

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم : القانون العام
المرجع:

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

حقوق المرأة المطلقة بين التشريعات المقارنة

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: حقوق
التخصص: قانون جنائي وعلوم جنائية
من إعداد الطالب(ة):
عباسة رشيد
تحت إشراف الأستاذ(ة):
د/ بحري أم الخير

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....حميتي فاطمة.....رئيسا
الأستاذ(ة).....بحري أم الخير.....مشرفا موقرا
الأستاذ(ة).....بوعزم عائشة.....مناقشا

تاريخ المناقشة : 2020/09/29

السنة الجامعية: 2020/2019

كلمة شكر

بداية الشكر لله عز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع

كما أشكر الأستاذة المؤطرة " بحري أم الخير " التي ساعدتني كثيرا في إعداد

مذكرتي والأستاذة "بوعزم عائشة" التي مدت لي يد العون أيضا طيلة مسيرة

إعدادي لهذه المذكرة،، جعلها الله في ميزان حسناتهما يوم لا ظل إلا ظله.

والشكر موصول لجميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية عبد الحميد بن باديس

جامعة مستغانم من درستي ومن لم يدرستي

وختاما أشكر كل من ساهم معي وساعدني في إنجاز هذا العمل من بعيد أو قريب ولو

بالكلمة الطيبة والدعم المعنوي

رشيد

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي وتعبتي إلى :

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

الأخوة والأخوات أدامهم الله نعمة لا تزول

زملاء الدرس و الدراسة أنار الله لهم الطريق

إلى كل طالب علم

رشيد

نظر الإسلام إلى الزواج نظرة تقدير و رعاية بحيث أقامه على قواعد ثابتة من العدل و الإنصاف فوصفه عز وجل بالميثاق الغليظ و فضله ينبعث الود و الطمأنينة و الألفة و ذلك منوه عنه في كتابه العزيز و مؤكد بقوله تعالى " و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن ذلك لآيات لقوم يتفكرون" سورة الروم 21.

و حماه بسياج من الضوابط تمنع عنه الظلم الذي يحيط به فسن قوانين و شرع تشريعات تكفل للأسرة حياة رغيدة ملؤها الاستقرار و المودة و منه فالزواج يسعى أساسا إلى تنظيم العلاقة بين المرأة و الرجل تنظيما شرعيا وفق مبادئ الشريعة الإسلامية أو قواعد قانونية معينة ترمي إلى زرع الأمن و إقامة الفضيلة بين جميع أفراد المجتمع فيجد كلا الزوجين الأئس بصاحبه و الاستراحة إليه و الاستعانة به كما يحس كل منهما بمودة خاصة تجاه الآخر و لا يمكن أن يكون المجتمع صالحا إلا إذا كان تكوينه من اسر صالحة و لا يكون هذا إلا بالزواج فهو أساس تكوين أسرة صالحة.

إذ به تعرف الأنساب و تحفظ به و تصان الأعراض و كما يسعى هذا الميثاق الغليظ إلى إقامة علاقات ود و تعاون بين الزوجين إلا انه و بالرغم من ذلك قد يحدث ما يعكر صفو هذا الزواج فيعدل به عن غايته و لا يحقق أهدافه و مع هذه المشاكل و العوارض تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق و مكانا لا يؤلف فينقلب أساس كيانها و يتحول الحب إلى كراهية و المودة و السكينة إلى فوضى فتعتريه أسباب تؤدي إلى انحلاله و فك هذه الرابطة الزوجية المقدسة بحيث تطرأ ظروف كثيرة تستحيل فيها العشرة و تشتد الخلافات و التي ربما تؤدي إلى عواقب وخيمة.

وبالتالي كان حل عقد الزواج هو الحل الوحيد الذي يجب اللجوء إليه لتحقيق مصلحة الطرفين و بهذا نجد أن المودة عندما تتحول إلى كره تشتد النزاعات فيفقد الزواج معانيه السامية و تتحول الحياة الزوجية إلى صراعات دائمة و بالتالي اللجوء إلى ابغض الحلال عند الله سبحانه و تعالى و حل الرابطة الزوجية بشكل أو بآخر وفق إجراءات سنها المشرع و اوجب

إتباعها و قد نظم المشرع فك هذه الرابطة و حلها بعيدا عن تعسف الطرفين وفق إجراءات معينة.

وتبدو أهمية الموضوع جلية من خلال دراسة ظاهرة متفشية في مجتمعنا عامة وبأسرنا خاصة والتي باتت تعكر صفو وتهدم كيائها ونحاول من خلال هذا البحث معرفة أنواع فك الرابطة الزوجية والحقوق التي تتمتع بها المرأة المطلقة سواء كانت حقوق مادية أو حقوق معنوية كدراسة مقارنة.

وتكمن أهداف البحث في معرفة تنوع صور انحلال الرابطة الزوجية، وكيف أن المشرع الجزائري كفل للمرأة المطلقة حقوقا مادية ومعنوية وقله تكفلت الشريعة الإسلامية بحقوقها وكانت السبابة إلى إرساءها، والوقوف على الأحكام التي جاءت في هذا الموضوع بالنسبة للشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

أسباب اختيار الموضوع:

تم اختيار الموضوع بناء على أسباب ذاتية وأخرى موضوعية تمثلت أساسا في:

1. الأسباب الموضوعية:

- تسليط الضوء على حقوق المرأة المطلقة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
- التطرق لمختلف أنواع فك الرابطة الزوجية لإحاطة أكثر بالموضوع
- التعرف على الفرق بين المرأة المطلقة في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.

2. الأسباب الذاتية:

- رغبة شخصية في دراسة جانب من جوانب قانون الأسرة
- فضول شخصي للتعرف على مختلف أنواع فك الرابطة الزوجية

المنهج المتبع:

اعتمدنا في دراستنا هذا البحث على المنهج الوصفي للتعريف بكل نوع من أنواع فك الرابطة الزوجية وكذلك المنهج المقارن للمقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

ومنه نطرح الإشكالية التالية :

فيما تتمثل صور فك الرابطة الزوجية؟

وماهي الحقوق المقررة للمرأة المطلقة في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري؟

صعوبات الدراسة:

كباقي البحوث العلمية واجهتنا بعض العوائق والصعوبات في بحثنا هذا خاصة أثناء جمع المراجع، حيث أن المكتبات أغلقت بسبب موجة جائحة وباء كوفيد 19 الذي ضرب العالم، نسأل الله أن يعافينا منه، وعليه فقد اعتمدنا على المراجع الإلكترونية المتوفرة بالإضافة إلى القليل جدا من المراجع التي استطعنا الحصول عليها، وفي الختام قدمنا عملا بذلنا فيه جهدا كبيرا لذلك نتمنى أن يكون في المستوى.

وقد ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين وفق خطة ثنائية محضة، في الفصل الأول مبحثين وفي كل مبحث مطلبين يتضمن كل مطلب فرعين، نفس الخطة اتبعناها خلال الدراسة في الفصل الثاني، حيث تحدثنا في الفصل الأول عن أنواع فك الرابطة الزوجية بينما الفصل الثاني تطرقنا فيها إلى الحقوق المادية والمعنوية للمرأة المطلقة.

شرع الزواج من أجل استمرار الحياة وبقاء النوع الإنساني الذي يتمتع فيه الرجل والمرأة ويتعاونان على بناء الأسرة، فالعلاقة الزوجية في الإسلام مقدمة قائمة على التقوى والمعاشرة الحسنة.

وإن تمام الزواج وقيامه على أسس من الحب والمودة والوازع الديني والأخلاقي بعيدا عن الشروط العادية، وتمتع كل من الزوجين بحقوق وواجبات الزوجية كلها دلالة على استقرار لحياة الزوجية، ولكن على الرغم من هذه الأهمية ولخطورة الزواج فإنه قد لا يحظى بالنجاح لهذا أصبح الانفصال أمرا ضروريا، وجاء الإسلام وأحل فك الرابطة الزوجية على الرغم من أنه:

أبغض الحلال عند الله، ويأخذ فك الرابطة الزوجية عدة صور مختلفة سنتطرق إلى كل واحدة منها في المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية الطلاق

الزواج في الإسلام عقد دائم ولكنه ليس أبدياً، فهو عقد ينبغي أن يستمر مدى الحياة، ولكن الإسلام دين يتعامل مع الواقع، وقد يكون الانفصال هو القرار الوحيد أمام الزوجين، فلا بد من احترام الواقع الإنساني، لذا جاء الإسلام بطريق وسط، فالطلاق في أصله محظور فإذا أصبح الحل الوحيد للخروج من شقاق لا يحتمل فهو مباح ووضع الإسلام مجموعة من إجراءات تسبقه قبل إيقاعه، ولم يجعله طلاقة واحدة، بل فتح الطريق أمام الطرفين لمواجهة النفس وإصلاح الأخطاء.

والطلاق في قانون الأسرة حسبما ورد في المادة 48: "الطلاق حل عقدة الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين، 53 و 54 من هذا القانون الذي عرفه بأنه حل عقدة الزواج.

ثم ذكر بالتعريف في عمومها لأي مفهوم من المفاهيم ينبغي أن تكون جامعة مانعة، وإن كان لا مشاحة في الاصطلاح، فإن التزام الدقة مطلوب في كل شيء، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء".

حيث أن المادة 148¹ من قانون الأسرة أعطت الحق للزوج في إيقاع الطلاق بإرادته ومعنى هذا أنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق ويختار تحمل المسؤولية في ذلك عن طيب خاطر إما تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات.

الطلاق وإن كان حقاً مطلقاً بيد الزوج بمقتضى الشرع والقانون، إلا أنه مقيد بأسبابه ودواعيه، وذلك بما لا يضر ويؤذي الزوجة أو يسيء على سمعتها، فالزوج في إيقاعه الطلاق مقيد بقيود حتى لا يحيد عن الحكمة والقصد من تشريعه.

¹ المادة 48 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

المطلب الأول: الطلاق بالتراضي

لقد جعلت المادة 48 من قانون الأسرة، الطلاق بالتراضي أو ما يعرف بالطلاق الودي، صورة من صور حل لرابطة الزوجية، حيث يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية بينهما بشكل ود وبدون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، ولا تمس مصالح أطفالهما إن وجدوا، والغاية من هذا المقتضى الاستجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودان إشهار أسباب الخلاف في أروقة المحاكم، إضافة إلى ما يحققه ذلك من مرونة في العلاقات الأسرية، لا سيما إزاء الأطفال، حيث يقوم الزوجان باختيار الطلاق بالتراضي كوسيلة لحل الرابطة الزوجية، فيتفقان على جميع المسائل ويرفعان أمرهما إلى القاضي اذي يثبت ذلك في حكم، وتشهد المحاكم في الجزائر تسجيل عدد كبير لهذا الشكل من الطلاق.

حيث يحتل الطلاق بالتراضي المرتبة الثانية بعد الطلاق بالإرادة المنفردة من حيث عدد الأحكام التي تصدر عن المحاكم، وهذا يعكس بجلاء توجه فئة كبيرة من المطلقين إلى الحفاظ على أسرارهم، وعدم نشرها في جلسات المحاكم، واختيار هذه الطريقة في إنهاء العلاقة الزوجية من شأنه أن يحافظ على العلاقات بين الأسر.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي

عرف المشرع الفرنسي الطلاق بالتراضي في المادة 03¹ من القانون المدني المعدل في 26 ماي 2004 بأنه طلاق يكون بناء على طلب أحد الزوجين وموافقة أو بناء على طلب مشترك منهما عندما يتفقا على مبدأ فك الرابطة الزوجية بغض النظر على الأسباب الكامنة وراء ذلك، ولا يكون اتفاقهما قابلا للتراجع أو الطعن، أما فيما يخص المشرع الجزائري فلقد عرف الطلاق بالتراضي في نصوص قانون الأسرة، وعليه فمثل ما تلاقى الزوجان بالإحسان يفترقا بالإحسان، ويبقى كل منهما ذكر طيبة اتجاه الآخر، واتجاه ما قد يكون بينهما من أطفال

¹ المادة 03 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد

حيث نص في المادة 427¹ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مايلي: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشترك".

وقتها يمكن تعريف الطلاق بالتراضي حسب الأستاذ "باديس الذبياني" بقوله: "يقصد بهذه الصورة أن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية 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 على هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق"، كما يأخذ القانون الفرنسي بنوع آخر يشابه الطلاق بالتراضي وهو الاتفاق على مبدأ الانفصال بين الزوجين وعدم الاتفاق على شروط الانفصال.

من خلال ما سبق ذكره فالطلاق بالتراضي هو عبارة عن اتفاق إرادتي الزوجين على فك الرابطة الزوجية بواسطة القضاء، وذلك باتفاقهما على جميع الأمور من نفقة وحضانة وكذلك كيفية زيارة الأولاد، زيادة على ذلك مراعاة مصلحة الأولاد، ودون مخالفة النظام العام، ونلاحظ أن المشرع الجزائري أولى اهتمام كبير لهذا لنوع من فك الرابطة الزوجية، ويظهر ذلك من خلال تقديم تعريف له بالإضافة إلى تنظيم القواعد الإجرائية لهذه الصورة من الطلاق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.²

والطلاق بالتراضي نظام واقعي بشري وهو من محاسن الشريعة الإسلامية ومن دلائل واقعيته، وعدم إغفالها مصالح الناس في مختلف ظروفهم وأحوالهم، حيث طبيعة النفوس وما يعتريها من تغيرات منها ما يؤدي إلى المنافرة والخلاف وقد يستعصي حل الخلاف وإزالة النفرة فيما بين الزوجين فتكون المصلحة في هذه الحالة هو وقوع الطلاق والفرقة، حيث لا يبقى

¹ المادة 427 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

² بن صوشة نبيلة، تنوع صور فك الرابطة الزوجية وأثره على الحماية القانونية للأسرة، مذكرة ماستر، جامعة المسيلة، 2018، ص 21.

مصلحة النكاح ومقاصده فتغلب مصلحة الطلاق، لأن في بقاء الرابطة الزوجية يعد فساد لحال بين الزوجين مفسدة ومضرة وسوء معاشرة من غير فائدة.¹

وهناك أمور تستدعي النظر في موضوع الطلاق بالتراضي بنظرة واقعية محضة رغم لجوء الكثير من الأزواج إلى الاتفاق عليه باعتباره رمزا من رموز المساواة بين الزوجي، إلا أننا إذا راجعنا مسألة بتريث وتدبر، نرى أن الطلاق شرع أصلا كعلاج لما يصيب الحياة الزوجية من شقاق، ولو اشترطت الشريعة توافق إرادتيهما معا، فلربما يريد الزوج إيقاعه وترفض المرأة وربما تريد المرأة إيقاعه ويرفض الرجل، فيكيد كل واحد منهما للآخر ما يضره فلا يستقيم الحياة أبدا ولا يتوافقان معا، فجعل الطلاق حقا مشتركا يتفقان عليه كما اتفقا على الزواج وإن كان في ظاهرة فكرية طنانة جميلة إلا أنه في الواقع مسألة تحتاج إلى تدبير أهل العقول فكما اختلفت إرادة الزوجين في إيقاعه واستحال على أحدهما إقناع الآخر بموضوعه إلا والتجأ كل طرف منهم إلى المكر والخديعة حلا لمشكل لم يحدده القانون بإجراءات وتدابير ونصوص تحفظ الزوج والزوجة من مكر الزواج دون المساس بحقوق الأبناء والمجتمع.²

الفرع الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي

لقيم أي دعوى أمام القضاء لا بد من توفر شروط ترتكز عليها وبما أننا أمام نزاع يؤول حله بالاتفاق على الطلاق نقوم بتحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع أو الاتفاق القائم بين الزوجين، وأن ترفع الدعوى أمام القاضي المختص، وأن يحمل الراجع الصفة والمصلحة طبقا للمادة 13³ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأن يكون عقد الزواج المراد حله رسميا طبقا للمادتين 18⁴ و 22¹ من قانون الأسرة الجزائري.

