



جامعة اقلي محند اولحاج-البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الموازنة بين مركزي الزوجين بعد تعديل  
قانون الاسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون :

تخصص قانون أسرة

إشراف الأستاذ:

اعداد الطالبة:

ظريفي الصادق

صبان أمينة

لجنة المناقشة

الأستاذ.....رئيسا

الأستاذ: ظريفي صادق.....مشرفا و مقرا

الأستاذ:.....ممتحنا

السنة الجامعية 2016/2015

و قُل ربي زدني علما

## شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر الأول والأخير لله عز و جل العلي الكبير الذي ألهمني بفضلته إنجاز  
هذا العمل، و إتمام هذه المذكرة، و تجاوز كل  
الصعوبات و العقبات التي واجهتني

و أتقدم بشكر خاص إلى أستاذي الفاضل "ظريفي صادق" الذي بفضل  
نصائحه و إرشاداته و مسانדתه تمكنت من إنجاز هذه المذكرة

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة  
هذه المذكرة، و كذا كل الأساتذة و الزملاء و عائلتي الكريمة التي قدمت لي  
يد العون والإرشاد

و في الأخير أشكر كل من ساندني في إنجاز هذا العمل و لم يبخل علي  
بأي مساعدة أو تشجيع.

## الإهداء

أهدي ثمرة عملي و جهدي طوال كل السنوات و طوال فترة إنجازي لهذه  
المذكرة إلى:

والدي العزيز الذي طالما أردت أن أكون نسخة مصغرة عنه، و الذي علمني ألا  
أشبه سوى نفسي، و رباني على حب العلم و السعي في طلبه في هذه الحياة، و  
بذل الغالي و النفيس لنيله

أمي الحبيبة التي ساندتني طوال مراحل دراستي و كانت لي السند و الصدر  
الحنون الذي يحتوي تعبي

إخوتي أحباء قلبي: أمال، سمية، حسام، أحمد وائل.

إلى عمي علي....أبي الثاني.

إلى عائلتي و صديقاتي زملائي و زميلاتي الذين ساندوني في مشواري  
الدراسي.

إلى كل من سيقراً مذكرتي يوماً.

أهدي عملي هذا سائلة الله عز و جل أن يتقبله و يجعله في ميزان  
حسناتي، و يكون شاهداً لي يوم القيامة.

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور والحضارات أهمية بالغة باعتباره القاعدة الأساسية واللبننة الأولى لبناء وتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، إذ بحدِيثنا عن الأسرة فإننا بذلك نفتح المجال للحديث عن شبكة العلاقات التي تشكل باجتماعها الخلية الأساسية في النسيج الاجتماعي، وبصلاحها تتكون المنظومة القيمية للمجتمع.

لذلك فإن تشريعات الدول والأنظمة المختلفة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها، كما أن نظام الأسرة يحتل مكانة بارزة في النظام الإسلامي باعتباره أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع. فالإسلام بأحكامه ونظمه دعا إلى المساواة بين البشر جميعا رجالا كانوا أو نساء، فجعل كلا منهما مكلفا ومسؤولا، ولا فضل للرجل على المرأة إلا بالتقوى والعمل الصالح مصداقا لقوله تعالى: «يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم<sup>(1)</sup>». «.

كما اعتبرت المرأة مسؤولة ومسؤولة كاملة عن أفعالها وتصرفاتها تمام مثل الرجل لقوله تعالى: «للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن».

فالشريعة الإسلامية أعطت المرأة حقوقها معلنة كرامتها وإنسانيتها منذ ما يزيد على أربعة عشر قرنا، مراعية في ذلك فطرتها التي فطرها الله عليها، وكفلت لها المساواة مع الرجل في الحقوق والواجبات تحقيقا للتوازن والمساواة والعدل بينهما.

وقد أخذت التشريعات الوضعية الحديثة على عاتقها مسألة تنظيم الأحكام المتعلقة بالأسرة، وتوفير الضمانات الكفيلة بحمايتها، ومنها التشريع الجزائري.

وقد شكلت العلاقة الزوجية أثناء قيامها وكذا عند فك الرابطة الزوجية، محور اهتمام المعنيين بالبناء الأسري الذي يميزه الاستقرار رغم كل الظروف التي تواجه الأسرة خلال عملية التغير الاجتماعي، إذ يقوى المجتمع ويتماسك بقوتها، ويضعف وينهار بانهارها.

والزواج نظام إلهي ترتبط به الأسرة برباط قائم على المودة والرحمة والتعاون، شرعه الله تعالى لخير الإنسانية، ولمصلحة المجتمع البشري ككل، كونه عماد الأسرة والمقوم الأول لها، ذلك أن الحفاظ على

(1) سورة الحجرات، الآية 13.

النوع الإنساني واستمرار الحياة على النهج السليم لا يتحقق إلا بالزواج في إطار العلاقة الشرعية التي شرعها الله تعالى، كون الزواج هو المنشئ للأسرة التي تعتبر الوحدة واللبنة الأولى لبناء المجتمع، وفيه تسود مشاعر الألفة والمودة والإنسانية.

ومن هنا، قضت الحكمة الإلهية والفطرة التي فطر الله الناس عليها بضرورة اتصال الرجل والمرأة، وفي إطار من الحقوق والواجبات، ووحدة الدم في نظام الأسرة الذي لا يتحقق إلا بالزواج.

كما شرع الإسلام الزواج وجعله ميثاقاً غليظاً، يلجأ إليه كل من الرجل والمرأة ليجد سعادته واستقراره، ويحقق الأهداف التي شرع من أجلها الزواج في تكوين أسرة ذات قواعد متينة، تساهم في تكوين مجتمع سليم ومتماسك، فإنه إذا حدث ما يعكس صفو هذه الأسرة ويهدد تماسكها بحيث تتوقف عن أداء دورها في المجتمع، فقد شرع الله تعالى في هذه الحالة نظاماً آخر يحل هذا الإشكال، إذ يلجأ إليه كل من الرجل والمرأة للبحث عن حياة أفضل وأكثر استقراراً بأقل الأضرار.

وقد شرع الإسلام فك الرابطة الزوجية بالنسبة للرجل والمرأة حيث نظرت إليه حضارات قديمة وأديان سماوية أخرى نظرة مغايرة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالمرأة وحققها في إنشاء الرابطة الزوجية وإنهائها، إذ كان هذا الحق انعكاساً لوضعها العام في المجتمعات القديمة، حيث كان وضعها العام إجمالاً لا يليق بمكانة الإنسان وكرامته.

وكانت الأسرة الجزائرية تعتمد في بنائها وتنظيمها على قانون سنّ في ظل نظام الحزب الواحد، وبالتحديد سنة 1984 بعد سلسلة من القوانين، إذ كانت الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي تخضع لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي والأعراف المحلية، وبعد الاحتلال عمد المشرع الفرنسي عن طريق سلسلة من القوانين إلى التدخل في قانون الأسرة ونظام العائلة الجزائرية المسلمة، إلا أن محاولاته باءت بالفشل إلا في بعض المسائل التنظيمية. وإذا لاحظنا حجم القوانين التي صدرت خلال الفترة الممتدة بين سنة 1962 إلى سنة 1984 نجد أن هناك عدداً لا يستهان به من القوانين، إلا أن قانون الأسرة لم يطرح حتى كمشروع على البرلمان، رغم إنشاء عدة لجان لدراسته، إذ يعتبر صدور قانون الأسرة متأخراً مقارنة بالقوانين التي ظهرت، وقد فسر الأستاذ بن شنب ذلك بأن تأخر صدور قانون الأسرة وجود صراع حقيقي بين جناح المحافظين وجناح الإصلاحيين<sup>(1)</sup>، وهو التفسير المنطقي والأقرب للواقع.

---

(1) Benchneb, le droit algérien de la famille entre tradition et la modernité, revue algérienne des sciences juridiques et économiques et politiques, n 01, mars 1982, p 23.

وبعد الاستقلال ظهر هناك فراغ تشريعي كبير من جهة، ومن جهة أخرى عدم وجود قوانين جاهزة تحل محل القوانين الفرنسية، أو على الأقل نماذج تشريعية واضحة.

وقد شكل صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي صار يحكم العلاقات الأسرية. والحقيقة أن المشرع الجزائري بإصداره لقانون الأسرة قد خطى خطوة موفقة في إيجاد الإطار القانوني المناسب للعلاقات الأسرية رغم بعض النقائص الموجودة فيه، وهو أمر طبيعي في كل القوانين التي تصدر لأول مرة.

وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري توالى ردود الفعل على هذا القانون، وتوالى الانتقادات ولازالت إلى حد الآن، إذ قيل عنه الكثير سواء في الجانب الإيجابية للمؤيدين أو الجوانب السلبية التي يراها بعض المعارضين لهذا القانون.

فمعظم دساتير الجزائر ابتداء من سنة 1963 وسنة 1976 إلى سنة 1989 وحتى سنة 1996 تضمنت مبدأ إلغاء كل تمييز قائم على الجنس أو العرق أو الدين، كما تضمنت مبدأ التساوي بين المواطنين في الحقوق والواجبات. غير أن أحكام قانون الأسرة لسنة 1984 جاءت متناقضة مع هذه المبادئ وقد ذهب الاتجاه الرافض لقانون الأسرة إلى أبعد حد في الاختلاف عندما اعتبر أن قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 كرس هيمنة الرجل على المرأة، خاصة انعدام المساواة بين الرجل والمرأة، فاعتبروا أنه قانون رجعي من جهة تساوي الرجل بالمرأة، إذ قرم المركز القانوني للمرأة واعتبرها عديمة الأهلية.

وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ عدم التمييز بين الجنسين في مادتيه 39 من دستور 1976 والمادة 29 من دستور 1996.

ومن هنا ظهرت الحاجة للمطالبة بتعديل هذه النصوص حتى يكون القانون أكثر انسجاما يراعى فيه الجوانب المادية والشرعية ويأخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع من الجانب العلمي والاقتصادي والاجتماعي تحقيقا لهذه المطالبة.

وقام بتعديل قانون الأسرة من خلال الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005 والموافق بقانون رقم 05-09 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق ل 4 مايو 2005، غير أن مشروع هذا التعديل لم يحل للمناقشة والإثراء من خلال الهيئة التشريعية، إذ صدر بأمر رئاسي ثم أحيل على البرلمان وتمت المصادقة عليه.

وفي ظل المعطيات السابقة والتناقضات السائدة والنداءات المرفوعة هنا وهناك حول وجود حقوق المرأة وانعدامها، ووجوب المساواة بين الرجل والمرأة ارتأينا أن نقوم بهذا البحث بغرض إبراز المكانة القانونية لكل من المرأة والرجل في ظل قواعد قانون الأسرة، والاختلافات التي أحدثتها بعد تعديل 02-05 انطلاقاً من منطلق التوازن بين مركزي كل من المرأة والرجل في إطار العلاقة الزوجية.

كيف وزن المشرع الجزائري في تعديل 02-05 لقانون الأسرة بين مركزي كل من المرأة والرجل أثناء قيام العلاقة الزوجية؟ وما مدى احترام القواعد الدستورية التي نصت على مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الرجل والمرأة.

إلى أي حد روعي تأهلية المرأة وقدرتها على إبرام التصرفات القانونية المتعلقة بمركزها القانوني؟

ما مدى حرية كل من المرأة والرجل في إبرام عقد الزواج؟

وهل وجود الولي كشرط شكلي في عقد زواج الراشدة هو خروج عن أحكام الشريعة الإسلامية؟ وما مدى مساهمة بالمركز القانوني للزوج؟

ما مدى حرية المرأة في وضع شروطها في عقد الزواج؟ وما مدى مساهمة ذلك بالمركز القانوني للزوج؟

هل إعطاء الزوجة الحق في اشتراط عدم تعدد الزوجات فيه مساهمة بحق الزوج في التعدد؟

كيف وزن المشرع الجزائري بين حقوق وواجبات الزوجين بجعلها حقوقاً وواجبات مشتركة؟

هل إعطاء المرأة الحق في طلب الطلاق على قدم المساواة مع الرجل هو مساهمة بحقه أم هو تكريس لحرية المرأة ولمبدأ المساواة المنصوص عليه دستورياً؟

ما مدى شرعية تقييد ممارسة الحضانة؟

ما مدى المساواة الممنوحة قانوناً لكل من الزوج والزوجة بعد فك الرابطة الزوجية؟

إن البعدين الذين يطبعان قواعد قانون الأسرة وهما البعد الديني الإسلامي باعتبار قواعد قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية، والبعد الفلسفي للقانون الوضعي باعتبار وجود دستور يتطلب سمو قواعده

على كل القواعد القانونية الأخرى وعدم تناقضها معه، هذين البعدين يجعلان مهمة المشرع في التوفيق بينهما صعبة وربما يولد التشريع قواعد قانونية متناقضة.

### أهمية البحث وأسباب اختياره

تتصدر اليوم قضية المساواة بين الرجل والمرأة في الحياة بصفة عامة، وفي العلاقة الزوجية بصفة خاصة معظم الاهتمامات الفكرية والثقافية والدينية بالجزائر، نتيجة الوعي المتنامي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهدداً بشتى أنواع الآراء المتطرفة باسم الدين أحياناً، وباسم التطور والحداثة ومواكبة العصر أحياناً أخرى، الأمر الذي جعل نقص الفهم حول هذا الموضوع خطراً على وضع الأسرة والمجتمع، وذلك لكون قضايا الأسرة تتأثر بالإيديولوجيات الفكرية المختلفة، فهو بذلك يخدم رجال الشريعة والقانون في محاولاتهم المستمرة لتطوير قانون الأسرة والاستجابة لمتطلبات العصر.

ومن هذا المنطلق، تأتي دراستنا لتسليط الضوء على حقيقة هذه المساواة والموازنة، وهل هي مساواة حقيقية أم شكلية، وكذا الانعكاسات الإيجابية والسلبية لتعديل قانون الأسرة على الواقع الاجتماعي للأسرة الجزائرية بصفة عامة وللزوجين بصفة خاصة.

### المنهج المتبع في البحث

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث، وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام المنهج المقارن كأساس في الدراسة النقدية المقارنة بين مواد قانون الأسرة لسنة 1984، وبين المواد التي شملها التعديل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة بناء على الأمر رقم 05-02 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005 واستخلاص أوجه الموازنة بين مركزي الزوجين إلى جانب استخدام المنهج التحليلي كأساس بمعرفة مضمون وعمق ما ذهب إليه قانون الأسرة لسنة 1984، وما لحقه من تعديل سنة 2005 بغرض الوصول إلى معرفة الأسباب التي دفعت المشرع إلى تعديل أحكام قانون الأسرة، وكذا الأساس الذي بنيت عليه هذه الأحكام.

## الفصل الأول: الموازنة بين مركزي الزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية

عرفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري عقد الزواج بأنه: «الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين، والمحافظة على الأنساب.».

وعندما وقع تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 أضافت في تعريفها للزواج بأنه: «...عقد رضائي»، تقييدا وتحديدا لعموم المادة 4 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984.

انطلاقا من هذا النص، نستنتج أن المشرع يسمو بالزواج، عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق ومصالح مادية أو منفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر، بل هو ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام لبناء الأسرة وتحمل أعبائها.<sup>(1)</sup>

وبالتالي فإن البحث عن المركز القانوني لكل من الرجل والمرأة في عقد الزواج ومدى الموازنة والتكافؤ بينهما أثناء قيام العلاقة الزوجية، لا يكون إلا في إطار معرفة مدى أهلية الزوجين لإبرام عقد الزواج، وكذا مدى توافر إرادتهما ومراعاة حريتهما كطرفين متكافئين و إلى أي حد روعيتأهلية الزوجين وحريتهما على إبرام التصرفات القانونية المتعلقة بمركزيهما القانونيين؟

على ضوء هذه الأسئلة نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق إلى مدى الموازنة بين مركزي الرجل والمرأة عند إبرام عقد الزواج (المبحث الأول)، ثم نقوم بالموازنة بين مركزي الزوجين في الحقوق والواجبات الناتجة عن الرابطة الزوجية (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: الموازنة بين مركزي الزوجين عند إبرام عقد الزواج

باعتبار عقد الزواج هو عقد رضائي؛ فإنه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة التي يكون لها وحدها القدرة على إنشاء مختلف الالتزامات القانونية بما في ذلك عقد الزواج، ووجود مبدأ سلطان الإرادة في عقد الزواج يعني توفر أمرين أساسيين ولهما أهمية بالغة يتمثلان في الرضا الحر الصحيح والتام الصادر عن شخصين يتمتعان بأهلية كاملة.

(1) سعد عبد العزيز قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 37.

وعلى هذا الأساس سنقوم بدراسة أهلية الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج (المطلب الأول)، كما سنتعرض إلى مدى حرية الرجل والمرأة في انعقاد الزواج، ومدى المساواة بين مركزيهما القانونيين في هذا المجال خاصة حينما يتعلق الأمر بالرضا، ومدى تقييد سلطة الولي للرضا الحر للمرأة، وكذا مدى الحرية الممنوحة للزوجين للاشتراط في عقد الزواج (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: مدى أهلية الزوجين في انعقاد الزواج

من الشروط الموضوعية التي تنص عليها مختلف القوانين المقارنة شرط الأهلية نظرا لأهمية عقد الزواج و ما يترتب عليه من أعباء<sup>(1)</sup>، و قبل التعرض للموازنة بين مركزي الرجل و المرأة في أهلية الزواج (الفرع الثاني)، لا بد من التطرق فيما يلي تعريف أهلية الزواج (الفرع الأول).

### الفرع الأول: تعريف أهلية الزواج

نعني بأهلية الزواج صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، إذ تنص المادة 40 من ق م ج على ما يلي: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة». هذا هو سن الرشد المدني.

ومما يلاحظ في الأحكام الواردة في إنشاء عقد الزواج في قانون الأسرة، أنها لم تذكر الأهلية عند بيان أركان الزواج، وقد تعرض إليها في مادة خارجة عن الأركان، و إبعاد الأهلية عن أركان الزواج ليس معناه أنه لا يشترط الأهلية، فحسب الأحكام العامة للتشريعة، فإن شروط انعقاد عقد الزواج هي التي يجب توافرها عند إنشاء كل عقد. ومنها أن لا يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية<sup>(2)</sup>.

وتعرف الأهلية بأنها: «صفة يقدرها الشارع تجعل الشخص محلاً صالحاً للخطاب»<sup>(3)</sup>.

(1) الجوفي مريم أحمد، القانون واجب التطبيق على الزواج، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1987، ص 30.

(2) ابن ملحة الغوثي، قانون الأسرة، على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 30.

(3) الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، 2004، ص 783.

و تتدرج الأهلية في الإنسان منذ أن يبدأ وجوده إلى أن يكتمل نموه، فتثبت له بعض الحقوق أولاً كحق الميراث الذي يتهيأ له و هو لا يزال جنيناً في بطن أمه، ثم تكتمل حقوقه كلها و تجبر عليه بعض الحقوق بعد ولادته، ثم تصح منه بعض التصرفات فإذا اكتمل نموه الجسمي و العقلي اكتملت أهليته، وتثبت الأهلية في درجاتها المختلفة بتقدير الشارع (1).

والأهلية نوعان: "أهلية وجوب و"أهلية أداء".

**أهلية وجوب:** «وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه.» (2).

**أهلية أداء:** «وهي صلاحية الإنسان لاستعمال الحق»، ويحصل أن تتوافر للإنسان أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فيكون متمتعاً بالحق وهذه أهلية الوجوب دون أن يستطيع استعماله بنفسه وهذه هي أهلية الأداء.

## الفرع الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في أهلية الزواج

تناول المشرع الجزائري مسألة الأهلية في عقد الزواج بالتنظيم في قانون الأسرة الصادر سنة 1984، إذ حددها ب 21 سنة بالنسبة للذكر و 18 سنة بالنسبة للأنثى، غير أن تعديل 2005 لقانون الأسرة جاء بفكرة جديدة وهي توحيد سن الزواج بالنسبة لكل من الرجل والمرأة، وذلك ببلوغ كل منهما 19 سنة. وأجاز الزواج لمن لم يبلغ السن المحددة لذلك، بشرط الحصول على رخصة قبلية، وهنا نتساءل هل يقصد المشرع باكتمال الأهلية بتمام 19 سنة هو اكتمال أهلية عقد الزواج؟ أم أهلية صلاحية كل منهما ليكون زوجاً؟ ويتبادر إلى أذهاننا سؤال آخر وهو لماذا لم يساو المشرع بين أهلية الزواج مع سن الرشد المدني قبل تعديل 2005 لقانون الأسرة؟ فالقانون المدني منح الشاب الذي بلغ سن الرشد المدني بأن يمارس جميع حقوقه المدنية والسياسية والقيام بالتصرفات المالية وإبرام العقود، فعلى أي أساس منعت المادة 07 من ق أ ج من إبرام عقد الزواج لعدم اكتمال أهليته (3)؟

وهل توحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة هو تطبيق لمبدأ المساواة خلال إبرام العقد؟

---

(1) سراج محمد أحمد ، نظرية العقد و التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 71-72.

(2) جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها، بدون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، 1993، الجزائر، ص 12.

(3) ابن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 424.

لقد كافحت النساء في المحافل الدولية لرفع سن الزواج، وأعطى هذا الكفاح ثماره، إذ تم تحديد سن الزواج في نص المادة 07 من قانون الأسرة لعام 1984 التي جاء فيها أن أهلية الرجل للزواج تكتمل بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، ويمكن اعتبار المادة 7 هذه متطابقة مع نص توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخة في 1 نوفمبر 1965 والتي تقرر سن 15 سنة كحد أدنى للزواج. كما أن اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 هي الأخرى تشيد بضرورة تحديد السن الأدنى للزواج ب 18 سن، إذ يعتبر الزواج والإنجاب عاملين مباشرين لإيقاف البنات والنساء على مواصلة تعليمهن<sup>(1)</sup>.

ما يلاحظ على نص المادة عند تحديده لسن الأهلية للزواج قبل التعديل أنه قد خالف قواعد القانون المدني، إذ نص هذا الأخير على أن سن الرشد حسب المادة 40 هو 19 سنة كاملة، أما في المادة السابقة (7 ق أ ج)، فيحدد أهلية الزواج ب 21 سنة. وهذا يعتبر تعارضاً مع القانون المدني.

غير أن السؤال المطروح على غرار عدم مساواة بين أهلية الزواج في المادة 07 ق أ ج مع سن الرشد المدني في المادة 40 ق م ج هو: لماذا جعل المشرع الجزائري أهلية الزواج بالنسبة للمرأة 18 سنة، ورفع سن أهلية الزواج بالنسبة للرجل ب 21 سنة؟ هل ذلك لاعتبارات بيولوجية، أم اجتماعية، أم اقتصادية؟ وهل اعتبر مركز المرأة أمام الرجل أقوى أم أقل قوة بما أنه منحها أهلية الزواج في سن مبكرة من تلك التي منحها للرجل<sup>(2)</sup>؟

اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقضي بتوفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من التزامات وواجبات عائلية واجتماعية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية، ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية<sup>(3)</sup>.

وقد كانت أهلية الزواج كما ذكرنا قبل تعديل 2005 محددة بسن 21 سنة للرجل وسن 18 سنة للمرأة، غير أنه وأمام الانتقادات التي وجهت للقانون، تم تعديل النص القانوني، وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني؛ أي 19 سنة كاملة، إذ جاء النص المعدل كما يلي: «تكتمل أهلية الرجل

---

(1) طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جوان، 2000، ص 17.  
(2) رزيق مسعود، انعكاسات تعديل قانون الأسرة الجزائري على الاستقرار الأسري، دراسة حالة بمدينة باتنة، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في علم الاجتماع القانوني، كلية العلوم الاجتماعية والسياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010، ص 100.  
(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص

والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

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

أما فيما يتعلق بالسن القانونية للزواج 19 سنة، فهو منطقي تماشيا مع سن الرشد المدني، إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية؛ لأن النص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه مع مراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون، وهي القدرة الجسدية والمادية، بالإضافة إلى القدرة على تحمل المسؤولية.

وعلى هذا الأساس، فإن 19 سنة كاملة للرجل والمرأة هو في ذات الوقت سن الرشد القانوني حسب المادة 40 ق م ج، بأن يكونا كاملَي الأهلية، ودون أي عارض من عوارضها (م 81 ق أ ج، م 42-44 ق م ج).

فالمشروع الجزائري ربط سن الزواج بالأهلية، وهذا لا يتصل بالبلوغ، لكن له علاقة بحكم المادة 81 من قانون الأسرة فيما يخص فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو لجنون أو لعتة. وعليه لم يبين قانون الأسرة حكم الزواج بالنسبة للمجنون والمعتوه.

وقد سائر المشروع هنا اعتبارات سن الرشد القانوني، وتبعات الحياة الزوجية المادية والمعنوية، ومسؤوليات الزواج الجسدية والخطيرة، وكذا العوامل البيولوجية والنفسية، كما تستوجب العقل والبلوغ بأن يكون الزوجين بالغين عاقلين.

