمتنع عن اللحاق ببيت الزوجية دون أي سبب مشروع، فإنه قد يكون من الزوج، ومثاله أن يغادر بيت الزوجية أو يتخلى عن واجباته الزوجية[3]، والذي قد يشكل جريمة الإهمال العائلي وفقا للمادة 330 من ق .ع.

ولقد نصت المادة 55 من ق.أ في هذا الشأن أنه " : عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر".

من خلال تحليل هذه المادة، نلاحظ أن المشرع خول للزوجة الحق في طلب إنهاء عقد الزواج لنشوز الزوج مع الإبقاء على حقها في التعويض من جراء الضرر اللاحق بها، وعلى الرغم من أن المشرع لم يأت على ذكر الحالات التي يعتبر فيها الزوج ناشزا، إلا أنه يمكن اللجوء إلى قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن، و التي لعبت دورا كبيرا في إرساء بعض حالات نشوز الزوج، حيث اعتبرت عدم سعي الزوج لإرجاع زوجته بعد صدور حكم بذلك، يعد حالة من حالات النشوز الموجبة للتعويض. [4]

(1) – أبو محمد بن قدامة، المغنى، ط3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص 259.

(2)–جلال الدين السيوطي، جلال الدين المحلي، القرآن الكريم و بهامشه، تفسير الجلالين ،ج 2، د. ط ، دار ابن كثير، ص99.

(3)– العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية ، ج1 ، ط 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1997 ،ص 309.

(4)– فلاح خيرة، المرجع السابق، ص138.

ثانيا: حق المطلق في التعويض

يحق لكل زوج متضرر من فك الرابطة الزوجية الحصول على تعويض ، حيث سوى المشرع في ذلك بين الزوج والزوجة، و بالتالي إذا كان فك الرابطة الزوجية نتيجة نشوز الزوجة فيحق للزوج طلب التعويض، كما يحق له الحصول على مقابل مالي في حالة فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع الذي اعتبره القضاء في العديد من أحكامه تعويضا له.

01 : تعويض المطلق عن نشوز الزوجة

على الرغم من أن المشرع لم يأت على ذكر حق الزوج في التعويض للضرر بصفة عامة، إلا أن ذلك يستشف من المادة 55 من ق.أ السالفة الذكر التي أعطت الحق للزوج في الاستفادة من التعويض في حالة نشوز الزوجة، إذ يعد النشوز صورة من صور الضرر التي يمكن أن تلحق به.[1]

وعليه، وانطلاقا من هذه المادة نجد أنه إذا كانت الزوجة ناشزا، يحكم القاضي بالطلاق على مسؤولية الزوجة نظرا للضرر الذي سببته للزوج، و هكذا يتحول نشوزها إلى مبرر شرعي يعطي للزوج الحق في الطلاق دون أن يعتبر ذلك طلاقا تعسفيا منه بمنطق المادة 52 من ق.أ، و بالتالي فالمادة 55 ق.أ.ج جاءت في الواقع لصالح الزوج حتى لا يعدّ طلاقه طلاقا تعسفيا.

ومن بين مظاهر نشوز الزوجة:

- مخالفة الزوج وعصيانه فيما نهى عنه، كالخروج دون إذنه، وإدخال بيته من يكرهه.
- سوء العشرة في معاملة الزوج والتسلط عليه بالألفاظ البديئة.[2]

وعلى الرغم من أهمية موضوع نشوز الزوجة ودوره في تهدم الأسرة و المجتمع، إلاّ أننا نجد أن المشرع الجزائري قد أهمل هذا الجانب أو أنه لم يعره الاهتمام الكافي، بحيث

(1)- فلاح خيرة، المرجع السابق ،139.

(2)- رابح بن غريب، المرجع السابق ،ص51.

وضع في ق.أ، مادة واحدة فقط للنشوز وتشمل نشوز الطرفين، وبذلك كثرت ظاهرة العصيان بين الأزواج لكنه أحسن صنعاً حين أدرج المادة 222 من ق.أ التي تحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ما لم يرد عليه نص في هذا القانون، فالله ما ترك أمرا إلاّ ووضع له علاجاً وجواباً، وأوصى بالمحبة و الرحمة بين الزوجين ليؤلف بينهما لمن يخاف الله.

02 :التعويض عن الخلع

إنطلاقا من كون الخلع بات حقا خالصا وأصيلا للزوجة تستعمله متى شاءت، وانطلاقا أيضا من كون صاحب الحق يُلزم بالتعويض عن الضرر الذي يُلحِّقه بغيره، حال تعسفه في استعمال حقه، كان لنا أن نتساءل عن مدى أحقية الزوج المخلوع في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه نتيجة استعمال الزوجة مخالِّعَتِّه لحقها في الخلع.

ويعرف عوض الخلع أنه :"كل ما تقدمه المرأة لتفتدي نفسها"[1]، وهو ثابت في مواضيع عديدة من كتاب الله تعالى لقوله :" **فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ**"[2]

وبالرجوع إلى المشرع ، فإنه لم يفرد تعريفا خاصا بعوض الخلع وجعله مقابلا ماليا تفتدي به الزوجة نفسها كما سبق القول، على ألا يتجاوز ذلك صداق المثل في حالة اختلافهما على تحديد قيمته.

كما لم يمنح للزوج الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في خلعه، فكل ما منحه إياه هو بدل الخلع[3]، الذي يجوز أن يكون بكل ما

(1)- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984، ص301.

(2)- سورة البقرة، الآية:229.

(3)- راضية بشير، محمد لنكار، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم السياسية و القانونية، العدد 3 ، جامعة سكيكدة ، 2019 ، ص345 ، متاحة على الرابط : https://dspace.univ-eloued.dz

صح أن يكون صداقا كون الصداق يجوز أن يكون بكل ما صح التزامه شرعا[1]، لهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانونا، غير أنه لا يجوز لها التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا لأن الحضانة هي حق مضمون للمحضون، و ليس للزوجة الأم أن تتصرف فيه فتجعله بدلا للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما و متفقا عليه بين الزوجين.[2]

وقد أقر بدل الخلع في كل طلاق خلعي، سواء تعسفت فيه الزوجة أو لم تتعسف، وسواء تضرر منه الزوج أو لم يتضرر، وهذا يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر، التي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر، إذا ما ألحق به ضررا فقط مع العلم أن بدل الخلع ليس مقابلا لضرر الزوج.

كما جعل بدل الخلع إما متفقا عليه من طرف الزوجين، وإما محددا قانونا، بعدم تجاوزه قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم عند اختلافهما حوله، وفقا للمادة 54 فقرة 2 من ق.أ.

ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما لم يربط بدل الخلع بالمهر أو صداق الزوجة وانما ربطه بصداق المثل عند صدور الحكم ليحقق حلا وسطا بين الزوجين، فيكون ترضية للزوج عن ترك زوجته له دون سبب أو مبرر إلا لأنها كرهته أو بغضت العيش معه، فلو كان لضرر كان لها طلب التطليق وليس الخلع من جهة، ومن جهة أخرى كي لا يضر بالزوجة التي قد تقدم عوضا يفوق مهرها.

(1)- العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص267،268.

(2)- نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص140.

الفرع الثاني

المساواة عند النزاع في متاع البيت

إن النزاع حول متاع البيت من النزاعات المالية التي تثار في الغالب عقب الطلاق، حيث من خلال هذا النزاع يدعي كل من الزوجين ملكية ماهو موجود بالبيت من مقتضيات أو أن طرفا يدعي ملكيته لبعض الأشياء، والطرف الآخر ينكر ملكيته لها أو أن ينكر أصلا وجود تلك الأشياء أساسا.