¹ بن صوشة نبيلة، المرجع السابق، ص 22.

² المرجع نفسه، ص 23.

³ المادة 13 القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

⁴ المادة 18 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

والمحكمة المختصة في الفصل بين النزاعات أو الخصومات التي تنشأ بين الزوجين عادة ليست دائمة محكمة واحدة، إذ تختلف دائما بحسب موضوع الطلب، فالمحكمة المختصة، والمحكمة المختصة في دعوى الطلاق بالتراضي هي المحكمة التي يقع في دائرتها إقامة أحد الزوجين، فهذا استثناء على القاعدة العامة، فيمكن للزوجين أن يتفقا على اختيار المحكمة للنظر في دعواهما.

ويشترط توفر الصفة في دعوى الطلاق بالتراضي وهي العلاقة التي تربط بين أطراف الدعوى بموضوعها، وهي ترجع إلى القانون الإجرائي لمسألة من صميم الموضوع، بمعنى لا تقبل الدعوى إلا إذا كان المدعي يدعي حقا أو مركزا قانونيا لنفسه، ويكون جزاء الدعوى التي يكون القصد منها الحفاظ على مصالح الغير، أو ضمان احترام القانون هو عدم القبول، حتى لو كانت لدى المدعي مصلحة في ذلك، وعليه فالصفة هي المصلحة الشخصية المباشرة، ففي الطلاق بالتراضي الصفة هي مصلحة الزوجان معا، ويتم رفع الدعوى من الزوج أو الزوجة.²

وانطلاقا من مبدأ "لا دعوى من غير مصلحة والمصلحة مناط الدعوى"، فلا تعد المصلحة شرطا لقبول الدعوى فقط، وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في من حكم، أيا كان الطرف الذي يقدمه، والمصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها.

ويقدم المدعي بنفسه أو عن طريق وكيله القانوني العريضة الافتتاحية قصد عرض وقائع قضيته وتحديد طلباته المحكمة، وهي العنصر المحرك للخصومة، لذلك يجب احترام القواعد الموضوعية مسبقا التي يتوقف عليها قبولها، فمن خلال العريضة يتضح موضوع الطلب وأطراف الخصومة وكذلك الوثائق التي تأسست عليها الطلبات.³

¹ المادة 22 القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² جبلي معمر، خصوصية إجراءات دعوى الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة سعيدة، 2016، ص33.

³ بن جبلي معمر، المرجع السابق، ص34.

وتعتبر إجراءات الطلاق بالتراضي مختلفة عن الإجراءات المتعلقة بالدعوى العادية، حيث يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين ولا تطبق أحكام المادتين 16 و 21 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بتبليغ عريضة افتتاح الدعوى والمستندات للخصوم، ولا يستوجب التكليف بالحضور عن طريق محضر قضائي.

غير أن المشرع الجزائري لم يتناول إجراءات كل نوع من أنواع الطلاق بالتفصيل بل أشار إليها بشكل عام في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم إرادة الزواج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.

كما جاء أيضا في مضمون نص المادة¹ 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة، أما المادة 228 من نفس القانون فقد أشارت إلى شكل "العريضة" في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط.

ويتم تقييد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة الخاصة بتقييد الدعوى حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها حسب نص المادة 1/16، ويتم التأشير عليها بتاريخ أول جلسة تعرض فيها الدعوى ورقم قضيتها كما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة، وذلك بعد أن يتم سداد الرسوم القضائية المقررة لكل دعوى المشار إليها في نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.²

¹ المادة 427 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

² المادة 17 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

وبعد قيد الدعوى بأمانة ضبط المحكمة يتم إخطار الطرفين بتاريخ حضورهما من طرف أمين الضبط أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض حسب المادة¹ 430 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يشترط في هذه الحالة مهلة عشرين يوما المنصوص عليها قانونا لعدم وجود تكليف بالحضور لسببين، أولهما أنه لا يوجد نزاع أو خصومة حسب ما جاء في نص المادة² 227: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة مشتركة"، والثاني جاء في نص المادة³ 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يجوز لهما رفعها أمام محكمة مقر إقامة أحدهما حسب اختيارهما"، وهنا استثناء لنص المادة 02/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أن الاختصاص الإقليمي في قضايا الطلاق يؤول للمحكمة التي يوجد بها مسكن الزوجية.

وبعد استيفاء رافع الدعوى للشروط القانونية المنصوص عليها في القانون، تمر القضية للجلسة أو الجلسات التي تنته بحكم في آخر المطاف.

ولقد خصص المشرع الجزائري للنظر في دعوى الطلاق بالتراضي المنصوص عليها في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري⁴ بإجراءات خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا لاختلافه عن حالات فك الرابطة الزوجية الأخرى، سواء من حيث الطبيعة القانونية للحكم الصادر فيه وعلاقته بالصلح، وكذا النظر إلى خصوصية محاولات الصلح فيه، ونظرا لخصوصية العلاقات الأسرية والحساسية القضايا المرتبطة بها فإن المشرع الجزائري وسعيا منه للحفاظ على استقرار الأسرة التي يتهدد كيانها بظاهرة انحلال الرابطة الزوجية، عمل استحداث

¹المادة 403 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

²المادة 227 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

³المادة 426 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

⁴المادة 48 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

أحكاك خاصة بالطلاق بالتراضي استجابة لرغبة الزوجين اللذين يودان إشهار أسباب النزاع بينهما عن طريق إجراءات قضائية قد تطول فيظهر هذا النوع من الطلاق لا يثير أي إشكال لأن القاضي ليس له إلا توثيق وإثبات الطلاق غير أن هذه الفكرة ليست صحيحة عند إطلاقها.¹

حيث جعل المشرع الطلاق يتم تحت رقابة القضاء لتكون إجراءاته وجميع خطواته المتطلبية قانونا تحت رقابة القاضي الذي يملك سلطات واسعة في ذلك من أجل القيام بالدور القضائي والاجتماعي المتاح له أمام حرية الزوجين في إيقاع هذا النوع من الطلاق، فاتفاق الطرفين لا يكون بمعزل عن رقابة القاضي لإرادتهما ومدى احترام شروط الطلاق للنظام العام ومصصلحة الأولاد والأمور المرتبطة بآثار الطلاق قصد حماية الطرف الضعيف، ولاسيما الأطفال، وكما منحه المشرع دورا فعالا في تمحيص وفهم الاتفاق المبرم بين الطرفين، وإمكانية تعديله أو إلغاءه.²

وبذلك خص المشرع قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإجراءات وأحكام خاصة للطلاق بالتراضي، التي يجب على القاضي مراعاتها بداية بمراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها ثم الاستماع إلى الزوجين والتأكد من رضا الزوجين، ومحاولة إصلاح ذات البين إذا أمكن ذلك، كما أعطى للقاضي دورا فعالا في مراقبة الاتفاق وعدم مخالفته للنظام العام ومصصلحة الأولاد وأخيرا تبيان حكم بالطلاق بالتراضي.

وفي حالة ما تعذر الصلح في الطلاق بالتراضي يثبت إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي بينهما، ويصرح بالطلاق بالتراضي بإرادة الزوجين، ومتى تراضا الزوجين على كل المسائل والتي يضمنها القاضي في محضر عدم الصلح وتكون كتسبيب للحكم فيما بعد التي تحول أمام الزوج عند ممارسته للطعن.³

¹ جبلي معمر، خصوصية إجراءات دعوى الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 60.

² المرجع نفسه، ص 61.

³ جبلي معمر، المرجع السابق، ص 62.

ولما كانت القرارات والأحكام القضائية معرضة للأخطاء، كان من الحتمي إعطاء المتقاضين سواء كانوا خصوما أو من الغير خارج الخصومة امكانية عرض الخصومة للمراجعة، وذلك عن طريق الطعن في محكمة الحكم، وذلك بإعادة النظر فيه من حيث الشكل والإجراءات المتبعة أو من حيث الموضوع، والطعن بالطرق العادية يتمثل في المعارضة والاستئناف، فالأولى تعطي الحق في محاكمة وجاهية إذا تغيب المحكوم عليه مراجعة الحكم الصادر في غير صالحهم من القاضي الأول، وطرق الطعن العادية توقف التنفيذ ما لم يأمر القاضي بخلاف ذلك.

وأحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف لكنها قابلة للطعن بالنقض الذي يسري أجله من تاريخ النطق بالحكم بدلا عما هو مقرر في المادة¹ 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يبدأ سريان الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه والغرض من إقرار الحق في الطعن بالنقض أن تتمكن المحكمة العليا من مراقبة مدى تطبيق الصحيح للقانون، أما مضمون المادة 435 أدناه فهو تأكيد على قاعدة عامة تضمنتها المادة 348 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي بأنه ليس لطرق الطعن غير العادية ولا الآجال ممارسته إثر موقف.²

ونصت المادة 432³ على أنه: " لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم وإذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية لمنعه من التعبير عن إرادته".

¹المادة 354 القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

²بلحاج العربي، قانون الأسرة- مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 133.

³المادة 435 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص.

الفقرة الأولى من النص تمنح تقديم طلب الطلاق بالتراضي من قبل أحد الزوجين أو كلاهما حسب الأحوال متى كان:

- تحت وضع التقديم يقصد بها وفقا لأحكام القانون الأسرة، لاسيما ما ورد في المادة 99 والمادة 100 فإن المعني هنا هو ذلك الشخص أيا كان جنسه الفاقد لأهليته أو ناقصها، وفي نفس الوقت عديم الولي والوصي، سبق وأن صدر بشأنه حكم قضى بتعيين مقدم له يتولى رعاية مصالحه.
- أما الفقرة الثانية من ذات النص فقررت أنه يجب إثبات اختلال القدرات العقلية بموجب خبرة طبية يتولاها أخصائي.

ويعني هذا النص أن جميع ممن لهم علاقة بهذا الإجراء بما في ذلك القاضي.

1. الزوجان: ليس من حق هؤلاء اللجوء الى الطلاق بالتراضي سواء أحدهما أو كلاهما.
2. الأطراف ذوو المصلحة: على هؤلاء أن يساهموا قدر الإمكان في إحاطة الجهاز القضائي علما بما يكون من أمر يهدف إلى تحقيق العدالة ليس فقط في هذا الباب وإنما في جميع الحالات.
3. القاضي: على هذا الأخير ألا يقبل طلب الطلاق بالتراضي متى ثبت أمامه وإن أحد الزوجين أو كلاهما خاضع لنظام التقديم بموجب حكم قضائي متى بلغ إلى علمه أو ترائ له.¹

¹ بلحاج العربي، قانون الأسرة- مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، 1994، مرجع سبق ذكره، ص134.

وإن أحد الزوجين أو كلاهما تبدو عليه علامات تشير أو تؤكد بأن به خلا ما يلجأ أولاً وقبل كل شيء إلى انتداب خبير طبي يتولى فحص المعني من الزوجين أو كلاهما حسب الأحوال حتى يتأكد من خلو المعني من أي خلل قد يؤثر على قدراته الذهنية، ومتى تثبت أمامه قضي بعدم قبول طلب الطلاق المقدم من طرف المختل ذهنياً.

والمادة¹ 433 تنص على أنه: "أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف"، والنص أمر بقرر عدم قبول الأحكام الصادرة بالطلاق تراضياً للطعن بالاستئناف ولعل السبب الذي جعل المشرع ينحى هذا المنحنى هو كون هذا النوع من الطلاق محاط بمجموعة من التدابير الإجرائية والموضوعية التي تضمن حقوق أي من الطرفين، ويكفي أنه أطلق عليه تسمية الطلاق بالتراضي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن منع الطعن بالاستئناف في هذه الأحكام لا يعني عدم اللجوء إلى باقي الطعون سيما ما تعلق بالطعن بالنقض.

والنص يعني كل من له علاقة بهذا الموضوع، سيما الزوجان والقاضي ومن ثما فلا الزوجان من حقهما الطعن في الحكم الصادر بينهما بالتراضي ولا القاضي من حقه الاستجابة إلى ذلك الطلب".

وتنص المادة 344 على أنه: "يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم". ويحدد النص تاريخ بدء سريان احتساب مهلة الطعن بالنقض يبدأ من تاريخ النطق بحكم القاضي بالطلاق تراضياً.

النص يعني الزوجان، وكذا أعضاء غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

- الزوجان: على المعني من هؤلاء أن يعلم يقيناً بأن سريان احتساب مهلة الطعن بالنقض يبدأ من تاريخ النطق بالحكم الصادر بالطلاق تراضياً، بمعنى لا سبيل للانتظار إجراءات التبليغ من الطرف الآخر، كما تنص كذلك المادة 354 من هذا القانون والتي تحدد بدء

¹المادة 433 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

سريان أجال الطعن بالنقض من تاريخ التبليغ ذلك أن هذا النوع من الأحكام تحكمه قواعد خاصة.

- المادة 435 تنص على أنه: " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم"، والنص عبارة عن أمر يمنح تعطيل تنفيذ الأحكام الصادرة بالطلاق تراضيا المطعون فيها بالنقض أو بمعنى آخر فإن الطعن غير موقف لتنفيذ الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي.
- وبالعودة إلى نص المادة 361¹ من ذات القانون بخصوص آثار الطعن بالنقض، نجد أن هذه المادة نصت على أنه لا يترتب على الطعن بالنقض وفق تنفيذ الحكم أو القرار ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم في دعوى التزوير، وفي هذه العبارة هل أن مسألة الزواج والطلاق يمكن أن تدرج ضمن هذا المدلول.²
- تعني الآلية هنا كل من له علاقة بالطلاق بالتراضي ومضمونها أن الحكم الصادر بالطلاق تراضيا، يتعين تنفيذه بغض النظر عما كان محل طعن بالنقض أم لا، ومن ثم فإنه لا فائدة ترجى من أي محاولة بغرض التماطل أو غيره في هذا الخصوص.³

المطلب الثاني: الطلاق التعسفي

الأصل أن الطلاق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية، وهذه الأخيرة تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين، ففكرة الطلاق التعسفي تقوم على عدم وجود سبب معقول أو مسوغ شرعي، فالزوج إذا تمادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يريعي فيها إلا ولا ذمة بزوجه يعتبر متعسفا في استعمال حقه، وتعريف الطلاق التعسفي لم يرد في كتب الفقهاء.