وما تجدر ملاحظته بشأن تحديد سن الزواج الوارد في تعديل المادة 7 من قانون الأسرة، هو أن المشروع ساوى بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج، وهي مساواة شكلية أكثر منها جوهرية، خاصة إذا علمنا أن المشكلة التي يشكو منها المجتمع الجزائري هي مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة، وليس الزواج المبكر، ومشكلة البطالة والعجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل<sup>(1)</sup>.

إن القوانين التي سبقت قانون الأسرة الجزائري سواء منها ما صدر خلال فترة الاحتلال أو بعدها، كلها حافظت على الاستثناء الذي يمكن من إبرام عقد الزواج قبل بلوغ السن المقررة؛ لأن قانون الأسرة يحدد أهلية الزواج بالنسبة للرجل ب 19 سنة و للمرأة ب 19 سنة تطبيقا لمبدأ المساواة المنصوص عليه في

(1) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 26.

الدساتير والاتفاقيات الدولية. غير أنه يمكن إبرام عقد الزواج قبل بلوغ هذا السن إذا كانت هناك ضرورة أو مصلحة، وهذا يعد استثناء لما جاءت به المادة 7. لكن يلاحظ على هذا القانون ما يلي:

- جعل سن المرأة المؤهلة للزواج بـ 19 سنة وهو السن المحدد في المادة 40 ق م ج.

- جعل أهلية الزواج منتهية بسن الحضانة في الحالات العادية، وعليه حافظ المشرع على الفتاة التي تكون أمها مطلقة فجعلها تنتقل من بيت أمها الحاضنة إلى بيت زوجها دون بقائها في بيت أهلها محافظة عليها من زوجة الأب.

- جعل أهلية الزواج بالنسبة للرجل 19 سنة كاملة.

لكن الجديد في المادة 07 بعد تعديلها، أن الاستثناء الخاص بالزواج قبل بلوغ سن الأهلية أصبح يشمل كل من المرأة والرجل، بعدما كان في السابق يقتصر على المرأة فقط، زيادة على ذلك نجد أن المشرع قد منح القاصر في عقد الزواج الأهلية الإجرائية أو ما يعرف بأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات<sup>(1)</sup>.

وما يجب ملاحظته أن المشرع رغم تعديله لنص المادة 07، إلا أنه بقي متوسعا في عملية الاستثناء، وهذا ما يدفعنا حتما إلى القول أننا لا محالة سوف نقف يوما أمام القاضي بمنح الإذن بالزواج لشاب لم يبلغ من العمر 16 سنة، وهذا لكون القاضي له امتياز منح الإذن، ولا توجد أية رقابة عليه. ولهذا فقد يتحول الاستثناء إلى قاعدة والقاعدة إلى استثناء. والأجدر بالمشرع لتفادي هذه الحالة أن يحدد الاستثناء بسنة أو سنتين قبل بلوغ أهلية الزواج؛ لأن هذا العقد ينجر عنه تكوين أسرة التي هي عماد المجتمع والتي تقوم أساسا على تحمل المسؤولية<sup>(2)</sup>.

---

(1) حداد عيسى، عقد الزواج دراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص 28.

(2) حداد عيسى، المرجع نفسه، ص 28.

## المطلب الثاني: مدى حرية الزوجين في إبرام عقد الزواج

عقد الزواج لا يتم إلا إذا ثبت بوضوح بأن الطرفين أرادا حقيقة أن يربطاً مصيرهما بالزواج، وأن كل واحد منهما راض عن الزواج. وبالتالي فإن الرضا في عقد الزواج هو الذي يعبر في آن واحد عن إرادة كل من الزوجين، وعلى اتفاق الإرادتين<sup>(1)</sup>، لكن هذا لا يمنع من اقتران عقد الزواج بالشرط.

و عليه سنتطرق إلى أهمية توفر الرضا في عقد الزواج (الفرع الأول)، ومدى تقييد سلطة الولي للرضا الحر للمرأة (الفرع الثاني)، ومدى حرية الزوجين في وضع شروطهما في عقد الزواج (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: التراضي

من المعلوم أن القانون يعتبر التراضي ركنا في جميع العقود والتصرفات (م 59 ق م ج). وهو أساس عقد الزواج لربط الطرفين وفقا لنص المادة 9 ق أ ج<sup>(2)</sup>.

لا يستطيع أي عقد أن يكتب له البقاء إلا بتوافر عنصر الرضا الذي يعد الركن الأساسي في جميع العقود سواء منها المالية أو غير المالية، أو أي عقد آخر مهما كان الطرف العاقد، إذ أن أحد أطراف العقد يعبر عن إرادته في التعاقد مع الطرف الآخر على عمل من الأعمال الشرعية والقانونية، ومتى صدر التعبير من الطرف الثاني وكان مطابقا للتعبير الصادر من الطرف الأول؛ فإن ركن الرضا يكون قد تحقق، فالرضا إذن هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني وهو في موضوعنا هذا عقد الزواج، توافقا وتطابقا لإرادة الخطيبين على إبرام عقد الزواج، وتنفيذه فيما بينهما وفقا للشرع والقانون<sup>(3)</sup>.

وقد حدد قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله أركان عقد الزواج وجعلها 4 ومن ضمنها ركن الرضا في المادة 09 قبل التعديل، إذ نصت المادة على ما يلي: «يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق». وهذا النص وضع تحت عنوان أركان الزواج.

أما في التعديل الجديد، فقد تغير الوضع تماما، فلم يبق من تلك الأركان الأربعة سوى ركن واحد وهو الرضا، أما بقية الأركان الأخرى فقد أدرجت ضمن شروط صحة الزواج، إذ جاء في المادة 9 المعدلة ما يلي: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين».

(1) بن ملحّة الغوثي، المرجع نفسه، ص 34.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 243.

(3) حداد عيسى، المرجع السابق، ص 28.

من خلال النص الأخير نستنتج أن عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد وهو الرضا، فإذا اختل ركن الرضا لم ينعقد العقد أصلاً، ويكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وقد نصت على هذا الحكم المادة 33 الفقرة 1 المعدلة، إذ جاء فيها ما يلي: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.».

مع ملاحظة أن ركن الرضا من الناحية الفقهية هو الركن الوحيد المتفق عليه بين الفقهاء، فإذا انعدم الرضا فلا ينعقد العقد، أما الأركان الأخرى فتجد اختلافًا كبيرًا بين الفقهاء بشأنها.

كما أن قانون الأسرة قد أغفل موضوع عيوب الرضا، إذ يوجد الرضا في الزواج لكنه يكون معيباً كحالة الإكراه المعنوي، فما مصير الزواج<sup>(1)</sup>؟

لقد كانت المادة 9 من ق أ ج في الأول تنص على أنه يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبوليتهما وشاهدين وصدّاق، ولما وقع التعديل بموجب الأمر رقم 05-02 قسمت هذه المادة إلى 3 مواد وهي:

المادة 09 ونصت على أن ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.

المادة 09 مكرر نصت على أنه يجب أن يتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: وهي أهلية الزواج، الصدّاق، الولي، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية.

المادة 11 والتي جاء فيها أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها، أو أحد أقاربها، أو بحضور أي شخص تختاره.

وبتحليلنا لنصوص هذه المواد، يمكن أن نستنتج أن التعبير عن رضا كل واحد من الزوجين في الاقتران بالآخر، يكون رضا علنياً تاماً، دون غش، أو إكراه، أو تهديد، وهو أمر لا بد من توفره صراحة لإمكانية قيام الزواج وسلامته، وبدون توفر عنصر الرضا في عقد الزواج يكون العقد منعدماً لعدم قيام ركن الرضا لانعقاده، و ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يدفع ببطلانه<sup>(2)</sup>.

(1) بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 55.

(2) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 38.

ولما كانت الإرادة أمرا خفيا لا إطلاع لأحد عليها؛ لأنها من الأمور الباطنية التي لا يعلمها إلا صاحبها؛ فإنها كانت في حاجة إلى ما يظهرها إلى الوجود<sup>(1)</sup>.

ولما كان الرضا شيئا كامنا في النفس، لا يظهر إلا بالتعبير عنه بالصيغة التي تدل عليه، جعل الفقهاء هذه الصيغة ركنا من أركان العقد الأساسية، وهي كل ما يدل على الإيجاب والقبول، ومن ثم تقضي المادة 10 ق أ ج في فقرتها الأولى على ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول<sup>(2)</sup>.

ويكون التعبير عن الرضا، بالإيجاب والقبول؛ أي بأن يعلن الزوج رغبته في الزواج من الزوجة، وتعلن الزوجة عن قبولها بالاقتران به، على أن يكون كل ذلك بحضور الولي والشاهدين، ومتبوعا بتسمية الصداق وتحديده، وهذا هو المعنى الذي تضمنته المادة 09 المعدلة، حين نصت على أن ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين. وكذلك المادة 10 ق أ ج، حين نصت صراحة على أن يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

أما ما يمكن أن نلاحظه هنا، هو أن المشرع الجزائري في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، قد ألح على وجوب توفر الرضا للزوجين كركن لانعقاد الزواج، ولكنه سكت عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضائهما بالزواج، إذ أنه لم يذكر ما إذا كان يجب أن يكون التعبير عن الرضا شخصا في مجلس العقد، أو يمكن أن يكون بواسطة الولي، أو المفوض، أو الوكيل<sup>(3)</sup>.

كما أشارت المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى أن رضا الزوجين هو الركن الأساسي لعقد الزواج، وأنه يبطل الزواج بانعدام الرضا، كما أنه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على إتمام مراسيم الدخول بها، رغم معارضتها له أو عدم رضاها به. فإنه بمجرد اقتران القبول بالإيجاب في مجلس واحد يتم عقد الزواج (م 09، 10 ق أ ج)، والإيجاب هو العرض الصادر من أحد الأطراف لإنشاء العلاقة الزوجية، أما القبول فهو الموافقة على هذا الإيجاب الصادر من الطرف الآخر<sup>(4)</sup>.

وقد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى التعديل الجديد الوكالة في عقد الزواج بإلغائه المادة 20 ق أ ج، ذلك أن الأصل في كل العقود أن يقوم بإنشائها العاقدان شخصا. أحدهما بالإيجاب والآخر بالقبول، للتأكد من القصد الحقيقي ورفع كل لبس أو إشكال، بالإضافة إلى هذا، فإن عقد الزواج من العقود التي تتعلق بها

(1) حداد عيسى، المرجع السابق، ص 29.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 141.

(3) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 39.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 141.

أحكام خطيرة وجسيمة، من نفقة ونسب وسكن وحضانة وغيرها، مما يستوجب حضور الطرفين شخصياً لإشعارهما بمسؤوليات الزواج، وما يترتب عليه من آثار والتزامات مختلفة<sup>(1)</sup>.

أعطى المشرع دون قلب البنية التقليدية للعائلة، قوة للرضا المتبادل خلال انعقاد عقد الزواج، وأقام المساواة فيما يتعلق بسن الزواج<sup>(2)</sup>، كما قام من خلال المادة 04 ق أ بالتذكير بأهمية رضا الزوجين معا عند إتمام عقد الزواج، والتركيز على المساواة والموازنة بين الزوجين في ذلك، إذ يعتبر الرضا المتبادل جوهر المساواة بين الزوجين، ويترتب على انعدامه بطلان عقد الزواج طبقاً للمادة 33 ق أ.

باستقراء المادتين 04 ق أ ج لسنة 1984، والمادة 4 ق أ ج المعدلة، نلاحظ أن كل ما تم تعديله في هذه المادة هو أن المشرع قد أضاف كلمة رضائي أمام عبارة عقد للدلالة على أن عقد الزواج يقوم أساساً على الرضا باعتباره العنصر الجوهرى في العقد.

وكما هو معلوم أن عنصر الرضا هو من أحد أهم أركان عقد الزواج، وبهذا يكون المشرع قد أصاب في هذا التعديل إلى حد ما؛ لأن الرضا مهم جداً في عقد الزواج حتى من الناحية الشرعية، بغض النظر عن نية المشرع ووجهته القانونية.

ولم يعرف قانون الأسرة الجزائري الرضا في عقد الزواج، وإنما اكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة 10 بتحديد قسماً الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول. ونظراً لعدم تعريف المشرع لركن الرضا يمكن الرجوع إلى التعريف الفقهي له<sup>(3)</sup>.

ومن بين تلك التعريفات ما عرفه بدران أبو العينين بقوله: «الإيجاب والقبول الصادر من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر، و يتحقق المراد من صدورهما.»<sup>(4)</sup>.

وقد تناول المشرع الجزائري أثر تحلف عنصر الرضا في نص الفقرة الأولى من المادة 33 من ق أ والتي جاء فيها: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا». ومفادها أنه يترتب البطلان إذا ما تحلف ركن الرضا، ولا ينتج عن العقد أي أثر، ولا ينشأ عنه أي التزام على أحد الزوجين اتجاه الآخر، سواء قبل الدخول أم بعده.

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 146.

(2) AIT ZAY Nadia, Guide amendements code de la famille algérien, centre d'information et documentation sur les droits de l'enfant et de la famille, 2007, p 3.

(3) ابن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 327.

(4) بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق، في الإسلام، عدد الطبعة غير مذكور، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1964، ص 56.

وفي جميع الأحوال فإن مثل هذا العقد الباطل يجوز للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يطعن في هذا العقد بالبطلان أمام القضاء.

غير أن مقصود الشرع من تخلف عنصر الرضا، يشمل بالأساس تخلف رضا المرأة صغيرة كانت أم كبيرة، وأما عند جمهور الفقهاء فإن تخلف عنصر الرضا بالنسبة للصغيرة والمجنونة ومن في حكمها لا يبطل به العقد.<sup>(1)</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كرس في المادة 09 ق أ المبدأ المنصوص عليه في المادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج بقولها: «لا ينعقد قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعرايهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون.».

وبخصوص هذا الأمر أيضا تنص المادة 23 الفقرة 3 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: «لا يتم الزواج بدون الرضا الكامل والحر للأطراف المقابلة عليه.».

نستخلص من مضمون هذه المواد بأن رضا المرأة بصفقتها طرفا في العقد ضروريا لكي يصح ويتم عقد القران ويرتب آثاره القانونية تماما كما يعتبر رضا الرجل ضروريا بصفته الطرف الثاني للعقد.

وأبعد من ذلك نجد أن الرضا يجب أن يكون كاملا وحرًا.

كاملا: بمعنى أن تكون الزوجين راضيين بكل ما يتعلق بهذا العقد ابتداء من اختيار الزوج أو الزوجة إلى غاية تحديد ميعاد الزواج.

أما المقصود بالرضا الحر، فهو ألا يخضع الزوجين لأي ضغط أو تأثير مهما كان نوعه أو سببه عند إفصاحهما بنية قبول الزواج أو رفضه.

وقد كان في الكثير من الحالات موجود في الجزائر ما يسمى "بالزواج الإجمالي" المستمد من ممارسة مبنية على النظام الأبوي للعائلة، إذ كان الأب أو الولي بصفة عامة له الحق في إجبار المرأة التي تحت ولايته على الزواج دون أن يبدي اهتماما لرأيها، لكن بعد صدور ق أ ج لسنة 1984، أصبحت مثل هذه الممارسات محظورة، إذ كانت المادة 09 منه تنص على أنه: «يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق»، بل وفي تعديل 2005 أصبحت الرضائية هي الركن الوحيد في عقد الزواج

(1) رزيق مسعود، المرجع السابق، ص 338.

تجسيدا للمبدأ الدستوري المنصوص عليه في المادة 39 حرية حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرية في إبرام التصرفات القانونية<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني: الولي في عقد الزواج

يعد الولي أحد العناصر الجوهرية لإبرام عقد الزواج، والذي أخذ حصة الأسد باستقطاب النقاشات الحادة حول ضرورة وجوده من عدمه في إبرام عقد الزواج، وبصيغة أدق الموقف الحقيقي والفعلي في الوجود القانوني للعقد وآثار تخلفه وأمام الثورة القانونية حول هذا العنصر ومدى تقييده لحرية المرأة في إبرام عقد الزواج، ارتأينا تسليط الضوء على الولي من خلال تحديد مفهومه وأنواعه وتحديد موقف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الساري المفعول، وقانون الأسرة المعدل.

### أولاً: مفهوم الولي

الولاية هي السلطة التي يستطيع بها الشخص إنشاء عقد الزواج نافذا لنفسه ولغيره، ذلك لأن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة شيء من العار أو الفخار.

**1- تعريف الولي:** لم يعرف المشرع الجزائري الولاية في الزواج، ولم يحدد أقسامها ولا دليلي شرعيتها، وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

يعرف الشيخ محمد أبو زهرة: «يشترط لنفذ العقد أن يكون الذي تولى إنشاؤه له ولاية إنشائه، فإذا كان الذي تولى عقد الزواج كامل الأهلية وعقد لنفسه فعقده صحيح نافذ، وكذلك إذا عقد لمن هو في ولايته، أو من وكله في إنشاء العقد. ففي كل هذه الأحوال كانت له ولاية الإنشاء بالأصالة في الأول، وبالولاية الشرعية في الثانية، وبالوكالة في الثالثة»<sup>(2)</sup>.

وإذا لم يكن للعائد ولاية الإنشاء، إما لأنه ليس كامل الأهلية، أو لأنه كامل الأهلية، لكن عقد لغيره من غير إنابة بحكم الشارع أو بتوكيل صاحب الشأن، فإن العقد لا يكون نافذاً، بل يكون موقوفاً<sup>(3)</sup>.

(1) طالبى سرور، المرجع السابق، ص 84

(2) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981، ص 154.

(3) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 29.

2- أنواع الولاية في عقد الزواج: حسب ما جاء عند أبي زهرة: الولاية في الزواج يقسمها الفقهاء إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار، أو ولاية الشركة، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب. والولاية الأولى هي التي تعتبر ولاية كاملة لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه، ولا يشاركه فيه أحد. وأما الولاية الثانية، فهي تثبت على البالغة العاقلة وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تتفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها في اختيار الزوج، وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفائه معها على الزوج، ولذلك تسمى ولاية الاختيار؛ لأنه ليس له أن يجبرها، بل لابد أن تتلقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك، ويشتركان في الاختيار، ويتولى هو الصيغة؛ لأن أبا حنيفة يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها، ولكن يستحسن أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج ويسميها ولاية استحباب<sup>(1)</sup>.

3- دليل مشروعية الولاية في الزواج: يمكن أن نلمس شرعية الولاية في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وكذا ما جاء في المذاهب الفقهية الأربعة.

(أ) - مذهب جمهور الفقهاء: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة- في رواية- والإمام أبي يوسف- في رواية-<sup>(2)</sup> على وجود الولي في النكاح، فكل نكاح يقع بدون ولي يقع باطلا لصحة شرط الولي في حقها، إلا أن الولي يشاركها في اختيار الزوج، و ينفرد بتولي الصيغة بعد اتفائهما على الزواج، وجاء في بداية المجتهد: " أن النكاح لا يصح إلا بولي و لا ينكح المرأة إلا وليها"<sup>(3)</sup> إذ يرى جمهور الفقهاء ضرورة وجود الولي في عقد الزواج وقد استدلووا بذلك بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

- منالقرآن الكريم: قوله تعالى: « و أنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم»<sup>(4)</sup>.

و وجه الاستدلال في هذه الآية أنه لا يجوز للمرأة أن تتفرد بتزويج نفسها دون ولي أو وكيل عنه، لإضافة الأمر الذي يفيد الوجوب لعدم وجود دليل يخرج عنه، في قوله تعالى: "و أنكحوا للأولياء الرجال دون النساء."<sup>(5)</sup>

(1) محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص155.

(2) ابن قدامة، المغنى، شرح مختصر الخرقى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة، السعودية، 1997، ص399.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، الطبعة السادسة، دار المعرفة، بيروت، 1982، ص8.

(4) سورة النور، الآية رقم32.

(5) ابن العربي، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص1376.

واستدل الجمهور أيضا بقوله تعالى: «فانكحوهن بإذن أهلهن».(1)

هذه الآية في نظر الجمهور تبين مدى سلطة الولي في عقد زواج المولى عليها.

- من السنة النبوية الشريفة:وردت أحاديث تؤكد بطلان عقد الزواج الذي تقوم به المرأة دون مشاركة وليها سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، بمعنى أنها لا تستطيع القيام بتزويج نفسها أو غيرها حيث ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا نكاح إلا بولي»(2). ووجه الدلالة أن النهي الوارد في الحديث يدل على عدم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها و مباشرته بنفسها لاشتراط الولي في صحة نكاحها(3).

### ب- موقف المذهب الحنفي

خالف الحنفية مذهب جمهور الفقهاء فقالوا: أن الولي ضروري للصغيرة وللكبيرة المجنونة، أما البالغة العاقلة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا فإنها مباحة الحق في زواج نفسها ممن تشاء، ثم إن كان كفؤًا فذاك، وإلا فلوليها الاعتراض وفسخ النكاح(4).

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى إثبات أن للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها متى كان الزوج كفاءً، والمهر مهر المثل. ولا اعتراض لأحد عليها كما لها أن تزوج غيرها. واستدلوا بما يلي:

-من القرآن الكريم:قوله تعالى: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره»(5).

وقوله تعالى: «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف»(6).

فهذه الآيات الكريمة تدل على أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنه، ويرتب آثاره من غير توقف على إذن الولي أو على ولايته(7).

(1)سورة النساء، الآية رقم 25.

(2)البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13603. ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1880.

(3)الصنعاني، سجل السلام، دار المنار، القاهرة، مصر، 2002، ص 157.3

(4)سيد محمد سامح، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، الطبعة الثانية، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، مصر، 2005، ص 51.

(5)سورة البقرة، الآية رقم 230.

(6)سورة البقرة، الآية رقم 232.

(7) بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 64.

-من السنة النبوية الشريفة: ما ورد في السنة النبوية من أحاديث كثيرة تدل على أن للمرأة حق الولاية على نفسها منها:

ما رواه ابن عباس عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها»<sup>(1)</sup>.

فدل هذا الحديث الصحيح على أن المرأة أحق من الولي في عقد زواجها. إن المرأة عندما تباشر عقد زواجها بنفسها، إنما تتصرف في حق خالص لها وهو نفسها ولا اعتراض لأحد عليها في ذلك، مادامت بالغة راشدة، وتزوجت بكفء، وبمهر المثل، وإنما يطالب الولي بمباشرة العقد استحباباً وصونا للمرأة من حضورها مجالس الرجال، يقول ابن القيم: «إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة، لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون إذنها، فكيف يجوز أن يخرج نفسها منها بغير رضاها؟ ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره»<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: وظيفة الولي وفق قانون الأسرة الجزائري ومدى تقييده للرضا للمرأة عند الزواج

بعدما اعتبرنا الولي شرطاً أساسياً في عقد الزواج باعتماد الأدلة من الكتاب والسنة الشريفة، ووضحنا رأي الحنفية المخالف للجمهور في ولاية المرأة البالغة الراشدة تزويج نفسها بنفسها، سنقوم بتبيان أهمية الولاية في قانون الأسرة من خلال التعرض لمسألتين أساسيتين: الأولى تتمثل في ضرورة وجود الولي في عقد الزواج قبل التعديل وبعده، والثانية مسألة عضل الولي.

### مسألة ضرورة وجود الولي في عقد الزواج قبل تعديل ق أ وبعده

أما عن موقف المشرع الجزائري من فكرة ضرورة الولي في العقد فإن أجيبنا بأن له الحق في ذلك. يبقى السؤال الآخر هل يجبر الولي المولى عليها على الزواج أم يستأذنها في ذلك؟ وهل سلطته مطلقة على المولى عليها كبيرة كانت أم صغيرة، بكراً أم ثيباً؟ ومن يمارس هذه السلطة من الأشخاص أ هو الأب، الجد، الوصي، أم جميع العصابة بما في ذلك المرأة؟ أم أن السلطة تختلف باختلاف الولاية من حيث الإيجاب والاختيار؟

(1)النسائي، كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، حديث رقم 5370. البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح الثيب، حديث رقم 13680.

(2) نقلاً عن ابن الشويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 64-65.

الواضح هو أن سلطة الولي على المولى عليها في الزواج تختلف باختلاف طبيعة المولى عليها كأن تكون كبيرة أو صغيرة، بكرا أم ثيبا، كما تختلف باختلاف الأشخاص كأن يكون الولي هو الأب أو الجد... من هذه الاحتمالات وهذا الطرح يمكن أن نعرف موقف المشرع الجزائري المتعلق بالولي والنتائج المترتبة على سقوطه في عقد الزواج باعتماد نص المادة 09 مكرر من ق أ ج، إذ يتضح من هذا النص أن المشرع اعتبر الولي شرطا في عقد الزواج، وسقوطه يترتب عليه بطلان العقد، وهذا وفقا لمذهب الحنفية الذي اعتبر الولي شرطا أساسيا في عقد الزواج، إلا أنه ومع ذلك فإن المشرع قيد الولي بشروط مختلفة، إذ جعل تخلف الولي على عقد الزواج منفردا يكون مآله الفسخ؛ معنى ذلك أنه لا يمكن للمرأة أن تتزوج بغير إذن وليها، ولا يمكن أن يصحح العقد بإجازته، أما إذا تخلف ركن الولي والشهود يكون مآل العقد البطلان(1).