و المشرع لم يعرف متاع البيت، غير أنه أشار في نص المادة 73 من قانون الأسرة إلى أنواع المتاع، فيعرف أنه ما ينتفع به في بيت الزوجية من فراش وأدوات منزلية[1]، فهو كل ما يمكن الانتفاع به في بيت الزوجية من فراش وأثاث، وأدوات منزلية ويستوي في ذلك، أن يكون مما يخص الرجال أو ما يخص النساء أو ما يخص النساء والرجال على السواء[2].

وقد عرفه الأستاذ سعد عبد العزيز أنه:" مجموعة من الأشياء الموجودة في منزل الزوجية المخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي الأسرة، مثل الأواني والأغطية والأفرشة، وجهاز التلفزيون والبراد والكراسي والأرائك، وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الجلوس وغرفة النوم وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك".[3]

(1)- آسيا بوخاتم ، مرجع سابق، ص85.

(2)- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع بيت الزوجية بين النص التشريعي و الاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء ، العدد 5 ،2002، ص 261 ، متاح على الرابط: http://dspace.univ-batna.dz/xmlui/handle/123456789/4634

(3)- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ، سلسلة تبسيط القوانين ، ط 4 ، دار هومة ، الجزائر 2013، ص 148 و 149.

و سنحاول من خلال هذه الدراسة، توضيح كيف جسد المشرع هذه المساواة بين الجنسين إذا ما تعلق الأمر بالنزاع حول متاع البيت من خلال تطبيق قاعدة الإثبات العامة (**أولا**)، ثم المادة 73 من قانون الأسرة **(ثانيا)**.

أولا : تطبيق قاعدة الإثبات العامة

عندما يقدم أحد المطلقين قائمة الأثاث، وعادة ما تكون صاحبة الطلب هي المرأة نظرا لخروجها من المسكن الزوجي و تركها لأغراضها، نكون أمام حالتين:

إما أن يدعي المدعي وجود الأثاث و لا ينكر المدعى عليه، و هنا يحكم للمدعي دون نزاع و إما أن يدعي المدعي وجود الأثاث و ينكر المدعى عليه، هنا نلجأ إلى تطبيق قاعدة" البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"، أي أن المدعي يقدم الدليل على وجود الأثاث، فإذا عجز عن الإثبات توجه يمين النفي للمدعى عليه ينكر من خلالها وجود الأثاث [1].

أما عن كيفية تطبيق قاعدة الإثبات، فلو فرضنا مثلا أن المطلقة أدعت أنها تركت متاعها في بيت الزوجية، و لم يذكر المطلق (المدعى عليه) ذلك، لكنه لا ينكر المتاع أما عن كيفية تطبيق قاعدة الإثبات، فلو فرضنا مثلا أن المطلقة أدعت أنها تركت متاعها في بيت الزوجية، و لم يذكر المطلق (المدعى عليه) ذلك، لكنه لا ينكر المتاع في حد ذاته، لكن يدعي أنها أخذته معها، في هذه الحالة يكون ملزما بإثبات تسلم المدعية لأثاثها، و إذا عجز عن ذلك فالقول للزوجة مع توجيه اليمين لها [2] .

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18 / 07 / 1988، و الذي نص على أنه متى كان مقررا شرعا أن البينة على من أدعى و اليمين على من أنكر، ومن ثم، فإن من ادعى أن زوجته أخذت مصوغها و أثاثها و ملابسها يصير مكلفا بإثبات دعواه

(1)- باديس ديابي، المرجع السابق، ص37.

(2)- باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 98 – 99.

وبناء على ذلك ، فإن عجز القول للزوجة مع يمينها، و من ثم يصبح القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية"[1].

من خلال ما سبق، نلاحظ أن المشرع الجزائري جسد مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يخص مسألة متاع بيت الزوجية، إذ أخضع كل من المرأة و الرجل إلى القاعدة العامة في الاثبات :"البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"، عندما يتعلق الأمر بالنزاع حول وجود متاع بيت الزوجية من عدمه، و بالتالي فإنه يتعين على المدعي سواء المرأة أو الرجل تقديم الدليل على ادعاءاته، و في حالة عجزه عن تقديم الدليل فإن القول للمدعى عليه مع اليمين.

و بالتالي، لا يوجد أي تمييز بين الجنسين في هذه المسألة بدليل أنه حتى بدليل أنه حتى في حالة ما إذا تعلق النزاع بين المرأة و الرجل حول أشياء معتاد تملكها من طرف المرأة، غير أن الزوج قدم دليلا يثبت امتلاكه لهذه الأشياء، مثلا مصوغ أو ألبسة نسائية أو غيرها، فيحكم له بذلك تطبيقا للقاعدة السالفة الذكر نظرا لكون البينة دليل كامل يقدم على نصف الدليل، و نفس الشيء بالنسبة للمرأة، فإذا قدمت دليل حول امتلاكها لما هو معتاد للرجال، فإنه يحكم لها بذلك .[2]

ثانيا: تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة

تنص المادة 73 من ق.أ على أنه :" إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، و المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

(1) –م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 50075، بتاريخ 1988/07/18،المجلة القضائية ، العدد 4، 1990، أشار إليه باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 100.

(2)– باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 103.

يتضح من خلال المادة السابقة، أن المشرع وضع قاعدة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي مفادها أنه في حالة وقوع النزاع حول متاع البيت بين الزوجين أو ورثتهما، ولم يكن لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين.[1]

ومسألة التفريق بين ما هو معتاد للنساء و ما هو معتاد للرجال، يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يتعين عليه قبل الفصل في الموضوع، التأكد أولا من كون المتاع المتنازع عليه يندرج ضمن ما هو معتاد للرجال أو ما هو معتاد للنساء، ولا يكتفي بالقائمة المقدمة له من طرف الزوجة أو الزوج، كما يتعين عليه أن يأخذ بعين الاعتبار العرف و التقاليد السائدة في تلك المنطقة، و التي يستعين بها في تحديده للأشياء التي تكون معتادة للرجال أو النساء "[(2)].

أما بالنسبة للمتاع المشترك بين الزوجين، فإنه يتم تقاسمه بينهما مع اليمين، أي يتقاسم كل من الزوج و الزوجة الأغراض المشتركة بينهما مع توجيه اليمين لكليهما.

و يتضح لنا جليا بأن المشرع اعتمد على تطبيق المادة 73 من ق.أ إذا تعلق الأمر بالنزاع حول ملكية متاع بيت الزوجية، حيث أخضع كل من الرجل و المرأة لهذه المادة، و بهذا، يكون قد جسد مبدأ المساواة بين الجنسين خاصة و أنه منح الحق للزوجة إذا تعلق الأمر بمتاع معتاد تملكه من طرف النساء مع توجيه اليمين لها، و في المقابل منح الحق للزوج فيما هو معتاد للرجال مع توجيه اليمين له و توسط بين الحلين، فأقر تقاسم المتاع المشترك بينهما مع توجيه اليمين لكليهما.

(1)- نادية رواحنة ، الزواج والطلاق، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثانية ليسانس، السداسي الثاني، تخصص حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد الصديق بن يحى،جيجل،2019/2018، ص 123.

(2)- سعد عبد العزيز، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر،2007 ص149.