¹ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

² بن صوشة نبيلة، تنوع صور فك الرابطة الزوجية وأثره على الحماية القانونية للأسرة، مرجع سبق ذكره، ص 44.

³ بن صوشة نبيلة، المرجع السابق، ص 45.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

الطلاق كما سبق تعريفه 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.

أما إذا حدث وأن طلق الزوج زوجته بغير سبب مشروع أو حاجة تدعو إليه كان متعسفا في استعمال حقه وقرينة على قصده إيذاء زوجته، ولذلك فرض على القانون في هذه الحالة بالتعويض للزوجة عن الضرر الذي أصابها جراء ذلك، وهذا ما يطلق عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي.¹

ولكي يكون الزوج ملزما لدفع تعويض عن طلاقه من زوجته لا بد من توافر الشروط التالية

• أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين:

أ- الحديث عن تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقد بدون دخول بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية، ومعنى أن تكون الزوجية قائمة لا بد أن تسلم الزوجة نفسها زوجها وأن تتمكن من الاستمتاع بها، فإذا لم تسلم الزوجة نفسها لزوجها أو لم تتمكن من الاستمتاع بها، ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا.

ب - أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة: العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج فله أن يطلق زوجته، لأنه هو من أخذ بالساق لقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق".

¹مسعودة بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة المسيلة،

وفكرة أحقية الزوج في الطلاق بإرادته ينطلق من واجباته الشرعية اتجاهها والتي صنفها الفقهاء إلى واجبات مالية وأخرى غير مالية.

ج- أن يكون الزوج متعسفا في طلب الطلاق: يعد هذا الشرط من بين أهم الشروط الواجب توفرها حتى تكون أمام تعويض المطلقة من طلاق غير مبرر.¹

والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52² من قانون الأسرة الجزائري لم يعطه المشرع تعريفا محددا، تاركا المجال للفقه الشرعي والقانوني للخصوص في هذا الأمر والذي خلاص في مجمله أن التعسف هو الانحراف عن سبيل استخدام الحق للاستخدام الشرعي والقانوني.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يعرف التعسف حصريا إلا أنه جسد مظاهره في ثلاث صور عددها في المادة 124³ مكرر من القانون المدني وهي:

- إذا وقع الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة.
- إذا كان يرمي الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة

وتعد الصورة الأولى الأوضح بالنسبة لموضوع الطلاق فإذا لم يستطع الزوج أن يبرر طلبه الرامي للطلاق عند ذلك دليلا على نيته في إلحاق الضرر بالزوجة وتبرير الطلاق تضل مسألة موضوعية تقديرها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه.

¹مسعودة بودية، المرجع السابق، ص 30.

²المادة 52 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

³المادة 124 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد

والواقع السائد في محاكم الجزائر هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إحلالها بواجباتها اتجاهه، لاسيما الطاعة وحسن التدبير، وعادة ما يتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها تبرير استمرار الحياة الزوجية.

وعند تحقق الشروط الثلاثة تكون المطلقة محقة في طلبها الرامي الى التعويض عن الطلاق التعسفي الناجم أساسا عن العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج.¹

الفرع الثاني: إجراءات الطلاق التعسفي

لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبت مسؤولية الزوج عن الطلاق وقد قضت المحكمة العليا في 27-1-1986 أنه: " من المقرر شرعا قضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ولما كان ثباتا - في قضية الحال - أن القرار المطعون قضاء، بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل التعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استجوب النقض جزئيا فيما يخص المتعة.²

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن الدوافع الطلاق كانت كلها من جانبه فإذا كان الجانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض، فالضرر وفقا لهذا القرار الثابت إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق.

فالطلاق شرع لرفع الضرر وليس بإلحاق الضرر بالزوجة، وتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة بل في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق ويصيب الزوجة ضررا جراء ذلك وتطبيق نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري فإن حكم لتعويض مقيد بشرطين:³

¹ مسعودة بودية، المرجع السابق، ص 31.

² بلحاج العربي، قانون الأسرة- مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، 1994، مرجع سبق ذكره، ص 199.

³ المادة 52 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير

2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

- أن يثبت القاضي أن الطلاق لم يكن لسبب جاد.
- أن يلحق الزوج ضرر حقيقي من جراء الطلاق.

ومن خلال هذا القرار فإن القاضي يخرج عن القواعد العامة في الإثبات الذي يقضي بأن البينة على من ادعى وأن من يعجز عن إقامة البينة على صحة دفوعاته يخسر دعواه، إلا أن في مسائل الطلاق فالقاضي يحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يقدم هذا الأخير البينة أو يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق.

أما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على تقصير من طرف الزوجة فعليه إثبات ما يدعيه وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسباً بشأن المسؤولية التي يتحملها الزوج بالنظر إلى ما يوافق الأطراف ودفوعاتهم.

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطبقة التعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق ليس على أساس المسؤولية التقصيرية وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر.

وفيما يخص تقدير وتحديد التعويض في حالة الطلاق التعسفي فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لذلك من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري، حيث استقر المشرع على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض، ولم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له.¹

أمام هذا النقص المتعلق بجانب تقدير التعويض، فقد أجاز المشرع الجزائري السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة لتحديد قيمة التعويض، ولم يحدد لا حد أقصى، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 18-06-1991 بأنه: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في

¹ بلحاج العربي، قانون الأسرة - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ص 201.

التعليل، فالقاضي عندما يحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي يستلزم عليه أن يبين الأسباب التي دفعته إلى رفع قيمة التعويض، لا سيما إذا حكم بغير ما هو مألوف كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنينا عديدة، أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ماله من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره.¹

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن التعسف الزوج في الطلاق جسامته الضرر الذي أصاب المطلقة، وهي مسألة متروكة لتقدير القاضي الموضوع، ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق.

أما فيما رقابة المحكمة العليا لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي، ومادام هذا داخلا ضمن نطاق سلطة قاضي الموضوع، فهذا الأخير لا يعني أن القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، حيث يجب عليه أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك ليتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القانون والاطلاع على مقدار ما أخذ به القاضي في سلطته التقديرية.

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية، يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة وتكليفه بأنه ضرر محقق حالا أو مستقبلا أو أنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 02-04-1984 بأنه: "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة

المرجع نفسه، ص202.¹

الموضوع فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي تحكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتها الطرفين وطبقتها الاجتماعية دون اعتبار الحالة وطبقة كل منهما وغناها أو فقرهما، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف.¹

المبحث الثاني: طرق أخرى لفك الرابطة الزوجية

بعد عرض مفصل لطرق فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي والطلاق التعسفي، وإجراءات كل طريقة، سوف نتطرق إلى طرق أخرى لفك الرابطة الزوجية والمتمثلة في التطليق والخلع.

المطلب الأول: التطليق

الثبات في الشريعة الإسلامية أن الإرادة المنفردة في إحداث أثر الطلاق مخولة للزوج وحده دون الزوجة، وذلك لاعتبارات عديدة والمبدأ العام المستمد أساسه من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج، حدثت فيه بعض الاستثناءات من طرف الفقهاء تيسير على الزوجة، وبما يتفق في 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 امكانية حل زوجيتها ولكن بإرادتها المنفردة بل عن طريق القاضي بعد تقديمها للطلب وإثباتها الأسباب الشرعية التي تطالب بهذا الطلب.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 203.

الفرع الأول: مفهوم التطليق

التطليق لغة: التطليق مأخوذ من الفعل طلق يطلق طلاقا وتطلقا وطلاقا.

التطليق في القانون: لم يعرف المشرع الجزائري التطليق وهذا على غرار باقي الفقهاء في الشريعة الإسلامية والفقهاء القانوني في عدم تنبيههم لتعريف دقيق له، وإنما كل ما قدموه هو الإشارة إلى الحالات والأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق أمام القاضي وهي محددة، في أربع حالات يكاد الإجماع يحصل عليها وهي: التطليق لعدم النفقة التطليق لضرر، التطليق لغيبه الزوج، التطليق لحبس الزوج.

وعليه فالتطليق يعرف بأنه إنهاء الرابطة الزوجية بحكم من القضاء وبناء على طلب الزوجة لأمر تنص عليه القانون، كإضرار أحد الزوجين بالأخر، بمرضه أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما.

وفي هذا صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 03-12-1984 في محاولة منها إعطاء تعريف للتطليق وجاء فيه: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للجر صاحب العصمة، والتطليق حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

وعلى الرغم من التعريف الذي أعطته المحكمة العليا للتطليق إلا أنه لم يكن تعريفا شاملا ودقيقا بحيث أنها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة أو كان على الأقل أن تعطي أمثلة عن ذلك.

والمشرع الجزائري بموجب المادة 53¹ من قانون الأسرة قبل التعديل حدد سبع حالات على أساسها يمكن للزوجة طلب التطلق وهي كالتالي:

1. عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوده ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم بعقوبة ناشئة مقيدة للحرية للزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5. الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة.
6. كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08-37 أعلاه.
7. ارتكاب فاحشة مبينة.²

الحالات السبع المشار إليها أعلاه مستمدة أساسا من آراء الفقهاء الشريعة الإسلامية ورغم أن المشرع الجزائري حاول التدقيق فيها على سبيل الحصر إلى أن الوضوح لم يشمل جميع الحالات مما أدى به إلى تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 05-09 الذي كان أكثر ليونة وأعطى فرصا جديدة للزوجة في حال مطالبتها بالتطلق إذ زاد في عدد الحالات المستوجبة للتطلق إلى عشر حالات، ومن جهة أخرى فك الحصار عن بعض الحالات التي اعتبرها شروطا كثيرة، فقام بالتخفيف منها.

¹ المادة 53 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² نور الدين عماري، الخلع والتطلق في التشريع الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص34.

كما ارتقى ببعض الفقرات إلى درجة الفقرات المستقلة في حد ذاتها عن الفقرات الأخرى، ومخالفة هذه الفقرات يعتبر سببا كافيا لتأسيس الزوجة طلبها الرامي إلى التطلاق، وعليه كل ما فعله المشرع الجزائري هو تسهيل مهمة الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطلاق إذا تضررت من زوجها، وأعطاهما فرسا أخرى تجعل من رخصتها الجوازية ترقى شيئا فشيئا لمرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق، حيث عدلت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، على النحو التالي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 - 79 - 80 من هذا القانون.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- الهجر في المضجع فوق 4 أشهر.
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5- الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة.
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10- كل ضرر معتبر شرعا.¹

وعليه فصورة التطلاق بما عدل فيها المشرع الجزائري أضحت ترتقي إلى مرتبة الحق الأصيل لكون الحالات لم تعد محصورة رغم ذكرها على سبيل ذلك في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

¹ عبد القادر بن داوود، فك الرابطة الزوجية وأثرها في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2003، ص 49.

ولم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التطلاق، إلا أن هناك ما يدل ضمناً على أن للمرأة حق طلب التطلاق إذا لحق بها ضرر منه ذلك في قوله تعالى: "ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا"، وقوله تعالى: "وعاشروهن بالمعروف".

أما من السنة حدثنا يحيى بن مالك عن عمر بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار"¹.

وإذا كانت غاية الطلاق مع كل أهميته رفع الضرر على الزوجين معا أو أحدهما إذا أغلقت كل الأبواب في وجه الصلح والتفاهم بينهما فإن الهدف التطلاق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج، إذا توافرت أسبابه على أن تكون هذه الأسباب والمبررات الشرعية وحق للزوجة في طلب التطلاق ثابت شرعاً وقانوناً، وهذا من جهة ومن جهة أخرى الزواج عقد أبدي لازم ونعمة، والتطلاق قطع له النعمة إلا للضرورة، وعليه فإن الحكمة من طلب الزوجة التطلاق يكمن فيما يلي:

- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية زد إلى ذلك أن الله تعالى قرن الحقوق والواجبات حتى لا تبقى المرأة تتلقى فقط دون أن تقدم شيئاً للمجتمع ولو أن الله تعالى لم يأمرها لكان ذلك مساس بكرامتها ونقصان من قيمتها.
- إن وضع الطلاق بيد الرجل متى شاء قد جعل حياة المرأة وقلبها رهن حظها في غيب القدر، وهذا ما حقق خيبتها وانكسار جناحها من الذل، ولهذا أعطاه الشارع الحكيم الحق في مواجهة هذه الأمور مما يتضمن سعادتها وهناءها.
- تغيير نظرة الرجل للمرأة فليست منفعة مالية يحوزها كما هو منطلق الماديين، وليست متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز لكنها وصلة إنسانية رفيعة مرموق تقوم على المودة والتراحم والتكامل النفسي والمادي والجسدي، والله عز وجل يقول: "من آياته أن

¹ ابن صلاح أبو عمر عثمان، أدب المفتي والمستفتي، دار الوفاء، الجزائر، 2002، ص 98.

خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".¹

- تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي الفيزيولوجي والعقلي عليهن حيث أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالنساء خيرا في الكثير من الأحاديث فقال: "واستوصوا بالنساء خيرا"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "خيركم خيركم لنساءه".
- تحريم كل أساليب الإضرار أو الإيذاء بمختلف الصور من عدم الإنفاق أو الغياب أو الفاحشة، وبالتالي بتحطم طغيان الرجل عندما يعلم بحقها في طلب التطلاق بدون موافقته".

الفرع الثاني: إجراءات التطلاق

تنص المادة 2451² من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يعاين القاضي وكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلاق وفقا لأحكام قانون الأسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب أخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها، يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، ولاسيما الأمر في التحقيق أو بخبر طبية أو الانتقال للمعاينة بتعيين على القاضي تسبب الإجراءات المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية ويعاين القاضي أيضا وكيف الوقائع المعتمد عليه في طلب التطلاق طبقا لأحكام الأسرة.

وجاءت الفقرة الأولى من نص المادة المذكورة أعلاه في صيغة الوجوب فأقرت أنه على القاضي أن وكيف الوقائع وما إذا كانت تسمح للزوجة بالاستناد عليها في طلب التطلاق وفقا لأحكام قانون الأسرة، أما الفقرة الثانية من ذات النص فقررت أنه على القاضي الفصل في

¹ ابن صلاح أبو عمر عثمان المرجع السابق، ص 99.

² المادة 451 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.