وقد جاء في نص المادة 11 من قانون الأسرة قبل التعديل: «يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له».

وحسب النص تثبت الولاية في الزواج للأب في الدرجة الأولى ثم تنتقل لأقارب الزوجة الأولين إذا غاب الأب، وأخيرا يكون القاضي ولي من لا ولي له، وإذا امتنع الولي من زواج من هي في ولايته، بغير سبب شرعي، فإن الولاية في هذه الحالة تنتقل إلى القاضي حسب المادة 12 من قانون الأسرة الملغاة، هذا لأن القاضي يقوم بالعقد نيابة عن الولي الممتنع ظلما، ويكون عقده في قوة عقد الولي(2).

أما المادة 11 المعدلة فنصت على ما يلي: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره».

واضح من خلال هذا النص أن القانون قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد، سواء كان أبا، أو أحد الأقارب، أو أي شخص آخر تختاره، وهو ما يفتح الباب أمام التأويل؛ لأن أو المذكورة في النص تفيد التخيير، وبالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي الأب إلى أي شخص آخر تختاره قد يكون من الغير، وهذا الأمر يعد غريبا في مجتمعنا؛ لأنه يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن(3).

(1) حداد عيسى، المرجع السابق، ص 139.

(2) الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 65.

(3) الغوثي بن ملح، المرجع نفسه، ص 65.

كما يتضح من نص هذه المادة المعدلة أن المشرع قسم الولاية إلى قسمين: الأول يخص المرأة الراشدة، والقسم الثاني غير الراشدين قانونا.

فالنسبة للمرأة الراشدة، فطبقا لنص المادة 11 فقد حولها القانون إبرام عقد زواجها، وجعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد، لكن اشترط المشرع الجزائري إضافة إلى الرضا حضور الولي في عقد النكاح، وهذا الولي قد يكون الأب، وإن لم يكن الأب يكون أحد الأقارب دون تحديد درجة القرابة، وإن لم يكن أحد الأقارب يكون أي شخص آخر تختاره الفتاة العازمة على إبرام عقد زواجها، وهذا هو القسم الأول.

فالقانون لما نص على أن تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، جعل حضور الولي عقد الزواج شرطا للزومه، بما مؤداه أن المرأة الراشدة إذا زوجت نفسها بدون حضور وليها كان الزواج موقوفا على إجازة الولي، ودليلنا على ذلك أن النص عبّر: "تعقد المرأة" بما مؤداه أنها إذا عقدت زواجها انعقد صحيحا، ولكن القانون باشتراطه حضور الولي جعل حضوره لإجازة العقد، والإجازة قد تكون وقت العقد، أو تكون بعده، ويضاف إلى ذلك أن حضور الولي عقد الزواج ليس مقصودا به انعقاد العقد لأن الحضور هنا متروك تقديره للمرأة الراشدة، فقد تختار شخصا آخر غير وليها كما جاء في المادة 11<sup>(1)</sup>.

لكن هنا يستوجب التوقف عند هذه الفقرة من هذا النص، وما يهدف إليه المشرع من حيث الصياغة.

- نرى أن المشرع ذكر الأب أولا في الظاهر دون الاقتصار عليه وحده، بل عند غيابه يحل أحد الأقارب، دون تحديد درجة القرابة، علما أن القرابة درجات، كما أنها تقوم على عنصر الشفقة، ثم أي شخص آخر يتم اختياره من قبل المرأة نفسها.

وهنا السؤال هل المرأة ملزمة باحترام هذا الترتيب؟ أم لها الخيار خاصة أن المشرع استعمل حرف "أو" والمعروف أن هذا الحرف في اللغة العربية يستعمل للتخيير، معنى ذلك أن المرأة تختار من تشاء في عقد الزواج أن يكون وليها دون احترام هذا الترتيب طالما أن القانون يسمح بذلك.

وهذا يعني أن المشرع ترك الحرية للمرأة في اختيار الولي مع احترامها أو عدم احترامها لهذا الترتيب، بمعنى هل تضع المرأة اعتبارا للأب والعادات والتقاليد أم ترسم طريق حياتها دون أي اعتبار؟

(1) الجندي أحمد نصر ، شرح قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار الكتب القانونية- دار شتان للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص

وبالرجوع إلى قانون الأسرة قبل تعديله، لا نجد فيه نصاً يحمل في طياته طابع الإيجاب في عقد الزواج، بل الأكثر من ذلك فقد منحل القانون المرأة إن تعرضت إلى حالة الإيجاب في الزواج أن تلجأ إلى القاضي لمنع سلطة الإيجاب عليها<sup>(1)</sup>.

- الفقرة 2 من المادة 11 مع تأكيده على الإبقاء والمحافظة على أهلية الزواج إلا أنه جاء باستثناء عام يشمل كل من المرأة والرجل بأن يتزوجا قبل بلوغ سن الزواج، لكن هذا الاستثناء لم يكن مطلقاً، بل جاء مقيداً بشروط واردة في المادة 09 مكرر الفقرة 3 المتعلقة بالولي في عقد الزواج، بل نجده حصر الولي للقصر في الأب، وإن لم يكن الأب تنتقل الولاية إلى أحد الأقارب الأولين، أي الأقرب درجة، وهنا يكون المشرع قد راعى بهذا الترتيب عنصر الشفقة التي تقوم على أساسه الولاية، وفي حالة عدم وجود الأقارب الأولين يؤول الأمر إلى القاضي الذي يعد بدوره ولياً لمن لا ولي له.

وبهذا النص يكون المشرع قرر حماية في عقد الزواج، ولم يخرج عن القاعدة العامة الموجودة في القوانين الأخرى لما توليه من أهمية لهذه الفئة التي هي بحاجة إلى حماية أكثر<sup>(2)</sup>.

وقد أخذ قانون الأسرة بولاية الاختيار فقط بشأن القاصرة في المادة 13 المعدلة التي تنص على أنه: «لا يجوز للولي أياً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يجوزها بدون موافقتها». غير أن النص قد أغفل مسألة مهمة وهي حالة مخالفة أحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يجبر الولي ابنته عموماً راشدة كانت أم قاصرة على الزواج بمن لا ترضاه، فتضطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة، وهل يكون صحيحاً أم باطلاً؟

لذلك لابد من التفريق بين أمرين:

الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلاً.

الأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود، لكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه المعنوي، فهنا يكون العقد قابلاً للفسخ في هذه الحالة، إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد بإقامة الدليل بكافة الطرق على وجود الإكراه، ويكون لها هذا الحق سواء قبل الدخول أو بعده، فلا يعقل أن تجبر المرأة على البقاء مع رجل لا ترغب فيه، غير أن المشكلة قد تتعدى في حالة الحمل ويتقرر البطلان أو الفسخ، فهل ينسب الحمل للرجل أم لا؟

(1) حداد عيسى، المرجع السابق، ص 143.

(2) حداد عيسى، المرجع السابق، ص 143.

ب- مسألة اعتراض الولي على عقد الزواج: وقد يحدث في الحياة العملية أن ترغب المرأة الراشدة أو القاصرة في الزواج بمن ترغب فيه، فتلقى معارضة من أهلها، أو من الولي، فكيف سيكون الوضع في هذه الحالة؟

لم يتعرض قانون الأسرة لهذه الحالة، فبالرغم من أنه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة فقط؛ لأن الراشدة هي التي تتولى عقد زواجها بنفسها، ومع ذلك فإن اعتراض الولي على الزواج مسألة واردة. وفي هذه الحالة هل يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج<sup>(1)</sup>؟

لقد كانت المادة 12 من ق أ قبل التعديل تعالج هذا المشكل، ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة، وقد أكدت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 30 مارس 1993 مما جاء فيه: «ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاء بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون.»<sup>(2)</sup>.

غير أن النص ألغي بمقتضى التعديل الجديد، مما يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في المسألة، مما يقتضي العودة إلى أحكام المادة 222 من القانون التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وبالتالي يمكن للقاضي التدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسباً؛ لأن الفقه الإسلامي في مجمله يقر بإسقاط الولاية عن الولي في حالة المنع بدون مبررات معقولة، وبالتالي فإن القاضي ولي من لا ولي له.

ولسنا ندري في نهاية المطاف ما الذي حمل المشرع الجزائري على إلغاء نص المادة 12 السالفة الذكر، مع أم النص وضع لحماية المرأة الراشدة والقاصرة من تعسف الولي في استعمال سلطة التزويج<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: الاشتراط في عقد الزواج

(1) حداد عيسى، المرجع السابق، ص 144.

(2) قرار بتاريخ 30 مارس 1993.

(3) حداد عيسى، المرجع السابق، ص 144.

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا مادام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين، ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، وذلك تطبيقا للمبدأ القائل العقد شريعة المتعاقدين، وتماشيا مع قول الرسول صلى الله عليه وسلم:

"المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"<sup>(1)</sup>.

في قانون الأسرة الجزائري، و بعد أن كان قد نص في المادة 19 قبل تعديلها على أنه يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتناف مع هذا القانون، نص في نفس المادة بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 05-07 على أنه يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة.

فمن حق كل من الزوج والزوجة وضع الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتناف مع هذا القانون، فيحق للمرأة كطرف في العقد ما يحق للرجل كطرف آخر في العقد، وضع أي شرط يبدو لأي منهما أنه سيحميه من تعسفات الآخر، أو القيام بأعمال تتعكس على حياتهما خلال مرحلة قيام علاقتهما الزوجية، و أول ما تجب ملاحظته عند قراءة المادة سالفة الذكر أن المشرع الجزائري سوى بين الزوج والزوجة في وضع شروطهما، إذ جاءت الصياغة في المادة 19 على صيغة المثلى، فقد وضعت من أجل كل من الرجل والمرأة على قدم المساواة في مجال الاشتراط طبقا لمبادئ القانون الوضعي.

### أولا: شرط عمل المرأة

إن طبيعة العمل وطريقة أدائه تختلف باختلاف البيئة الاجتماعية التي تعيش فيها المرأة خاصة في ظل الظروف الثقافية والاجتماعية والاقتصادية اليوم، والتي تحدد اختلاف عمل المرأة بين الريف والحضر، نظرا لامتلاك هذه الأخيرة فرص اقتحام سوق العمل في مهن مختلفة منها المهن المتخصصة عمليا، والأعمال الفنية والكتابية والتدريس والادارة والطب... وغيرها، أما بالنسبة للمجتمع العربي، فإن التغير الذي طرأ على المجتمع أثر على تقسيم العمل داخل الأسرة، وعلى تغيير المواقف التربوية والاجتماعية وكيفية التعامل معها، وأخذت المرأة حرية قانونية لم يسبق لها مثيل جعلتها تكتسب مكانة في الأسرة و المجتمع تختلف عن تلك التي كانت عليها في السابق، وأدى التعامل مع الظروف الجديدة والمتغيرة إلى تغير العلاقات والتفاعلات بين أفراد الأسرة وخصوصا بين الآباء والأبناء.

(1) البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسة بلفظ "المسلمون عند شروطهم". البيهقي: كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم

ولعل المرأة هي الأكثر تأثراً بهذه العوامل، إذ ظهرت الحاجة الملحة للتعليم والعمل معا من جهة، ومراعاة واجبات الأسرة من جهة ثانية، إلا أن القيم والعادات والتقاليد كانت ولا تزال في بعض المناطق الجزائرية اليوم تنظر إلى خروج المرأة للعمل نظرة عدم ارتياح مهما كانت الظروف والدوافع بسبب تقليص حجم مسؤولياتها ودورها اتجاه أفراد الأسرة، وهذا ما يؤكد تصادم وتعارض الدور لدى المرأة العاملة خاصة، نظراً لحجم مسؤولياتها بين العمل والأسرة، وطموحاتها لتحقيق الذات وتغيير نظرة المجتمع لدور المرأة، وهي المشكلات المطروحة داخل الأسر الجزائرية، خاصة بالنظر لطبيعة وثقافة المجتمع الجزائري<sup>(1)</sup>.

ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 19 إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزواج خروجها إلى العمل، وأن الإخلال بهذا الشرط من طرف الزوج يجعل للمرأة الحق في طلب التطلاق وفقاً للفقرة 09 من المادة 53، وقد ذهب إلى أبعد من ذلك عندما لم يجعل عمل المرأة سبباً كافياً لسقوط حقها في الحضانة طبقاً للفقرة 02 من المادة 67 من ق أ حاسماً بذلك النقاش الحاد حول المرأة العاملة في حضانة طفلها، وساداً بذلك الفراغ الذي كان يسود موضوع الحضانة الذي سنتطرق إليه لاحقاً.

### ثانياً: شرط عدم تعدد الزوجات

أصبح من حق المرأة أن تشتترط على الزوج ألا يتزوج عليها في المستقبل، رغم أن هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم القائل بجواز الأخذ به، كالمذهب الحنبلي، الذي أخذ به المشرع الجزائري في هذه المسألة، عكس جمهور الفقهاء، القائلين بعدم جواز الأخذ بهذا الشرط ولا يعتد به؛ لأنه يخالف ما قرره الشرع وهو التعدد المنصوص عليه في كتاب الله عز وجل، بالإضافة إلى ذلك، فإن التعدد استثناء أو رخصة يلجأ إليها الرجل في حالة الضرورة<sup>(2)</sup>.

ولكن يجب التعرف أولاً على نظام تعدد الزوجات في الشريعة وفي قانون الأسرة الجزائري حتى نتمكن من تحديد مركز كل من الزوجين أمام نظام تعدد الزوجات.

ويشترط للتعدد في الشريعة الإسلامية ألا يزيد العدد على أربع، مع القدرة على العدل بينهما، وكذا النفقة على زوجاته بعددهن، وهو ما يفهم من نص الآية: "وإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب

(1) عمومن رمضان، عمل المرأة بين صراع الدور والطموح، الملتقى الوطني حول الاتصال وجودة الحياة في الأسرة، 2013/04/09، ص 221.

(2) حداد عيسى، المرجع السابق، ص 199.

لكم من النساء مثني و ثلاث و رباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم". والنصوص المحددة للواجبات الزوجية<sup>(1)</sup>.

و قيد المشرع الجزائري بمقتضى التعديل الجديد استعمال حق التعدد بشروط نص عليها في المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري وهي: أن لا يتجاوز عدد الزوجات أربعة في حدود الشريعة الإسلامية، وأن يوجد المبرر الشرعي للتعدد، وهو محل تقدير القاضي مع توفر شروط ونية العدل، فأما بالنسبة للشروط فهي المقدر على التعدد سواء أكانت مالية أم غيرها، أما نية العدل فهي أمر باطني ليس للقاضي أن يطلع عليه، ولكن له أن يقدر مدى استعداد الزوج للعدل بين الزوجات حال منح الرخصة له، كذلك وجوب إخبار الزوجتين السابقة و اللاحقة و الحصول على موافقتهم معا، و كذا الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة بعد استيفاء الشروط المذكورة سابقا.<sup>(2)</sup>

### حالة الإخلال بأحكام المادة 08 ق أ ج

إذا توافرت الضوابط السابقة، جاز لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج، ولا يتحقق ذلك إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة على الزواج، بالإضافة إلى المبرر الشرعي وثبوت قدرة الزوج من الناحية المادية على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة.

وفي حالة التدليس من الزوج بأن أخفى على إحدى زوجاته حقيقة أمره، فيجوز للزوجة المتضررة لافع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق، وكان من المفروض على المشرع أيضا أن ينص على حقها في طلب التعويض في حالة حصول الضرر؛ لأن التدليس فعل عمدي، وبالتالي أمكن التعويض.

كما نص القانون على ضرورة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا تزوج الزوج بدون ترخيص من القاضي بناء على الشروط الواردة في المادة 08 أعلاه، وهو ما يفهم أنه إذا حصل دخول فلا يمكن فسخ الزواج، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إذا كانت غير راضية سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها وفقا للقواعد العامة<sup>(3)</sup>.

و الحقيقة أن الواقع المعاش يثبت عكس ما ذهب إليه المشرع في التعديل إذ أنه فتح الباب أمام انتشار الزواج العرفي في البداية، ليتم تثبيته في مرحلة لاحقة بحكم قضائي تمهيدا لتسجيله ليصبح أمرا واقعا.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 106.

(2) كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ام البواقي، 2009-2010، ص 47.

(3) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 113-114.

كما قد تتعسف المرأة في منح موافقتها المسبقة على الزواج، فكيف يمكن للقاضي في حالة النزاع أن يوازن بين الحق في الزواج بأكثر من واحدة وهذه الضوابط التي وضعها في القانون؟

لاشك أن هذا الموضوع ينبغي إعادة النظر فيه بما يحقق التوازن بين مصلحة جميع الأطراف؛ بإيجاد آلية إجرائية تمكن القاضي من خلال المناقشة والاستماع للطرفين أن يخلص إلى نتيجة بمنح أو عدم منح الرخصة، وهذا حسب الوقائع والظروف<sup>(1)</sup>.

- من حيث المبدأ فقد أبقى المشرع على النص القديم، وهو حرية الزوجين في كل الشروط التي لا تخالف مقتضيات العقد وجوهره.

- كما راعى المشرع عادات وتقاليد المجتمع الجزائري حينما ترك الحرية للزوجين في مسألة الشروط التي قد تكون مصاحبة لعقد الزواج، أو تكون في عقد رسمي لاحق، وبهذا يكون المشرع قد راعى مسألة مهمة، وهي المحافظة على كيان الأسرة عند بدأ بنائها من التصدع، وخاصة في بداية تكوينها.

- يبدو جليا تأثير المشرع في هذا النص بالمذهب الحنبلي، عندما منح الزوجة الحق في أن تشترط على الزوج ألا يتزوج عليها مرة ثانية، عكس المذاهب الأخرى التي ترى أن هذا الشرط يخالف مقتضيات العقد.

- فصل المشرع من خلال النص في مسألة عمل المرأة التي كانت مصدر الكثير من النزاعات بين الزوجين، خاصة عندما لم يكن هذا الشرط مدونا في عقد الزواج ا عند لانعقاد؛ لأن الجهات التي حولها القانون إبرام عقد الزواج هي ضابط الحالة المدنية أو الموثق.

لذا يمكن القول أن التعديل كان فيه توضيح في كيفية معالجة بعض الإشكالات التي كانت محلا لكثير من الخلافات الزوجية، وكان الإثبات فيها صعب على من يدعى ذلك، وخاصة الزوجة؛ لأنه في بادئ الأمر يكون الزوج قد وعداها بأن تعمل دون تدوين هذا الشرط، لكن بعد البناء يتغير الأمر بحجة أن الزوج ليس بحاجة لعمل المرأة، أو أن العادات لا تسمح بذلك.

وبهذا النص يمكن للمرأة أن تشترط في بداية الأمر شرط استمرارها في العمل إذا كانت تعمل عندما تزوجت، أو أنها تعمل بعد الزواج<sup>(2)</sup>.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 114.

(2) حداد عيسى، المرجع السابق، ص 201-202.

## المبحث الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في الحقوق والواجبات

يرتبع الزواج الصحيح حقوقا للزوجة على زوجها، وحقوقا للزوج على زوجته، وحقوقا مشتركة بينهما، وفي المقابل قيام كل من الزوجين بما عليه نحو الآخر، وبهذا تستقر الحياة الزوجية. وقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل على حقوق وواجبات الزوجين في المواد من 36-39. ويمكن أن نقسم هذه المسائل إلى ثلاثة أقسام: حقوق الزوجة على زوجها، حقوق الزوج على زوجته، حقوق وواجبات مشتركة، لكن الوضع تغير بعد التعديل، إذ تم التركيز فيه على جملة الحقوق والواجبات المشتركة المنصوص عليها في المواد من 36 و 37 من قانون الأسرة المعدل.

أما ما يختص به كل طرف اتجاه الآخر، فلم يعد منصوصا عليه سوى ما نجده في نصوص قانونية أخرى، وبالتالي أمكن العودة إلى أحكام الفقه الإسلامي في حالة عدم وجود نص<sup>(1)</sup>.

و كان قانون الأسرة قبل التعديل 05-02 وعلى عكس قانون العمل، لا يقر بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات بصفة عامة، وفي عقد الزواج بصفة خاصة<sup>(2)</sup>. إذ نص في المواد من 36 إلى 39 على حقوق وواجبات الزوجين كل على حدى، بحيث قسمها إلى ثلاث أقسام هي:

- حقوق للزوجة على زوجها: وهي النفقة، العدل بين الزوجات في حال التعدد، عدم الإضرار بالزوجة بالقول أو الفعل، وحرية التصرف في مالها الخاص.

- وحقوق للزوج على زوجته وهي: الطاعة والقرار في البيت والقوامة.

- حقوق وواجبات مشتركة بينهما: وهي على العموم حسن المعاشرة، التعاون، والمحافظة على الروابط الأسرية، وحل الاستمتاع بين الزوجين.

أما بعد التعديل فقد اختلف هذا التقسيم واختفت معه هذه المسائل، وأدرج بعضها ضمن المادة 36 التي تنص على الواجبات المشتركة؛ لأن التعديل الجديد ركز على هذه المسألة فقط.

**المطلب الأول: الموازنة بين الزوجين في الحقوق والواجبات الشخصية بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري**

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 12.

(2) دحماني سليمان، ظاهرة التغيير في الأسرة الجزائرية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006، ص 147.

تنص المادة 36 من الأمر رقم 05-02 على ما يلي:

يجب على الزوجين:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربهم واحترامهم وزيارتهم.
- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.
- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

لقد أدرجت هذه المادة في الفقرات الأربع الأولى، الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والأصول والفروع، وهي حقوق معنوية مشتركة بين الزوجين.

والمقصود بالحقوق المشتركة، تلك الحقوق الثابتة للزوجين معا، وعليهما معا؛ لأن الإنسان في هذا الوجود لا بد أن تثبت له بعض الحقوق التي تقابلها حتما واجبات، فيتعين عليه أداؤها.

ولئن كان المشرع الجزائري الذي وضعه لا يتهم أبدا في صدق نيته، وأنه التزم الشريعة الإسلامية مصدرا لهذا القانون الالتزام التام، وهذا حسب ما هو وارد في المادة 222 السالفة الذكر<sup>(1)</sup>.

وقد أضافت هذه المادة 04 فقرات خاصة بالواجبات لكل من الزوجين.

فالمشرع الجزائري بتعديله هذه المادة وذلك تبعا لما يتوافق مع روح العصر أو مثل ما يسمى عصرنة القانون، إذ أنه على أساس المادة 36 ق أ، فإن الزوجة تشارك زوجها في كل صغيرة وكبيرة تتعلق بالأسرة

(1)الغات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2011، ص 18.

وكل القرارات التي يتخذها الزوج، فتم إضافة التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات، وبمعنى آخر أن الزوج لا يستطيع أن يتخذ أي قرار يخص الأسرة إلا بعد مشاورة الزوجة والاتفاق معها<sup>(1)</sup>.

### أولاً: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

يحث المشرع من خلال هذه المادة على المحافظة على الروابط الزوجية، وواجبات الحياة المشتركة بينهما، ولعل في ذلك إشارة إلى حق الاستمتاع بين الزوجين بطريقة ضمنية، باعتباره حقاً خالصاً لهما، ومباحاً في الشرع، وعن طريقه يحقق الزواج مقاصده من إيجاد النسل، والمحافظة على النوع الإنساني، وتقوية المجتمع، وإحصان الزوجين من الوقوع في الحرام، والمحافظة على الإنسان. لذا أوجب الشرع الإسلامي على الزوجين عدم الامتناع عن أدائه باعتباره من الحقوق الواجبة عليهما معاً، كما أن من حق الزوج على زوجته أن تصون نفسها وتعفها من الوقوع في الحرام، فإذا كان أحد الزوجين عاجزاً عن أداء هذا الحق أو الواجب للطرف الآخر، فمن حق الطرف المتضرر رفع أمره للقاضي، ليطلق بينهما؛ لأن الهدف من الزواج لم يتحقق بعد، وفي هذا إضرار بالطرف الآخر<sup>(2)</sup>.

ومعنى هذا أنه يجب القيام بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تدعيم العلاقة الزوجية، واستمرارها في حب وسعادة واحترام، واستعمال كل الوسائل الممكنة المادية منها والمعنوية للوصول إلى هذه الغاية، فكل واحد من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر، وعدم الامتناع عن ذلك إلا إذا كان هناك عذر شرعي، وهذا لتحقيق إحصان كل منهما للآخر.

كما أنه يجب على كل من الزوجين أن يحسن معايشة صاحبه بالمعروف الذي لا ينكره الشرع والعرف، ويحسنه قولاً وعملاً، ويكون هذا بالتعاون على جلب الخير ودفع الشر، والتسامح والإخلاص في أداء الواجب، والمحافظة على الروابط الزوجية بروح من المحبة والمودة والراحة والسعادة، وهذا ما قصده الله تعالى في قوله: «ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة»<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: المعايشة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة

(1) رزيق مسعود، المرجع السابق، ص 116.