المطلب الثاني

إفراد المطلقة بالنفقة

إهتم المشرع بالمطلقة من خلال منحها نفقتي المتعة والعدة، حيث يستمر واجب إنفاق الزوج على زوجته حتى بعد انحلال الرابطة الزوجية، فالمطلقة تستحق نفقة العدة حسب نص المادة 61 من ق.أ، التي تنص على أن لا تخرج المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها، أوفي حالة وفاة زوجها ما عدى حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

ورغم أن المشرع اعتنى بموضوع النفقة، إلا أنه لم يقدم تعريفا لها، بل اكتفى بتحديد مشتملاتها، فتعرف انها اخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته[1]، ونفقة المطلقة نوعان :نفقة العدة**(الفرع الأول)** ونفقة المتعة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول :نفقة العدة

إن المرأة المعتدة ما دامت في العدة محتسبة لحق زوجها، فلا تتزوج بغيره إلا بعد انقضاء عدتها، وكان من الواجب على المطلق نفقة المعتدة المطلقة بأنواعها الثلاثة وهما: المأكل والملبس والمسكن.

و يشترط لاستحقاق المطلقة النفقة، سكن الزوجة في منزل العدة وعدم مغادرته له بغير إذن شرعي يبيح لها الإقامة في مكان أخر[2]، لقوله تعالى في سورة الطلاق:" **لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا**"[3].

(1)– رابح بن غريب، المرجع السابق، ص130.

(2) – عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادى وأحكام الفقه الإسلامي، تالا للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 1999–2000، ص 259.

(3)– سورة الطلاق، الآية:01.

ولقد منح المشرع الجزائري للمرأة المطلقة الحق في السكن والنفقة في عدة الطلاق، وهذا طبقا المادة 61 من ق.أ السالفة الذكر، وهذا ما سار عليه القضاء في القرار الصادر بتاريخ :2007/04/11، الذي جاء بما يلي : **نفقة المطلقة ومنها السكن أثناء العدة على عاتق الزوج.**"

و بالتالي، فإن المشرع الجزائري منح المطلقة المعتدة امتيازا يخول لها البقاء في مسكن الزوجية خلال هذه الفترة تنفرد به عن المطلق، و بهذا فإن مبدأ المساواة بين الجنسين غير قابل للتطبيق في هذه المسألة.

الفرع الثاني : نفقة المتعة

لم ينص المشرع صراحة على نفقة المتعة لجبر خاطر الزوجة بعد الطلاق الذي يوقعه الزوج، لكن من الناحية العملية، هناك بعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا التي تجيز للقضاة منح المتعة للمطلقة وإن اختلفوا في المقدار، فإنهم اتفقوا بأن يعطي الزوج للزوجة المتعة حسب السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1991/06/18، والذي نص على أنه من المستقر على القضاء، أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة، ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ولذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل، كما أنه يجب على قاضي شؤون الأسرة في هذه الحالة أن يراعي حال كل من الزوج والزوجة، وهذا على أساس مراعاة حال الزوج المالية وتغير الأسعار في الأسواق وظروف المعيشة ومدة الحياة الزوجية، وأسباب الطلاق عند تقديره لنفقة المتعة[1]، وبما أن هذه الأخيرة خاصة بالمطلقة فقط دون المطلق، فإن مبدأ المساواة بين الجنسين غير قابل للتطبيق في هذه المسألة أيضا.

(1)- أحمد الشامي، نفقة المتعة في التشريع الجزائري و المصري، مجلة العلوم القانونية و السياسية، عدد 9 ،2018 ص869، متاح على الرابط: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/5700

المبحث الثاني

مظاهر المساواة في الآثار غير المالية للطلاق

إن من أهم آثار الطلاق غير المالية مسألة الحضانة والولاية على الأولاد ، فالطفل يحتاج للرعاية والحفظ لضعفه بسبب صغر سنه، إضافة إلى حاجته في الولاية عليه في النفس والمال، لعدم قدرته على رعاية شؤونه بنفسه من ناحية التعليم و التربية، وكذا رعاية أمواله و حسن الحفاظ عليها .

لهذا، اعتنى المشرع بهاتين المسألتين، ونظمهما في العديد من المواد في ق.أ، إلا أن ما يهمنا هو هل للأبوين نفس الحق في ممارسة الحضانة بنفس القدر من المساواة أم لا؟ وهل هما متساويان في الولاية على الأولاد عند فك الرابطة الزوجية أم لا؟

للإجابة على هذه الإشكالية، نتطرق أولا إلى مسألة الحضانة **(المطلب الأول)**، ثم إلى الولاية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مظاهر المساواة بين الزوجين في إسناد الحضانة

رعاية الطفل من أهم المسائل التي اهتم بها المشرع بعد الطلاق، فاهتم بالحضانة من أجل ضمان تربية ورعاية صحية وخلقية له، ونظمها من خلال قانون الأسرة في مواده من 62 إلى 72، حيث نص فيها على كل ما يخص الطفل المحضون بعد الطلاق، وعليه سنوضح تجسيد المشرع لمبدأ المساواة بين الزوجين في إسناد الحضانة من خلال تقديم الأم على الأب كأصل **(الفرع الأول)**، ثم مراعاة مصلحة المحضون في استحقاق الحضانة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تقديم الأم على الأب كأصل

عرف وهبة الزحيلي الحضانة أنها "تربية الولد لمن له الحق في الحضانة، أو هي تربية أو حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل أو كمجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله، ونحوها "[1].

أما قانونا، فقد عرفها المشرع في المادة 62 من قانون الأسرة أنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا."[2]

والملاحظ أن المادة 62 خصت التربية بأمر معين وهو تربية الطفل على دين أبيه، والمشكل الذي يثار هو حالة اختلاف دين الزوجين، فتربية الطفل على دين أبيه في حالة كون ديانة الأبوين مختلفة يعتبر خرق للمساواة بين الرجل والمرأة، لكن تحفظ الجزائر على المادة 16 من إتفاقية سيداو، هو ما جعل المشرع يؤكد على ضرورة تربية الطفل على دين أبيه في حالة إسناد الحضانة للأم، والمشرع بذلك قد اتبع ما حث عليه الإسلام في هذا الصدد.[3]

أولا: شروط استحقاق الحضانة

اختصر المشرع شروط الحاضن في المادة 62 السالفة الذكر في فقرتها الثانية بقوله" ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك،" تاركا بذلك فراغا قانونيا يدفع القاضي للاجتهاد باحثا عن كيفية تطبيق المعايير التي يعتمد عليها، و عليه يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك استنادا لنص المادة 222 من ق.أ ، وبالتالي هناك شروط عامة

(1)– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 07 ، ط 02، دار الفكر ، دمشق ، 1984 ، ص 117.

(2) – المادة 62 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(3) –جيلالي وحياني، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 02–05 على ضوء الإتفاقيات الدولية ، مجلة البحوث القانونية و السياسية ، العدد 7، 2016 ،ص246، متاح على الرابط : https://www.asjp.cerist.dz/en/article/125874

يجب أن تتوافر في الرجال والنساء على السواء، وهناك أيضا شروط خاصة، والتي تنقسم بدورها إلى شروط خاصة بالنساء وأخرى خاصة بالرجال.

01-الشروط العامة :

- **البلوغ:** يحتاج الصغير ولو كان مميزا إلى من يتولى حفظه و رعايته، فهو لا يستطيع أن يتولى أمر نفسه ،وبالتالي لا يستطيع تولي غيره[1].

فالحضانة مهمة شاقة، لا يقوم بوظائفها إلا الكبار، ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة[2]، وسن الرشد الواجب توفره في الحاضن حسب القانون الجزائري هو 19 سنة كاملة، وهذا طبقا لنص المادة 2/40 من ق.م.

- **العقل:** تعتبر الحضانة ولاية على غير العاقل، هذا الأخير الذي يحتاج إلى عناية و رعاية، فهو كالصغير لا يتولى شؤون غيره، وبالتالي فلا حق للمجنون والمعتوه في الحضانة[3].