طلب التطلاق ومدى تأسيسه بناء على التكيف المتوصل إليه مراعيًا في ذلك الظروف والملابسات التي قدم فيها ذلك الطلب.¹

أما الفقرة الثالثة، فقررت أنه متى تأكد للقاضي وأن الطلب مؤسس قانونًا لجأ إلى اتخاذ ما يراه مناسبًا من إجراءات وتدابير ذات صلة، سيما ما تعلق بالخبرة أو تحقيق أو الانتقال للمعاينة، أما الفقرة الرابعة فألزمت القاضي بضرورة تسبيب الأمر الرامي إلى إجراء الخبرة الطبية بغض النظر متى كان الطلب فإن على القاضي التأكد من ذلك عبر تفحص لوقائع وتكييفها بالاعتماد على أحكام الأسرة.²

والآلية تعني أن القاضي دون غيره الذي عليه القيام بما يلي:

- دراسة وقائع النزاع بكل تمعن حتى يتمكن من الوقوف على تكييف صحيح لها، ومن ثم معرفة الدواعي الحقيقية للطلب التطلاق طبقًا بالاستناد إلى أحكام قانون الأسرة.
- الفصل في مدى كون الطلب مؤسسًا أم لا مع مراعاة الظروف التي قدم الطلب أثناءها بمعنى قد تكون الظروف التي قدم الطلب خلالها قد أزلت أو تغيرت، وقد تكون لازالت على حالها ذلك أن بعض من الزوجات كثيرًا ما تتخذ من الأسباب والظروف الظرفية المحيطة بها سندًا لرفع دعوى التطلاق، غير أن مثل هذه الدواعي قد تتغير بين عشية وضحاها ومن ثمة لا بد من أخذها بعين الاعتبار.

ولقد تناول المشرع الجزائري الحالات التي يجوز فيها للزوجة أن تلجأ من خلالها إلى القاضي لطلب التطلاق، وذلك وفقًا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وللقاضي دور كبير في حماية الأسرة يتجلى فيما يأتي :

أولاً: حث القاضي على الحياد والنزاهة والمساواة في تطبيق القانون، وتخصيص قضاء مستقل لشئون الأسرة، وهو ما جاء واضحًا في أحكام القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في

¹ عبد القادر بن داود، فك الرابطة الزوجية وأثرها في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 50.

² المرجع نفسه، ص 51.

2004/12/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، حيث نصت المادة السابعة منه على أنه: "على القاضي أن يلتزم في كل الظروف بواجب التحفظ واتقاء الشبهات والسلوكات الماسة بحياده واستقلالته".¹

كما نصت المادة الثامنة من نفس القانون على أنه: "يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقاً لمبادئ الشرعية والمساواة، ولا يخضع في ذلك إلا للقانون وأن يحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع، وما دامت الأسرة في الخلية الأساسية في بناء المجتمع فلا شك أنها معنية بهذه الحماية التي يحظى بها الجميع".²

ثم إن جميع أسباب التطلاق التي تعرض لها المشرع الجزائري والتي يمكن للزوجة إذا ما توافرت أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها وبالتدقيق في هذه الأسباب فكلها تعد نوع من الضرر، فالأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض هو أسباب التطلاق في خلال أحكام المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، فإذا تحققت إحدى الأسباب يجوز للزوجة المطالبة بالتطلاق، ومن هنا فإن المشرع الجزائري نص على التعويض في حالة التطلاق من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة مكرر بقولها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".³

ولم يبين المشرع معيار أو ضابط التمييز بين كون هذا السبب الصادر عن الزوج اتجاه زوجته يشكل ضرراً للزوجة أم لا، وهذا ما يعني أن تقييم السبب ومعرفة كونه ضاراً أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر اجتماعية، وثقافية، لذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي وأن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار مهمة صعبة.

¹ عبد الفتاح تقي، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة واجتهاد القضاء، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2007، ص 67.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ المادة 53 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير

2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

ومن هنا فإن تفريق القاضي بينهما والحكم لصالح الزوجة المطلقة يكون لإزالة الضرر الذي لحقها، فالتعويض هنا يكون عما لحق الزوجة من ضرر من طرف زوجها وليس عن ألم الفراق عند الحكم بالتطليق لأنها هي من طلبت ذلك، وبالرجوع إلى أسباب التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن الأضرار الناجمة عنها قد تكون مادية أو معنوية، فالتطليق لعدم الإنفاق يلحق الضرر بالزوجة كونها مسؤولة من زوجها الذي يفترض فيه النفقة طبقاً لأحكام المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.¹

وبالنسبة لمقدار وطريقة دفع التعويض فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يمنحوا للزوجة المتضررة من زوجها الحق في التعويض، وإنما أجازوا لها امكانية التطليق، أما من الناحية العملية فإن الاجتهاد القضائي استقر على أن مسألة تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي شئون الأسرة، وذلك مادام أنه لا يوجد نص يلزم القاضي بمعايير معينة أو مبلغ محدد يستند إليه في تقدير ذلك، فيكف تقديره مبنيًا على أسس ثابتة بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبين حجم الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بالزوجة.

ومن هنا يتضح لنا أن الأساس الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير التعويض هو حجم الضرر الحاصل على المضرور، ويستند القاضي في تقديره على المعيار الشخصي الذاتي لأن الضرر يختلف من شخص لآخر.

وفي الأخير يمكن القول بأن قاضي شئون الأسرة له سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض الناجم عن التطليق، وذلك لانعدام النص القانوني بين القاضي المعايير والضوابط القانونية التي يعتمد عليها في التقدير.²

¹ المادة 78 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2009، ص

ويتركز هنا القاضي على نشاطه الذهني في تقدير ذلك استنادا إلى عناصر الضرر التي له سلطة تقديرية في دمجها عند التقدير، وأما بالنسبة للأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض فهي حجم الضرر ومدى جسامته ويرعى في ذلك ظروف الطرف المتضرر من خلال منحه تعويضا عادلا لا يجبر الضرر الحاصل دون الاعتداء بظروف الزوج المسئول عن لضرر في ذلك المعيار الموضوعي، وكذا المعيار الشخصي لأن الضرر اختلف باختلاف الظروف والأشخاص.¹

المطلب الثاني: الخلع

ولقد شرع واضعوا قانون الأسرة على منوال الفقه الإسلامي الطلاق علاجا للخلافات الزوجية حتى لا ينفع معه علاج سواه ومن ثم نجد أن الزوجة لم تعد تحت رحمة زوجها الذي يملك حق الطلاق بل فتحوا لها طريق آخر من خلاله تستطيع أن تتخلص من الحياة الزوجية وتنفذ منها إلى حياة الراحة من زوجة بائنة ويأئسة فيسروا لها أن تتفق مع زوجها على الطلاق دون المساس بحقوقها الشرعية وحقوق الأبناء على هذه الفرقة.

فتقدم زوجها مالا تقتدي به نفسها عندما لا تطيقه دون إيذاء أو ضرر، هذا ما يطلق عليه فقها وقانونا تسمية المخالعة أو الخلع.

لذا سوف نتناول من خلال هذا المطلب مفهوم الخلع في الفرع الأول ومن ثم إجراءاته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الخلع

الخلع في اللغة هو النزع والتجريد والإزالة، فخلع الرجل ثوبه أي أزاله.

ولما كان في نظير عوض ناسبة أن يسمى بهذا الاسم أكثر من غيره، كذلك الخلع هو الفداء لأن المرأة تقتدي لنفسها بما تبذله لزوجها.

¹ المرجع نفسه، ص102.

وأما في الاصطلاح فقد عرف عدة تعاريف من بينها: "الخلع فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة.

وقد عرفه الفقهاء بأنه حل لعقيدة زوجية بلفظ الخلع فيما معناه في مقابل عوض تلتزم به المرأة كما عرف بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض التطلاق.¹

وقد عرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه" وألفاظه عندهم خمسة.

وتباينت تعريفات الفقه للخلع تبعا لاختلافهم في تكييفه:

عرفه الحنفية: إزالة ملك النكاح المتوقفة بلفظ الخلع أو في معناه مقابل نظير تلتزم به الزوجة.

عرفه المالكية: طلاق بعوض سواء كان هذا العوض من الزوجة أو من غيرها، هو ما كان بلفظ الخلع من غير عوض.

عرفه الشافعية: فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق والخلع.

عرفه الحنابلة: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذ الزوج من امرأته - أو غيرها بألفاظ مخصوصة.²

فالخلع هو طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به هذه المرأة وفي اصطلاح الفقهاء الخلع هو أن تتفق المرأة والرجل على الطلاق مقابل ما تدفعه الزوجة لزوجها، وذلك كأن تقول الزوجة

عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة

¹ ماجيستير، 2006، ص 51.

² عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 52

لزوجها:" خالعتني على صداقي أو على 5000 دينار، فيقول قبلت تحقق الخلع ولا فرق في أن يكون إيجاب الخلع من قبل الزوج أو من قبل الزوجة.

ويشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق أي أن يكون بالغا ومختارا يملك الأهلية الكاملة وأن تكون الزوجة محلا للطلاق أي أن تكون زوجة شرعية حقيقة وحكما.

كما يشترط أن يكون اتفاقهما على الخلع قد وقع بعد زواج شرعي وقانوني صحيح أي بعد تسجيل عقد الزواج فإذا توفرت هذه الشروط كلها تمكن الحكم بالخلع من طرف المحكمة.

وبما أن الخلع طلاق على مال فإنه يشترط فيه ما يشترط في الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، وأن يكون متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه طبقا للمادة 85 من قانون الأسرة الجزائري التي تقول: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة في حالة الجنون أو العته أو السفه".

أما فيما يخص الزوجة فإن الفقه الإسلامي يشترط فيها في حالة الخلع أن تكون متمتعة بأهلية التبرع طبقا للمادة 203¹ من قانون الأسرة الجزائري: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا 19 سنة، وغير محجور عليه"، ومن هنا فإنه لا يجوز للزوج أن يأخذ مما دفعه للزوجة من صداق أو غيره إلا في حالة واحدة وهي إذا خافا ألا يقيما حدود الله".

¹المادة 203 من من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27

فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

الفرع الثاني: إجراءات الخلع

لقد نصت المادة 154¹ من قانون الأسرة الجزائري أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل للخلع بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت صدور الحكم".

لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدل الخلع وشروطه ما يتعين معه الرجوع إلى الفقه لاسيما المذهب المالكي باعتباره استعمل مصطلح مال ليعبر به عن بدل الخلع، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقتها عدتها المقررة شرعا وقانونا.

ولكنه لا يجوز للزوجة أن تتنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابلة طلاقها خلافاً لأن الحضانة هي حق للمحزون، ولقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة تقدير القاضي في تقدير مقابل الخلع عدة قرارات منها ما ورد في قرار المؤرخ في 1968/05/26 عن المجلس الأعلى سابقا والذي جاء فيه² "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فللقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على صداق مؤجل²".

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1985-04-22 تحت رقم 36709 جاء فيه: "من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالات الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود القاضي الموضوع باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق".

¹المادة 54 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

²بلحاج العربي، قانون الأسرة - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، 1994، مرجع سبق ذكره، ص 207.

وبالرغم من قانون الأسرة لم يتناول آثار الخلع في نصوصه، غير أنه يمكن استخلاصها من القواعد العامة وهي:

أولاً:

من آثار الطلاق بالخلع استناداً إلى اتفاق الزوجين مقابل مال محدد هو أن الخلع يسقط على من نشأ قبله من حقوق بين الزوجين مثل المهر المؤجل والنفقة الواجبة.

ثانياً:

من آثار الطلاق بالمخالفة أيضاً يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع وإذا وقع اتفاقاً بين الزوجين على أن يطلقها مقابل أن تنازل عن حقها في حضانة الأولاد لأن فيها جاء حق للأطفال وحق الحاضنة وهي الأم، وإن كان بإمكان الزوجة أن تتصرف في حقها كحاضنة، فلا يجوز لها أن تتصرف في حق غيرها في الرغبة وهو المحضون.¹

ثالثاً:

إذا اتفق الزوجان على أن يكون مقابل الخلع التزام بنفقة الأم الأولاد لمدة محددة أو غير محددة، وتم الطلاق بالمخالفة ثم حصل أن وقعت الزوجة في إفسار وعجزت عن النفقة فإنه يجب على الزوج في هذه الحالة أن يتولى الإنفاق على أولاده، ويكون ذلك دينا على الزوجة المخالفة، وبالتالي يحق له أن يعود عليها عند اليسر، أما إذا ماتت الزوجة بعد الطلاق بالخلع وكان الزوجان قد تخالفا على نفقة الأولاد.²

رابعاً:

من آثار الخلع التفريق بين الزوجين المتخالفين فوراً بطلقة بئنة الخلع عمداً هما إزالة الضرر الواقع على الزوجة.

¹بربير محمد، وقوع الطلاق وثبوته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة أفاق العلوم، العدد 02، 2020، ص 267.

²المرجع نفسه، نفس الصفحة.

خامسا:

إن الخلع أساسا مصلحة الزوجة في صورة رخصة لتمكينها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه ولم تعد تتحمل مواصلة العشرة معه، إلا أن هذه الرخصة لم تمنح لها في صورة حق من حقوق الزوجة لأنه اعتبر الخلع للزوجة تطلبه متى تشاء بإرادتها المنفردة، لذا فالقول بأن الخلع هو رخصة منحت للزوجة تستعملها عندما تضيف لها سمعة الحياة الزوجية مقابل مال تدفعه لزوجها لكي يمنحها حريتها إذا وافق على ذلك هو القول السليم، بحيث لا يجوز للقاضي أن يقضي به دون رضا الزوج، ومنه هنا فالخلع لا بد أن يتم باتفاق الزوجين أي بتلاقي الإيجاب والقبول حول مبدأ المخالفة، وهذا لا يستدعي تدخل القاضي الإثبات في حكم قضائي بعد أن يتأكد من توافر شروطه.¹

¹ بربير محمد، المرجع السابق، ص 268.

اهتم المشرع الجزائري بعقد الزواج وأولاه عناية خاصة وأحاطه برعاية في جميع مراحلها فنظم أحكامه وشروطه وأركانه والآثار المترتبة عليه باعتبارها حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين، وعلى اعتبار أن عقد الزواج في قانون الأسرة يتم بين رجل وامرأة وفقا لشروط وإجراءات معينة أثناء إنشائه وتترتب عليه آثارا مادية عند قيامه، ثم إن غاية الزواج هو تكوين أسرة التي هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع ، ولهذا يعتبر عقد الزواج من أهم العقود وأخطرها لما يترتب عليه من آثار على الأسرة والمجتمع.

وتختلف طرق فك الرابطة الزوجية، وعليه فكل نوع له إجراءاته الخاصة ويرتب آثاره الخاصة به، ومهما اختلفت الطرق والإجراءات وحتى الآثار يبقى فك الرابطة الزوجية الحل للعديد من الأزواج في وقف المشاكل الزوجية والتي قد تتسع إلى مشاكل أسرية.