(2) بن عيشوش فاطمة، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 162.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 158.

تنص المادة 03 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 05-02: «تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة، وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية.».

كما تنص الفقرة 2 من المادة 36 الخاصة بالحقوق الزوجية المشتركة على المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

يجب على كل واحد من الزوجين أن يساعد زوجه ويتعاون معه في كل ما يهم مصلحة الأسرة بجميع أفرادها، وهذا بهدف تحقيق سعادة الأسرة وأموالها، وأعراضها، وكذلك السهر على رعاية الأولاد وجسن تربيتهم عن طريق غرس الأخلاق الحميدة فيهم، والظهور أمامهم على أحسن صورة وسلوك<sup>(1)</sup>.

وقد نص قانون الأسرة على وجوب حسن العشرة بين الزوجين والمعاملة بالمعروف؛ لأن العلاقة بين الزوجين فيها مصاحبة وملاطفة، وتعاون على تذليل مصاعب الحياة، وفيها مع هذا كله أمل في المستقبل.

وحتى تحسن العشرة بين الزوجين، وتطيب الحياة بينهما يجب على كل واحد منهما أن يمد إلى الآخر يد العون والمساعدة، وأن لا يحمله ما لا طاقة له به، وهذا ما يولد الخصام والشقاق المستمر بين الزوجين الذي يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق من القاضي، ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى: «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها».

وقد استحدث قانون الأسرة الجزائري في تعديله سنة 2005 في المادة 53 المعدلة بالأمر رقم 05-02 في فقرتها الثامنة، التي تجيز للزوجة طلب التطلاق من القاضي في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين، وانعدام المعاشرة والتشاور والتفاهم بينهما، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى إنهاء العلاقة الزوجية.

### **ثالثا: التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم**

تنص الفقرة الثالثة من المادة 36 من الأمر رقم 05-02: «التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.».

ولاشك أن لتعاون الزوجين على البر والتقوى آثارا عظيمة عليهما، وعلى ذريتهما في الحاضر والمستقبل.

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 160.

إن العلاقة بين الآباء والأبناء تحكمها مشاعر الفطرة السليمة في تعلق الأصل بفرعه، وارتباطه به<sup>0</sup> تلك هي مبادئ وقواعد تحدثت عنها آيات القرآن الكريم وذكرتها السنة النبوية الشريفة، وكذلك نص عليها قانون الأسرة الجزائري: كالحضانة في المادة 62 والنفقة والمسكن الملائم في المواد 72 و 78، وكذلك الرعاية المعنوية كالحب والحنان التوجيه السليم والسديد والتربية الرشيدة، وضرورة المساواة بين الآباء في الهبة، وغير ذلك<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات

نصت الفقرة 4 من المادة 36 من الأمر رقم 05-02: «التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات».

تشير هذه الفقرة إلى تحديد المسؤوليات بين الزوجين على أساس التشاور والتفاهم؛ لأن الزواج كما سبق وأن بينا يحقق للإنسان بواسطة النسل ببقاء، ومن جهة أخرى يهيء له جو الشعور بالمسؤولية، ويكون له درسا تدريبييا وعمليا على تحملها والقيام بأعبائها.

ولم يُخلق الإنسان في هذه الحياة لمجرد أن يأكل ويشرب، ويعيش ثم يموت كغيره من سائر الأحياء، وإنما خلق ليفكر ويقدر ويدبر المصالح وينفع وينتفع، فهو إذا بمقتضى خلقه وتكوينه، وبما ميزه الله من قوة الإدراك والعمل، ينبغي ألا يكون خاليا من المسؤوليات، وبالتالي لا يصح وهو عنصر من عناصر الحياة العامة، ألا يتروى في حياة خاصة محدودة بما يركز في مبادئ تحمل المسؤوليات، بل تمتد مسؤوليته، ويتسع لديه من طاقة النظر في التدبير<sup>(2)</sup>.

#### خامساً: حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم

نصت الفقرة 5 من المادة 36 من ق أ ج على أنه: «حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم».

يقضي حسن العشرة بخص الزوج زوجته على بر والديها والإحسان إلى أقاربهم وصلتهم؛ لأن الله عز وجل وإن رفع حق الوالدين إلى المنزلة السامية، فإن ذلك يشير إلى عظم حقهما على الأولاد. ووصية الله بالإحسان للوالدين وصية عامة تشمل كل أنواع الإحسان التي لا تقع تحت حصر، والتي تتضمن كل ما

(1) الغات ربيحة، المرجع السابق، ص 44.

(2) الغات ربيحة، المرجع نفسه، ص 46.

يمكن إدخاله ضمن هذا المصطلح العام، ثم نهى عن الإساءة العامة، وذكر مثالين يمثلان أسوأ أنواع الإساءة ورودا على اللسان في قوله تعالى: «فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما لهما».

وتعتبر زيارة الزوجة لوالديها حقا لها، بشرط أن لا تتعسف في هذا الحق، كما أن تفريط الزوجة في احترام أهل الزوج هو تفريط في احترامه، كذلك الحال بالنسبة للزوج. فعلى كل منهما أن يسعى إلى احترام وتقدير أبوي الآخر؛ لأن في ذلك تقوية للرابطة الأسرية المبنية على أساس التآلف والتآزر والمودة؛ لأن بر الوالدين واحترامهما رمز للخير والصلاح والاحترام<sup>(1)</sup>.

### سادسا: المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف

إن الله عز وجل جعل أهمية الإحسان إلى الوالدين بعد توحيده وعبادته، ولم يقدم على الوالدين مخلوقا، قال الإمام النيسابوري في تفسيره: «إنما جعل الإحسان إلى الوالدين بعد عبادة الله لوجوه منها:

أنهما سبب وجود الولد، كما أنهما سبب التربية والرعاية. فلا إنعام بعد إنعام الله تعالى أعظم من إنعام الوالدين.

لا كمال للولد إلا ويطلبه الوالد لأجله، ويريده عليه، كما أنه تعالى لا يرضى لعباده إلا الخير.»<sup>(2)</sup>.

### سابعا: زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف

يتفق أغلب الفقهاء أن زيارة الزوجة لوالديها يكون كل أسبوع مرة حسب ما يراه بعضهم، بغير إذن زوجها؛ لأن منع زيارتهما قطعية، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وإن كان غير الوالدين يضيف بعض العلماء أن لها زيارتهم كل سنة مرة، ويرى آخرون في كل شهر مرة، ويشترط أبو يوسف من الحنفية إذن الزوج في حالة عدم قدرة المحارم زيارة الزوجة في بيتها، أما زيارة الغير فهي ممنوعة على الزوجة شرعا إلا بإذن زوجها محافظة عليها من الوقوع في الفتنة ودفع الضرر عنها<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في الحقوق والواجبات المالية بعد تعديل ق أ ج

(1) الغات ربيحة، المرجع السابق، ص ص 51-52.

(2) الغات ربيحة، المرجع السابق، ص 58.

(3) الغات ربيحة، المرجع السابق، ص ص 68-69.

باستقراء المادة 37 من ق أ ج المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02 نجد أن المشرع نص على أهم نقطة في مجال حقوق وواجبات الزوجين ألا وهي استقلال الذمة المالية للزوجين **الفرع الأول**، وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما **الفرع الثاني**.

### الفرع الأول: استقلال الذمة المالية للزوجين

أعطى المشرع الجزائري للمرأة حرية التصرف في أموالها الخاصة دون أن تحتاج إلى إذن الزوج، وهذا يعني الاعتراف الصريح بانفصال الذمة المالية للزوجة عن الذمة المالية للزوج، وبقيائها مستقلة عنه، فلا يجوز له التصرف في مالها إلا بإذنها، كما لا يجوز له التدخل في أموالها أو منعها من التصرف أو تشغيل أموالها. وهذه القاعدة الأساسية التي قررها التشريع الإسلامي منذ 14 قرنا لقوله عز وجل: «للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن»<sup>(1)</sup>. وهذا يعني أن ولاية المرأة كاملة في مجال التصرف في الأموال<sup>(2)</sup>.

قيل في أسباب تعديل المادة 37 من ق أ، أن ما تم ملاحظته من أن المرأة كثيرا ما تضررت ماديا في الكثير من الحالات، وخصوصا عند الطلاق، إذ نجدها في غالب الأحيان تساهم في المشاريع الخاصة بالأسرة من خلال وضع أجرتها إذا كانت عاملة، في خدمة هذه المشاريع ومصالح الأسرة عموما.

كما نجدها تساعد الزوج في تحمل الأعباء المادية للنفقة متعددة الأوجه، مع أنها غير مطالبة بالإنفاق بحكم الشرع والقانون؛ لأن النفقة من واجبات الزوج في الأساس استنادا المادة 74 من ق أ ج التي تنص على ما يلي: «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من القانون».

وعند الطلاق، يثار مشكل المطالبة بالحقوق المادية من جانب الزوجة المطلقة على وجه الخصوص، ولنضرب لذلك مثلا حيا من الواقع المعاش للمرأة الجزائري، إذ وجدنا كثيرا من الزوجات تساهمن مساهمة فعالة في تشييد قطعة الأرض التي اشتراها الزوج، أو منحتة الدولة هذه القطعة، وقد شيد هذا البناء بمساهمة الاثنين معا دون أن يكون هناك اتفاق مسبق لهذه المساهمة، وإنما تم ذلك عن طواعية منهما من باب حسن النية في المعاملة بين الزوجين.

(1) لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 79.

(2) ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 161.

لكن عندما ساءت العلاقة بينهما، ووصلت حد الطلاق، أرادت الزوجة المطلقة المطالبة بنصيبها وحققها في البناء الذي شيد بمساهمتهما معا، فإننا نجد أنها تصطدم برفض الزوج إعطاءها أي شيء، بحجة أن ملكية البناء تعود له، وعقد الملكية مسجل باسمه هو، ولا حق لها فيه.

كنتيجة لهذه الأوضاع وغيرها، أراد المشرع في التعديل الجديد لقانون الأسرة معالجة هذه المسائل، وحماية الحقوق المالية للمرأة، إذ نص في المادة 37 منه على ما يلي: «لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر».

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبونها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما»<sup>(1)</sup>.

غير أن المشكلة تكمن في حالة عدم كتابة هذه الاتفاقات، نظرا للحائل المعنوي الذي كثيرا ما يكون موجودا بين الزوجين في مثل هذه القضايا. ومن هنا يثور مشكل الإثبات في حالة النزاع بين الزوجين حول هذه المسائل. فهل يجوز الإثبات بكافة الطرق في هذه الحالة؟ أم أننا سوف نصطدم بنص المادة 333 من ق م ج التي تقضي: «في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 10000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

هذه القاعدة العامة في الإثبات نص عليها في أحكام الإثبات في القانون المدني المعدل.

غير أن نص المادة 336 من ق م ج جاءت بتعديل جديد أيضا في هذه المسألة، اعتبرت بمثابة استثناء على القاعدة السالفة الذكر، إذ نصت على ما يلي: «يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يكن يجب إثباته بالكتابة».

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته».

من خلال هذه الفقرة الأولى من المادة، نجد أنه في كثير من الأحيان تتم التصرفات بين الزوجين بمبالغ تفوق النصاب المحدد للإثبات بالكتابة، ومع ذلك لا تتم كتابة الدين نظرا لوجود الحاجز المعنوي الذي كثيرا ما يحول دون وجود الدليل الكتابي.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 123.

ونعتقد أن النص جاء لمعالجة كثير من الأوضاع القانونية الأسرية في الموضوع، غير أننا نحبذ الإشارة إلى هذا النص في قانون الأسرة ولو من باب الإحالة؛ لأنه يفيد في حل الكثير من المشاكل الزوجية وهو (1):

إن حق المرأة المتزوجة في التصرف في مالها ضمنته لها الشريعة الإسلامية منذ أكثر من 14 قرناً، وإن ورد النص عليه في المادة 37 من قانون الأسرئليس سوى من باب التأكيد فقط وحق الزوجة في حرية التصرف في مالها يعني أنها إذا كان لها مال تحصلت عليه من تجارة تمارسها، أو وظيفة تقوم بها، فإن هذا المال ملك لها وحدها، ولا يجوز للزوج أن يأخذ منه أو يتصرف فيه إلا بموافقتها، وبناء على رضاها الصريح. لكن السؤال المطروح اليوم بعد أن دخلت المرأة الحياة السياسية والاقتصادية من أبوابها الواسعة، فهل من واجب الزوجة أن تحصل على موافقة زوجها إذا أرادت أن تمارس مهنة معينة، أو تمارس عملاً تجارياً أو أي عمل من الأعمال التي يوفر لها المال؟ وهل من حقها أن تتصرف في هذا المال تصرفاً دون أن يطلب منها زوجها المساهمة في تكاليف الإنفاق؟

وقد سبق القول بأن للزوجة الحق في الاشتراط في عقد الزواج أو أي عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية ولاسيما المادة 59 ق أ ج.

فالمسألة إذا اختيارية في هذه المادة، إما أن يتم هذا الاتفاق في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق على كل الشروط الضرورية وخاصة العمل، فيصبح العقد شريعة المتعاقدين طبقاً لنص المادة 106 ق م ج (2).

وهذا ما ورد في صلب المادة 37 ق أ المعدلة التي تضمنت ما يلي: «لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر».

### الفرع الثاني: تحديد النسب التي تؤول لكل واحد من الزوجين

وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة أعلاه، إمكانية الاتفاق بين الزوجين سواء في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما ونصيب كل واحد منهما، إذ نصت على أنه: «غير

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 124-125.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 1125.

أن يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة التي يكسبونها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما».«.

ولم يكن هذا الحكم موجودا في النص القديم قبل التعديل، وبالتالي فإن القانون أعطى الزوجة الحرية المطلقة على ذمتها المالية، دون أن يكون للزوج أي سلطة عليها، كما أن المرأة المتزوجة تستطيع أن تقوم بممارسة التجارة، وتكون هذه التجارة مستقلة عن ذمة زوجها، ويكون لها الحق في التصرف في أموالها، وهذا ما نصت عليه المادة 08 من ق ت ج في فقرتها الأولى: «تلتزم المرأة التاجرة شخصا بالأعمال التي تقوم بها في حاجات تجارتها».

ومن خلال دراستنا يمكن أن نخلص أن المرأة المسلمة تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها سواء حصلت عليها عن طريق الميراث أو العمل، دون أن تكون ملزمة بالنفقة حتى على نفسها، في حين أن المرأة الغربية على خلاف ذلك، مع أن لها ذمة مالية مستقلة، إلا أنها ملزمة بالمساهمة في نفقة الأسرة، والنفقة على زوجها، وهذا ما أكدته الأنظمة الغربية. فالشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري يعترفان للمرأة المتزوجة بحقها في التصرف في ذمتها المالية دون إذن زوجها<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة لموقف القضاء من مسألة الأموال المشتركة:

«بالرجوع إلى أحكام المادة 37 نستخلص أن الأموال المشتركة بين الزوجين، والتي يكسبها خلال الحياة الزوجية يجوز لهما الاتفاق حول ملكية كل واحد منهما لهذه الأموال من خلال الاتفاق عليها في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق وحول النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، فإذا وقع خلاف بين نزاع حول متاع البيت، وكان عادة ما يصلح للنساء، فإن القضاء يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين، ومتى قضى بخلاف هذا الحكم الشرعي اعتبر خرقا لما قرره الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، وهذا ما يستوجب نقض القرار الذي **في نزاع** متعلق بمتاع البيت الخاص بالنساء وحكم على الزوج بتأدية اليمين»<sup>(2)</sup>.

وبالرغم من أن لا الشريعة الإسلامية ولا قانون الأسرة يلزم الزوجة بالإنفاق، إلا أن التحول الذي عرفه المجتمع الجزائري من جهة نقص القدرة الشرائية للأسرة الجزائرية، وولوج المرأة عالم الشغل والكسب من جهة أخرى، ظهرت بعض النوازل متمثلة في مشاركة الزوجة ماديا في مصروفات الأسرة إلى جانب الزوج،

(1) الغات ربيحة، المرجع السابق، ص 118.

(2) الغات ربيحة، المرجع السابق، ص 117.

بل وفي نماء ثروتها في بعض الأحيان، مما أدى إلى اختلاط أموال الزوجين ببعضهما، وعدم تحديد حقوق كل منهما في هذه الأموال. هذه الحقوق أصبحت مجردة من أي دليل يثبتها عند حصول النزاع، وانطبق عليها القول: "يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل له"، فالنزاعات المثارة في المحاكم والواقع المعاش في الأسرة الجزائرية، فرض على المشرع استحداث نظام مالي جديد وذلك من خلال المادة 37 من الأمر رقم 05-02، إذ ظهر مصطلح الأموال المشتركة بين الزوجين، وحماية لحقوقهما في هذه الأموال، خصوصا إذا ما أدى النزاع إلى فسخ الرابطة الزوجية، أقر المشرع وسيلة إثبات مهياة سابقا ألا وهي الكتابة، أو كما عبر عنها المشرع بالاتفاق، إما بإدراجها في بنود عقد الزواج، أو في عقد لاحق، وذلك بتحديد نسب كل من الزوجين في هذه الأموال، وذلك درء لمشكل الإثبات مستقبلا، وعجز أحدهما عن إثبات حقوقه، مما يؤدي إلى ضياعها.

من هنا تظهر أهمية الإثبات، إذ هو الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الدعوى، والكاشف الذي يستتير به في فض النزاع لاسيما في مجال العلاقات الأسرية التي غالبا ما تميزها الثقة والمودة بين أفرادها، زد على ذلك أنها من العلاقات الداخلية التي يصعب الإثبات فيها، لذلك نجد دوما أمام المحاكم صعوبة في إثبات المنازعات المتعلقة بالأسرة<sup>(1)</sup>.

إن الحياة الزوجية قوامها المودة والرحمة والإحسان حسب ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت سبابة دوما إلى حماية حقوق الإنسان والحث عليها سواء رجلا كان أم امرأة، معلمة إياه في نفس الوقت كيف يكون منسجما مع فطرته، ومع الكون الذي حوله، وكيف يحترم كل طرف حقوق الطرف الثاني منظمة بذلك الحياة الزوجية تنظيمًا محكما.

وباستقراءنا لمواد القانون الأسرة الجزائري قبل التعديل المنظمة لحقوق وواجبات الزوجين المتولدة عن الرابطة الزوجية. نلاحظ أنها أوردت حقوقا غير متكافئة للزوجين، إذ أوجبت ستة التزامات مرتبطة بواجبات الزوجة مقابل خمسة حقوق لها تقع على عاتق الزوج، بما فيها التزام العدل في حالة التعدد وواجب النفقة، بحيث أن هذه الطريقة في توزيع الحقوق والواجبات تظهر عدم التساوي بين المرأة والرجل، وخرقا للمبدأ الدستوري الوارد في المادة 29 من دستور 1196 وهو المساواة بين المرأة والرجل<sup>(2)</sup>.

وعليه كان واجبا إعادة البحث عن توازن جديد في العلاقة الزوجية فيما يخص الحقوق والواجبات، وضرورة مراجعة المواد 36، 37، 38، 39 من حيث توزيع الواجبات والحقوق بين الزوجين، كون المرأة شريك في

(1) ابن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص 3.

(2) لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 60.

الحياة الزوجية، وفي تحقيق مصلحة الأسرة. لذلك جاء تعديل 05-02 محاولاً أكثر حماية حقوق المرأة الجزائرية، وتحقيق المساواة بين المرأة والرجل ووفق في ذلك إلى حد بعيد، إذ أثار التعديل الجديد الكثير من التحفظات والحساسيات بالنسبة لجل المدارس الإسلامية الفقهية وخاصة بعد إلغائه لحق الطاعة الذي كان منصوصاً عليه في المادتين 38، 39 من قانون الأسرة لسنة 1984، وأقام المساواة في العلاقات بين الزوجين فيما يخص أمور المنزل، وألغى كل المواد السابقة التي نظمت موضوع حقوق وواجبات الزوجين وجعلها حقوقاً وواجبات مشتركة ومتبادلة بين الزوجين، مثل التشاور في تسيير شؤون الأسرة وحماية الأطفال وإلغاء مفهوم رئيس العائلة وواجب طاعة الزوجة لزوجها.

ويعتبر توحيد حقوق وواجبات الزوجين جوهر الموازنة بين المركز القانوني لكل منهما كما جاء زيادة على ذلك بنظام مالي جديد في مجال الأسرة، بحيث اعتمد المشرع في المادة 37 ق أ ج على مبدأ انفصال بحيث يمكن للزوجين إدخالها في عقد الزواج أو في عقد لاحق البنود التي تتعلق بالأموال المشتركة المكتسبة خلال الزواج، وكذلك تحديد النسبة التي تؤول إلى كل واحد منهما.

وكخلاصة لهذا الموضوع نقول أن تشريع الحقوق الزوجية هو بمثابة تصميم لخريطة بناء الأسرة، وتدبيراً وقائياً لهذا البناء حتى لا يتصدع وينهار، غير أن هذه التشريعات قد تبقى شيئاً نظرياً، وحبراً على ورق إذا لم تتوافر إرادة القبول والالتزام بهذه الحقوق، ومن ثم تنفيذها على الصعيد الفعلي في العلاقة بين الزوجين، وما ارتفع نسب الطلاق وحصول الكثير من قضايا الخلافات العائلية إلا دليل على كثير من التجاوزات والتعدييات على هذه الحقوق<sup>(1)</sup>.

يمكن تلخص نتائج هذا الفصل الذي اشتمل على أهم المسائل المتعلقة بالموازنة بين مركزي الزوجين عند إبرام العلاقة الزوجية وأثناءها والواردة ضمن المواد المعدلة على الخصوص من ق أ ج، مراعياً الجوانب المتعلقة بالمرأة كطرف في عقد الزواج مدعماً بذلك مركزها القانوني والاجتماعي، بما يتماشى والدعوات المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة في كل مناحي الحياة، ومنها العلاقات الأسرية التي نظمت أحكامها الشريعة الإسلامية، وكان الهدف من ذلك هو حماية المرأة، وإيجاد توازن بين المركز القانوني لها والمركز القانوني للرجل. ويظهر ذلك جلياً في النقاط التالية:

(1) بهلول سعيدة، الحقوق الزوجية تدبير وقائي من الطلاق، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص

- توحيد سن الزواج وجعله 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة، رافعا بذلك سن المرأة من 18 إلى 19 سنة الموافق لسن الرشد المدني، وذلك حماية لها وحتى يعطيها مبررا كافيا للقيام على نفسها في عقد الزواج باعتبارها كاملة الأهلية والوعي والإرادة، وقادرة على مباشرة كافة التصرفات القانونية بمركزها القانوني.

- واعترف المشرع للقاصر بأهلية التقاضي في مجال الحقوق والالتزامات الناجمة عن الرابطة الزوجية بموجب المادة 7، كما أنه أوجب على الزوجين حفاظا على صحتها وصحة أبنائهما مستقبلا، أن لا يتم عقد الزواج إلا بتقديم شهادات طبية وفقا للمادة 7 مكرر.

- جعل الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج طبقا للمادة 09 الذي أصبح يحكمه مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة للرجل والمرأة على قدم المساواة بالنسبة للمرأة الراشدة والقاصرة، إذ لا سبيل هنا للإجبار. وفي هذا الإطار عمد المشرع الجزائري إلى إلغاء السلطات التقليدية للولي متخذا بذلك موقفا متذبذبا في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة مباشرة عقد زواجها بنفسها، إذ لم يقرر إلغاء إذن الولي صراحة ولم يقرر اشتراطه صراحة. أما القاصر فليس لولي عليها سلطة الجبر، بل له عليها سلطة المنع شرط أن لا يتعارض مع ترخيص القاضي بالزواج بالنسبة للقاصر.

- كما عمد المشرع إلى إلغاء الزواج عن طريق الوكالة بإلغائه للمادة 20 من القانون رقم 84-11.

- ساوى المشرع الجزائري بي الرجل والمرأة في الشروط التي يشترطها في عقد الزواج حسب المادة 19 ق أ ج، إذ أنه منح كلاهما الحق في وضع أي شرط يرى فيه حماية له من تعسفات الطرف الثاني، إلا أنه أعطى الحق للزوجة بالاحتفاظ بحق الطلاق إذا لم يتم الوفاء بهذه الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج ولم يبين المركز القانوني للزوج في حال إخلال الزوجة بالشروط التي اتفقا عليها.

- كما لا يُعتبر حرية المرأة في الاشتراط مطلقة بما أن لها أن تشترط عدم زواج زوجها عليها، وكذا شرط خروجها للعمل؛ لأن الزوج يملك الحق في المقابل في أن يشترط عليها أن لا تعمل بعد الزواج، أو أن يتزوج عليها بعدما أخضع المشرع مسألة تعدد الزوجات لشروط محددة، وكذا لمراقبة القاضي المختص الذي يتمتع بالسلطة التقديرية بموجب المادة 08.