- **القدرة:** يقصد بالقدرة الإستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، أي القدرة المادية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان حفظه صحة وخلقا ،وضمان السهر على تربيته وتعليمه[4]، أي بمعنى أن تكون الحاضنة سليمة الجسم، قادرة على القيام بأعباء الحضانة، فلا تثبت الحضانة لعاجز عن ذلك لكبر السن أو المرض أو عاهة كالعمى[5].

---

(1)- السيد سابق ، فقه السنة –نظام الأسرة ، الحدود و الجنايات، ج 2 ، ط 1 ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان، 1983 ، ص 291.

(2)- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين- دراسة تاريخية تشريعية و قضائية-، ج2، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر 2001 ، ص 219.

(3)- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الخطبة ، الزواج ، الطلاق ، الميراث ، الوصية ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ، ص 383.

(4)- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص296.

(5) – العربي بلحاج، " الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" – الخطبة ، الزواج ، الطلاق ، الميراث ، الوصية – ،المرجع السابق، ص409.

- **الأمانة:** يقصد بها أن يكون الحاضن أمينا في خلقه وفي سلوكه، وكذلك أمينا في الإهتمام بالمحضون ورعاية مصالحه[1]، فلا حضانة للفاسق لأنه غير أمين على نفسه فكيف يكون أمينا على غيره، وقد أعطى الفقهاء أمثلة للفسق كأن يكون الحاضن سارقا أو مسربا للخمور أوزانيا[2].

02 –الشروط الخاصة: هناك شروط خاصة بالنساء ، وأخرى بالرجال:

أ–**الشروط الخاصة بالنساء:** وتتمثل في :

–عدم جواز زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون

فقد اتفقت كل من المذاهب الأربعة أي المالكية ، الشافعية، الحنابلة، والحنفية على أن الحضانة تسقط بالتزوج مطلقا، سواء كان المحضون ذكرا أم أنثى .

أما المشرع الجزائري، فقد وضع في المادة ذاتها إستثناء يتعلق بمصلحة المحضون، فإذا كانت مصلحة المحضون في بقائه مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم، فإن الحضانة تظل من نصيبها ويبقى أمر تقدير مصلحة المحضون للقاضي[3].

–وجوب كون الحاضنة من محارم الصغير

حتى تقبل المرأة أن تكون حاضنة للطفل، يجب أن تكون من بين أقاربه ، فلا حضانة لغير القرابة النسبية، ولا حضانة للقريب غير المحرم كبنت العم، فالقرابة وحدها ذات رحم محرم للمحضون، كالأم و والأخت والخالة والعمة والجدة لا تكفي، بل يجب توفر قرابة عمود النسب حتى تكون للنساء الأهلية لحضانة الأطفال[4].

---

(1)– سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص296.

(2)– عزمي ممدوح، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997 ، ص25 .

(3) –سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 145.

(4)– عبد المطلب عبد الرازق حمدان ،الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر،2008، ص 40 و 41.

-عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت من يبغضه

يرى أغلب الفقهاء أن سكن الحاضنة مع من يبغض الصغير أو يعرضه للأذى والضياع سبب مسقط لممارسة الحق في الحضانة، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع إبنتها إذا تزوجت بغير قريب محرم إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها، وهذا ما نصت عليه المادة 70من ق.أ.

-ألا تكون الحاضنة قد إمتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب

إذا كان الأب معسرا ولا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة[1]، وهو ما ذهب إليه الفقه حيث يرى أن حق الأم في حضانة الصغير يسقط إذا أبت أن تحضن الصغير مجانا ووجود متبرعة لذلك.[2]

ب-الشروط الخاصة بالرجال: وتتمثل في :

- اتحاد الحاضن مع المحضون في الدين

وذلك أن الحضانة ولاية على النفس واختلاف الديانة قاطع للولاية بين المسلم وغيرها وعلى هذا، فحضانة الرجل مشروطة دائما بإتحاد الدين مع المحضون.[3]

-أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كان المحضون أنثى

يشترط في الحاضن الذكر أن يكون محرما للأنثى المحضونة، فقد حدد الحنابلة والحنفية سن الأنثى بسبع سنوات تفاديا للخلوة بها لانتفاء المحرمية وإن لم تبلغ الطفلة حد الشهوة أعطيت له بالإتفاق، لأنه في حالة بلوغها، لا يكون لإبن العم حضانة إبنة عمه

(1)- عصام أنور سليم ، حقوق الطفل، د.ن.ط، المكتب الجامعي الحديث للنشر، مصر، 2001 ، ص 139.

(2)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط 3، دار الفكر، سوريا، 1989 ، ص 729.

(3)- فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام -الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 1998 ، ص 23.

المشتهاة كأصل، أما الحنفية فقد أجازوها إن لم يكن لبنت العم غير إبن العم وإبقاءها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأمونا.[1]

-أن يكون الحاضن من العصبات في ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكرا

كلما كانت درجة القرابة قوية كلما زادت الشفقة على الصبي، وبالتالي فلا خلاف بين العاصب الذي يكون محرما على المحضون كالأب أو كان غير محرم على المحضون كإبن العم[2]، فالأب هنا أولى.

ثانيا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.

بتوافر الشروط السالفة الذكر، يتجه التساؤل حول الأجدر باستحقاقها، فكل واحد منهما يرغب في الحصول على حضانة الأولاد، ولهذا تكتسي مسألة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة اهتماما بالغا من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري على حد سواء، ذلك أن ترتيب الحواضن يقوم على ركيزة أساسية وهي مصلحة المحضون، حيث لا يعتمد في سبيل ذلك على تحري الأشخاص الأقرب للطفل والأكثر عطفا وشفقة فقط، بل الأكثر حرصا على تربية الصغير وتأديبه ، بحيث يتماشى الترتيب مع جدارة الحواضن [3].

في هذا الصدد، اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية الأربعة على أن الأولى بالحضانة النساء رغم اختلافهم في ترتيبهن بعد الأم وأم الأم لأنهن أحن وأصبر على تربية الطفل من الرجل.

وقد جاءت المادة 16 من اتفاقية سيداو في بندها" د" :"يضمن على أساس التساوي الرجل والمرأة نفس الحقوق والواجبات بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتهما الزوجية في

(1)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 729 و 730.

(2)- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950 ، ص 408.

(3)- رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، ط1 ،دار الفكر العربي، القاهرة، 1989، ص 38.

الأمور المتعلقة بأطفالهم وفي جميع الحالات تكون مصلحة الأطفال هي الراجحة[1]"، وبهذا لم تعد رعاية المحضون وتربيتهم مقتصرة على الام فقط ،بل أصبحت لازمة على الأب كذلك، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بعد تعديله للمادة 64 حيث أصبحت تنص" :الأم أولى بحضانة ولدها ثم الاب ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة" بعدما كانت تنص قبل التعديل على أن "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك"، حيث يفهم من نص المادة أن أول صاحب حق في حضانة الولد هي الأم ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.[2]

وبهذا، بقي المشرع محافظا على مكانة الأم باعتبار أن لها الأولوية في حضانة أولادها كونها أعطف، أحن وأشفق على الولد من غيرها و جعل استحقاق الحضانة مباشرة للأب بعد الأم مع الاحتفاظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون فوق كل اعتبار والتي من شأنها تغيير ترتيب أصحاب الحق في الحضانة[3]، وهو المعيار الأساسي المكرس في تحديد المستحق للحضانة .

الفرع الثاني

مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة

موضوع الحضانة من أهم المسائل التي ينظر فيها القاضي ،لأنه وبعد فك الرابطة الزوجية ، لابد للبحث مليا في مصير الأبناء وتحت كنف من سيعيشون، وهذا ما يهدف اليه القاضي مراعيا في ذلك مصلحة المحضون.