المبحث الأول: الحقوق المادية للمرأة المطلقة

نظرا لكون العلاقة الزوجية حق خاص للزوج فإنه من حكمه تعالى وعدله أن جعل للمطلقة حقوق لتخفيف الضرر عنها، والتي تتمثل في نفقة العدة طيلة فترة العدة والإهمال في حالة عدم التزام الزوج بالنفقة قبل وقوع الطلاق بينهما، ومتعة المطلقة جبرا لخاطرها وإذا كان الطلاق تعسفيا انفراد بميزة استحقاق المطلقة للتعويض المالي، كما لها الحق في متاع البيت الزوجية، فغالبا ما تساهم في تكوين متاع البيت عن الجهاز أو شراء بعض اللوازم الخاصة إذا كانت عاملة.

المطلب الأول: الحقوق المادية للمطلقة بدون أولاد

للمطلقة حق في النفقة والسكن طيلة فترة العدة كما له نفق الإهمال في حالة عدم التزام الزوج بالإنفاق عليها طيلة فترة العدة، وكذا من تاريخ رفع دعوى الطلاق إلى غاية صدور حكم القاضي بالطلاق، كما يمكن المطالبة بها لمدة سنة قبل الحكم بناء على بينة.

الفرع الأول: النفقة-المتعة - مؤخر الصداق - متاع البيت

أولا: الحق في النفقة

لم يتطرق التشريع الجزائري إلى تعريف النفقة في قانون الأسرة غير أن الفقهاء عرفوها لغة بأنها مأخوذة من النفوق وهو الهلاك، فيقول نفقت الدابة تنفق نفوقا إذا هلكت وسمي بها المال الذي ينفقه الإنسان على عياله لأن في إنفاقه عليهم هلاكا للمال المنفق.

واصطلاحا عرفت النفقة بعدة تعاريف نذكر منها أنها تعني إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز وأدام وكسوة ومسكن وما يتبع ذلك من ثمن ودهن ومصباح ونحو ذلك، واشتهر عن محمد بن الحسن الشيباني تفسير النفقة بأنها الطعام والكسوة والسكنى".¹

¹ بوزونية محمد ياسين، صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة الحاضنة المطلقة، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أدرار، 2017، العدد 02، ص 61.

وعرفها بلحاج العربي بأنها ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج.

وعرفها ابن عرفة أنها ما قوام المعتاد خال الأدمي وما هو صرف على العتاد فجميع هذه الأمور لا تسمى معتادا أو متعارف عليه بن الناس، وحسب مقدرة الشخص من غنى وفقير وغير إسراف ولا تقتير".¹

وتعد النفقة من النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده، وهي من أهم الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه حسب نص المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، والسبب المباشر لوجود النفقة للزوجة على زوجها هو حق الزوج في احتباسها ودخولها في طاعته واستيفائه لحقوق الزوجية، ولقد نصت المادة 274² من قانون الأسرة الجزائري على أنه تجب نفقة الزوج على زوجه بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة مع مراعاة أحكام المادة 78 والمادة 79 من نفس القانون.

ومن خلال ما جاء في مواد قانون الأسرة الجزائري يتضح لنا أن الشروط الواجب توافرها حتى تجب نفقة الزوجة على زوجها هي:

- الدخول بالزوجة
- أن يكون عقد الزواج صحيحا
- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة

بوزوينة محمد ياسين، المرجع السابق، ص 62.¹

² المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 78¹ من قانون الأسرة الجزائري على أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وإن كل امرأة متزوجة لها الحق في النفقة من زوجها وهي تعد من الآثار المترتبة على الزواج وهو غير ملزم بها في فترة الخطوبة، وتعتبر النفقة دينا في ذمة الزوج وتعتبر حقا لها في حالة يسرها أو عسرها عندما يكون الزوج قادرا على الكسب وهي حق لها شرعا وقانونا حتى ولو كانت عاملة أو موظفة وتتقاضى راتباً شهرياً، غير أنها لا تستحق هذه النفقة إن كانت ناشرا وثبت نشوزها بحكم أو لم يثبت احتباسها حقيقة أو حكما بسبب منها.

وقد منحت المادة 79² من قانون الأسرة الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير النفقة على أن يراعي الحالة الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، وعليه مراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار الضرورية، مهما كان وضع الزوج من العسر، ومن هنا كان من الجائز إنقاص أو زيادة قيمة النفقة حسب تغير حالة الزوج المادية أو الأسعار في البلد، غير أن القانون قيد القاضي بعدم مراجعة قيمة النفقة قبل مضي سنة على فرضها في الحالات الاستثنائية.

وإذا كانت النفقة واجبة على الزوج لزوجته لا مجال للحديث عنها في إطار هذا البحث، فإننا نبحث عن النفقة المقررة للمرأة المطلقة وأولادها بعد الطلاق، فهذه التبعات يحكم بها القاضي في شئون الأسرة على مستوى المحكمة بناء على سلطته التقديرية مراعيًا فيها النصوص المنظمة لها ولاسيما المواد 52، 53 و 55 و 61 من قانون الأسرة بخصوص حق المطلقة في التعويض عن الضرر اللاحق بها سواء كان الانفصال عن مطلقها طلاقاً بإرادة المطلق أو تطليقا بطلب من الزوجة أو بسبب نشوز الزوج، كما يتعين عليه عند الحكم بالطلاق وبعد إسناد حضانة الأولاد لأهمهم المطلقة إن توفرت شروط إسنادها لها أن يحكم لها بالنفقة.

¹المادة 78 من المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

²المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

ولقد ألزمت المادة 72¹ من قانون الأسرة الجزائري وعند حصول الطلاق على الأب توفير مسكن ملائم للحاضنة المطلقة أو دفع بدل إيجار عند تعذره إيجاد مسكن ومن حق المطلقة البقاء في مسكن الزوجية حتى يمتثل المطلق للحكم القاضي بتخصيص مسكن لها أو بدل إيجار، ومن هذا المنطلق فإن المطلق ملزم بنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري بدفع نفقة لأولاده وهي النفقة التي تتضمن غذاء الولد وكسوته وعلاجه وسكنه، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادات، ومن ثم فإن تقدير مبالغ النفقة يخضع لمجموعة من الضوابط والمعايير التي تساعد في تحديد مبالغ الإنفاق ومن بينها مراعاة المكلف بها وحال مستحقها بما يتلاءم مع مستوى الأسعار ومراعاة عادات وأعراف الوسط الاجتماعي وبإمكان القاضي الاستعانة في تحديد مبالغ النفقة للأولاد بخبير أو مساعد أو مساعدة اجتماعية²

ثانيا: الحق في المتعة

إذا كان الشرع قد أعطى للزوج حق الطلاق، إلا أن هذا الحق ليس على إطلاقه وإنما هو مقيد بتقييد الله له، ولم يقف الشرع عند هذا الحد بل قرنه بتوجيهات وإرشادات مرغبا في البقاء على الحياة الزوجية تارة ورهبا عن الطلاق تارة أخرى، فأمره بالصبر على تحمل بعض الأخلاق التي قد نفر منها ونلمس في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضي منها آخر".

وقد ذهب الشافعية في الراجح والحنابلة إلى وجه إلى أنه يرجح في تقديرها إلى الحاكم لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره فيرجع فيه إلى الحاكم كسائر الأمور الاجتهادية، وذهب بعض الشافعية إلى القول بأنها تصح بما يصدق عليه اسم المال، لأن الله سبحانه وتعالى جعلها على

¹ المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير

2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

²بوزينة محمد ياسين، المرجع السابق، ص64.

الموسر بقدر طاقته، فلا يقبل منه ما يصدق عليه اسم المال، كما أن سبحانه وتعالى قال: "متاعا بالمعروف"، وليس من المعروف أن يعطي الغني امرأته ما يصدق عليه اسم المال.¹

وذهب بعض الحنابلة إلى أن أعلاها خادم على الموسر وأدناه كسوه، وذهب الحنفية إلى مثل هذا الرأي فقروها بالمعروف على حسب زمانهم، فقالوا في المتعة الواجبة هي درع وخمار وملحفة على الأعلى ألا تزيد عن نصف مهر المثل، وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم، لأنها قائمة مقام نصف مهر ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل فلا تزيد عن نصفه وأقل المهر عندهم عشرة دراهم، فلا تقل عندهم عن نصفه وللمطلق أن يزيد عن نفسه ما شاء، وهذا في المتعة الواجبة لا المستحبة.

ولعل الرأي الراجح أن تقدير المتعة إلى الحاكم، لأنه أمر يحتاج إلى اجتهاد، فيجب فيه الرجوع إلى الحاكم كسائر الاجتهادات الأخرى، وهذا ما وري عن الإمام أحمد وهو أصح قول الشافعي، ومما يؤكد هذا ما روي عن الحسن أنه سئل عن المتع فقال: "كان منهم من متع بالخادم والنفقة، ومن كان دون ذلك متع بالنفقة والكسوة، ومن كان دون ذلك متع بملحفة ودرع وجلباب، ومن كان دون ذلك متع بثوب واحد، إذن فكل واحد متع على حسب قدره من الخادم إلى الثوب الواحد.²

ثالثا: الحق في مؤخر الصداق

الصداق في اللغة هو مهر المرأة وجمعها في أدنى العدد أصدقة، والكثير صدق وقد أصدق المرأة حين تزوجها، أي جعل لها صداقا، ويعرفه الفقه المالكي على أنه: "ما يجعل للزوجة نظير للاستمتاع بها".

¹ عبد العزيز سمية، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعارف، العدد 16، 2014، ص109.

² عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص11.

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 14¹ من قانون الأسرة الجزائري أنه: " هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرع..."، وقد أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في عقد النكاح، وهذه المشروعية ثابتة للحكمة الكبيرة التي تعود على المرأة من وراء الصداق.²

والصداق نوعان:

1. الصداق المسمى:

كما يفهم من اسمه هو ذلك المهر الذي يسميه الطرفان عند العقد قل أو كثر أعيانا مادية كان أو نقدا.

2. صداق المثل:

هو ما يدفع للزوجة من صداق مقارنة بأمثالها من أقربائها، حسب العرف والعادة، وما هو جاري العمل به في المنطقة المماثلة تكون لعدة اعتبارات كالدين وحفظ أركانه، العفة، الصيانة، وحفظ نفسها ومالها وماله أيضا ، الجمال، وما يعد مفاخرة للإباء من كرم وصلاح وإمارة ونسب.

وبخصوص الكيفية التي عالج بها المشرع الجزائري النزاع حول الصداق فهي واردة في المادة 17³ من قانون الأسرة: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو وريثتهما وليس لأحدهما بينه وبين قبل الدخول، فالقول للزوجة أو وريثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو وريثته مع اليمين"، وهذا ما جرى العمل به في المحاكم الجزائرية.⁴

¹المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

²عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص13.

³المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

⁴عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص 14.

ونلاحظ من خلال هذه المادة بأنها شاملة لمختلف النزاعات التي تثور حول الصداق حتى تلك التي لم نتعرض لها في موضوعنا هذا، غير أنه عند الرجوع للمادة 15¹ من قانون الأسرة الجزائري التي توجب تحديد الصداق نجدها تنفي امكانية النزاع حول الصداق إلا إذا تعلق الأمر بقبضه لكون تحديد الصداق يقتضي تحديد التسمية والمقدار وبمفهوم لمخالفة متى ل يحدد أمكن تصور نزاع حول العناصر الأخرى، ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن الأصل في النزاع حول الصداق لا يكون إلا حول قبضه أما الاستثناء فهو النزاع حول التسمية والمقدار، حيث يكون ذلك في حالة عدم تحديده، والمشرع قياسياً على الزوجين تعامل بنفس الطريقة مع ورثتهما عند تنازعهما.

رابعاً: الحق في متاع البيت

المقصود في العرف بمتاع البيت هو المنزل ومفروشات وأواني وما إلى ذلك من الأشياء التي ينتفع بها ومتاع البيت ضروري للحياة الزوجية المريحة، فجهاز الزوجة هو كل ما اتفق عليه الزوجان وجرى به العرف على إعداده للزوجة وتجهيز بيت الزوجية، بمناسبة الزواج للانتفاع به في حياتها الزوجية، غير أنه وبالرغم من أن جهاز الزوجية ومتاع البيت هو من مسؤولية الزوج أي هو المكلف بتجهيز البيت بما يحتاجه من متاع، إلا أن المرأة غالباً ما تساهم في تكوين متاع البيت عبر الجهاز الذي تحضره معها بمناسبة زواجها أو شراء بعض اللوازم، لكنه قد يثار نزاع في حالة فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق حول ملكية متاع البيت.²

ومن بين آثار الطلاق استعادة متاع البيت الزوجية، غير أنه قد ينشأ نزاع بين الزوجين حوله، فيدعي كل من الزوجين ملكيته له وذلك في حالة ما إذا لم يكن لكل منهما ما يثبت

¹المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المنضمين قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2000، ص 62.

صحة ما يدعيه كل منهما، وهذه المسألة عاها الفقه الإسلامي ، وأدرج لها المشرع الجزائري مادة في قانون الأسرة يطبقها القاضي في حالة النزاع في متاع البيت، كما أن اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز بدورها عالجت هذه المسألة.

وهذا ما جاء في المادة 16 منها: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في خانة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة، ونفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيارة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة".

ولم يذكر المشرع الجزائري صراحة جهاز الزوجية، ولم ينظم المسائل المتعلقة به رغم أنه قام بتنظيم مسائل أقل منه أهمية، كما فعل ذلك عندما وضع أحكاما لهدايا الخطبة، ولعل إغفال المشرع لجهاز الزوجة كان عمدا لأنه من المسائل المرتبطة ارتباطا وثيقا بالعادات والأعراف، ولقد أكد المشرع على أن جهاز الزوجية واجب على الزوج ضمنا من مشتملات النفقة متى كان ضروريا في العرف والعادة، وهو بذلك حق للمرأة .

كما أن المشرع لا يلزم المرأة بالتجهيز لزوجها، وفي المقابل حقها في الصداق الذي يعتبره ملكا لها تتصرف فيه كيف تشاء، فالزوجة ليست ملزمة بشراء جهاز الزوجية من أموال صداقها، ورغم أن المشرع لم يلزم المرأة الزوجة بجهاز الزوجية فإنه شاع في المجتمع الجزائري أن الزوجة مطالبة بإعداد جهاز الزوجية، وهذا راجع إلى العرف وبما منشأ هذا العرف وما ذهب إليه فقهاء المالكية رغم أنهم هم أيضا استندوا إلى الأعراف في إيجاب الجهاز على الزوجة، حيث ذهب المالكية إلى أن الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تقبضه من المهر.¹

¹نعمة تبودوش، المرجع السابق، ص64.