- أما فيما يخص العلاقة بين الزوجين في إطار الزواج، فقد سعى المشرع لتحقيق التوازن داخل الأسرة في كل الأدوار الأسرية بين الزوجين بإيجاد توازن بينهما في مجال الحقوق والواجبات الزوجية والعائلية والمالية وفقا للمادتين 36 و 37، غير أن هذه المساواة شكلية، إذ لا تحتاج سلوك الزوجين نحو بعضهما إلى

تقنين، كون ذلك يدخل في إطار الحياة الخاصة لكل منهما، وكذلك لم يرتب المشرع أي آثار بالنسبة لكلا الزوجين في حال إخلال أحد منهما بالتزاماته اتجاه الآخر.

## الفصل الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عنها

الأصل في عقد الزواج أنه للتأبيد والاستمرار، لذلك كان التأقيت فيه مفسدا له، غير أن أصل التأبيد لم يكن يوما مانعا دون انتهاء هذا العقد إذا حالت موانع دون بقاءه على الوجه الذي يحقق الغاية من الزواج<sup>(1)</sup>.

---

(1) بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 516.

وقد جعل الإسلام الرابطة الزوجية كأصل عام في يد الزوج، واعتبره حقا من حقوقه، ولا يجوز الخروج عن هذا المبدأ إلا استثناء، وفي بعض الحالات فقط، والتي يكون للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية<sup>(1)</sup>.

على غرار التشريعات المنظمة للأحوال الشخصية، فقد تناول المشرع الجزائري موضوع الرابطة الزوجية بالدراسة، إذ نصت المادة 47 ق أ ج على أنه: «تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة»<sup>(2)</sup>.

تضمن ق أ ج في المادة 38 ثلاث طرق لوقوع الطلاق وهي الطلاق بإرادة الزوج، والطلاق بالتراضي بين الطرفين، والطلاق بطلب من الزوجة.

يتضح من نص هذه المادة كذلك أن لفظ الطلاق يقبل التأويل إلى معان قانونية كثيرة ترتب آثارا مختلفة على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة؛ أو ما يسمى بالتطليق. كذلك الأمر بالنسبة للخلع والآثار المترتبة عليه<sup>(3)</sup>.

وتترتب عن فك الرابطة الزوجية مجموعة من الآثار أهمها الحضانة التي أولها المشرع أهمية كبيرة.

لذلك سنتطرق إلى كيفية الموازنة بين مركزي الزوجين في فك الرابطة الزوجية (المبحث الأول)، والآثار المترتبة عنها (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: الموازنة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية

والمتفق عليه أن الطلاق حق خالص للرجل، كون العصمة الزوجية بيده فهو الذي يملك عقدة الحل والملك، إذ يتمتع بحرية واسعة في إيقاع الطلاق متى شاء، شرط ألا يكون متعسفا في استعمال حقه، فيتربط عليه التعويض عن الضرر الذي ألحقه بالزوجة، غير أن هذا لا يعني أن الرجل هو وحده من يملك الحق في الطلاق، فالطلاق يكون بالتراضي بين الزوجين، أو بالإرادة المنفردة للزوج وهذا هو

---

(1) صبري عبد الرؤوف محمد عبد القوي، مشروعية الطلاق، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، مصر، العدد الثالث، 1986، ص 209.

(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 243.

(3) مسعودان نور الدين، قانون الأسرة مع آخر التعديلات التي أدخلت عليه سنة 2005، بدون طبعة، سلسلة نور، الجزائر، 2006، ص 28.

الأصل، أو بإرادة الزوجة أو كما يطلق عليها عبارة بطلب من الزوجة وهو التطليق، وأخيرا الخلع. ونص قانون الأسرة على ذلك في المادة 48<sup>(1)</sup>.

وبالتالي سنتطرق إلى حالات الطلاق حسب مدى بروز واحترام إرادة الطرفين، حيث تبدأ بدراسة الطلاق بالإرادة المنفردة (المطلب الأول)، ثم يليها الطلاق بالتراضي (المطلب الثاني)، وفي الأخير فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة (المطلب الثالث).

## المطلب الأول: فك الرابطة الزوجية عن طريق الزوج

يقول الله تعالى: «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أنتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون»<sup>(2)</sup>. وفي كل هذه الحالات يلح القرآن على الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان.

كما حرم الله ضرر المرأة ومنعها من الزواج إلا إذا بلغت عدتها<sup>(3)</sup>. يقول الله تعالى: «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضررا لتعتدوا».

وكلمة الطلاق في نظر الإسلام هي وقف مؤقت لعلاقة تحتاج إلى إعادة النظر، وليست حسما أكيدا لهذه العلاقة، ومن هنا لا يرتضي الإسلام هذه الكلمة في كل وقت بل جعل لها أوقاتا خاصة، وبعد وقوعها، استبقى الحياة الزوجية داخل البيت مدة طويلة لعل مشاعر الجفاء تبرد وعواطف الحنان تغلب<sup>(4)</sup>.

ولقد تطرق قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 منه إلى مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، كسبب من أسباب القانونية لإنهاء الرابطة الزوجية. والطلاق استنادا إلى الإرادة المنفردة للزوج يعني أنه يجوز لهذا الأخير عندما يرى أن هناك مبررات شرعية وقانونية للطلاق، أن يتقدم إلى المحكمة ليطلب القضاء له بحل الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق.

(1) تنبؤدشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة الجزائر، 1999-2000، ص 102.

(2) سورة البقرة، الآية رقم 229.

(3) دكار أحمد، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف، بدون طبعة، دار الغرب للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص 40.

(4) الغزالي محمد، قضايا المرأة بين التقاليد الرائدة والوافدة، المرجع السابق، ص 181-182.

## الفرع الأول: تعريف الطلاق

ينبغي للإمام بهذا الطريق من طرق فك الرابطة الزوجية، وجوب تعريفه، ثم موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، وهذا في الفقرات التالية:

### أولاً: تعريف الطلاق

(1) - لغة: الطلاق والإطلاق في اللغة بمعنى واحد، هو الإرسال والترك، أو حل القيد والتخلية، سواء كان القيد حسياً أو معنوياً<sup>(1)</sup>.

وخص العرف لفظ الطلاق برفع القيد المعنوي، والإطلاق برفع القيد الحسي<sup>(2)</sup>.

(2) - شرعاً: لقد تنوعت عبارات الفقهاء في تعريفهم للطلاق، غير أن مدلولها واحد، وفيما يلي عرض لبعض هذه التعريفات:

فقد عرفه ابن نجيم من الحنفية بأنه: «رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص»<sup>(3)</sup>.

وعرفه ابن عرفة من المالكية بقوله: «الطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته»<sup>(4)</sup>.

أما ابن قدامة من الحنابلة فقد عرفه بأنه: «حل قيد النكاح»<sup>(5)</sup>.

وقد أورد الفقهاء المعاصرون، كما فقهاء الإسلام القدامى عدة تعريفات للطلاق، بيد أن مدلولها لا يخرج عما عرفه به الفقهاء القدامى.

---

(1) ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب المحيط، المجلد الرابع، دار الجيل ودار اللسان العربي، بيروت، لبنان، 1982، ص 606.

(2) شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، دار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص 491.

(3) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص 410.

(4) أبو عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاص، شرح حدود ابن عرفة، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية، تونس، 1350هـ، ص 184.

(5) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، الجزء الثامن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994، ص 214.

وقد عرفه الشيخ أبو زهرة بأنه: «رفع قيد النكاح في الحال، أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها»<sup>(1)</sup>.

وعرفه بدران أبو العينين بأنه: «رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية، أو بما يقوم مقام اللفظ من الكتابة و الإشارة»<sup>(2)</sup>.

وحاول الدكتور عبد الكريم زيدان أن يضع تعريفا جامعاً مانعاً ومختصراً كما يلي: «الطلاق حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة على ذلك»<sup>(3)</sup>.

والطلاق بصفة عامة، وبمعنى أدق هو رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان الطلاق بائناً. فلو أراد الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته فلا بد من أن يعقد عليها عقداً جديداً، ويجعل لها مهراً جديداً، ولا بد من رضاها بذلك؛ لأن قيد النكاح قد ارتفع بمجرد الطلاق البائن، وهذا إن كان بائناً بينونة صغرى. أما لو كان بائناً بينونة كبرى فلا بد من تزوجها بغيره. ويرتفع قيد النكاح بالطلاق في المآل إذا كان الطلاق رجعيًا، فمن طلق زوجته طلاقاً رجعيًا فلا يرتفع الزواج في الحال، بل بعد انقضاء العدة. ولذا يجوز للزوج أن يراجعها مادامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض. فإن انقضت عدتها التحق بالبائن في الحكم، فإذا أراد إرجاعها فلا بد من رضاها وعقد ومهر جديدين. واللفظ المخصوص الذي يقع به الطلاق يكون صريحاً أو كناية<sup>(4)</sup>.

**(3) - تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:** حسب ما ورد في نص المادة 48 ق أ ج السالفة الذكر، فإن المشرع لم يتطرق إلى تعريف الطلاق في هذه المادة، على عكس ما كان عليه الأمر في المادة ذاتها قبل تعديل 05-02، إذ عرفه بما يلي: «الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون» واستعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة حكم قضائي<sup>(5)</sup>.

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص 279.

(2) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967، ص 302.

(3) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ص 347.

(4) الأنباتي محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1329هـ، ص 307.

(5) ابن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2007، ص 214.

وأضاف المشرع الجزائري في المادة 48 المعدلة، الإحالة إلى المادة 49 التالية والمتعلقة بمحاولات الصلح التي يجريها القاضي بين الزوجين قبل النطق بحكم الطلاق. كما شملت المادة ثلاث طرق لوقوع الطلاق وهي: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والطلاق بالتراضي بين الطرفين، وكذلك الطلاق بطلب من الزوجة. فلفظ الطلاق هنا غير محدد يقبل التأويل إلى معان قانونية كثيرة، كالطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة أو ما يسمى التظليق، وكذلك الأمر بالنسبة للخلع<sup>(1)</sup>

## ثانياً:- موقف المشرع الجزائري من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وأثره على المركز القانوني للمرأة

نصت المادة 48 ق أ ج على أنه: «يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج».

اعتبرت المادة 48 أعلاه أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج صورة من صور فك الرابطة الزوجية، إلا أنه يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري لم يتبن أي تعريف قانوني للطلاق، ولم يتطرق إلى بيان أركانه، وشروطه، وضوابطه، واكتفى فقط ببيان إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية، وذلك محاولة منه للتملص من أي التزام يقع على عاتقه لتبينه إحدى التعريفات الفقهية، وترك ذلك لما هو مقرر في الفقه الإسلامي على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة 222 ق أ ج عندما نص على أنه: «كل ما لم النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»<sup>(2)</sup>.

وقد تناول المشرع أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من خلال المواد (49-50-51-52) من ق أ ج، إذ نصت المادة 49 على ما يلي: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3) ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى».

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة».

ونصت المادة 50 من ق أ ج على أنه: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد».

(1)رزيق مسعود، المرجع السابق، ص 120.

(2)محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 522.

استحدثت المشرع الجزائري في المادة 49 من نفس التقنين إجراء جديدا وهو أنه خول للقاضي القيام بعدة محاولات للصلح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق، بعد أن كان النص القديم يشير إلى محاولة واحدة. وظاهر النص أن المشرع أراد من وراء اشتراط ثلاث محاولات صلح الحفاظ على تماسك الأسرة وحماية أبنائها من الضياع بين أم وأب منفصلين. وإن حدث وفصل قضاة الموضوع بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، فإن تطبيقهم للقانون يكون خاطئا، ويستوجب الطعن فيه، ويتوجب على القاضي بعد ذلك تحرير محضر يبين فيه نتائج محاولات الصلح يحمل توقيعه، إضافة إلى توقيع كاتب الضبط والطرفين.

من خلال النص، يظهر أن المشرع الجزائري قد تجاوز حالة الشعور بالنقص الذي اعترى القانون القديم، كما أن تعدد محاولات الصلح قد يكون السبيل الأنجع لتجنب الطلاق وخلفياته الخطيرة، كما أضاف التعديل الجديد في فقرته الثالثة ضرورة تسجيل حكم الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة التي تعد طرفا أصليا في القضايا الرامية لتطبيق قانون الأسرة. غير أنه يعاب على هذه الفقرة أنها لم توضح الجزاء المترتب على عدم تسجيل أحكام الطلاق في الحالة المدنية مادامت واردة في صفة الوجوب، كما أنه لم يوضح إن كان تدخل النيابة العامة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الزوجين<sup>(1)</sup>.

وما يمكن ملاحظته أيضا، أن هذا النص أقر بأن الطلاق لا يكون ثابتا ولا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي. وهنا نتساءل عن مصير الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة؟ كما أن نص المادة 49 من ق أ ج لم يشر فيه إلى طبيعة حكم القاضي هل هو منشئ للطلاق؟ بالرغم من أن الزوج قد أوقعه قبل الحكم بإرادته المنفردة أم هو حكم كاشف للطلاق؟

ويعتقد الدكتور بن الشويخ رشيد أن حكم القاضي يكون منشئا للطلاق؛ لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم، وفي خلال ثلاثة أشهر قبل الحكم. واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق، وخلال الخصام بين الزوجين كما دلت على ذلك النصوص الشرعية. أما إن كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة، فيصبح الصلح بلا فائدة، إلا إذا كان الطلاق رجعيا، فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق، وليس تجنباً لحدوث الطلاق. ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفاً للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، وليس منشئاً له حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية ومع النصوص القانونية؛ بمعنى أنه على القاضي عندما يؤكد الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه، لأنه وقع من الزوج<sup>(2)</sup>.

(1) رزيق مسعود، المرجع السابق، ص 122.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 180.

زيادة على هذا، فقد نص المشرع الجزائري على البحث على آليات وميكانيزمات لردع حالات التعسف بإحداث حق جديد للمطلقة في منحها الحق في المتعة. وفي هذا السياق يؤيد الشيخبوري شمس الدين الرأي القائل بعدم تطابق قانون الأسرة في بعض أحكامه مع مبادئ الشريعة الإسلامية؛ أي أن نص المادة 48 ق أ ج مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ نص على حق المرأة في المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ولم ينص على حقها في الحصول على المتعة<sup>(1)</sup>.

فهل نجح المشرع الجزائري في الموازنة بين مركزي الزوجين عند انحلال الرابطة الزوجية كما نجح في الموازنة بينهما عند قيام العلاقة الزوجية وخلالها بعد تعديل 05-02 لقانون الأسرة بعدما كانت تتأرجح بين المساواة واللامساواة<sup>(2)</sup>؟

وهل أن إعطاء الزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية على قدم المساواة مع الزوج دون التقييد بإرادته في التعديل الأخير لقانون الأسرة هو مساس بمركزه القانوني؟ أم تكريس لحرية المرأة ولمبدأ المساواة المنصوص عليه دستوريا؟ وما مدى المساواة الممنوحة قانونا لكل من الزوج والزوجة بعد فك الرابطة الزوجية؟ وما مدى شرعية تقييد ممارسة حق الحضانة؟

وما يمكن ملاحظته بشأن المادتين 49 و 50 من ق أ ج أن:

- لم تنص المادتين صراحة على نوعي الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى. لذلك ينبغي إعادة صياغة مواد الطلاق بالشكل الذي يستجيب لأحكام كل من الطلاق الرجعي والبائن.

- يمكن للزوج أن يتلفظ بالطلاق وتطول إجراءات الحكم به طبقا للمادة 49 ق أ ج، وقد تتعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية التي يبدأ حسابها من وقت التلفظ بالطلاق، فإذا نجحت هذه الجلسة وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقا للمادة 50، فقد حصل تعارض بين القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائنا بينونة صغرى من الناحية الشرعية، يحتاج فيه المطلق لإرجاع زوجته إلى عقد جديد، بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50.

(1)بروبي شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، الجزائر، 2003، ص 126.

(2)آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،

2014، ص 7.

- بروز ظاهرة ازدواجية العدة الشرعية والقانونية، فالعدة الشرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، والعدة القانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا ما يؤدي إلى تعارض بين القانون والشريعة على عدة مستويات، خاصة بعد فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية<sup>(1)</sup>.

- أما فيما يتعلق بحكم الرجعة في الطلاق الثلاث، فقد نصت المادة 51 من ق أ ج على أنه: «لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء».

يفهم من نص هذه المادة عدم وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، وهذا مخالف لمذهب الجمهور القائلين بوقوع الطلاق بلفظ الثلاث ثلاثاً. ومن هذا المنطلق لا بد على المشرع أن يحدد المقصود من لفظ (ثلاث مرات متتالية) لرفع اللبس من جهة، ولترتيب الأمور الشرعية والقانونية من جهة أخرى.

إن الطلاق الذي يوقعه الرجل بالإرادة المنفردة قد رتب آثاراً كثيرة على المجتمع الجزائري، وبالأخص على المرأة الجزائرية. وقد حاول المشرع معالجة هذه الظاهرة والتقليل من آثارها، سواء على المجتمع أو على المرأة.

فالمتتبع لقضايا الأحوال الشخصية على مستوى المحاكم، يلاحظ أن نسبة الطلاق قد ازدادت حدة، وأن الطلاق التعسفي أخذ حجماً مخيفاً، يهدد كيان الأسرة واستقرارها، هذه الظاهرة خلقت انحرافات في المجتمع، وإخلال في التوازن الاجتماعي، وهذا نتيجة منطقية للاستعمال السيء للطلاق من جانب الرجل بإرادته المنفردة، إذ أن المادة 48 ق أ ج خولت للرجل الحق في استعمال الطلاق، وقد استعمل المشرع في ذلك مصطلح "إرادة"، وهو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة الذي هو وفق القوانين الوضعية مبدأ تقليدي، بمقتضاه يكون للإرادة وحدها القدرة على إنشاء الالتزام، وترتيب الآثار دون اشتراط إجراء شكلي خاص.

ورغم ذلك انتقدت المادة 48 ق أ ج، وسعت اللجنة المكلفة بالإشراف وإعداد مشروع التعديل لقانون الأسرة إلى اقتراح يهدف إلى حذف مصطلح "إرادة" الوارد في نص هذه المادة، واستبداله بمصطلح "إيقاع"؛ أي أن الطلاق يقع من الزوج وفقاً للقانون، وليس طبقاً لإرادة الزوج التي قد يشوبها التعسف، وهذا بهدف حماية الأسرة، وإحداث حق جديد للمرأة المطلقة في منحها الحق في المتعة المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية، الذي يترتب لها عن الطلاق التعسفي<sup>(2)</sup>.

(1) ابن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 120.

(2) رزيق مسعود، المرجع السابق، ص 120.

ومن خلال ما سبق ذكره، نستنتج أن المادة 48 خلقت حالة من عدم التوازن بين مركزي كل من الرجل والمرأة من الناحية القانونية، بل منحت الرجل مركزا قانونيا قويا يغير في مركز المرأة متى شاء، ويؤثر على حقوقها، وقد يتعسف في استعمال هذا الحق اتجاه المرأة التي هي في مركز ضعيف مقارنة مع المركز القانوني للرجل بالنسبة لهذه الصورة من صور فك الرابطة الزوجية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: التعويض للزوجة في حالة الطلاق التعسفي

نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة، نشأت لإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي والحق الجماعي، إذ أنه إذا أفضى استعمال حق ما ولو كان مشروعاً في ذاته إلى إلحاق مضرة أو أذى، كان هذا مناقضاً لمقصود الشارع؛ لأنه لم يشرع الحقوق لتكون مصدراً للمفاسد، وإنما تحقيقاً للمصالح<sup>(2)</sup>.

والأصل في الطلاق كما عرفنا سابقاً، أنه حق مباح للرجل بإرادته المنفردة، غير أن حرية الرجل في إيقاع الطلاق تتوقف عندما تبدأ حرية المرأة باعتبارها الطرف الثاني في عقد الزواج المراد حله بالطلاق، فإذا تمادى الرجل في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها زوجته، فإنه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه، مما يوجب عليه تعويض الضرر اللاحق بزوجه التي طلقها تعسفياً، إذ يعتبر أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو التعسف في استعمال الحق.

ولإحاطة بهذا الجانب من البحث، وإعطائه حقه من التحليل والمناقشة، ارتأينا تقسيمه إلى فقرات، إذ سنحدد في البداية المقصود بالطلاق التعسفي، ثم ننتقل إلى تبيان موقف المشرع الجزائري منه.

### أولاً: الطلاق التعسفي

قبل التطرق إلى تعريف الطلاق التعسفي، لابد أولاً من التعرف على معنى التعسف.

(1) لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 65.

(2) الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، الطبعة الأولى، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، 1989 ص 84 - 85.

**1- تعريف التعسف:** يقصد به إساءة استعمال الحق، والذي يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير. وهو يعني بوجه عام استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا، أو للإضرار بالغير، مما يفوت مقصود الشارع من شرع الحق<sup>(1)</sup>

ويقول فتحي الدريني في بيان حقيقته وطبيعته: «يقوم التعسف في استعمال الحق على فعل مشروع لذاته، لأنه يستند إلى حق أو إباحة، ولكن هذا الحق استعمل على وجه يخالف الحكمة التي من أجلها شرع الحق، والمخالفة أو المناقضة تظهر من وجهين:

**الأولى:** من حيث الباعث الدافع الذي حرك إرادة ذي الحق إلى أن يتصرف بحقه لتحقيق غرض غير مشروع، من الإضرار بالغير، أو هدم قواعد الشرع، بتحليل محرم، أو إسقاط واجب تحت ستار الحق.

**الثانية:** من جهة النتيجة أو الواقعة المادية أو الثمرة التي تترتب على استعمال الحق بحد ذاتها، بقطع النظر عن العوامل النفسية، فإذا كانت تلك النتائج أضرار أو مفسادا راجحة مُنع التسبب فيها؛ أي مباشرة الحق، ووجه المناقضة هنا ظاهر، لأن الحقوق لم تشرع وسائل لتحقيق مضار أو مفساد غالبية، الأمر الذي لا يتفق مع أصل الشريعة، من أنها مبنية على جلب المصالح ودرء المفساد»<sup>(2)</sup>.

**2- تعريف الطلاق التعسفي:** نعني بالتعسف في استعمال الطلاق الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه؛ أي مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص<sup>(3)</sup>.

ويعرفه الأستاذ **بن زيطة** عبد الهادي بأنه: «الطلاق التعسفي مصطلح حديث في تسميته، قديم في المعنى، يطلق على كل طلاق استبد به الزوج وتتأذى المرأة من ورائه، وقد أشار إليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 52 منه»<sup>(4)</sup>.

## ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الطلاق التعسفي

(1) سراج محمد أحمد ، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ب س ن، ص 274.

(2) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1984، ص 26-27.

(3) فخري جميل محمد حاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه المقارن والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 123.

(4) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 109.

أحاط المشرع الجزائري حق الزوج في إيقاع الطلاق على زوجته بمجموعة من الضمانات حفاظا على قدسية الحياة الزوجية، فلا بد لأي طلاق من أن يكون له سبب مستساغ شرعا وقانونا، إذ تنص المادة 52 من ق أ ج على أنه: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

وقد عدلت هذه المادة بموجب الأمر رقم 05-02، إذ كانت تنص في ظل القانون 84-11 على أنه: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج.

ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا.

تفقد المطلة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها.» .

نلاحظ أن المشرع الجزائري أعاد صياغة نفس المادة السابقة بنفس المحتوى. فيما يخص الفقرة الأولى، اكتفى فقط بذكر التعويض عن الطلاق التعسفي تاركا مسألة حق الحاضنة في المسكن لأحكام المادة 72 ق أ ج<sup>(1)</sup>.

وقد أوجب المشرع التعويض عن الطلاق التعسفي، والذي يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان هما: أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول، وأن يتحقق للقاضي من لحوق الضرر بالمطلة.

ولابد أن يكونا مجتمعين ومتلازمين في ذات الوقت حتى يكيف الطلاق على أنه تعسفي، ومن ثم تستحق الزوجة التعويض.

ويتضح كذلك من خلال هذا النص أن تعسف الزوج في الطلاق سبب للحكم بالتعويض، إلا أنه يتعين على القاضي وهو يبحث عن وجه التعسف في الطلاق ألا يجعل هذا التعسف الذي ورد في النص قيدا على الطلاق الذي شرعه الله تعالى إذا قامت مبرراته، كما أنه لا يجوز أن يكون الغلو في تقدير التعويض مبالغا فيه بالقدر الذي يعجز عنه الرجل. وقد فسرت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التعويض بمعنى المتعة المقررة شرعا، بينما ذهب الاجتهاد القضائي إلى أن المتعة تمنح للزوجة بوصفها تعويضا إذا ثبت للقاضي تعسف الزوج في طلاقها من غير مبرر، إذ يتضح هذا جليا من خلال عدم نص

(1)رزيق مسعود، المرجع السابق، ص123.

المشروع على حق المرأة المطلقة في المتعة المقررة لها شرعا سواء وقع الطلاق تعسفيا، أم على وجه مشروع<sup>(1)</sup>.