(1)- المادة 16 ، البند" د "من إتفاقية سيداو.

(2)- نادية رواحنة،المرجع السابق،ص 117.

(3)- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات-دراسة فقهية ونقدية مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ، د.س.ن، ص 308.

وقد نص القانون على الأشخاص المؤهلين لرعاية المحضون من خلال المادة 64 من ق.أ السالفة الذكر، والتي يستند إليها القاضي في منح و إسناد الحضانة مع الاحتفاظ بسلطته التقديرية الواسعة لاختيار الأصلح للقيام بشؤون المحضون.

ذلك أن الحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين في المادة السابقة حسب الترتيب الوارد في القانون، فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة، كما أنه ليس من النظام العام، بل للقاضي إسناد الحضانة بما يناسب المحضون دون مراعاة الترتيب المذكور في المادة 64 من ق.أ ، فإذا تنازع مثلا في حضانة الطفل أمه وأبيه ، فللقاضي أن يحكم للأب بالحضانة إذا وجده يحقق الرعاية الخلقية والتربوية اللازمة.[1]

وقد تدعو مصلحة المحضون أن يكون الحاضن غير الأم إذا خيف على تربية الأبناء، عندما تكون على غير دين الأب ، أو أن تكون أخلاقها منحطة ، فهنا للقاضي أن يسند الحضانة لمن يكون أحق وأجدر بها حسب قناعته وتقديره، وهذا ماجاء في قرار للمحكمة العليا التي نص على أن تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، حيث يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع. [2]

ولتطبيق قاعدة مصلحة المحضون، على القاضي إتباع مجموعة من الإجراءات تتمثل أساسا في الاستماع إلى أطراف النزاع والقيام بتحقيق، وهذا يعني أن الضابط في الترتيب هو مصلحة المحضون.

أولا: الإستماع إلى أطراف النزاع

للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم أو غيرهم، وتحديد أيهم أصلح

(1)–فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد–مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا–، مطبعة الطالب ، 2008، ص60.

(2)–قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 613469، بتاريخ 2011/03/10، المجلة القضائية، العدد1، 2012، ص 285.

لمراعاة مصلحة المحضون، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من الأطراف، والموازنة بينها في الإثبات، حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح له.[1]

ثانيا : إجراء تحقيق لإسناد الحضانة

خولت نص المادة 146 من ق.إ.م.إ، للقاضي إجراء المعاينة أو الانتقال إلى عين المكان، فقد يرى ضرورة الانتقال لمعاينة المكان الذي تمارس فيه الحضانة وكذا ومعرفة الظروف المحيطة بالوسط الذي يعيش فيه المحضون، فمن بين هذه الظروف نجد: ضيق المسكن أو اتساعه، وأيضا مدى قرب السكن من المدرسة وبعده ، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها.

كما له الاستماع إلى الشهود حسب نص المادة 150 من ق.إ.م إ، التي تنص على أنه: يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، و يكون التحقيق فيها جائزا و مفيدا للقضية".[2]

ومن الأمثلة التي يلجأ القاضي فيها إلى سماع الشهود منها، ما تعلق بسكن المحضون كقيام الحاضنة باستغلاله للدعارة مثلا، أو أن الحاضنة تسيء معاملة المحضون ولا تقوم برعايته.

وإضافة لسلطة القاضي في سماع الشهود، له أيضا طلب إجراء خبرة من أجل تحقيق مصلحة المحضون وفقا لنص المادة 126 من ق.إ.م.إ، كتعيين خبير لدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وجمع المعطيات المادية والاجتماعية لتحديد الأصلح لممارسة الحضانة. [3]

(1)–نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008–2009، ص 165.

(2)–المادة 150 من ق.إ.م.إ.

(3) – رابح بن غريب ،المرجع السابق، ص103.

من خلال ماسبق، يتضح أن المشرع قد انتقل بالأب من المرتبة الرابعة إلى المرتبة الثانية في ترتيب الحواضن[1]، مقارنة بالترتيب القديم قبل التعديل وبين أهل الأم وأهل الأب من جهة ثانية، فمن خلال التعديل الجديد، حاول المشرع الموازنة بين الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة، أين كان حق الأب مهضوما على اعتبار أن دوره في ممارسة الحضانة يأتي بعد انقضاء جهة الأم بأكملها وهذا غير منطقي، لأن الأب أولى منهن وأكثر حرصا على رعاية أبنائه[2].

ورغم منح الأفضلية للأم نوعا ما بجعلها أولى من الأب في حضانة ولدها، إلا أنه و مراعاة لمصلحة المحضون، منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في إسناد الحضانة دون إلزامه بالترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق.أ.

المطلب الثاني

المساواة بين الزوجين في الولاية بعد الطلاق

عرف الفقهاء المعاصرون الولاية منهم عبد الكريم زيدان أنها" قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير وماله"[3].

أما قانونا، لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريفها لكن هذا لا يمنعنا من استنباط المقصود منها من خلال الأحكام التي عالجتها سواء من خلال قانون الأسرة أو قوانين أخرى.

وباستقراء نص المادة 87 ق. أ إلى غاية المادة 91 ق .أ من ذات القانون تتضح لنا معالم هذه الولاية، فمن خلال نص المادة 87 والتي تنص " **:من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي**

(1) – سمية بوكايس ، المرجع السابق، ص141.

(2)– باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ، ص 149.

(3)–عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، ج 6 ، ط1 ، مؤسسة الرسالة، بيروت،1993 ، ص339.

أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، يمكن تعريفها بأنها "السلطة المخولة للشخص ليقوم بالتصرف في نفس ومال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها بحق هذا الاخير، و تُستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو من القاضي أو من الولي "[1].

وبالتالي، فالولاية نوعان، ولاية على المال تتعلق بتسيير شؤون القاصر المالية **(الفرع الأول)**، وولاية على النفس لرعاية أموره الشخصية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الولاية على المال

الولاية على المال عند المالكية للأب ثم وصيه ثم للقاضي ووصيه، أما الجد فلا يكون وليا، وإن كان يصح أن يكون وصيا، فمن قبل الأب أو القاضي ، وهذا ماذهب إليه الحنابلة ايضا.

أما عند الحنفية، فالولاية تكون للأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم للقاضي ثم لوصي القاضي[2].

و الشافعية، فيرون أنّ الولاية تكون للأب ثم الجد الصحيح ثم لوصي الأب ثم لوصي الجد وأخيرا للقاضي باعتباره ولي من لا ولي له.[3]

أما قانونا، فقد جاء المشرع الجزائري بترتيب الأولياء، ولعلّ الغاية من هذا الترتيب هي الحرص على اختيار الأقدر و الأكفئ لتدبير شؤون القاصر، فنصّ بالمادة 87 ق أ على أنه: " **يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا** ."

وبقراءة المادة السابقة، نجد أن المشرع قد منح الولاية للأب في المرتبة الأولى ثم الأم في المرتبة الثانية بعد وفاته في ممارسة الولاية على القصر، ثم جاء في فقرتها الثالثة بقوله

(1) –نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 ، ص 179.

(2) – طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 ، ص 181.

(3) – محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1985، ص63.

"**وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن اسندت له حضانة الأولاد**"، وهنا يتبين أنّ الولاية تنتقل لمن له حق حضانة الأولاد، للاعتناء بهم وتربيتهم.