وعالج المشرع هذه المسألة من خلال نص المادة¹ 73 من قانون الأسرة الجزائري، بحيث جاء فيها أن: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بنية القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتد للرجل، والمشاركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين"

واعتمد المشرع الجزائري من خلال هذه المادة على القاعدة المقررة عند فقهاء الشريعة الإسلامية مع شيء من التعديل، وهذا نظرا لصعوبة إثبات ملكية متاع البيت وتحديد المالك الحقيقي لها في حالة النزاع، فغفي هذه المادة ساير المشرع الفقه الإسلامي في طريقة حل النزاع حول متاع البيت، حيث أخذ في حالة عدم وجود البينة على طبيعة المتاع، فميز بين ما يصلح للنساء كالحلي والجواهر، وجعل فيه القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وما يصلح للزوج وجعل فيه القول للزوج أو ورثته مع اليمين، وأما المشاركات بينهما فيتقاسمانها مع اليمين.²

الفرع الثاني: التعويض عن التطليق

تنص المادة³ 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل: "يمكن للقاضي عند حكمه بالتطليق أن يحكم للزوجة بالتعويض عن ما أصابها من ضرر".

ومضمون هذه المادة هو من الأمور المستحدثة في تعديل قانون الأسرة، حيث أن المشرع يتطرق للتعويض الناجم عن الطلاق بطلب من المرأة في قانون 11/84 ونتج عن سكوت المشرع عن مسألة تعويض في حالة التطليق تعارض في الأحكام القضائية بين من يجيز التعويض وبين من لا يجيزه في حالة التطليق، وبهذا لم يكن الاجتهاد القضائي في ظل قانون 11/84 يجيز للزوجة طالبة التطليق الحصول على تعويض، وهذا ما عكسه قرارها الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1986، حيث جاء فيه: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن

¹ المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص 65.

³ المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

يطلقها زوجها، وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطلق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه، الذي يعد وحده عقاباً للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة يعد مخالفاً للنصوص الشرعية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص المتعة".¹

وفي قرار صادر بتاريخ 11 نوفمبر 1988 قضت أنه: "من المقرر شرعاً أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس هي التي تختار فراق زوجها، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف فيه القاضي بتطبيق المطعون ضدها من الطاعن والحكم لها بالمتعة، يكون بقضائهم كما فعلوا، خالفوا القواعد الشرعية.

وبناء على ما سبق فإن التعويض يكون عن الضرر الذي كان سبباً في التطلق وليس على التطلق ذاته، والتعويض عن التطلق هو متروك للسلطة التقديرية للقاضي مثلما هو معمول به في التعويض عن الطلاق التعسفي.²

وما يلاحظ في مسألة التعويض سواء كان عن الطلاق التعسفي أو التطلق لضرر هو بأنه يهدف أساساً إلى تحقيق وظيفة اجتماعية تتمثل في جبر الضرر الذي أصاب المرأة المطلقة في حياتها جراء انحلال رابطة الزواج، وتعويضها عما يكون قد لحقها من ضرر جراء ذلك وتأمين حياتها لمدة ولو مؤقتة بعد انتهاء عدتها، غير أن واقع الحال يعكس غير ذلك بسبب محدودية هذا المبالغ وضالتها التي تتراوح عادة بين عشرة آلاف وأربعين ألف دينار جزائري على أقصى تقدير، وفي بعض الأحيان يفضل القاضي الحكم لها بالتعويض بسبب أن المطلقة لم تطلبه لجهلها أن القاضي لا يحكم إلا بما تطلبه.³

¹ صالح حسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الوادي، 2015، ص56.

² المرجع نفسه، ص57.

³ صالح حسيني، المرجع السابق، ص58.

المطلب الثاني: الحقوق المادية للمطلقة التي لديها أولاد

تتمتع الحاضنة بمسكن لممارسة الحضانة يعتبر من بين آثار الطلاق، وكذا أثر من آثار الحضانة في نفس الوقت، وفي هذا الإطار نصت المادة¹ 72 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر 02-05 سنة 2005 على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لمن حكم لها القضاء بحق الحضانة سكنا ملائما لتمارس فيه حق الحضانة مع المحضون، وإن تعذر عليه توفير السكن فعليه دفع بدل الإيجار.

الفرع الأول: الحق في السكن

لقد كانت المادة² 52 من قانون الأسرة الجزائري في ظل قانون 11/84 مجحفة في حق المرأة الحاضنة، فكانت هذه المادة تقيد حق المرأة الحاضنة في السكن بعدة قيود، إذ كانت تنص على ما يلي: "...و إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وضع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية، إذا كان وحيدا تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها.

وقد نصت المادة على شروط صعبة من أجل استعادة المرأة من مسكن للممارسة الحضانة، فجب حسب هذه المادة على المرأة أن تثبت للقاضي بأن وليها يرفض إيواها رغم أن التزام الولي هو التزام طبيعي في الأساس بعد زواج ابنته وليس إلزاما قانونيا، لأن نفقة البنت على أبيها تجب عليه إلى حين دخول زوجها بها لا بعده، كما يرى البعض أن هذا الشرط فيه إجحاف في حق المرأة وفي حق وليها، وقد أثبتت التجارب عند تطبيق هذا النص أن الولي لا يقبل إيوا المطلقة، وهذا ما يدفع المرأة الأم الى التنازل عن حضانة الطفل لأن الولي يقبل السكن وليه عنده دون أولادها.³

¹المادة من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 52.15

²المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير

2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

بوحادة سمية، الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أدرار، 2014، ص 3.70.

كما أوجبت المادة ضرورة تعدد المحضونين وهو ما يفهم من صيغة الجمع الواردة في المادة 52 بنصها: ".....يضمن حقها في السكن مع محضونها.....!".

فلم يبين المشرع في هذا النص عدد المحضونين الذين بموجبهم يمنح السكن للحاضنة، وعليه فإنه بذلك يكون قد ضيق من نطاق حق المطلقة في السكن إذ يمكن أن يكون للحاضنة طفل واحد فقط، لأن كلمة محضونها ذكرتها المادة 52 يمكن أن تفهم إما بصيغة الجمع أو بصيغة المتنى، ولقد أثارت هذه المسألة جدالا فقهيًا وقضائيًا، فهناك من رأى بأنه لا يجب أن يقل عدد المحضونين عن ثلاثة أطفال من أجل منح الحاضنة السكن.

وذهب الآخر إلى أن التعدد لا يعتبر شرطًا من شروط ثبوت حق المطلقة الحاضنة إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم، فمنهم من رأى أنه يحق للأم الحاضنة في السكن إيواء قل عدد المحضونين أو كثروا، وهناك من نادى بضرورة التشدد في ضمان السكن للمطلقة في حالة كثرة المحضونين، ولقد انتقد الرأي الأول القائل بتعدد المحضونين اعتبر غريبًا ومخالفًا للقانون، فهذا الرأي هو إنكار لحق المحضون في السكن ولم يعد يتماشى هذا الرأي مع الواقع الاجتماعي المعاصر، بل الأخذ به فيه خطر كبير على مصالح المجتمع و هذا التفسير لا يتماشى مع مصلحة المحضون.¹

وقد امتد هذا الجدل إلى القضاء في تفسير هذه المسألة، حيث اشترط القضاء أن يكون العدد أكثر من واحد أو أكثر من اثنين في بعض الحالات وبذلك يكون موقفه لا يتماشى مع مصلحة المحضون لأن مبدأ يقتضي حماية لمحضون.

ومن الانتقادات الموجهة للمادة بأن المشرع استعمل مصطلح "يضمن" مع عبارة "حسب وسع الزوج"، وهما عبارتان لا تتطابقان لا من الناحية القانونية ولا من الناحية اللغوية، لأن استعمال كلمة يضمن معناه الشيء موجود ومتوفر، وبغض النظر فيه عن حالة الشخص وإمكانياته المادية، ذلك ما لم يستقيم مع اشتراط وسع الزوج في أن واحد.

¹ المرجع نفسه، ص71.

كما أن المشرع الجزائري عندما نص على ضرورة إسكان المطلقة مع محضونها فهو ضمان للزوجة، لكنه خال من الحماية القانونية أو الإجرائية في حالة رفض الزوج إسكان الحاضنة وأولادها، إضافة إلى ذلك لا توجد حماية جزائية في حالة الإخفاء العمدي للزوج المطلق لسكان مملوكة له، مما يتسبب في حرمان الزوجة المطلقة ومحضونها من هذا السكن.¹

الفرع الثاني: الحق في أجره الرضاع

الرضاع هو من رضع وهو شرب اللبن من الضرع أو الثدي، أي تقول رضع المولود يرضع، ويقال امرأة مرضع، إذا كان لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة.

وأجرة الرضاع عملا خالصا يجاز عليه القائم به بالأجر فإن أجره الرضاع عبارة عن مال تتقاضاه المرضعة عن الجهد الذي تبذله وهي بصدد قيامها بعملية الإرضاع، والدليل على مشروعية استحقاق المرضعة لأجرة الرضاع جاء من القرآن الكريم من قوله تعالى: "فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن"، من خلال هذه الأيضة أمر الله تعالى على دفع أجره لمطلقاته، مقابل الإرضاع فدل ذلك على مشروعية أجره الرضاع.²

واتفق فقهاء الشريعة الإسلامية ديانة على وجوب الرضاع على الأم بالفطرة سواء كانت زوجة الأب الرضيع أو مطلقة نه سواء كان هذا الطلاق طلاقا رجعيا أو طلاقا بائنا، بل أكثر من ذلك إذ ذهبوا إلى أن عدم قيامها به يوجب مساءلتها عنه أمام الله تعالى، وهذا كله غاية منهم للحفاظ على حياة الولد، إلا أنه من الناحية القضائية كانت لهذا الحق تداعياته إذا كان محل خلاف بينهم بين موجب ومفرط.

¹ بوحادة سمية، المرجع السابق، ص72.

² رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2005، ص103.

كما حددت الشريعة الإسلامية مقدار الأجرة التي تستحقه المرضعة على إرضاعها بأجرة المثل، وأجرة المثل هي تلك الأجرة التي تتقاضاها وتقبل امرأة أخرى أن ترضع الطفل مقابلا لها، أما في القوانين المغاربية التي أخذت بها لم يرد تحديد أي مقدار لها ولهذا هو حال أجرة الحاضنة، وإن كان لهذه القوانين سبق في النص عن كيفية تحديد النفقة، غير أن قولنا بتطبيق أحكام هذه الأخيرة عليها قد يجعلنا في تعارض خاصة وأن أغلب هذه القوانين ترجع في تحديد مقدارها الى مراعاة حالة الزوجين.¹

وبما أنها مرتبطة بمدة الرضاع فتكون مستحقة طوال فترة القيام بهذه العملية، والتي حددها المشرع الجزائري بمدة حولين كاملين وفقا للمادة 29² من قانون الأسرة الجزائري وهي ذات المدة التي القوانين المغاربية التي تأخذ بها، وأما بالنسبة للأسباب الداعية الى سقوطها فإنه لم يرد ضمن نصوصها ما من شأنه أن يوضح لنا حالات أو أسباب السقوط، ولهذا نجد أفضل نص يأخذ به المشرع الجزائري.

في هذه النقطة هو القانون الأردني في مواده من 166 إلى 169 والتي حدد من خلالها متى تكون الأم مجبرة على إرضاع ولدها من غير أجر ومتى تكون مستحقا له، وأيضا متى يكون الأب ملزم بتوفير مرضعة لابنه، ومدة استحقاق أجرة الرضاع ومقدارها وطريقة تقديرها.³

المبحث الثاني: الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة

إن الدعوة إلى الله تنمي الشعور لدى الزوجين بقيمة استقرار الحياة الزوجية وأهميتها، وضرورة ذلك للفرد والأسرة والمجتمع، كما أنها تحقق لها العديد من الأهداف المطلوبة كالتوعية بمقاصد الزواج في الإسلام، والتبصير بحقوق الزوجية وواجباتها الخاصة بكل طرفيها، إضافة

¹رشيد مسعودي، المرجع السابق، ص 104.

²المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

³رشيد مسعودي، المرجع السابق، ص 105.

إلى بيان الأسس التي يقوم تقوم عليها الحياة الزوجية الناجحة، وكذلك كيفية التعامل الإيجابي مع مشكلات الحياة الطارئة بحكمة وفاعلية تحفظ لهذه العلاقة رونقها وسموها وسعادتها، خاصة وأن استقرار المجتمع الإسلامي يعتبر من أهداف الدعوة إلى الله وتحقيق هذا الهدف ينطلق من إصلاح اللبنة الأولى للمجتمع وهي الأسرة.

وهناك حقوق يغفل أو يتغافل عنها الكثير من الناس وهي الحقوق المعنوية والتي تراعي مشاعر المرأة وحاجاتها النفسية والقلبية، وهي الحاجات التي بغيابها تهدم كثير من البيوت العامة

المطلب الأول: الحقوق المعنوية للمطلقة بدون أولاد

كفلت الشريعة الإسلامية وكذلك مختلف التشريعات من بينها التشريع الجزائري جملة من الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة بدون أولاد سوف نحاول فيما يلي شرحها مفصلة.

الفرع الأول: الحق في العدة

العدة لغة هي الشيء المحدود، وهي مأخوذة من الحساب والعد و الإحصاء، حيث يقال أعددت الشيء وإذا أحصيته، ويترتب على هذا أن المعنى العدة يدل على ما تحصيه المرأة وتعدده من الأيام وعدد الإقراء، كما أنها اسم للمدة التي تنتظر فيها الزوجة وتمتتع على الزواج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها.

أما في الاصطلاح فهي المدة المعلومة التي تعقب الطلاق وتتلوه، فتمكث فيها المرأة المتزوجة بعد طلاقها أو وفاة زوجها ولا تتزوج لمعرفة ببراءة رحمها أو لحزنها على زوجها وهي واجبة عليها وعندما تنتقضي يصير جائزا زوجها، لكنها ليست واجبة على الرجل.¹

بن صوشة نبيلة، تنوع صور فك الرابطة الزوجية وأثره على الحماية القانونية للأسرة، مرجع سبق ذكره، ص 99.¹

فالعدة مدة لازمة معلومة تتربص فيها المرأة دون زواج، عند زوال النكاح أو الفرقة وانتظار استيراء الرحم، ومن خلال هذه التعاريف يتبين أن عقد الزواج إذا انتهى بأي سبب من الأسباب انتهاءه سواء كان طلاق أم فسخ أم وفاة، فلا يحل للمرأة أن تتزوج بغير زوجها الأول، إلا بعد انتهاء المدة المحددة شرعا، ولا تجب العدة على المطلق إلا إذا دخل الزوج بها أو اختلى بها، سواء كانت في الخلوة صحيحة أم غير صحيحة عند الحنفية، وتجب العدة أيضا إذا كان الاتصال الجنسي ممكنا في الخلوة عند المالكية، فإن لم يدخل الزوج أو لم يختلي بالزوجة فلا تجب العدة لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا"، حيث يدل النص بعبارته الصريحة على عدم وجوب العدة على المرأة إذا طلقت قبل الدخول.¹

ولقد نص المشرع الجزائري على عدة المرأة المطلقة في المواد 58 و 59 و 60 من قانون الأسرة، فنص على العدة في المادة 58 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"، ون خلال هذه المادة يتضح أن المشرع تبنى الرأي الفقهي القائل بأن عدة للزوجة غير المدخول بها، أما مدة عدة المطلقة اليائس من المحيض فقد حددتها المادة 258 من قانون الأسرة بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، وهذا عملا بقوله تعالى: "واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن..."، وبخصوص مدة العدة بالنسبة للمطلقة الحامل فقد حددتها المادة 60³ من قانون الأسرة الجزائري بوضع المرأة حملها، وحددت أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر من تاريخ الطلاق، وهذا تطبيقا لقوله تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن".