كما نجد أن هذا النص قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له أن الزوج قد تعسف في الطلاق، وذلك حفاظا على حقوق المرأة، مما يعطيها مركزا قانونيا قريبا إلى مركز الرجل، إذ أعطى لها حماية خاصة من استعمال الزوج لحقه في إيقاع الطلاق. وهذه الحماية تستمد أصلها من الشريعة الإسلامية، غير أن مسألة التعويضات يمكن أن يحكم بها القاضي في حال الطلاق التعسفي تبقى جزافية، فقد لا تغطي شيئا بالنسبة للوضع الاجتماعي للمطلقة. ومن هنا يرى الدكتور الرشيد بن الشويخ أنه: «لابد من تحديد مدة معينة كافية للزوجة لتحمل الزوج المسؤولية اتجاهها بسبب تعسفه في الطلاق، ويقضي لها بتعويض يغطي نفقة سنتين على الأقل، ولو تدفع بالتقسيط حسب حال الزوج، كما أن هذه المدة تمنح فرصة للزوجة للخروج من وضعيتها.»<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي بين الزوجين

طبقا لنص المادة 48 ق أ ج، فإن المشروع الجزائري اعتبر الطلاق بالتراضي كنوع من أنواع فك الرابطة الزوجية، وذلك يعني أنه يمكن للزوجين بناء على طلب أحدهما وموافقة الطرف الآخر، أو بناء على رغبتهما المشتركة في حل عقد النكاح، ووضع حد للرابطة الزوجية بينهما، أن يتطالقا برضائهما دون خصام ولا نزاع<sup>(3)</sup>.

لدراسة هذا النوع من الطلاق، نقوم بإعطاء تعريف له (الفرع الأول)، ثم تبيان الإجراءات الواجب إتباعها ليتم تقرير الحكم بالطلاق بالتراضي (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي

(1) بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 578.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 187-188.

(3) سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1416هـ، ص 247.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الطلاق بالتراضي، وإنما اكتفى بالإشارة إلى أنه طريق من طرق حل الرابطة الزوجية حسب نص المادة 48 من نفس التقنين. وقد تطرقت إلى ذلك المادة 427 ق إ م إ بنصها على أنه: «الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة».

وبالتالي اكتفى المشرع الجزائري فقط بالإشارة إلى الطلاق بالتراضي، دون أن تعرفه المادة 48 السالفة الذكر، غير أن المادة 427 ق إ م إ عرفت الطلاق بالتراضي على أنه إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة.

وهنا نتساءل هل يصح أن نطلق على الطلاق بالتراضي كطريق من طرق حل الرابطة حل الرابطة الزوجية لفظ إجراء؟ وهل تعتبر باقي طرق فك الرابطة الزوجية إجراءات أيضا؟

يعتبر الطلاق بالتراضي حالة من حالات عدم استحقاق المطلقة التعويض، بسبب عدم توافر الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الرجل لحقه في الطلاق. فكل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، فتكون إرادتهما متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق<sup>(1)</sup>.

وقد جاء مضمون هذه المادة وسطا بين حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وبين حق الزوجة في طلب التظليق أو الخلع بإرادتها المنفردة أيضا في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة.

كان استحداث المشرع الجزائري لهذه الصورة لفك الرابطة الزوجية، بقصد ترك الحرية للزوجين للاتفاق بينهما فيما يريانه مناسبا لحالهما، دون بحث القاضي عن أسباب الانفصال. وبالتالي إحداث توازن بين مركزي الزوجين أمام فك الرابطة الزوجية، وهو من أهم مظاهر الموازنة بين مركزي الزوجين، كونه يتم بإرادتهما التامة ورضائهما الحر، بغض النظر عن فحوى الاتفاق، ولا معرفة الطرف المتضرر، كون الطلاق بالتراضي يسقط الحق في التعويض.

غير أن المشرع الجزائري لم يبين الآثار الشرعية المترتبة على الطلاق بالتراضي، لأن هذا الأخير يختلف عن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، لأنه يأخذ عدة طرق تترتب عليها أحكام شرعية تختلف باختلاف طريقة وقوعه، إذ يكمن الفرق الأساسي بين الطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، في أن الأول يكون بموافقة كل من الزوجين لطلب الآخر على الانفصال، وعلى ودية إحداث الفرقة<sup>(2)</sup>.

(1) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادية، 2009، ص 166.

(2) بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 166.

## الفرع الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي

تختلف الإجراءات بين الطلاق بالتراضي والطلاق بناء على طلب من أحد الزوجين. وكما ذكرنا سابقا فإن المادة 427 ق إ م إ عرفت الطلاق بالتراضي على أنه إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة. وتتمثل إجراءات الطلاق بالتراضي فيما يلي:

### أولاً: تقديم طلب مشترك

يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين، ولا تطبق أحكام المادتين 16 و 21 من ق إ م إ المتعلقتين بتبليغ عريضة افتتاح الدعوى والمستندات للخصوم. كما لا يستوجب التكليف بالحضور عن طريق المحضر القضائي. كما لا يجوز تقديم طلب طلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية من قبل طبيب مختص منعا للجوء إلى خبرة يقوم بها طبيب عام، لاسيما في الحالات التي تتطلب معرفة دقيقة وهو ما نصت عليه المادة 428 ق إ م إ: «في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط.»

و المادة 432 ق إ م إ بنصها على أنه: «لا يجوز تقديم طلب بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته.

يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص.»<sup>(1)</sup>

### ثانياً: مضمون العريضة

توضح المادة 429 ق إ م إ البيانات الواجب ذكرها في العريضة والتي نصت عليها كالاتي: «يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يلي:

1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب،

2- اسم ولقب وجنسية كلا من الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما،

3- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر،

(1) بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 167.

4- عرض موجز يتضمن جميع شروط الإنفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.

يجب أن يرفق مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين.».

توضح المادة السابقة شكل ومضمون العريضة المشتركة للطلاق بالتراضي، وكذا البيانات الضرورية التي يجب أن يوقع عليها الزوجان مع ضرورة إرفاق العريضة بشهادة عائلية ومستخرج من عقد الزواج المعنيين. ويمكن الفرق بين المادة 429 والنص العام الوارد في المادة 15 من القانون الجديد في النقاط التالية:

- ذكر جنسية كلا من الزوجين وتاريخ ومكان ميلادهما،

- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر،

- عرض موجز يتضمن جميع الشروط الاتفاق الحاصل بينهما حوال توابع الطلاق.

كما قد يأخذ الطلاق بالتراضي صورة مجردة عن أي سبب من نشوز أو إعراض من أحد الزوجين أو من كليهما. كأن تعترضهما عوائق وعقبات خارجة عن إرادتهما، فتجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق بالتراضي. وعلى هذا الأساس ينبغي تكييف صورة التراضي على الطلاق قضائياً وترتيب الأحكام والآثار الشرعية والمادية وفقاً لذلك<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: تحديد الجلسة

نصت المادة 490 ق إ م إ على ما يلي: «يخطر أمين الضبط الطرفين في الحال، بتاريخ حضورهما أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض.».

(1) بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 607.

استنادا لمضمون هذه المادة، يخطر أمين الضبط في المحكمة بمجرد إيداع العريضة الوحيدة المشتركة الزوجين المرادين إيقاع الطلاق بإرادتهما المشتركة بتاريخ حضورهما أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: فك الرابطة الزوجية عن طريق الزوجة

لم تكن الزوجة تحظى بحق فك الرابطة الزوجية في كل الحضارات القديمة تقريبا، غير أن الشريعة الإسلامية نظرت إلى هذا الموضوع نظرة مغايرة، إذ أنها أعطت الحق الأصيل لإنهاء الرابطة الزوجية للزوج. فالشريعة الإسلامية تملك أن ترغب الزوج في الصبر على الزوجة وعدم طلاقها إذا كان هنالك أمل في عودة الحياة إلى وضعها الطبيعي بينهما، غير أنها يمكن أن تجبره على التعويض عن الضرر الذي تسبب فيه إذا تعسف في استعمال حقه، وكذلك تجبره على توفير بعض الحقوق المادية للزوجة والأولاد بعد الطلاق. كما أن الشرع قد مكن الزوجة التي لم تعد ترغب في العيش مع زوجها في إعطائها الحق بالانفصال عنه متى توافرت الأسباب والمبررات لذلك.

ولكي نقدم نظرة شاملة على الموضوع، نقوم بدراسة فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق (الفرع الأول)، وأيضا عن طريق الخلع (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق التطلق

تحل عقدة النكاح القائمة بين الزوجين بناء على طلب من الزوجة أو ما يعرف بالتطلق، حينما تصبح العشرة بينهما مستحيلة، ولتوضيح هذه الصورة من صور الطلاق، نقوم بتعريف التطلق القضائي، وكذا معرفة الأسباب المؤدية لوقوعه وهذا من خلال الفقرات التالية:

#### أولا: تعريف التطلق أو التفريق القضائي

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التطلق، وإنما اكتفى فقط بذكر الأسباب القانونية للتطلق في المادة 53 من ق أ، ومنح للزوجة فيها حق طلب التطلق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة إذا توافرت لها أسباب لذلك.

(1) بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 167.

فإذا كان المشرع الجزائري قد أعطى الزوج الحق في طلب الطلاق بإرادته المنفردة في أي وقت شاء دون قيد أو شرط، كون العصمة الزوجية بيده، فإن الزوجة التي تريد فك الرابطة الزوجية مقيدة بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 35 ق أ.

ويقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء، ويتم ذلك بناء على طلب من الزوجة لأمر نص عليه القانون كإضرار أحد الزوجين بالآخر، أو أي سبب أدى إلى تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما، وذلك حماية للمرأة إذا ظلمها زوجها أو أساء عشرتها. فجعل من حقها اللجوء إلى القضاء ورفع أمرها للقاضي ليطلقها، لكن شريطة تأسيس طلبها على حالة من الحالات الواردة على سبيل الحصر في المادة 53 من ق أ ج<sup>(1)</sup>.

**أما في اصطلاح الفقهاء** فإن التطليق هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب كالشقاق المستمر أو الضرر، أو عدم الإنفاق... إلخ أو بدون طلب من أحد حفظا لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين، وما يقع بتفريق القاضي طلاق بائن في أحوال، وفسخ في أحوال أخرى، وهو طلاق رجعي في بعض الأحوال<sup>(2)</sup>.

ويعرف الأستاذ بلحاج العربي التطليق بأنه: «طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف.»<sup>(3)</sup>.

## ثانيا: أسباب التطليق

إذا كان قانون الأسرة الجزائري قد منح الزوج حق الطلاق دون قيد أو شرط أو طلب من القاضي، فإنه قد منح المرأة كذلك الحق في فك الرابطة الزوجية بمقتضى إرادتها وحدها بأسباب وردت في المادة 53 من ق أ على سبيل الحصر وتتمثل فيما يلي:

**1- التطليق لعدم الإنفاق:** من المعلوم أن إنفاق الزوج على زوجته هو واجب عليه وحق لها، ويعتبر من الالتزامات التي يربتها عليه عقد الزواج. فهل إخلال الزوج بهذا الالتزام قد يخول الزوجة الحق في طلب التطليق أو التفريق بينهما؟

(1) عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة الجزائري واجتهاد المحكمة العليا، المعهد الوطني للقضاء، 2003-2004، ص 09.

(2) الصابوني عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1968، ص 76-79.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 273.

يتضح لنا من خلال المادة 53 ق 1 ج أن المشرع قد منح الزوجة حق طلب التطلاق لتضررها من عدم إنفاق زوجها عليها، غير أنه باستقراء وتحليل هذه الفقرة نجد أنها قد اشترطت على الزوجة مجموعة من الشروط التي يجب توافرها حتى تتمكن الزوجة من طلب فك الرابطة الزوجية بسبب تحقق هذا الضرر من جراء عدم إنفاق زوجها عليها وهي:

أ- أن يكون امتناع الزوج عن الإنفاق بعد صدور الحكم: ويتحقق هذا الشرط عندما تكون الزوجة قد رفعت مسبقا دعوى ضد زوجها لاستصدار حكم يأمره بالنفقة، فإن رفض الإنفاق عليها بعد صدور الحكم يمكن للزوجة ان ترفع ضده دعوى تطلب التطلاق فيها لعدم التزام الزوج بواجبه في النفقة، وعدم امتثاله للحكم الصادر بحقه.

ب- أن لا تكون عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج: فإن كانت عالمة بذلك ووافقت على الزواج يسقط حقها في طلب التطلاق المؤسس على عدم الإنفاق.

ج- أن تكون النفقة الممتنع تقديمها كل ما اعتبره المشرع من الضروريات في العرف والعادة: كأن تتعلق بالأكل والشرب واللباس والعلاج والمسكن، وفي إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود سعة الزوج بلا إسراف ولا تقتير؛ أي مراعاة لأحكام المواد 78، 79، 80 من ق 1 ج<sup>(1)</sup>.

د- ألا يكون امتناع الزوج عن الإنفاق بسبب عسره: بأن كان موسرا، وله مال ظاهر وادعى العجز، فهنا للقاضي أن يقوم بدوره حسب الأدلة المقدمة من طرف الزوجة والظروف المحيطة بالقضية<sup>(2)</sup>.

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين المدة التي ترفع خلالها الزوجة دعوى التطلاق إن كانت مدة شهرين نفسها الواردة في المادة 331 ق م ج أم لا، كما أنه لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر بها الزوج بحد أدنى والذي يصلح كسبب لتأسيس دعوى التطلاق حسب ما ورد في المادة 79 ق 1 ج التي جاء مضمونها بما يلي: «ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة». وهو معيار متغير بتغير الزمان والمكان. وبالتالي فإنه يظهر جليا من نص المادة 1/53 أن أساس طلب التفريق بين الزوجة وزوجها هو الضرر المادي الذي لحقها بسبب عدم إنفاق الزوج عليها، فهي تعتبر مكتسبة لهذا الحق بمجرد الدخول بها ما لم تكن

(1) نذير سعاد، التطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستير، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، ص 17.

(2) زيتوني نجية، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، جامعة الجزائر، 2006،

ناشزا، ويكون عليها إثبات عدم الإنفاق عليها بكل وسائل الإثبات، وهو ما يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية<sup>(1)</sup>.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1984 ما يلي: «متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطلق عن زوجها، وإذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجناح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا نافذا، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطلق قد خرقتوا أحكام هذا المبدأ الشرعي.»<sup>(2)</sup>.

**2- التطلق للهجر في المضجع:** من بين أسباب التطلق التي تضمنتها المادة 53 ق أ ج نجد الفقرة الثالثة التي نصت على حالة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر. وبتحديد المدة القصوى التي لا يقرب فيها الزوج زوجته بأربعة أشهر وصفة **البعث** بأن الهجر في المضجع هو نفسه الإيلاء الذي تطرق إليه الفقهاء في الشريعة الإسلامية. وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن الهجر في المضجع يختلف عن الإيلاء المشار إليه في كتب الفقه.

فالإيلاء لغة هو الحلف من آلى، يولي، إيلاء<sup>(3)</sup>.

أما اصطلاحا فهو الحلف بالله أو بصفة من صفاته، على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر، أو أربعة أشهر وأكثر، أو تعليق القربان على ما يشق. وقد عرفه كمال الدين ابن همام بأنه: «الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القربان على ما يشق.»<sup>(4)</sup>.

ولم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الهجر في المضجع أو بيان المقصود منه، بل اكتفى بجعله سببا من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطلق.

والهجر في المضجع نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته وذلك لقوله تعالى: «اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع.»<sup>(5)</sup>.

(1) زيتوني نجية، المرجع السابق، ص 20.

(2) قرار صادر بتاريخ 19/11/1984، ملف رقم 34791، المجلة القضائية، العدد الثالث، السنة 1989، ص 76.

(3) ابن منظور، المرجع السابق، ص 142.

(4) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 342.

(5) سورة النساء، الآية رقم 33.

تدخل هذه المعاملة أي الهجر في المضجع بغرض التأديب في إطار حقوق الزوج، ومن ثم لا يجوز أن يضر شخص باستعمال حقه الشرعي إلا إذا تعسف في استعماله وتجاوز حدود هذا الحق المقرر له<sup>(1)</sup>.

لذلك يتضح لنا أنه كي يتسنى للزوجة طلب التطلاق بسبب هجر زوجها لها يشترط أن يكون قد وقع هذا الهجر فعلا أي:

أ- أن يكون هناك هجر الزوج لزوجته في المضجع: والمقصود بالهجر هنا هو الابتعاد والترك، ويتحقق ذلك عن طريق حرمانها من حقها الزوجي.

ب- أن لا يكون لهذا الهجر أي سبب شرعي: أي أن الغرض الوحيد من الهجر الزوج لزوجته هو إلحاق الضرر بها، فقد يكون بقصد دفعها لأن تطلب التطلاق، وهذا الشرط متفق عليه من طرف فقهاء الشريعة.

ج- أن يدوم الهجر أكثر من أربعة أشهر متتالية: باعتبار أن تحديد هذه المدة للهجر بأكثر من أربعة أشهر وردت واضحة في نص المادة المذكورة على أساس أن الضرر يتحقق بترك الوطاء بإتمام هذه المدة، وذلك مراعاة لطبيعتها كامرأة، فيستوجب مرور أربعة أشهر كاملة على ترك الوطاء فعلا دون انقطاع، أو اتصال بين شهر وآخر<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن ما يميز دعوى الهجر هو صعوبة الإثبات لأن موضوعها سر من أسرار الزوجية، وبالتالي ليس من السهل إيجاد شهود على ذلك إلا إذا اقترن الهجر بترك الزوج لمسكن الزوجية؛ لأن إثبات هذا الهجر أسهل خاصة إذا أدين الزوج بحكم جزائي بتهمة الإهمال العائلي.

**3- التطلاق للعيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج:** قد يصاب أحد الزوجين بعارض أو عيب يحول دون تحقق الهدف من الزواج، ودون استمرار الحياة الزوجية، فقد تكتشف الزوجة في زوجها عيبا منفرا، أو قد يصاب به بعد فترة من الزواج ما يمنع من تحقق بعض مقاصد الزواج، أو جعل تحقيقها أمرا صعبا ومرهقا بالنسبة لها. فماذا تفعل الزوجة التي تجد نفسها في وضع كهذا؟ هل يحق لها أن تطلب التفريق من القاضي؟ أم يتعين عليها الصبر على وضع لا يطاق قد يؤدي بها إلى نتائج غير مرضية<sup>(3)</sup>؟

وقد نص المشرع الجزائري على التطلاق للعيوب في المادة 2/53 الذي جاء مضمونها كالآتي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

(1) عزيرية يوسف، المرجع السابق، ص 18.

(2) زيتوني نجية، المرجع السابق، ص 113.

(3) آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 14.

## 2- العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج.».

ولقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المادة برأي جمهور الفقهاء الذين يرون جواز طلب الفرقة من طرف الزوجة بناء على عيب في زوجها. ويتضح أيضا أن المشرع لم يمنح هذا الحق للزوج، كونه يملك الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة المنصوص عليها في المادة 48 ق أ ج، ويكون بذلك قد أعطى هذا الحق للزوجة فقط لأنه أحفظ لحقوقها. لكن رغم ذلك يستطيع الزوج أن يبرر طلاقه لزوجته لإصابتها بعيب من العيوب حتى ينفي عنه التعسف في استعمال حقه في الطلاق، ويتقاضي بذلك التعويض للزوجة<sup>(1)</sup>.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1992 ما يلي: «من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطلق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقق هدف الزواج كتنكبين أسرة وتربية الأبناء. ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطبيق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عمق الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية.»<sup>(2)</sup>.

**4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية:** تطرق المشرع الجزائري إلى حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ضمن الحالات التي يحق فيها للزوجة طلب التطلق، إذ تضمنت الفقرة 4 من المادة 53 ما يلي: «الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.».

ويرى الدكتور وهبة الزحيلي أن: «لم يجر جمهور الفقهاء غير المالكية التفريق لحبس الزوج أو أسرته أو اعتقاله لعدم وجود دليل شرعي بذلك. ولا غيبة المسجون ونحوه عند الحنابلة تعد غيبة بعذر.

أما المالكية فأجازوا طلب التفريق للغيبة سنة فأكثر، سواء أكانت بعذر أو بدون عذر، فإن كانت مدة الحبس سنة فأكثر جاز لزوجته طلب التفريق، ويفرق القاضي بينهما، بدون كتابة إلى الزوج بدون انتظار»<sup>(3)</sup>.

من خلال استقراءنا للفقرة 4 من المادة 53 نلاحظ أن المشرع الجزائري تطرق إلى عدة شروط إذا اجتمعت يكون من حق الزوجة طلب التطلق. وتتمثل فيما يلي:

(1) زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، انسكلوبيديا، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 49.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/12/22، ملف رقم 87301، المجلة القضائية العدد الثاني، السنة 1995.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 535.

أ- صدور حكم في جريمة معينة ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي فيه: يتحقق ذلك عندما يكون هذا الحكم غير قابل للطعن فيه سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية مثلما كان منصوصا عليه في نفس الفقرة من المادة 53 قبل تعديلها، إذ كانت توجب كشرط للحكم بالتطليق أن تكون العقوبة سالبة للحرية لمدة أكثر من سنة، فإن كانت أقل لا يجوز الحكم بالتطليق.

ب- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة: أي يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج ماسا بشرف الأسرة وسمعتها، غير أن هذه العبارة "شرف الأسرة" لها مدلول واسع، إذ لا يوجد تصنيف معين للجرائم الماسة بشرف الأسرة في قانون العقوبات الجزائري، وربما يقصد بذلك الجرائم الأخلاقية بصفة عامة. وقد أحسن المشرع بتداركه للوضع وتعديل هذه الفقرة بإزالة عبارة "عقوبة شائنة"، إذ انصب المشرع قبل التعديل على وصف العقوبة التي يحكم بها القاضي على الزوج بالشائنة، تاركا الفعل المرتكب من قبل الزوج، والأجدر هو وصف الفعل لا العقوبة.

ج- استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية بعد الجريمة: وذلك بسبب توتر العلاقة بين الزوجين، وتحول المودة إلى بغض وكراهية، واستحكام الخلافات، وبالتالي استحالة استمرار العلاقة الزوجية بينهما<sup>(1)</sup>.

فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة، جاز للقاضي الحكم بالتطليق.

وتجدر الإشارة إلى أنه بعد تعديل ق أ ج لم يعد يصح إطلاق عنوان التطليق للحبس على الفقرة 4؛ لأن شرط الحبس ألغي تمام، إذ أن المشرع استدرك الخطأ في وصف العقوبة بالشائنة، بل وصف الجريمة فقط بأنها تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية<sup>(2)</sup>. كما أن الفقرة 4 من المادة 53 لم تعتبر الغيبة للحبس أو السجن هو سبب للتفريق، إنما اعتبرت الأسباب التي لأجلها تم الحبس أو السجن بغض النظر عن مدة الحبس، كما أنه لم تبين مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزوج، بل تكفي أن تكون الجريمة ماسة بسمعة الأسرة، وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية<sup>(3)</sup>.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة: نصت المادة 53 في فقرتها 5 على ما يلي: «...5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.»

(1) نذير سعاد، المرجع السابق، ص 38.

(2) آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 180.

(3) ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 199.

إذا غاب الزوج مدة طويلة تفوق السنة عن زوجته، سواء أكان الزوج مجهول أم معلوم المكان، أجاز الفقهاء للزوجة أن ترفع قصيتها إلى القاضي حتى يطلقها لأنها تتضرر معنويا وماديا من ذلك.

ولكي تستطيع الزوجة طلب التطلق في حالة غياب الزوج، لابد من توفر ثلاثة شروط أساسية وهي:

أ- أن يغيب الزوج سنة كاملة: ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى.

ب- أن يكون هذا الغياب دون عذر مقبول: أما إذا كان للزوج عذر مقبول، فإن دعوى التطلق للغيبة لا تقبل وإن دامت الغيبة أكثر من سنة.

ج- أن لا يترك الزوج لزوجته مالا تنفق منه طوال مدة غيابه: فإذا غاب الزوج بدون عذر مقبول، ولمدة أكثر من سنة ولكنه ترك للزوجة مالا تنفق منه، فإن دعوى التطلق لا تجاب لعدم توافر الشرط الأخير.

ومما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد استبعد كل ضرر ينجم عن الغياب إلا ضرر عدم الإنفاق الذي سبقت الإشارة إليه في الفقرة الثانية من نفس المادة، غير أنه أطال مدة الصبر إلى سنة كاملة على عدم الإنفاق حتى تتمكن الزوجة من طلب التطلق.

والسؤال المطروح هنا ألم يتفطن المشرع الجزائري إلى حاجة المرأة الحسية الطبيعية؟ وهنا نجد أنه أدرجها في الفقرة 3 الخاصة بالتطلق للهجر في المضجع لمدة تفوق 4 أشهر خوفا على المرأة من التضرر لهجر الزوج لها.

لكن السؤال المطروح أيضا أليست مدة سنة أطول بكثير من 4 أشهر؟ إذ يتفاقم الخوف على المرأة من الفتنة والوقوع في الحرام خاصة في غياب الزوج.