إذن، تنتقل فالولاية بالطلاق للحاضن وعادة ما تنتقل للأم كأصل عام، فطابع ولاية الأم هي ولاية أصلية بقانون الأسرة الجزائري وإن كان لا يجد أساسا له بالفقه الإسلامي الذي لا يعترف بالأم إلا بالولاية النيابية باعتبارها وصيا.[1]

الفرع الثاني

الولاية على النفس

الولاية على النفس هي قيام الولي بتولي شؤون المولى عليه القاصر، حيث تتعلق هذه الولاية بشخص القاصر وليس بماله، فولاية الحفظ هي التي يقع فيها على عاتق الولي المحافظة على الصغير ونفسه والحفاظ على حقوقه والدفاع عنه أمام القضاء.[2]

والولاية على النفس، هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، و تتمثل أساسا في أمرين:

- **الأول** : يتعلق بتربية القاصر وحفظه.
-**الثاني:** يتعلق بإعطاء الحق للولي في تولي عقد زواج المرأة التي هي تحت ولايته.[3]

فولاية التربية والحفظ، نصت عليها المادتان 62 و87 من ق.أ ، أما ولاية التزويج قد نص عليها المشرع الجزائري في المواد 11 و 09 مكرر و33 من القانون نفسه، حيث نصت المادة 09 مكرر على وجوب توفر شرط الولي في عقد الزواج، كما اعتبرت المادة 33 أن الزواج الذي يتم بدون ولي يعتبر زواجا باطلا ويفسخ قبل الدخول.

(1) – زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون– النظرية العامة للحق–، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 147.

(2) – محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي ، مصر ،1950، ص23.

(3)– العيد إبراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج والقصر نموذجا، شهادة ماجيستير شريعة وقانون، جامعة وهران،2010، ص24.

وقد ألزمت المادة 11 منه، المرأة بحضور وليها لعقد زواجها أو أي شخص آخر تختاره، كما ينص في الفقرة الثانية منها على أنه" يتولى زواج القصر اولياؤهم" .[1]

وعليه، ومن خلال النصوص السابقة، يتضح أن أشخاص الحق في الولاية على النفس هو الأب باعتباره الولي، وفي حالة وفاته تحل محله الأم حماية للقاصر حسب المادة 87 من ق. أ .

وللإشارة ، فإن وفاة الأب ليست السبب الوحيد لانتقال الولاية إلى الأم، فقد تنتقل حتى والأب حي وموجود كحصول مانع له، كمرض يمنعه من ممارسة الولاية على القاصر، أو غيابه وفي هذه الحالة، تحل الأم محله لتولي الولاية على أولادها القصر .

والملاحظ من هذا النص، أنه قد وسع من حالات ولاية الأم على أبنائها القصر، فأصبحت تمارس حقوق الولاية حتى في حياة الأب أثناء قيام الزوجية، وذلك في حالة غيابه أو حصول مانع له، وأثناء انفصالهما بالطلاق بعدما كانت قبل التعديل تمارسها في حالة واحدة وهي وفاة الأب.[2]

أما في حالة الطلاق، يمنح القاضي لمن تسند له حضانة الأولاد، فنص في المادة 87 من ق.أ في فقرتها الثالثة على أنه "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة."

وعليه يفهم من نص المادة أن القاضي يمنح الولاية لمن أسندت إليه الحضانة، فقد تكون الأم أو غيرها، حيث جاء في إحدى القرارات القضائية أن قضاة الاستئناف عندما

(1) – المادة 11 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

(2)–إيمان حيدوسي ، ولاية الأم على أبنائها القصر قراءة في المادة 87 من قانون الأسرة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد50 ،المجلد أ ،جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018، ص331، متاح على الرابط:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/232306

قضوا بإسناد حضانة الطفل لأمه دون منحها الولاية عليه، يكونون بذلك قد خالفوا أحكام المادة 87 من ق أ في فقرتها الأخيرة ،الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

و يتضح من كل ماسبق، أن المشرع قد جسد المساواة بين الزوجين في مسألة الولاية بعد فك الرابطة الزوجية، وذلك بمنح الأب الولاية على النفس من خلال تزويج المرأة، وأيضا منحه الولاية كاملة عند إسناد الحضانة إليه، وكذا منح الأم الولاية كاملة عند إسناد الحضانة إليها، إلا أن ما يثير الاهتمام في مسألة ولاية المرأة على أولادها، هو ممارستها الولاية على النفس، فمعنى ذلك أنه بإمكانها تولي زواج أولادها القصر رغم أن المشرع لم يجعل من الأم وليا أو طرفا في زواجه، ولكن بتطبيق المادة 87 من ق. أ بإمكانها ذلك.

و يتضح جليا، أن المشرع الجزائري قد تماشى مع البند" و "من إتفاقية سيداو التي تنادي بنفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية.

(1)–المحكمة العليا، غ.أ.ش ، ملف رقم 476515 ، بتاريخ 2009/01/14 ، المجلة القضائية ، عدد 1،2009 أنظر باديس ديابي، المرجع السابق، ص82.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال دراستنا للفصل الثاني، والذي خصص للمساواة بين الزوجين في آثار الطلاق، تبين أن المشرع قسم الآثار إلى نوعين، آثار مالية خصصنا دراستها في المبحث الأول تتعلق بالمساواة بين الزوجين في التعويض عن فك الرابطة الزوجية، وذلك لإصابة أحدهما بضرر من الثاني جراء الطلاق، وكذا وضع تدابير للحصول على متاع بيت الزوجية عند وقوع نزاع بين الطرفين حول أحقيته من خلال تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، أو تطبيق المادة 73من قانون الأسرة حسب الحالة .

أما المطلقة، فأخصها بامتيازات تتمثل أساسا في النفقة نظير تضررها من طليقها، فكانت بمثابة تعويض لها عن ألمها وضررها نتيجة طلاق غير مبرر، فخولها حق البقاء في بيت الزوجية والإنفاق عليها من ملبس ومأكل و غيرهم، ولما كانت العدة خاصة بالمرأة وكذا النفقة، لا يمكن للمشرع تطبيق المساواة بينهما في هذه المسألة.

أما المبحث الثاني، فقد خصص لدراسة الآثار الشخصية للطلاق، والتي تتمثل على وجه الخصوص في المساواة بين المطلقين في إسناد الحضانة والولاية على القصر حيث اهتم بهاتين المسألتين، ونظمهما في العديد من نصوصه حماية للأولاد القصر، فنص على شروط استحقاق الحضانة، منها الخاصة بالنساء فقط، ومنها بالرجال، ومنها المشتركة بينهما، ورتب أصحاب الحق فيها محدثا تغييرا في مرتبة الأب بانتقاله من المرتبة الرابعة إلى المرتبة الثانية في تعديله الجديد لقانون الأسرة، باعتباره أولى برعاية صغاره بعد والدتهم وأيضا من أجل تكريس مبدأ المساواة بين الأبوين في حضانة الأولاد.

كما لم ينس الولاية على القصر أيضا، فمنحها لمن أسندت له الحضانة على اعتبار من له الحق في حضانة الأولاد، له حق الولاية عليهم أيضا رغم اللبس الذي يطرحه إسناد الولاية إلى الأم عند منحها الحضانة، فالمشرع لم ينص على ولاية الأم في تزويج القاصر

في نصوصه باعتبارها من صلاحيات الذكورة، إلا أنه وبمنحها الولاية كاملة عند إسناد الحضانة، يفهم من ذلك إمكانيتها ممارسة ولاية تزويجهم، وهنا يقع التناقض .

الخاتمة

الخاتمة

من خلال البحث في موضوع المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، يتضح لنا أن المشرع قد أحدث عدة تعديلات على قانون الأسرة، بهدف ملاءمة بعض أحكامه للاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان، خاصة المتعلقة منها بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، من خلال محاولة دمج مبدأ المساواة بين الجنسين في انهاء عقد الزواج وكذا الاثار المترتبة عن ذلك.