¹المرجع نفسه، ص100.

²المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

³المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

لقد أعطت المادة 161¹ من قانون الأسرة الجزائري الحق في النفقة للمطلقة بصفة عامة، حيث أعطى المشرع بموجب هذه المادة الحق في النفقة والسكن، أثناء فترة العدة دون تمييز بين المطلقة طلاق رجعي أو طلاقاً بائناً، لأن قانون الأسرة لا يعتد إلا بموجب الطلاق الصادر بموجب حكم الطلاق الصادر قضائياً، لكن بالرجوع الى المادة 58 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تعدت المطلقة المدخول بها بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

ويتضح أن المشرع من خلال من خلال نص هذا النص أخذ بالطلاق الرجعي عندما جاء بعبارة من تاريخ التصريح بالطلاق، بإرادته المنفردة عملاً بنص المادة 48² من قانون الأسرة، ولم يقصد به تصريح القاضي لأنه لو أن المشرع لم يقر بعدة الطلاق الرجعي لما أتى بعبارة من تاريخ صدور الحكم بدلاً من عبارة من تاريخ التصريح بالطلاق هذا من جهة ومن جهة أخرى وبالرجوع إلى نص المادة 50 من قانون الأسرة نجد أنه ورد فيها ما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد"، أي أن المشرع أقر بوجود حق الزوج في مراجعة زوجته بإرادته المنفردة، وذلك دون حاجة الى عقد جديد.³

والملاحظ في مسألة سكن المعتدة أن المشرع لم يساير الشريعة في منع التضييق على المعتدة لإرغامها على الخروج من بيت الزوجية بطرق غير مباشرة أثناء مدة عدتها، وقد رتب المشرع آثاراً قانونية أخرى عن الطلاق تتمثل خاصة في حق المرأة في الحضانة وحقوقها في استرجاع المتاع الذي ساهمت به في تأثيث بيت الزوجية.⁴

¹ المادة 61 من المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² المادة 48 من المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

³ المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

⁴ بن صوشة نبليّة، المرجع السابق، ص 101.

الفرع الثاني: الحق في التكفل الاجتماعي

ويبدأ التكافل في محيط الأسرة من الزوجين بتحمل المسؤولية المشتركة في القيام بواجبات الأسرة ومتطلباتها كل بحسب وظيفته الفطرية التي فطره الله عليها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الرجل راع في بيته ومسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيته).

ويأتي تقسيم وتوزيع المسؤوليات داخل البيت بين الرجل والمرأة بما يضمن قيام الأسس المادية والمعنوية التي تقوم عليها الأسرة، فالله سبحانه وتعالى يخاطب أرباب الأسر رجالاً ونساءً بقوله: "يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة".

ولا تتم هذه الوقاية إلا بالتبصر بالحق وتعليم العلم النافع والإرشاد إلى أبواب الخير وهذا هو قوام التكافل العلمي والتنقيفي للأسرة، وهو مسؤولية مشتركة بين الزوجين فكلما وجد أحدهما في الآخر تقاعسا أو تقصيرا نبهه وأرشده إلى الصلاح والإصلاح. قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [التوبة: 71] وقد حث الإسلام على تنمية الود والحب الغريزي بين الرجل والمرأة في حياتهم الزوجية.¹ وأرسى لتحقيق ذلك مبادئ وضمانات عديدة منها:

أ - حفظ الحقوق بين الزوجين: قال تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن﴾

ب - حسن اختيار الزوجة والزوج: ذلك أن الأسرة هي الخلية التي ينشأ فيها الأبناء لذا لزم أن تكون هذه الخلية صالحة من أساسها فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تتكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك.

وأما فيما يختص باختيار المرأة لزوجها فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير).²

ج - حسن المعاملة بينهما: فقد حث الإسلام على المعاملة الحسنة بين الزوجين وثبت ذلك بنصوص الكتاب والسنة، فقد قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 19] وقال الله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 231] وقال رسول الله صلى الله

¹ www.despace.dz تم زيارة الموقع بتاريخ: 2020/09/12 على الساعة 17:45.

² نفس الموقع الإلكتروني.

عليه وسلم: (أكمل المؤمنين إيماننا أحسنهم خلقا وخياركم خياركم لنسائهم) وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم خير الناس معاشرة لأزواجه وأحسن الناس رفقا بهم.

وكان يمازجهن ويساعدهن في أعمالهن ويسامحن فيما يبدر منهن من أخطاء وقد قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم: (خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي).¹

د- الإنفاق على الأسرة: ذلك أن المال قوام الحياة المادية، والمرأة داخلة في ولاية زوجها فهو مسؤول عنها بالنفقة قال الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: 7] بل إن الإسلام قد أوجب النفقة للزوجة على الزوج حتى لو كانت مطلقة فإن النفقة والسكن واجبة عليه طول فترة العدة - وهي المدة التي تنتظرها المرأة المطلقة ولا تتزوج من غيره استبراء للرحم - كما أنه يدفع لها ثمن إرضاعها لابنه منها حال طلاقها قال الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِنُضَيْقِوْنَ عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأُتْمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق: 6].

هـ- الاعتناء بالأولاد رعاية وتربية: لقد أكد الإسلام حق الأولاد الصغار في الرعاية والتربية وجعل ذلك أهم واجبات الأبوين، فلم يكتف الإسلام بالدافع الفطري لقيام الأبوين بواجبهما بل عزز ذلك بقواعد محددة تضمن للأولاد النشوء في صورة مثلى تكفل لهم حقوقهم كاملة، فمنذ الولادة نص على استكمال الرضاعة قال الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233] كما جعل له الحق في التربية قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ [التحريم: 6]

¹ الموقع الإلكتروني السابق.

المطلب الثاني: الحقوق المعنوية للمطلقة التي لديها أولاد

هناك مجموعة من الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة التي لديها أولاد تتمثل في ما يلي:

الفرع الأول: الحق في النسب لأولادها

النسب لغة في اللغة: يطلق على معاني عدة أهمها القرابة، فالنسب واحد الأنساب والنسبة مثله ويراد به القرابة والصلة، ونسبت فلان إلى أبيه أي أنسبه ونسبة إذا رفعت في نسبه إلى جده الأكبر وذكرت نسبه، وانتسب إلى فلان أي ادعى أنه نسيبه أي قريبه، وبينهما مناسبة ونسب، أي مشاركة وقرابة، وهذا يناسب هذا أي يقارنه شبها، والنسب يكون من قبل الأب ومن قبل الأم.

أما اصطلاحاً: فالنسب لم يحدد بتعريف جامع ومانع، غير أنه لا يخرج عن معناه اللغوي فهو رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه.¹

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدد في القانون المدني المقصود بقرابة النسب بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك، حيث تنص المادة 32 من القانون المدني الجزائري على: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد".

كما أولت الشريعة الإسلامية لمسألة الأنساب عناية خاصة، وأحاطتها بسياج منيع من الأحكام البالغة الأهمية لضمان إثباته وحفظه وجوداً وعدمه إذ اعتبرته أحد الكليات الخمسة التي عليها مدار الشريعة وهي: الدين، النفس، العقل، النسل والمال.²

¹الأوعيل فتيحة، إثبات النسب في ظل القانون الجزائري والمقارن، مذكرة ماستر، جامعة الجلفة، 2017، ص 27.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الفرع الثاني: الحق في الحضانة والحق في الزيارة والحق في الولاية

أولاً: الحق في الحضانة

الحضانة اصطلاحاً هي رعاية الولد وتعليمه وتربيته والسهر على حمايته، وحفظه خلقاً وصحة، وهذا ما جاء في نص المادة 62¹ من قانون الأسرة الجزائري والقاضية بأنه: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

ويلاحظ أن المشرع عرف الحضانة انطلاقاً من أهدافها أن تعتبر من قبيل الواجبات التي تقع على عاتق الخاص، لكن هذا لا يعني أن الحضانة هي حق خالص للطفل فكما يعتبر واجب يقع على عاتق الحاضنة، فإنهما تعتبر حق لها أيضاً، والملاحظ من المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري أنها خصصت التربية بأمر معين وهو تربية الطفل على دين أبي والمشكل الذي يثار في حالة اختلاف دين الزوجين خاصة وأن المواثيق الدولية كلها تنص على مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في نطاق الأسرة، بغض النظر إلى معتقداتهم الدينية.²

فتربية الطفل على دين أبيه في حالة اختلاف الدين الزوجين يعتبر خرقاً لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل، كما أن تربية الطفل على دين أبيه تتعارض مع اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1987 أكدت على حرية الطفل في الدين والمعتقد، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 14 من هذه الاتفاقية أنه: "تحتزم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين"، كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على حق الوالدين في التوجيه وذلك بنصها: "تحتزم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين"، وكذلك تبعا لحالة الأوصياء القانونيين عليه في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة.³

¹ المادة 61 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2006، ص 82.

³ المرجع نفسه، ص 83.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الجزائر على غرار الدول الإسلامية الأخرى أبدت تحفظاتها على المادة 14 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، كما أن تحفظ الجزائر على المادة 16 من اتفاقية جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 هو ما جعل المشرع يؤكد على ضرورة تربية الطفل على دين أمه في حالة اسناد الحضانة للأم، ويذهب المشرع في هذه المادة 30 من قانون الأسرة التي تحرم زواج المسلمة بغير المسلم، فالزوجة المسلمة لا يمكن أن يكون زوجها إلا مسلما، وهذا لا يطرح الإشكال على اعتبار أن الزوجة المسلمة ستربي طفلها على دين أبيه على اعتبار أنه نفس دين الأم.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 62¹ من قانون الأسرة على أن يكون الحاضن أهلا لتولي الحضانة، وهذا لحماية مصلحة المحضون، فلا بد من توفر شروط معينة في الحاضن، لم يوضحها المشرع في قانون الأسرة تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي والذي بدوره سيعود لأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة في قانون الأسرة فالأهلية المقصودة في نص المادة 62 من قانون الأسرة هي القدرة على القيام بمصالح المحضون والعناية الخاصة بتربيته وإعداده إعدادا سليما حتى يكون عضوا نافعا في المجتمع، ولتحقيق أهداف الحضانة اشترطت الشريعة الإسلامية شروطا عامة يشترك فيها الرجل والمرأة، وشروطا أخرى تتعلق بالرجل فقط، فالشروط المتعلقة بالرجال والنساء تتمثل في:²

1. كمال الأهلية : بالبلوغ والعقل أي بلوغ سن الرشد الذي لا يكون وفقا للقانون الجزائري إلا ببلوغ سن الشخص 19 سنة، فلا تثبت الحضانة للصغير أو المجنون لأنهما بحاجة إلى من يرعاهما.
2. الإسلام: فلا تثبت الحضانة لكافر على مسلم، وإن كانت الأم كتابية كان لها أن تحضن ولدها ما لم يخشى عليه وسوء العافية من هذه الحضانة.

¹ المادة 61 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² المادة 62 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

3. القدرة: أي الاستطاعة على تربية المحضون، ورعايته والاعتناء بشئونه والسهر على سلامته الجسدية والخلقة.

4. الأمانة والعفة: بأن يكون الحاضن، ثقة، عدلا، يتقي الله في تعهده للطفل، وتربيته فيجب على الحاضن أن يكون أمينا في خلقه وسلوكه مع المحضون.

5. السلامة من الأمراض المعدية التي ربما تنتقل إلى الطفل.

أما الشروط الخاصة بالنساء لاستحقاق الحضانة فتتمثل في ما يلي:

- أن لا تتزوج أم الصغير بغير محرم، فإن تزوجت بمحرم كعمه لم تسقط حضانتها، أما إن تزوجت بأجنبي غير مأمون فإنها تفقد حقها في الحضانة لقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق بهم الم تنكحي"، لأن الأجنبي غير مأمون ولا سيما على الأنثى وهذا ما جاء في المادة 166¹ من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم....".

- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير، أي أن تكون الحاضنة رحما محرما للمحضون كأمه أو أخته أو جدته أو خالته، فلا حق لبنات العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور، ولهن الحق في حضانة الإناث، كذلك الأمر بالنسبة لأبن الخال وابن الخالة وابن العم وابن العمة، لا يحق لهم حضانة الإناث لكن يحق لهم الحضانة للذكور، ويشترط في الحاضنة عدم الإقامة مع المحضون في بيت من يبغضه، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون وحماية له من الأذى والضياع وتختلف هذا الشرط يؤدي إلى إسقاط الحضانة².

أما الشروط الخاصة بالرجال لاستحقاق الحضانة فيجب توفر في الحاضن ما يلي:

- أن يكون محرما للمحضون إن كانت أنثى، وهذا تقاديا للخلوة بها لعدم المحرمية.

¹ المادة 66 من المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ

في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، دراسة مغاربية، مرجع سبق ذكره، ص 84.

- إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم.

ويقرر القانوني الدولي المساواة بين الزوجين فيما يتعلق بمسئولية كل طرف على أطفالهما ورعايتهم والولاية عليهم أثناء الزواج أو بعد فسخه وإنهاء العلاقة الزوجية، والملاحظ من خلال استقراء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان أن القانون الدولي لحقوق الإنسان يساوي بين الزوجين في حقوقهما ومسئوليتهما نحو أطفالهما أثناء الزواج أو في حالة الانفصال أو الطلاق، والمعيار الوحيد في تفضيل أحدهما هو مصلحة الطفل، فقد جاء في المادة 23 في فقرتها الرابعة من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 أن تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين، وواجباتهما عند إبرام عقد الزواج وخلال قيام الزواج لدى انحلاله، وهنا يجب اتخاذ التدابير الكفيلة لحماية الأطفال إن وجدوا.

وحضانة الطفل مسئولية متساوية ومشاركة لكل من الزوجين فيما يتعلق برعاية الطفل والولاية عليه ولهما نفس الحق في الحضانة سواء في ظل الزوجية أو بعد انحلال الرابطة الزوجية، وجعلت الاتفاقيات الدولية مصلحة الطفل هو الأولى وفوق كل اعتبار.¹

وفي هذا السياق جاء في الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بخصوص حق المرأة في الحضانة ردها على التقرير الدوري الثاني للجزائر، أنه يساور اللجنة القلق إزاء عدم مراجعة قانون الجنسية وقانون الأسرة، مما يديم الأحكام التمييزية في المسائل المتصلة بالزواج والحياة الأسرية، منها الطلاق وحضانة الأطفال، يتضح من خلال هذا التقرير أن اللجنة الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لاحظت أن النصوص المنظمة لمسألة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري هي نصوص تمييزية، فيما يخص حق المساواة مع المرأة والرجل في حضانة الأطفال بعد انحلال الرابطة الزوجية.