من هنا نستنتج أن المشرع الجزائري حين أدرج الفقرة 5 من المادة 53 كان همه التطلق لعدم الإنفاق بسبب الغيبة؛ لأن المتأمل لأول شرط وهو عدم الإنفاق يلاحظ أن المشرع استثنى موضوع عدم الإنفاق بسبب الغياب أو أغفله، فرجع مرة أخرى إلى التفريق للغيبة ولكنه قرنه بعدم الإنفاق بعدما أغفل الربط بين عدم الإنفاق والغيبة في الفقرة 1.

وهنا نتساءل هل يحكم القاضي للزوجة بالتطلق إذا أسست دعوها على عدم الإنفاق لتوفر الشروط المذكورة في الفقرة 1 رغم أن الزوج غائب؟ وهل إذا علم القاضي أن سبب عدم الإنفاق هو غياب الزوج وكان الغياب بدون عذر. فهل سيجبرها القاضي على انتظار مدة سنة لكي تطلق على أساس الغيبة وليس

على أساس عدم الإنفاق؟ وإذا كان الغياب بعذر في هذه الحالة هل يرفض القاضي دعوى التطلاق أساساً(1)؟

وخلاصة القول أنه ينبغي الحسم في موضوع التطلاق استناداً للفقرة 5 من المادة 53، إذ يجب التفصيل كما يلي:

- إما أن تخصص الفقرة 5 للتطلاق للغيبة وبالتالي تلغى الشروط المقترنة بها خاصة شرط عدم الإنفاق.
- وإما أن تخصص لشرط عدم الإنفاق وبالتالي ينبغي إلغاؤها، وتخصيص الفقرة 3 من نفس المادة للتطلاق لعدم الإنفاق بسبب الغياب. واشترط المدة التي يراها المشرع مناسبة حتى يجوز للزوجة طلب التطلاق(2).

**6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه:** المقصود بتعدد الزوجات هو الزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية. فإذا تزوج الرجل بأكثر من زوجة واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة 8، كان عليه واجب العدل بينهن وفق ما يتطلبه الشرع والقانون. فإذا أخل الزوج بواجباته اتجاه زوجاته أو إحداهن، جاز للزوجة المتضررة لافع دعوى قضائية للمطالبة بالتطلاق في حالة عدم الرضا(3).

وقد أجازت المادة 53 في فقرتها 6 للزوجة طلب التطلاق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 8 من قانون الأسرة بنصها: «...6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.»

كما نصت المادة 8 مكرر من ق أ ج أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق. أما المادة 19 من نفس القانون فقد نصت على أنه يجوز للمرأة طلب التطلاق عند مخالفة الزوج لشرط عدم التعدد عليها، فجعل الحماية للمرأة بطريقتين: الأول خروج المشرع من دائرة عموم الضرر المعتبر في حالة مخالفة أحكام المادة 8 **والثاني** جعلها سبباً مستقلاً من أسباب التطلاق من خلال نص الفقرة 6 من المادة 53، بالإضافة إلى نص المادة 19 السالفة الذكر.

(1) آيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 154.

(2) آيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 154.

(3) ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 404.

وهنا نتساءل هل يعد مجرد عدم إعلام الزوجتين السابقة واللاحقة دون إلحاق الضرر المعتبر شرعا بإحدهما أو بهما معا، سببا كافيا لطلب التطلق والتفريق القضائي، وما ينجم عن ذلك من آثار سلبية على الأسرة وخاصة عند وجود الأبناء<sup>(1)</sup>؟

7- ارتكاب فاحشة مبينة: استحدثت المشرع الجزائري في المادة 53 سببا يعطي الزوجة حق طلب التطلق، إذ تنص الفقرة 7 منها على أنه: «...7- ارتكاب فاحشة مبينة.».

اعتبر المشرع الجزائري ارتكاب فاحشة مبينة سببا يعطي الزوجة الحق في طلب التطلق، مع أنه لا يوجد في الفقه الإسلامي من اعتبر هذا الفعل من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطلق، بل هو يؤدي حتما إلى فك الرابطة الزوجية، وذلك إذا ما ثبت زنا الزوج بالشهادة أو الإقرار فحكمه الرجم إلى حد الموت. أما في ق أ ج فإذا قام الزوج بارتكاب فعل مذل بالآداب بصفة خطيرة ومخالفة للعرف والضمير الاجتماعي مما يؤثر على الكيان الأسري، وتصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة، مما قد يدفع بالزوجة إلى طلب فك الرابطة الزوجية، فنقوم برفع دعوى تطلب فيها التطلق من القاضي، ولكن بتوافر مجموعة من الشروط وهي:

أ- أن يكون الفعل المرتكب مخلا بالحياء والآداب العامة: وهو المقصود بعبارة "فاحشة مبينة"، ويدخل ضمنها كل فعل مناف لمبادئ الشريعة الإسلامية والذي يعمل على تهديد كيان الأسرة وتصدعها، غير أن المشرع بالرغم من خطورة هذا الفعل فإنه لم يحدد الطرق والوسائل التي تثبت فيها الزوجة ارتكاب زوجها لفاحشة مبينة.

ب- أن يكون الفعل مرتكبا من طرف الزوج: يحق للزوجة المتضررة من ارتكاب زوجها لمثل هذه الأفعال المحطمة لكيان الأسرة أن تطلب التطلق من طرف القاضي، وفي حالة عجز الزوجة عن إثبات ما تدعيه من أضرار، فإن دعواها سترفض، مع أهمية أن يكون عقد الزواج القائم صحيحا، ومستوفيا لكل شروطه الشرعية.

وقد عالج المشرع الجزائري هذه الجريمة من خلال قانون العقوبات<sup>(2)</sup>، وذلك في نص المادة 3/339 التي تضمنت ما يلي: «يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين...». ونصت أيضا

(1) ابن شويع الرشيد، المرجع السابق، ص 204.

(2) زيتوني نجية، المرجع السابق، ص 143.

على أن: «... ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضروب، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة».

وتنص المادة 340 على أن: «الدليل الذي يقبل على ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339، يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد كتاب الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم، وإما بإقرار قضائي».

**8- الشقاق المستمر بين الزوجين:** بينت الشريعة الإسلامية حقوق الزوجين كل قبل الآخر، وأرشدتهما إلى الواجبات الواقعة على عاتق كل زوج وزوجة، وذلك لتحقيق السكن والمودة والرحمة، كما وجهتهما إلى مقاومة الخلافات بالتقويم السليم والموعظة الحسنة، إذ جعل للزوج وعظ زوجته، ثم هجرها في المضجع، وجعل آخر الحلول ضربها غير مبرح بدون عنف ولا عدوان، ووجه المرأة في استرضاء زوجها إذا رأت منه إعراضا أو نشوزا حتى يستقيم حاله، وإلا فإنها ترفع أمرها إلى القضاء، فيحكم بما هو أنفع<sup>(1)</sup>.

والمقصود بالشقاق بين الزوجين سوء العشرة واستمرار التنافر بينهما سواء بسبب الزوج أو بسبب الزوجة أو بسببهما معا. وقد يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر بأحدهما أو كلاهما، ذلك أن الشقاق هو في حد ذاته ضرر، فإذا نشأ الشقاق واتسع نطاقه فإن الشارع الحكيم قد عالج ذلك باختيار حكم وسيط يكون من أهل الزوج وآخر من أهل الزوجة، لمعرفة سبب الشقاق وهما على قرب وصلة بهما بما يمكنهما من كشف الأسباب الحقيقية له، وكذلك محاولة إصلاح ذات البين وتلافي أسباب النزاع قبل أن يستفحل ويتعدى الزوجين إلى باقي الأسرة.

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أنه في حال الشقاق و عدم ثبوت الضرر أمام القاضي فإنه يؤدي إلى بعث الحكمين وفق ما جاء في الفقرة 1 من المادة 56 ق أ: «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما».

كما أن التظليق في حقيقة الأمر إنما يكون بسبب الضرر الناشئ عن الشقاق أو سوء العشرة، والذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، كالهجر دون مبرر شرعي والضرب والسب والإكراه على محرم أو تعاطي محرم. وهذا ما جاء في نص المادة 53 في فقرتها 10: «كل ضرر معتبر شرعا».

ولم يعرف المشرع الجزائري التظليق للشقاق بين الزوجين إلا عند تعديل ق أ ج بموجب الأمر 05-02 في المادة 53 التي تضمنت ما يلي: «الشقاق المستمر بين الزوجين».

(1) بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 648.

وباستقراء المادة 53 ق أ ج قبل التعديل، نجد أنه كان يمكن للزوجة طلب التفريق للشقاق تحت عنوان وحيد وهو الضرر المعتبر شرعا، غير أن طلبها يبقى محل تقدير من قبل القاضي الذي يمكنه أن يحكم لها بالطلب، كما يمكن له رفضه وفق ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الذي جاء به القرار الصادر في 24 سبتمبر 1996 الذي قرر أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا<sup>(1)</sup>.

غير أن التعديل الذي جاء به الأمر رقم 02-05 جعل من بين أسباب التظليق الشقاق المستمر بين الزوجين، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد استدرك هذا الموضوع وجعله من أسباب التفريق القضائي لكن دون بيان لكيفية إثبات وجود الشقاق، وإثبات استمراره، والضرر الحاصل منه خاصة معرفة المتسبب فيه، بل ترك الأمر لإرادة الزوجة في طلبها التظليق بمجرد سوء تفاهم بينها وبين زوجها سواء لحقها ضرر أم لا، الأمر الذي لا تفره مقاصد تشريع الزواج ولا أهدافه السامية.

**9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:** نستخلص من خلال نص المادة 19 ق أ ج ، أن المشرع الجزائري أكد على الشروط الواردة في عقد الزواج، إذ أنه في حالة عدم ذكرها من طرف الزوجان أو أحدهما، فإنه بإمكانهما أن يشترطا في عقد رسمي لاحق. وقد خصت المادة بعض الشروط باهتمام خاص، والتي تتمسك بها الزوجة عامة وهي عدم التعدد، وشرط عمل المرأة. وجعل مخالفة الزوج لهذه الشروط أو غيرها مما اشترطه الزوجان في عقد الزواج سببا لطلب الزوجة التظليق بنصها في الفقرة 9 من المادة 53 ق أ ج ما يلي: «9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج».

لكن يلاحظ في هذا الصدد، أن المشرع الجزائري رغم نصه على حل جديد للاشتراط بعد إبرام عقد الزواج وذلك في عقد رسمي لاحق، إلا أنه لم يذكره في المادة 53 ق أ. فهل في حالة مخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق يتمسك القاضي بحرفية النص ولا يأخذ بها، أم أنه سيفسر القانون وفقا للإرادة الفعلية للمشرع، والتي ترمي إلى تطبيق الشروط الواردة في عقد الزواج وفي العقد الرسمي اللاحق، وإلا ما الداعي من هذا التعديل أصلا إذا رأى القاضي فسخ عقد الزواج وهو عقد سابق، لعدم التزام الزوج بشرط اتفق عليه وزوجته في عقد لاحق؟ وما مدى صحة هذا الفسخ؟ لعل الإجابة عن هذا التساؤل ستتحدد مستقبلا في الاجتهاد القضائي الذي سيقدر الأخذ بعين الاعتبار الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق من عدمها<sup>(2)</sup>.

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية العدد الثاني، 1997، ص 66.

(2) ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، بدون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 53، ،

**10- كل ضرر معتبر شرعا:** تطرق المشرع الجزائري إلى أنواع الضرر التي على أساسها يجوز للزوجة طلب إنهاء الرابطة الزوجية، وقد حددها سواء قبل التعديل أو بعده. إذ انت قبل تعديل 2005 م محددة بسبعة أسباب تطرق في الفقرة 7 منها إلى التطبيق للضرر. أما بعد التعديل فقد حددها بعشرة نقاط كان آخرها التطبيق للضرر المعتبر شرعا.

وقد كانت الفقرة 6 من المادة 53 ق أ ج تنص على أنه: «كل ضرر معتبر شرعا لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه».

أما بعد تعديل 2005 فقد أصبحت صور الضرر عشرة وآخرها الضرر المعتبر شرعا، إذ أن ما يميز التشريع الجزائري في موضوع التطبيق للضرر سواء قبل التعديل أو بعده، أنه فصل كثيرا في صور الضرر، ووضع عدة أسباب تجيز للزوجة طلب التفريق. هذا التفصيل يعتبر ميزة انفرد بها مقارنة ببقية التشريعات العربية، كونه أحصى أكبر عدد من صور الضرر.

كما أنه من أبرز ما يمكن ملاحظته حول فقرة التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا من المادة 53 ق أ ج شواء قبل التعديل أو بعده:

- إن كل ما ذكره المشرع الجزائري من صور الإضرار بالزوجة في المادة 53 هي في أغلبها ما اتفق عليه جمهور الفقهاء كالغيبية وعدم الإنفاق وغيرها، كما أنه خص الضرر بفقرة مستقلة، والشقاق بفقرة أخرى، ووصف الضرر بالمعتبر شرعا والمقصود به هو الضرر الذي يعتبره الشرع الإسلامي ضررا. وفي ذلك اقترب المشرع الجزائري من المعيار الذي وضعه الفقهاء وعلى رأسهم المالكية الذين عرفوا الضرر "بما لا يجوز شرعا"<sup>(1)</sup>.

- كما أن المشرع لم يصف الضرر الموجب للتطبيق بالضرر الذي تستحيل معه العشرة الزوجية. ومن ثم ترك عبارة الضرر المعتبر شرعا عبارة عامة فيكون بذلك قد فتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي، إذ أنه لم يحددها بأي قيد أو شرط، ويبقى المعيار الذي لا يتغير هو ما وضعه المالكية بجعل الضرر "ما لا يجوز شرعا"، إذ أن هذا المعيار لا يتغير مع الزمان والمكان. وبما أن المشرع لم يضع قيودا واضحة في نصوصه، فإن هذا أدى بالقضاء إلى تصنيف بعض التصرفات الأخرى في خانة الضرر كالضرب والجرح العمدي وسوء المعاملة.

### الفرع الثاني: فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق الخلع

(1) آيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 217.

ظهر في سنة 2000 جدال واسع حول الخلع ومدى مشروعيته، وحدث هذا بعد أن أصدر المشرع المصري قانون رقم 01 لسنة 2000 والذي أخذ بالخلع صراحة دون حاجة الزوجة إلى موافقة الزوج. فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة الخلع؟

للإجابة عن هذا التساؤل، سوف نتطرق في البداية إلى تعريف الخلع، ثم يليها تبيان أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

## أولاً- تعريف الخلع

(أ) - لغة: يقصد بالخلع لغة خلع الشيء: نزعه، وخلع القائد: أزاله عن رتبته، وخلع الشجر: سقط ورقه، وخلع ابنه: تبرأ منه، وخلع امرأته: طلقها على بدل منها<sup>(1)</sup>.

(ب) - اصطلاحاً: وعلى نفس المعنى اللغوي أباح الإسلام الخلع وهو مأخوذ من خلع الثوب أي أزاله؛ لأن المرأة لباس الرجل والرجل لباس المرأة. قال الله تعالى: «هن لباس لكم وأنتم لباس لهن»<sup>(2)</sup>. لهذا فالمعنى الاصطلاحي للخلع هو إزالة الزوجية<sup>(3)</sup>.

وقد تطرق الفقهاء إلى عدة تعريفات نذكر منها:

- تعريف الحنفية: هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو في ما معناه، والقبول هنا يدل على أن الخلع يكون ببديل لذلك لزم قبولها<sup>(4)</sup>.

- عند الشافعية: فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع<sup>(5)</sup>.

- أما عند الحنابلة: فالخلع فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة<sup>(6)</sup>.

(1) لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، دون سنة النشر، ص 188.

(2) سورة البقرة، الآية رقم 187.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 480.

(4) ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، الجزء الثالث، بدون طبعة، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316 هـ، ص 188.

(5) الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، كتاب النكاح، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ص 347.

(6) البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص 2569.

**ثانيا: الخلع في ق أ ج:** لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الخلع، واكتفى بالنص عليه في المادة 54 ق أ، وقد عرفه الأستاذ العربي بلحاج بقوله: «هو دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه، ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية وخشيت ألا يقيم حدود الله بسبب هذا البغض، والخلع يقتضي امتداد الزوجة لنفسها برد مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية».

وتعتبر المادة 54 بموجب الأمر رقم 02-05 هي الأساس القانوني الذي يقوم عليه نظام الخلع في ق أ ج، إذ بموجب هذه المادة تقرر نظام الخلع كأساس قانوني صحيح، وقد سبق للمشرع ذكره في القانون رقم 84-11، إلا أنه لم يبين كيفية تطبيقه. وتنص المادة 54 المعدلة بموجب الأمر 02-05 على أنه: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم»<sup>(1)</sup>.

**(1) - الخلع قبل تعديل 02-05 لقانون الأسرة الجزائري:** كانت المادة 54 ق أ ج قبل تعديل 02-05 تنص على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم».

ذهب شراح ق أ ج وقضاة المحكمة العليا إلى أن الخلع هو عقد رضائي بين الزوجين لا بد فيه من موافقة الزوج، وذلك كون المشرع سكت عن تحديد طبيعة الخلع فيما إذا كان حقا للزوجة تستعمله بإرادتها المنفردة، أم هو عقد رضائي؟ خاصة في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة. وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: «من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن المطعون ضدها طلبت التطلاق لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطلاق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع»<sup>(2)</sup>.

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 263.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية العدد الثالث، السنة 1990. ص 72.

وجاء في قرار آخر: «من المتفق عليه في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع.»<sup>(1)</sup>.

يظهر من قرارات المحكمة العليا السابقة، أن شراح ق أ ج وقضاة المحكمة العليا وقتها فسروا المادة 54 على أنها اعتبرت الخلع عقدا رضائيا رغم أنه لا توجد عبارة صريحة في نص المادة السالفة الذكر تشير إلى ذلك، وقد كان شراح ق أ ج وقتها قد أدرجوا الخلع تحت عنوان الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين، إذ يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: «إن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة أو مكنة لتمكينها من طلب التظليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه، ولم تعد تركز إليه أو تحتل عشرته، ولم يمنح لها في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.»<sup>(2)</sup>.

**(2) - الخلع بعد تعديل 02-05 لقانون الأسرة الجزائري:** تنص المادة 54 من ق أ ج المعدلة بموجب الأمر رقم 02-05 على أنه: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم».

حاول المشرع الجزائري بتعديله لنص هذه المادة تدارك النقص الذي طالها، كون المادة 54 من قانون الأسرة لسنة 1984 جاءت عامة، ولا يفهم منها اشتراط موافقة الزوج على الخلع من عدمه، مما أدى على مدى عشرين سنة إلى تناقض وتعارض كبيرين في الاجتهاد القضائي، وبالتالي فإن المشرع تدارك هذا الوضع برفع اللبس عن اشتراط الموافقة أم لا، وكذلك حاول الموازنة والمقاربة أكثر بين حق الرجل في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وبين حق الزوجة بطلب فك الرابطة الزوجية، وذلك بأن فصل بصفة قطعية في أن الخلع يقع بدون موافقة الزوج، فإذا لم يتفقا الزوجان على شيء يقضي القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم<sup>(3)</sup>.

لكن يعاب على المشرع أنه لم يعط موضوع الخلع تغطية قانونية شاملة باختصاره في مادة واحدة كانت قبل التعديل فقرة واحدة، وأصبحت بعده فقرتين قصيرتين تخص الأولى حق الزوجة مخالعة زوجها دون موافقته، والثانية تدخل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه. وهذا عكس المشرعين العرب الذي نظموا الخلع في أكثر من مادة باعتبار أن هذا الموضوع من الأهمية والحساسية ما يستدعي

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/04/22، ملف رقم 36709، المجلة القضائية، السنة 1989، ص 72.

(2) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 252.

(3) رزيق مسعود، المرجع السابق، ص 168.

تخصيص أكثر من مادة للتعرض لشروط الالتجاء إليه، أو وضع بعض القيود لكي لا تستعمله المرأة دون وعي أو دون وجه حق، وذلك لتحقيق الغرض النفسي الذي من أجله وجد الخلع وهو خوفها ألا تقيم حدود الله، فمادة وحيدة مقتضبة في الخلع غير كافية لتقرير حق أساسي كالخلع للمرأة<sup>(1)</sup>0

كما لم يتطرق المشرع إلى أي شرط يخص طرفي المخالعة، ولا للأمر التي لا يجوز أن تكون بدلا في الخلع، ولا للإجراءات الخاصة التي لابد للقاضي أن يسلكها للصلح بين الزوجين خاصة تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين قبل صدور الحكم بالخلع طبقا لنص المادة 49 ق أ ج التي أكدته قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 جانفي 2009 الذي يقضي بأن القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع، مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة<sup>(2)</sup>.

ولعل المشرع يهدف من وراء اعترافه بحق الزوجة في مخالعة نفسها وضع حد لعلاقة زوجية لا مجال لنجاحها بسبب بغض الزوجة لزوجها، وهو ما ينعكس سلبا على حياتها. إلا أنه في حقيقة الأمر أن المرأة قد تسيء استعمال هذا الحق كما قد يسيء الرجل في استعمال حقه في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، مما قد ينجم عنه انهيار للأسرة، إذ أن ظاهرة الطلاق تنامت بشكل ملفت للانتباه وأصبحت تشكل خطرا على الأسرة والمجتمع. وقد أرجع بعض الأخصائيين الاجتماعيين في شؤون الأسرة السبب إلى هذا التعديل الجديد في قانون الأسرة الذي بدأ يكشف عن عيوبه، إذ أعطى سهولة للمرأة في اللجوء إلى الخلع لفك الرابطة الزوجية والذي كان بيد الزوج وحده، فأصبحت تنتظر بعض النساء إلى الخلع على أنه الخلاص الوحيد من بطش الرجال حسب تصورهن، وبالتالي يتوقع الخبراء في حال استمرار الأوضاع على هذه الحال فإن الأسرة الجزائرية ستتدهور في ظل الحرية المطلقة للمرأة التي ضمنها القانون الحالي للمرأة على حساب الرجل، «غير أن الوقائع تثبت أن لكل من طرفي العلاقة الزوجية مسؤولية اتجاه انهيارها، في وقت تكشف الوقائع أن 65% من حالات الطلاق لسنة 2006 لم يمض عليها سوى شهرين من الزواج»<sup>(3)</sup>.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري قد كرس حقا أصيلا للزوجة بفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة مقابل ما يملكه الزوج من حقه في إيقاع الطلاق متى شاء قد يصل إلى حد التعسف والإضرار بالمرأة، ولم يجعل المشرع لهذا الحق قيودا أو شروطا، إذ انه كما للزوج الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وعليه دفع تعويض إذا تعسف في استعمال حقه، فإن للزوجة الحق أيضا في إنهاء هذه العلاقة مع ردها

(1) آيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 355.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 477546، المجلة القضائية العدد الثاني، السنة 2009 . ص 279.

(3) رزويق مسعود، المرجع السابق، ص 168.

لقيمة المهر، بل ذهب أبعد من ذلك، إذ أنه أعطى الصفة النهائية للأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع فيما عدا الجوانب المادية. وذلك عكس ما كان عليه قانون 84-11 الذي كانت أحكام التطليق والخلع فيه ذات صفة ابتدائية، ويجوز استئنافها من طرف الزوج، غير أن ذلك أدى إلى تسلط الرجل على المرأة بتعسفه في اغلب الأحيان، وحقه في استئناف الأحكام الخاصة بالتطليق والخلع غير مبال بإضرارها به وما ينجم عن ذلك من ضياع وقتها، وما يترتب من آثار سلبية على حياتها الشخصية والمعنوية<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية

تترتب عن انحلال الرابطة الزوجية آثارا شرعية وقانونية بالنسبة لكلا الزوجين، سواء حقوقا أو التزامات يلتزم بها كل طرف، قد لا تكون موجودة أثناء الحياة الزوجية، أو قد تكون محرمة فتصبح مباحة بعد الطلاق. أو قد تكون مباحة أثناء قيام العلاقة الزوجية فتصبح بعد انحلالها ممنوعة.

وتعد هذه الآثار من عمل الشارع، إذ أنها تكون ملزمة للطرفين، وقد ذكرها المشرع الجزائري في الفصل الثاني من الباب الأول تحت عنوان آثار الطلاق، وقد جعلها محصورة فيما يلي: الحضانة، النزاع في متاع البيت، والنفقة التي تعد أثرا من آثار الزواج وليس الطلاق<sup>(2)</sup>.

وبما أن العدة ليست مجالا للمقارنة بين مركزي الزوجين، إذ تعتبر حقا خالصا للمرأة دون الرجل، فإننا سنركز في دراستنا على ما يلي: الحضانة، وكذلك النزاع في متاع البيت الذي نصت عليه المادة 73 ق أ ج والتي لم يطلها التعديل الجديد، إذ اعتمد المشرع في ذلك الموضوع على القاعدة الفقهية في الإثبات: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»، وكذلك على العرف السائد، فلا حاجة للتطرق إلى هذه المسألة.