وقد توصلنا إلى أن المشرع قد وفق في تكريس المساواة بين الزوجين من خلال طرق فك الرابطة الزوجية، المقررة في الشريعة الإسلامية، التي لا ينكر أحد أنها كرمت المرأة وعزّزت مكانتها داخل الأسرة وخارجها، وأقامت المساواة بين الزوجين على أساس العدل، ومراعاة الاتفاقيات الدولية المناصرة للمرأة، من أبرزها اتفاقية سيداو والتي من إيجابياتها، أنها ساعدت المرأة على المطالبة بحقوقها، وجعلها مواطن فعال في المجتمع، وحمايتها من مختلف أشكال العنف، إلا أن لها سلبيات أيضا، ذلك أنها تريد فرض نظرة واحدة للإنسان وهي النظرة الغربية للحقوق والواجبات التي لا تعترف بالقيم الدينية، فهي تدعو إلى إهمال الدين وتعتبر الحرية أولى من هذه القيم، ولكن بتحفظ المشرع الجزائري على هذه الأفكار السلبية في بعض موادها منها المادة 2،16 و29 محاولا قدر الإمكان التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية وهذه الاتفاقية، يكون بذلك قد حقق المماثلة في المراكز القانونية للجنسين من خلال موازنة الحقوق والواجبات بينهما، حيث أعطى للزوجين الحق في فك الرابطة الزوجية، بمنح المرأة حق الخلع بإرادتها المنفردة وحق اللجوء إلى القضاء للتطليق بسبب الضرر، ومنح الرجل حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة طالما استحال العيش بينهما بمودة ورحمة.

إضافة إلى ما سبق، تم التوصل من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج نلخصها فيما يلي:

-وسع تعديل المادة 53 من قانون الأسرة حق المرأة في طلب التطليق، حيث جاء بحالات جديدة بغرض تقوية المركز القانوني لها، كما أعطاها الحق في الخلع حتى ولو كان ذلك دون موافقة زوجها، وهذا مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته متى شاء ذلك.

- غيَّب المشرع الجزائري إرادة الزوج في الخلع كأصل وكمبدأ، حيث أصبح هذا الأخير بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 حقا خالصا للزوجة، تستعمله متى شاءت، دون توقفه على موافقة أحد، ليقابل وفقا لذلك حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة.

- لا يعتبر بدل الخلع تعويضا حقيقيا للزوج عن الضرر الذي يلحقه جراء استعمال زوجته لحقها في الخلع، خاصة في حالة تعسفها فيه.

- أصبح الأب في المرتبة الثانية بعد الأم في حضانة الأولاد بعد الطلاق بعدما كان في المرتبة الرابعة.

- وسع المشرع من حالات ولاية الأم، حيث أصبحت تمارس حقوق الولاية حتى في حياة الأب أثناء قيام الزوجية، وذلك في حالة غياب الأب وحصول مانع له وأثناء انفصالهما بالطلاق.

وبعد بحثنا في هذا الموضوع، تم التوصل إلى مجموعة من المقترحات والمتمثلة في الآتي:

- وجوب مراجعة المادة 54 المتعلقة بالخلع، لأن هذا التعديل أدى إلى زيادة حالات الطلاق في المجتمع الجزائري، فبتحديد المشرع لمقابل الخلع بموجب نص المادة 54 من قانون الأسرة بما لا يتجاوز صداق المثل فيه إجحاف في حق الزوج، خاصة إذا دفع صداقا يفوق بكثير صداق المثل، وهو أمر مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية التي تقضي بأنه على الزوجة أن ترد لزوجها ما أصدقها مما يستوجب على المشرع إعادة النظر في هذه المسالة.

– اقتصر المشرع على مادة واحدة لتنظيم النزاع حول متاع البيت، وهي المادة 73 من قانون الأسرة، إذ نص من خلالها على بعض الحلول وليس كل النزاعات، مما يتعين إضافة مواد أخرى تنظيمية لمسألة النزاع حول متاع البيت نظرا لأهمية الموضوع والصعوبات التي يثيرها أمام القضاء.

– منح الأم الولاية كاملة عند إسناد الحضانة، هو ممارستها الولاية على النفس، فمعنى ذلك أنه بإمكانها تولي زواج أولادها القصر، رغم أن المشرع لم يجعل من الأم وليا أو طرفا في زواجه، ولكن بتطبيق المادة 87 من ق. أ، بإمكانها ذلك، ولهذا لابد عليه تدارك هدا الأمر وتعديله، بجعل الأم مستثناة بصورة واضحة من ممارسة ولاية الزواج على أولادها القصر.

في الأخير ندعو المشرع إلى عدم الإنسياق وراء الإتفاقيات الدولية التي تريد تجريد المجتمعات من دين الإسلام، وذلك بضرورة تعديل نصوص قانون الأسرة وتدارك النقائص الموجودة بما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، التي لطالما كانت وستبقى مصدر ثوابت وقيم المجتمع الجزائري وسائر بلاد المسلمين.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم.

-السنة النبوية.

أولا- النصوص القانونية:

أ- الإتفاقيات الدولية:

01-اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الجمعية العامة للأمم المتحدة، (cedaw)، 1979.

ب- القوانين العادية:

01-القانون رقم 84 -11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15، مؤرخ في 2005.

02-القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 12، مؤرخ في 2008.

ثانيا- الكتب:

أ- كتب الشريعة الإسلامية:

01- أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، ط3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997.

02- البهيقي(أبو بكر بن أحمد بن الحسين بن علي)،السنن الكبرى،ج7،ط1،مطبعة دائرة المعارف،1353هـ.

03- السيد سابق، فقه السنة -نظام الأسرة، الحدود والجنايات، ج2، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983.

04- جلال الدين السيوطي، جلال الدين المحلي، القرآن الكريم وبهامشه، تفسير الجلالين، ج2، د.ن.ط، دار ابن كثير.

05- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984.

06- عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، تتمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1997.

07- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، ج6، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

08- عبد المطلب عبد الرازق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008.

09- عبد الموجود، تتمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

10- علاء الدين بن مسعود أبي بكر الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، كتاب الإيمان ،ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

11- فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام -الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998.

12- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر العربي، مصر، 1950.

13- ـــــــــــ، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، 1950.

14- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق، ج 2، د.ط، مكتبة ابن تيمية، 1993.

15- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع و كيف الطلاق فيه، دار البشرى، السعودية، د.س.ن.

16- محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث، دار الندوة، د.ب.ن، 2001.

17- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين- دراسة تاريخية تشريعية و قضائية، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.

18- منصور بن يونس بن إدريس البهوني، كشاف القناع في متن الاقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، ج4، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1997

19. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1984.

20- ـــــــــــ، الفقه الإسلامي وأدلته،، ج 7، ط 3، دار الفكر، سوريا، 1989.

21- ـــــــــــ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ط1، دار الحبيب، سوريا، 2000.

ب- كتب القانون:

01- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات -دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.

02- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، ط1، دار المعارف، مصر، 1967.

03- أحمد نصر الدين الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

04- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1997.

05- ـــــــــ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

06- ـــــــــ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.

07- ـــــــــ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 .

08- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

09- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007.

10- ـــــــــ، آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

11- جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013.

12- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

13-رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989.

14-زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون- النظرية العامة للحق، دار هومه، الجزائر، 2010.

15- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996.

16- ـــــــــــ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2007.

17- ـــــــــــ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد -أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط 4، دار هومة، الجزائر، 2010 .

18- ـــــــــــ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، سلسلة تبسيط القوانين، ط 4، دار هومة، الجزائر، 2013.

19- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادى وأحكام الفقه الإسلامي، تالا للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999-2000.

20 -عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الاعلامية، عدد خاص، 2004.

21- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

22- عزمي ممدوح، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997.

23- عصام أنور سليم، حقوق الطفل، د.ن.ط، المكتب الجامعي الحديث للنشر، مصر، 2001.

24- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة الطالب، 2008.

25- محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1998.

26- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1985.

27 - منال محمود المثني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية -أحكامه، آثاره، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008.

28- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

29- نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012.

30- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة -الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2007.

ثالثا- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ-أطروحة الدكتوراه:

01- سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019.

02- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008 /2009.

ب- رسائل الماجيستير:

01- آسيا بوخاتم، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.

02- العيد إبراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج والقصر نموذجا، شهادة ماجيستير شريعة وقانون، جامعة وهران، 2010.

03- خيرة فلاح، المساواة بين الرجل والمرأة في تشريع الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2021-2022.

04- سمية عبد العزيز، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، مدرسة الدكتوراه في القانون الأساسي والعلوم السياسية، 2015.

05 -نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008-2009.

ج- مذكرات الماستر:

01- فضيلة دواجي، آثار فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2019-2020.

02- معمر جبلي، خصوصية إجراءات دعوى الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2015-2016.

د-مذكرات المدرسة العليا للقضاء:

01- يوسف عزيرية، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004.

رابعا- المقالات العلمية:

01- أحمد الشامي، نفقة المتعة في التشريع الجزائري والمصري، مجلة العلوم القانونية والسياسية،عدد9،2018،متاح على الرابط:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/5700

02- إيمان حيدوسي، ولاية الأم على أبنائها القصر قراءة في المادة 87 من قانون الأسرة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 50، المجلد أ، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018، متاح على الرابط: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/232306

03- جيلالي وحياني، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 02-05 على ضوء الإتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد7، 2016، متاح على الرابط:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/125874

04- راضية بشير، محمود لنكار، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم السياسية والقانونية، العدد3، جامعة سكيكدة، 2019، متاحة على الرابط: https://dspace.univ-eloued.dz

05- صالح حمليل، نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والمجتمع، د.س.ن، عدد1، متاح على الرابط:
.https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31581

06- عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع بيت الزوجية بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، العدد5، 2002، متاح على الرابط: http://dspace.univ-batna.dz/xmlui/handle/123456789/4634

07- كريم داودي، رضا الزوج في المخالعة، مجلة الحضارة الإسلامية، عدد29، جوان 2006، متاح على الرابط: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/30055

خامسا- المحاضرات:

01- رابح بن غريب، إنحلال الرابطة الزوجية، محاضرات ملقاة على طلبة السنة أولى ماستر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، د.س.ن، متاح على الرابط :elearning.univ-jijel.dz/cour

02- نادية رواحنة، الزواج والطلاق، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثانية ليسانس، السداسي الثاني، تخصص حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد الصديق بن يحى، جيجل،2019/2018.

سادسا : التقارير والتوصيات :

01- ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع، 2012.

الفهرس

فهرس المحتويات

شكر وتقدير

الإهداء

قائمة المختصرات

مقدمة..... 01

الفصل الأول : مظاهر المساواة بين الزوجين في طرق فك الرابطة الزوجية

تمهيد..... 07

المبحث الأول: المساواة بين الزوجين في اعتبار الإرادة المنفردة للطلاق..... 08

المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج..... 08

الفرع الأول: حق الزوج في إيقاع الطلاق..... 08

الفرع الثاني: قيود الزوج في إيقاع الطلاق..... 12

المطلب الثاني: فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق الخلع..... 15

الفرع الأول: تعريف الخلع ودليل مشروعيته..... 15

الفرع الثاني: أحكام الخلع 16

المبحث الثاني: المساواة بين الزوجين في الطلاق بالتراضي وحق الزوجة في طلب التطليق للضرر..... 20

المطلب الأول : المساواة بين الزوجين في الطلاق بالتراضي..... 20

الفرع الأول: المساواة بين الزوجين في رفع دعوى الطلاق بالتراضي..... 21

الفرع الثاني: المساواة بين الزوجين في إجراء الصلح..... 24

المطلب الثاني : حق الزوجة في طلب التطليق للضرر..... 25

الفرع الأول: تعريف التطليق..... 26

الفرع الثاني :أسباب التطليق..... 27

خلاصة الفصل الأول..... 33

الفصل الثاني مظاهر المساواة بين الزوجين في آثار الطلاق

تمهيد..... 36
المبحث الأول : مظاهر المساواة بين الزوجين في الآثار المالية للطلاق 37
المطلب الأول : المساواة بين الزوجين في التعويض عن الطلاق ومتاع البيت..... 37
الفرع الأول : التعويض عن الطلاق..... 37
الفرع الثاني: المساواة عند النزاع في متاع البيت 47
المطلب الثاني : إفراد المطلقة بالنفقة..... 51
الفرع الأول :نفقة العدة..... 51
الفرع الثاني : نفقة المتعة..... 52
المبحث الثاني : مظاهر المساواة في الآثار غير المالية للطلاق..... 53
المطلب الأول: مظاهر المساواة بين الزوجين في إسناد الحضانة..... 53
الفرع الأول: تقديم الأم على الأب كأصل..... 54
الفرع الثاني :مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة..... 59
المطلب الثاني: المساواة بين الزوجين في الولاية بعد الطلاق..... 62
الفرع الأول: الولاية على المال..... 63
الفرع الثاني: الولاية على النفس..... 64
خلاصة الفصل الثاني..... 67
خاتمة..... 70
قائمة المراجع..... 74
الفهرس..... 84
الملخص

الملخص

الملخص

قد يستحيل استمرار الحياة بين الزوجين، وتفشل معها محاولات الصلح بينهما، فيكون لزاما أن تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق، رغم أنه أبغض الحلال عند الله، إلا أنه قد أباحه عند الضرورة، ويكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو بطلب من الزوجة عن طريق التطليق والخلع، وبمجرد فك الرابطة الزوجية تنتج عنها آثار تتمثل أساسا في التعويض والنّزاع حول متاع البيت والنفقة والحضانة وغيرها.

ولقد حاول المشرع تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين، من خلال منح المرأة حقوقا مساوية للرجل في فك الرابطة الزوجية، متأثرا بالاتفاقيات الدولية الرامية للقضاء على التمييز ضد المرأة، وذلك من خلال تعديله لعدة نصوص في قانون الأسرة بما يتماشى ورغبة هذه الإتفاقيات، إلا أنه بقي متمسكاً بأحكام الشريعة الإسلامية خاصة الأحكام القطعية الثابتة فيها.

الكلمات المفتاحية: مبدأ المساواة، الزوج، الزوجة، فك الرابطة الزوجية، آثار الطلاق.

abstract

Life between spouses may become impossible, and attempts at reconciliation may fail, necessitating the dissolution of the marital bond through divorce. Although it is the most detestable lawful act in the eyes of God, it is permitted when necessary. Divorce may occur by the sole will of the husband, or at the request of the wife through divorce or judicial separation. Once the marital bond is dissolved, it results in various consequences, primarily involving compensation, disputes over household belongings, alimony, custody, and others.

The Algerian legislator has enshrined the principle of equality between spouses by granting women equal rights to men in the dissolution of the marital bond, influenced by international agreements aimed at eliminating discrimination against women. This was achieved through amendments to several provisions in the family law to align with the objectives of these agreements, while still adhering to the definitive provisions of Islamic law.

Keywords: Principle of equality, husband, wife, dissolution of marital bond, Effects of divorce.