ولقد اتخذت تدابير قانونية لحماية حقوق المرأة الحاضنة في قانون الأسرة وقوانين أخرى وتتمثل هذه التدابير خاصة في حماية المرأة العاملة بعدم إسقاط حقها في الحضانة وضمان

¹ زكية حميدو، المرجع السابق، ص 85.

السكن أو بدل الإيجار للمرأة الحاضنة، وحق المرأة الحاضنة في قبض المنح العائلية للمحضون، وكذلك استحداث صندوق النفقة حماية للمرأة والطفل.¹

ثانيا: الحق في الزيارة:

إن إسناد الحضانة إلى مستحقيها والذي يكون في الغالب الأعم الأم، يؤدي حتما إلى الابتعاد عن الوالد مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، وذلك بتمكينه من رؤية المحضون وزيارته، وحق الزيارة هو من الحقوق التي عمل القانون على حمايتها لها من أهمية بالغة في الرعاية الدائمة للمحضون.

وكل من يخل بهذا الحق يتعرض لعقوبات جزائية طبقا للمادة 328² من قانون العقوبات الجزائري، وعلى القاضي أن يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة، وذلك طبقا للمادة 64³ من قانون الأسرة الجزائري، وله السلطة التقديرية في تحديد مدة الزيارة ومواعيدها والأماكن التي تتم فيها.

ولقد وضع المشرع الجزائري عدة ضمانات من أجل حماية حق المرأة في الحضانة حتى تمارسها بدون إكراه أو ضغط.

ثالثا: الحق في الولاية

لقد أعطت المادة 39⁴ من قانون الأسرة حق رئاسة الأسرة للزوج وترتب عن هذا الحق عدة آثار ومن بينها حق الولاية والوصاية على الأبناء القصر، حيث كانت المادة 187¹ من

¹ المرجع نفسه، ص 86.

² المادة 328 من الأمر رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري.

³ المادة 64 من المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

⁴ المادة 39 من المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

قانون الأسرة، على أنه: " يكون الأب وليا على أولاده القصد بعد وفاته تحل الأم محله قانونا"، وفي هذا الإطار جاء التقرير الأولي المقدم من طرف الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تطبيقا للمادة 18 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وأن قانون الأسرة الجزائري يسمح للمرأة من خلال المادة 87 منه للمرأة بالوصاية على أولادها بعد وفاة زوجها، وهذا يمثل في رأي الحكومة الجزائرية، كما جاء في التقرير مكسبا مهما إزاء عقبات اجتماعية وتحفظ يفرضه العرف يقضي بأن الوصاية حق خالص للذكور.

وبهذا فإن المشرع من خلال المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري أعطى حق الولاية على الأبناء القصر للأب وتحل الأم في حالة غيابه أو وفاته، ولقد حدد المشرع مفهوم الولاية في المادة 81 من قانون الأسرة النيابة القانونية على القصر من الأولاد لما في ذلك التصرف في أموال القاصر طبقا للمادة 88 من قانون الأسرة.²

وعملت المادة 87 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 كما يلي: " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة غياب الأب يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

في هذا التعديل أعطى المشرع الحق للمرأة في الولاية على الأبناء في حالة وفاة الأب، كما أعطاه حق الولاية في غياب الأب أو حصول مانع له في الأمور المستعجلة، كما أعطاه الحق في حالة ما إذا أسندت لها الحضانة عند الطلاق، ثم إن إسناد حق الولاية للأم جاء متوافقا مع مضمون المادة 16/د1 هذه الاتفاقية كفلت للمرأة نفس الحقوق والمسئوليات المقررة للرجل فيما يتعلق بالولاية على الأولاد كأصل عام، وأجازت على سبيل الاستثناء وجود تمييز

¹ المادة 87 من المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

² المادة 88 من المادة 74 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.

لصالح المرأة إذا كان يهدف إلى حماية الأمومة، كما أجازت التمايز بين الرجل والمرأة في تلك الحقوق لترجيح مصالح الأطفال.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين راعى مصلحة الأطفال في هذه المسألة فإعطاء حق الولاية للأم في حالة وفاة الأب أو غيابه هو مراعاة لمصلحة الطفل، كما أن حضانة الطفل ومن ثمة الولاية عليه لا يعطيه القاضي إلا لمصلحة الطفل¹

¹ بلحاج العربي، قانون الأسرة- مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، 1994، مرجع سبق ذكره، ص 111.

في الأخير نستنتج من خلال دراستنا أن المشرع الجزائري وكذلك الفقه قد خصص أربع مفاتيح لفك الرابطة الزوجية، جعل الأولى بيد الزوج من خلال الطلاق بالإرادة المنفردة و جعل في مقابل ذلك مفتاحا في يد الزوجة من خلال الخلع بإرادتها المنفردة وجعل مفتاحا مشتركا بينهما من خلال الطلاق بإرادتهما المشتركة وهو الطلاق بالتراضي، بينما المفتاح الرابع بيد القاضي من خلال التظليق.

وما يهمنا في بحثنا هو تنوع صور انحلال الرابطة الزوجية وأثر الحماية في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، ففي الطلاق التعسفي نجد أن التعويض عنه يوفر حماية للزوجة، أما بالنسبة للخلع فهو أيضا يوفر حماية للزوجة، أما بالنسبة للخلع فهو أيضا يوفر حماية لكلا الزوجين فمن جهة يضمن للزوج مقابل بدل الخلع ومن جهة أخرى يضمن حماية أكبر للزوجة من خلال إعطائها حق فك الرابطة الزوجية في حال ساءت علاقتها بزوجها وخافت ألا تقيم حدود الله، وهنا يتضح جليا مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في انحلال الزواج، فالطلاق والخلع متناظرين و متقابلين و في الطلاق بالتراضي نجد أن آلية الحماية للأسرة تتمثل في دور القاضي في الصلح، و أيضا في الطعن بالنقض، ذلك بوجود العريضة المشتركة فهي تمثل أيضا حماية من خلال أنها تبين أن الزوجين متفقين.

أمّا بالنسبة للتظليق فمبدأ حياد القاضي و استقلاليته، و عدم ميله لأحد الطرفين يمثل آلية من آليات الحماية.

ومن الانتقادات التي وجهت للمشرع الجزائري انه و بالرغم من استحداثه لقانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة إلا انه لم يضمن التعديل الجديد إجراءات فك الرابطة الزوجية بالخلع، هذا ما قد يفتح المجال أمام تضارب الأحكام أمام القضية الواحدة، و ما يعاب على نص المادة 49 ق،،ج انه لم يوضح وجوب إلزامية محاولة الصلح رغم أهميتها الكبيرة بل جاء عاما فلا يستفاد وجوبها إلا دلالة، و المشرع الجزائري و بموجب تعديله للمادة (54) ق،،ج لم يبين الحالات التي يجوز فيها للمرأة أن تختلع فيها، كما لم يحدد صراحة نوع المقابل

المالي الذي تلتزم به بدفعه نظير مطالبتها بالخلع، أن إجراء الصلح وجوبية نص عليها قانون الإجراءات الميدانية و الإدارية و لم ينص عليها قانون الأسرة.

و نجد أيضا المادة (57) ق،،ج تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطلق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، فالمادة حددت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، و هي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و التطلق و الخلع و لم تذكر صورة الطلاق بالتراضي، و في هذا تأكيد على أن هذا الأخير لا يسري على باقي صور الطلاق الأخرى، باعتباره مجرد إشهاد من المحكمة فهو لا يوصف لا بالابتدائية و لا بالنهائية، و بذلك غير قابل للاستئناف لا من حيث الطلاق و لا من حيث الجوانب المادية و بالرغم من الانتقادات الموجهة للمشرع.

إلا أننا لا ننكر الدور الايجابي الذي لعبه المشرع الجزائري حديثا من خلال تعديله لقانون الإجراءات المدنية الصادر بالامر 154/66 فبراير 2008 حيث خص الكتاب الثاني للإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة و بهذا يكون المشرع قد استجاب للنداءات الصارحة و الرامية إلى إحداث قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة و من ايجابيات المشرع في هذا التعديل انه و لأول مرة قد نظم الإجراءات المنظمة للطلاق بالتراضي تفصيلا و على انفراد و خص تسعة مواد لتوضيح إليه التقاضي فيه من المادة 427 إلى المادة 435 ق،،ج، هذا ما يبرر الأهمية الكبيرة لهذا النوع من الطلاق نظرا للجوء الغالبية إليه من جهة و نظرا لأنه النوع الوحيد الذي يحتضر طول أمد النزاع و يكرس المساواة و الرضائية في الفرقة بين الزوجين من جهة أخرى.

التوصيات والاقتراحات:

- على المشرع أن يفكر في زوجة التي لا تقدر على تسديد العوض، فإذا كانت الزوجة عاملة أو ذات ثروة بمقدورها أن تسدد العوض الذي يطلبه الزوج، فلماذا لم يفكر المشرع في الزوجة التي لا تقدر على تسديد العوض.
- ندعو المشرع الجزائري إلى ضرورة تعديل قانون الأسرة وتدارك النقائص الموجودة بما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية.
- توسيع دائرة حقوق المرأة المطلقة المادية والمعنوية بما يراعي مشاعرها و حالتها الاجتماعية.
- يتوجب على المشرع أن يضمن قانون الإجراءات الخاص بشئون الأسرة مواد يوضح من خلالها آليات التقاضي حالة كون أحد أطراف العلاقة أجنبيا (تحديد القانون الواجب التطبيق).
- إيجاد أخصائيين نفسانيين واجتماعيين يوضعون تحت تصرف القاضي المختص بشئون الأسرة من شأنهم أن يبينوا له الاتجاه الصحيح الذي يسلكه.

قائمة المصادر والمراجع

1/ النصوص القانونية:

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية عدد 15.
2. القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمتضمن القانون المدني الجزائري جريدة رسمية عدد 44.
3. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، جريدة رسمية عدد 21.
4. الأمر رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري.

2/ الكتب العلمية:

5. ابن صلاح أبو عمر عثمان، أدب المفتي والمستفتي، دار الوفاء، الجزائر، 2002.
- 3/ أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير والماستر
6. بلحاج العربي، قانون الأسرة- مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
7. بن صوشة نبيلة، تنوع صور فك الرابطة الزوجية وأثره على الحماية القانونية للأسرة، مذكرة ماستر، جامعة المسيلة، 2018.
8. بوحادة سمية، الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أدرار، 2014
9. جبلي معمر، خصوصية إجراءات دعوى الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة سعيدة، 2016.
10. رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2005. لأوعيل فتيحة، إثبات النسب في ظل القانون الجزائري والمقارن، مذكرة ماستر، جامعة الجلفة، 2017.
11. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2006.

12. صالح حسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الوادي، 2015.
13. عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة واجتهاد القضاء، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2007.
14. عبد القادر بن داوود، فك الرابطة الزوجية وأثرها في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2003.
15. عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، 2006.
16. مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2009.
17. مسعودة بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة المسيلة، 2016.
18. نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2000.
- 5/ المقالات:**
19. بريبر محمد، وقوع الطلاق وثبوته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة أفاق العلوم، العدد 02، 2020.
20. بوزوينة محمد ياسين، صندوق النفقة كألية لحماية المرأة الحاضنة المطلقة، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أدرار، 2017، العدد 02.
21. عبد العزيز سمية، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعارف، العدد 16، 201.
- 5/ مواقع الانترنت:**

الفهرس

الصفحة	العنوان
	الواجهة
	شكر
	إهداء
أ	مقدمة
	الفصل الأول: فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري مقارنة بالتشريعات الأخرى
5	تمهيد
6	المبحث الأول: ماهية الطلاق
7	المطلب الأول: الطلاق بالتراضي
7	الفرع الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي
7	الفرع الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي
17	المطلب الثاني: الطلاق التعسفي
18	الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي
20	الفرع الثاني: إجراءات الطلاق التعسفي
23	المبحث الثاني: طرق أخرى لفك الرابطة الزوجية
23	المطلب الأول: التطلق
24	الفرع الأول: مفهوم التطلق
28	الفرع الثاني: إجراءات التطلق
32	المطلب الثاني: الخلع

32	الفرع الأول: مفهوم الخلع
	الفرع الثاني:
	الفصل الثاني: لأثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية في صالح المرأة المطلقة
39	تمهيد
40	المبحث الأول: الحقوق المادية للمرأة المطلقة
40	المطلب الأول: الحقوق المادية للمطلقة بدون أولاد
40	الفرع الأول: النفقة-المتعة - مؤخر الصداق - متاع البيت
48	الفرع الثاني: التعويض عن التطليق
50	المطلب الثاني: الحقوق المادية للمطلقة التي لديها أولاد
50	الفرع الأول: الحق في السكن
52	الفرع الثاني: الحق في أجره الرضاع
53	المبحث الثاني: الحقوق المعنوية للمرأة المطلقة
54	المطلب الأول: الحقوق المعنوية للمطلقة بدون أولاد
54	الفرع الأول: الحق في العدة
57	الفرع الثاني: الحق في التكفل الاجتماعي
59	المطلب الثاني: الحقوق المعنوية للمطلقة التي لديها أولاد
59	الفرع الأول: الحق في النسب لأولادها
60	الفرع الثاني: الحق في الحضانة والحق في الزيارة والحق في الولاية
68	الخاتمة
	قائمة المصادر والمراجع
	الفهرس

ملخص مذكرة الماستر

ينتهي عقد الزواج وتنحل الرابطة الزوجية بأحد الصور : الطلاق التعسفي أو الطلاق بالتراضي أو الخلع أو التطليق، والتي تم التطرق إليها مع إجراءاتها في الدراسة إضافة الى الحماية القانونية التي أقرتها الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري كدراسة مقارنة للمرأة المطلقة سواء كانت حقوق مالية أو حقوق معنوية.

الكلمات المفتاحية:

1/الطلاق التعسفي 2/ الطلاق بالتراضي 3/ الخلع 4/ التطليق 5/ قانون الأسرة 6/ حقوق المرأة

Abstract of The master thesis

The marriage contract ends and the marital bond dissolves in one of the forms: arbitrary divorce, consensual divorce, khula or divorce, which were covered with its procedures in the study in addition to the legal protection established by Islamic law and Algerian legislation as a comparative study for divorced women, whether they are financial rights or moral rights.

keywords:

1/ Arbitrary divorce 2/ Consensual divorce 3/ Dislocation 4/ Divorce
5/ Family law 6/ Women's rights