### المطلب الأول: مفهوم الحضانة

(1) آيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 352.

(2) ابن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 664.

تعد الحضانة من أهم وأبرز الآثار القانونية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية كون هذه الأخيرة تنشأ عنها مراكز قانونية جديدة أهمها الحضانة وما يترتب عنها من حقوق، إذ أن حق حضانة الطفل صار يحظى بحماية ورعاية دولية، وتم تكريسه في عدة موثيق واتفاقيات أهمها اتفاقية لاهاي، إذ تنص على ما يلي: «حق الحضانة يشمل حق العناية بشخص الطفل وخاصة ما يتعلق بتحديد مكان إقامته»<sup>(1)</sup>.

كما نلمس هذا الاهتمام بموضوع الحضانة في الشريعة الإسلامية التي اعتبرتها واحدة من أهم المسائل التي أولتها عناية خاصة، كونها تتعلق بحياة الفرد والأسرة والمجتمع، ولما ينجر عنها من آثار لها انعكاس مباشر على الطفل المحضون، وما يوجبه الشرع من تكليف كلا من الأبوين أمر رعايته والاعتناء به، وتولي شؤونه، باعتباره عاجزا عن القيام بحاجاته لوحده.

وقد كانت المقاصد التي جاءت الشريعة الإسلامية من خلال النصوص الشرعية واجتهادات الفقهية ترمي إلى حماية الصغار من صراع الأبوين<sup>(2)</sup>.

### الفرع الأول: تعريف الحضانة

**لغة:** الحضانة بفتح الحاء وكسرهما مأخوذة من الحضن، وهو الجنب والصدر والعضدان وما بينهما، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى جانبها أو صدرها، وكذلك إذا ضمته إلى نفسها وقامت بتربيته ورعايته<sup>(3)</sup>.

**اصطلاحاً:** تعددت تعاريف الفقهاء المسلمين للحضانة باختلاف المذاهب التي ينتمون إليها ومن بين هذه التعريفات ما يلي:

يعرف المالكية الحضانة بأنها صيانة العاجز والقيام بمصالحه.

أما الحنابلة فيرون بأنها ضم المحضون وتربيته وهي مأخوذة من الحضن؛ لأن المربي يضم الطفل إلى حضنه وكفالاته واجبة لأنه بتركها يهلك، لذا وجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه<sup>(1)</sup>.

(1) رابطي زاهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقيات حقوق الطفل وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في

الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 55.

(2) ابن شويع الرشيد، المرجع السابق، ص 253.

(3) الجياش عبد الحميد، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، دار

النهضة العربية، لبنان، 2009 م، ص 287.

ويرى الشافعية أن الحضانة هي حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يوازيه لعدم تميزه لصغر أو جنون أو عته<sup>(2)</sup>.

بينما يرى الأحناف أن الحضانة هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة على من له الحق في الحضانة.

يتضح لنا بأن الفقهاء جميعا متفقون على أن الحضانة تعني رعاية الطفل وحفظه عما يؤذيه، والتكفل بالنفقة عليه حتى يرشد، فهي سلطة أعطاها الشارع الحكيم لإنسان معين على الطفل، أو من في حكمه وذلك للقيام بما يلزمه من مؤونة العيش وحمائته مما يؤذيه وكفالتة.

-في قانون الأسرة الجزائري: تضمنت المادة 62 من ق أ ج تعريف الحضانة جاء فيه ما يلي: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.».

نلاحظ أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أهدافها المتمثلة في: تعليم الولد ورعايته والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. وفي ذلك يرى الأستاذ عبد العزيز سعد بأن: «التعريف الوارد في نص المادة 62 من ق أ ج هو تعريف شامل وجامع لكل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية..»<sup>(3)</sup>.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أعطت أولوية الحضانة للمرأة، فإنه اعتراف بدورها في حماية المحضون وحفظ مصلحته، وبالتالي فهي تهدف إلى حماية المحضون وحفظ مصلحته قبلالحاضن، وهذا يجعل مصلحة المحضون لدى المرأة، مما يعد تكريما لها وإقرارا بدورها. إذ تعترف الشريعة الإسلامية بحق الحضانة للمرأة منذ ولادة المولود وذلك طبقا للآية الكريمة: «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة».

---

(1) وجنان عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة؟ مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، الجزء الخامس عشر، العدد السابع والعشرون، كلية التربية لإعداد المعلمات، السعودية، 1424 هـ، ص 375.

(2) محمد الحسن مصطفى اليففا، تزوج الأم بغير الأب والسفر بالمحضون، مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سوريا، 2002، ص 320.

(3).

نظم المشرع الجزائري مسألة الحضانة في ق أ، وحدد أولوية الاستحقاق فيها حسب درجة القرابة وموقع طالب الحضانة.

## الفرع الثاني: مراتب الحاضنين في ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي وق أ ج

المتتبع لأحكام الشريعة الإسلامية يجد أنها قد راعت في إسناد الحضانة مقدرة كل من الأبوين على القيام بهذه المهمة بالتناوب بينهما، فمنحتها للأم مبدئياً، كونها أقدر من غيرها على تولي هذه المهمة في المرحلة الأولى لحياة الصغير، وإذا كانت الحضانة حقا للام قبل غيرها فقد اقتضى الشرع ان تكون للنساء قبل الرجال، واقتضى أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، إلا أن الفقهاء اختلفوا في ترتيبها، غير أن الحضانة لا تسند للمرأة إلا إذا كانت قريبة؛ لأن القرابة المحرمة هي التي تناط بها الحقوق والواجبات في أكثر الأمور الشرعية<sup>(1)</sup>.

اختلف ترتيب مستحقي الحضانة حسب المذاهب الفقهية، وكل مذهب له ترتيب خاص به يهدف تحقيق مقاصد الحضانة.

**أولاً: ترتيب الحاضنين في الشريعة الإسلامية:** اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن حضانة الأم للصغير ما لم تتزوج، فإن تزوجت بغير قريب محرم سقط حقاها في الحضانة، وانتقل إلى غيرها، غير أن الفقهاء اختلفوا في أصحاب الحق لممارسة الحضانة والقيام برعاية الطفل بعد سقوط حق حضانة الأم لطفلها الصغير<sup>(2)</sup>.

**1- حسب فقاء المالكية:** اعتمد فقهاء المالكية على الترتيب التالي: الأم ثم أم الأم وإن علت، الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم خالة الأم. ثم أم الأب، ثم أمها وإن علت، ثم الأب، الأخت، العمّة، ثم بنت الأخ، بنت الأخت، فالأخ الشقيق، ثم الأخ لأم، ثم الأخ لأب، فالجد **لأم**، ابن الأخ، ثم العم، ثم **المولى** المعتق.

ويقدم في كل الحالات الشقيق، ثم الذي لأم، ثم الذي لأب، وعند التساوي يقدم الأكثر ديانة وشفقة، فإن تساويا قدم الأكبر سناً، وإن تساويا أقرع بينهما<sup>(3)</sup>.

(1) ابن شويع الرشيد، المرجع السابق، ص 254.

(2) بن حرز الله عبد القادر، المرجع السابق، ص 357.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 722.

**2- حسب فقهاء الشافعية:** إذا اجتمع الذكور والإناث قدمت الأم ثم أمهاتها وإن علت، ثم الأب على الصحيح، ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخت، ثم بنت الأخ، ثم الخالة، ثم العمّة. ويقدر الأصل على الحاشية، فما ينسب إلى الآباء والأمهات يقدم على الحواشي، فإن فقد الأصل أي الذي يتصل بالأب أو الأم فيقدم الأقرب إلى المحضون حسب ترتيب الميراث، ذكرًا كان أو أنثى، وعند التساوي أقرع بينهم.

**3- حسب فقهاء الحنفية:** تصح الحضانة في المذهب الحنفي مع النساء والرجال، ولكن عند التنازع والتعارض واجتماع الرجال والنساء، فإنه لا حضانة للرجال مع وجود النساء المستحقين لها حتى وإن كان الأب والجد؛ لأن عندهم لا تنتقل إلى الرجال إلا في غياب النساء المستحقات لها ويراعى الترتيب الآتي:

أولى النساء على الإطلاق الأم، ثم أمها، ثم أم الأب، ثم الأخت الشقيقة، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخ، كذلك الشقيق، ثم لأم، ثم لأب، ثم العصاب<sup>(1)</sup>.

**4- حسب فقهاء الحنابلة:** يكون ترتيب الحاضنين على النحو الآتي: الأم، ثم أمهاتها القربى، ثم الأب، ثم أمهاته القربى فالقربى، ثم الجد ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين، ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم أي أخت الأم من جهة الأم فقط، ثم العمّة، ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أمه، ثم عمات أبيه، ثم بنت الأخ، ثم بنت العم، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث، ثم لذوي أرحامه من الذكور والإناث<sup>(2)</sup>.

**ثانياً: ترتيب الحاضنين في ق أ ج ومركز الزوجين من ذلك:** نصت المادة 64 ق أ ج القديم على أنه: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

من خلال نص هذه المادة، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد راعى نقطتين أساسيتين:

- تقديم فئة النساء على فئة الرجال، آخذاً بذلك برأي الجمهور وخاصة المذهب المالكي في ترتيب المحضون.

(1) علي بن سليمان المقدسي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1327 هـ، نقلا عن نافع حميد صالح، حضانة الطفل وحمايته في الفقه الإسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد العشرين، كلية القانون، جامعة الأنبار، دون بلد النشر، 2008-2009، ص 131.

(2) أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 229-230.

- مراعاة مصلحة المحضون التي قدمها على كل مصلحة بالأخذ بعين الاعتبار في ذلك الجوانب النفسية والاجتماعية، لكون المرأة أقدر وأرفق لتربية المحضون<sup>(1)</sup> التي قد تضطر بالقاضي في بعض الحالات إلى الإخلال بالترتيب المذكور أعلاه، واجتياز أحد الدرجات، وإسناد الحضانة إلى من هو أقدر على تربية المحضون ومراعاة مصلحته. وقد رتب المادة 64 في ظل قانون الأسرة القديم المستحقين للحضانة كما يلي:

الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة.

الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

كما أشارت إلى ضرورة أن يكون حكم الحضانة مقرونا بحق الزيارة للطرف الذي لم تنتقل إليه الحضانة.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن: «ما يعاب على المشرع الجزائري في نص المادة 64 القديمة أن هناك إجحافاً في حق الأب الذي يكون أولى على الأقل في التقديم على الجدة والخالة في رعاية مصلحة المحضون.»<sup>(2)</sup>

أما بعد التعديل الجديد، فقد أعاد ترتيب المسألة على النحو التالي: إذ أصبحت المادة 64 ق أ ج المعدلة بموجب الأمر 02-05 تنص على ما يلي: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.»

إن الملاحظة الأولى التي نبديها في هذا الشأن هي أن القانون قد راعى أولوية الأم في حضانة ابنها مراعيًا في ذلك جمهور الفقهاء المتفقين على أن الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة، إذا اجتمعت الشرائط فيها، فإذا تزوجت بأجنبي أو سقط حقها في الحضانة بأي سبب من أسباب سقوطها؛ فإن المشرع الجزائري جعل انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة. وقد استند المشرع في رأيه هذا -فيما يبدو- إلى ما ورد في فقه الحنابلة، إذ جاء في المغني: «ولا يشاركها أي الأم في الحضانة - في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها، ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه.»<sup>(3)</sup>

(1) رزيق مسعود، المرجع السابق، ص 128.

(2) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 294.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء الحادي عشر، ص 414.

وجاء في موضع آخر: «وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان: أحدهما تنتقل إلى الأب، ثم لأمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها سقط فروعها، والثاني: تنتقل إلى أمهاتها وهو أصح، لأن الأب أبعد.»<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا يمكن القول أن المشرع قد أخذ بالرواية المرجوحة عند الحنايلة في هذه المسألة، غير أنه جعل مصلحة المحضون أول معيار في ترتيب المستحقين للحضانة. فانتقل الأب من الدرجة الرابعة إلى الدرجة الثانية، وإعطاء الحضانة من بعده للجدّة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، مع توسيع دائرة الحضانة لتشمل أشخاصا خولهم القانون لحضانة الطفل. كما استند المشرع إلى قرار المحكمة العليا المؤرخ في 18 فيفري 1997 الذي ينص على أنه: من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقط طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن<sup>(2)</sup>.

وكذلك القرار المؤرخ في 12 فيفري 2001 الذي ينص على أنه: «إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون.»<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن دعوى الحضانة

تترتب عن دعوى الحضانة مجموعة من الآثار القانونية نص عليها قانون الأسرة الجزائري، و بالتالي سنتطرق إلى الحقوق المترتبة عن إسناد دعوى الحضانة إلى أحد الزوجين في الفرع الأول، ثم إلى الأسباب المؤدية إلى سقوط الحضانة في الفرع الثاني.

**الفرع الأول: الحقوق المترتبة على الحكم بإسناد الحضانة لأحد الزوجين:** رتب المشرع الجزائري آثارا بالنسبة لكلا الزوجين المنفصلين عند إسناد الحضانة لأحدهما. فالحضانة تتطلب جهدا وتفرغا للقيام بتربية المحضون وتنشئته نشأة سوية مراعاة لمصلحته التي هي دوما فوق كل اعتبار. ويتجلى ذلك فيما تتطلبه الحضانة من مجهودات مادية ومعنوية في سبيل تحقيق الهدف منها والقيام بتربية المحضون والسهر على حسن تنشئته.

(1) ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 426.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18/02/1997، ملف رقم 135640، المجلة القضائية العدد الأول، السنة 1997. ص 39.

(3) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12/02/2001، ملف رقم 256629، المجلة القضائية العدد الثاني، السنة 2004. ص 421.

**أولاً: الحق في الزيارة:** بعد إسناد الحضانة إلى مستحقها والذي يكون في أغلب الأحيان الأم باعتبارها الأولى والأجدر، وقد تسند أحيانا أخرى إلى الأب أو غيره من أصحاب الحق في الحضانة؛ فإن ذلك يؤدي إلى الابتعاد عن أحد أبويه، مما يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة، وعدم الإضرار بالوالد غير الحاضن من جهة أخرى، وذلك بتمكينه من زيارة ورؤية ابنه المحضون.

وقد اعتمد المشرع الجزائري في المادة 64 من ق أ على ترتيب معين أسند من خلاله حق الحضانة لأحد المستحقين للحضانة كما ذكرنا سابقا، ونص في الفقرة 2 على أنه: «على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.».

نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل الحكم بإسناد حق الحضانة إلى أحد الزوجين أو غيرها مرتبنا بضمان حق الزيارة للطرف الذي لم تسند له الحضانة، إذ يعتبر الحكم بحق زيارة المحضون تلقائيا. وعلى القاضي عند إسناد الحضانة لأحد الوالدين أن يقضي بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه دون أن يُطلب منه ذلك؛ لأن الحضانة وما يترتب عليها من نفقة وحق زيارة هي من النظام العام<sup>(1)</sup>. وهو ما نص عليه قرار المحكمة العليا بتاريخ 16 أبريل 1990 تحت رقم 59784 جاء فيه: «متى أوجبت أحكام المادة 64 ق أ ج على القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.».

غير أن ما يعاب على المشرع في نص المادة 64 ق أ ج عندما ألزم القاضي بضرورة الحكم بحق الزيارة، كان عليه أن يحدد أيضا مكان وزمان الزيارة، وكذلك الحالات والظروف التي تسقط الحق في الزيارة إن وجدت.

**ثانياً: الحق في الولاية:** نصت المادة 87 ق أ ج القديم على أنه: «يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.».

بعد تعديل هذه المادة، أضاف المشرع فقرتين جديدتين للمادة السابقة وهي في حالة وفاة الأب أو حصول مانع له، والثانية في حالة الطلاق، إذ قرن الحضانة بالولاية على الأولاد القصر، فقد فصل في أمر ظل وقتا طويلا محل جدال بساحة القضاء لغياب النص الفاصل في مسألة الولاية على الأطفال القصر والمحضونين. وبهذا الشكل يكون المشرع قد وسع من دائرة استحقاق الولاية، وتدارك النقص الواقع في التشريع.

(1) منصورى نورة، التطبيق والخلع وفقا للقانون والشريعة، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 98-99.

وقد أصبحت المادة 87 ق أ ج تنص على أنه: «يكون الأب وليا على اولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.».

تنص هذه المادة على إسناد الولاية للأب على أولاده القصر، أما في حالة غيابه أو حصول مانع له، أو بعد وفاته فتؤول الولاية للأم مباشرة.

جاء هذا النص بإضافة تحسب لصالحه، حاسما بذلك أحد الثغرات التي شغلت رجال القانون طويلا، إذ نص أن في حالة غياب الأب على إسناد الولاية للأم، وخاصة في الأمور المستعجلة في الحياة اليومية؛ وذلك لحماية حقوق الأطفال القصر، والمحافظة على استقرار الأسرة في المجتمع<sup>(1)</sup>.

**ثالثا: الحق في السكن:** تنص المادة 72 ق أ ج على أنه: «في حالة الطلاق، يجب على الأب، أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار...».

استنادا لنص هذه المادة، نجد أن المشرع الجزائري رفع اللبس بشأن هذا الحق الذي كرس لمصلحة الحاضنة وولدها، إذ أعاد صياغة ما ورد في المادة 72 بطريقة واضحة ومفهومة، بعدما كانت تنص هذه الأخيرة في ظل القانون القديم على أنه: «نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته».

نلاحظ أن المادة 72 المعدلة جاءت واضحة تماما، وبصيغة إلزامية، إذ يجبر المشرع من خلالها الأب على توفير السكن للحاضنة وولدها بقوة القانون، وذلك باستعمال عبارة "يجب"<sup>(2)</sup>.

بالنظر إلى أحكام المادة 72 ق أ ج القديمة نجد أنها أشارت إلى نفقة المحضون ومسكنه تكون من ماله الخاص، وسكنت في حالة عدم وجود مال خاص به. كذلك لم يتطرق المشرع بعد تعديل هذه المادة إلى نفقة المحضون كونها تكون على الأب بداهة؛ لأنه هو المسؤول عنه، وإنما تكلم عن توفير السكن أو أجرته. ولم يذكر إن كانت أجرة السكن نعني به السكن المستقل الذي يأوي الأطفال مع أمهم، أم يتضمن أيضا فيما لو كانت تسكن عند والديها؟ فعل يتوجب عليه دفع الأجرة أم لا؟

(1)رزيق مسعود، المرجع السابق، ص 131.

(2)رزيق مسعود، المرجع السابق، ص 110.

كما أشار النص الجديد إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن للحاضنة ومحضونها، فهو ملزم بدفع أجرة مسكن لممارسة الحضانة أو بدفعه بدل الإيجار. ويعتبر هذا الوضع هو الأفضل للمرأة خاصة إذا لم يكن لها دخل تتفق به على نفسها، أو كان لها دخل لا يفي بمتطلبات توفير مسكن مستقل؛ لأن الأب مسؤول من الناحية القانونية على نفقة أولاده، وليس مسؤولاً على نفقتها<sup>(1)</sup>.

لذلك من الأفضل أن تعاد صياغة المادة بحيث تشمل الأمور التالية لرفع اللبس عن تطبيق النص وهي كالتالي:

- وجوب النفقة على الأب، وكذلك توفير المسكن المستقل.

- عند توفير المسكن، يتوجب على الأب دفع بدل الإيجار للحاضنة إذا قامت بتوفير المسكن، حتى ولو كان هذا المسكن مع أوبها، ما لم يضر بمصلحة المحضون.

وتنص الفقرة 2 من المادة 72 ق أ ج على ما يلي: «تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.».

حاول المشرع من خلال استحداث هذا الإجراء إلى دفع الزوج إلى تنفيذ التزامه بتوفير السكن لممارسة الحضانة خاصة إذا لم تجد الأم المطلقة وبعد انتهاء عدتها مكاناً تلجأ إليه ولو مؤقتاً حتى يوفر الزوج مسكن الحضانة.

**الفرع الثاني: سقوط الحق في الحضانة من أحد الزوجين وعودته:**

نص المشرع الجزائري على حالات تسقط فيها الحق في الحضانة عن صاحبها، ولكن ما يهمننا التطرق إليه هي الحالات التي يكون فيها أحد الزوجين المنفصلين معنياً بسقوط الحضانة عنه.

**أولاً: زواج الأم بغير قريب محرم**

إذا أسندت الحضانة للأم باعتبارها أحق وأولى من غيرها بحضانة ابنها؛ فإن زواجها بأجنبي غير ذي محرم يعتبر سبباً لسقوط حقها في الحضانة، وبالتالي انتقاله إلى غيرها من المستحقين لحضانة الطفل، وفي أغلب الأحيان يكون الأب حسب الترتيب الذي جاء في نص المادة 64 ق أ ج.

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 260.

وبالتالي فإن مخالفة هذه القاعدة يؤدي إلى سقوط حق الأم في الحضانة حتى ولو كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك؛ إذ أنه من الناحية الفقهية يوجد خلاف حول هذه المسألة<sup>(1)</sup>. فمن الفقهاء من يرى عدم الأخذ بهذه القاعدة على الإطلاق، بل يجب ربط تطبيقها بمصلحة المحضون التي قد تكون مع أمه حتى ولو تزوجت بغير قريب محرم للطفل.

غير أن المشرع الجزائري أخذ بهذه القاعدة على إطلاقها، إذ سار وفق المذهب المالكي وجمهور الحنفية الذين يرون أن المرأة تفقد حقها في حضانة طفلها بمجرد زواجها بغير قريب محرم<sup>(2)</sup>.

وقد نصت المادة 66 ق أ ج أيضا على التنازل كسبب لسقوط حق الحضانة سواء بالنسبة للحاضن أو للحاضنة، ولكن المشرع ربط ذلك بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون<sup>(3)</sup>. فإذا كان تنازل الحاضن عن حقه لا يؤثر على مصلحة المحضون أو كانت الحضانة هي الأم وتزوجت مع غير قريب محرم، وكانت مصلحة المحضون تتعلق بأمه فإن الحضانة لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون<sup>(4)</sup>.

كما يسقط حق الحاضنة في تمديد الحضانة إذا تزوجت ثانية حسب المادة 65 ق أ ج التي تنص على أنه: «تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.».

وهنا يطرح التساؤل التالي: إذا رفض المحضون الانتقال إلى الجهة الأخرى التي أسندت لها تمديد الحضانة بعد بلوغه السن القانوني المنصوص عليه في المادة 65 السالفة الذكر بعد تَعُودِهِ عَلَى الْعَيْشِ مع أول حاضن له، فهل يطبق النص القديم بالحكم بانتهاء الحضانة للجهة الأولى وتمديدتها للثانية أو يراعى رغبة المحضون في الانتقال من عدمه<sup>(5)</sup>.

## ثانيا: اختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62 ق أ ج

(1) أعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد الأول، 1994، ص 149.

(2) أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 149.

(3) نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص 177.

(4) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 141.

(5) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 258.

تنص المادة 67 ق أ ج بعد تعديلها على أن الحق في الحضانة قد يسقط عن الحاضن إذا اختل شرط من الشروط الواردة في المادة 62 وهي توفير الرعاية والتعليم وحسن التربية للطفل، وحمايته وحفظه صحة وخلقا، وتربيته على دين أبيه. فإذا عجز الحضان عن ذلك فإن حقه في الحضانة يسقط وينتقل مباشرة إلى غيره حسب الترتيب الوارد في المادة 64 ق أ ج.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري استدرك النقص الذي كان يعترى موضوع الحضانة بإعلانه صراحة أن عمل المرأة المطلقة لا يعد سببا من أسباب سقوط حقاها في حضانة طفلها، وذلك محاولة من المشرع لمواكبة التطور الحاصل في المجتمع الجزائري، بحماية حق المرأة في العمل، وكذا حقاها في حضانة طفلها، كون أن عمل المرأة كان يتخذ كذريعة من الرجل أمام المحاكم، واعتباره يشكل عائقا في نظره أمام حضانتها لطفلها، وخاصة الموظفات في القطاع الإداري<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: مرور سنة بدون عذر على عدم طلب الحق في الحضانة

نصت المادة 68 ق أ ج على أنه: «إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها».

تعتبر هذه المادة أن عدم المطالبة بالحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة؛ فإن صاحب هذا الحق سواء الأب أو الأم يسقط حقه في الحضانة طفله. كذلك فهي تشمل من لهم الحق في الحضانة حسب ترتيب المذكور في المادة 64 ق أ ج

### رابعا: الاستيطان في بلد أجنبي

تنص المادة 69 ق أ ج على ما يلي: «إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون».

فإذا أراد من الحق في الحضانة سواء الأب أو الأم أو غيرها ممن أسند له هذا الحق أن يستوطن في بلد أجنبي؛ فإن الأمر يرجع للقاضي فهو وحده من يملك السلطة التقديرية في إثبات حق الحضانة أو إسقاطه، إذ أن يمكن للقاضي أن يثبت حق الحضانة للأم حتى ولو استوطنت في بلد أجنبي، كون مصلحة

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 186.

المحضون مرتبطة بوجوده مع الأم، غير أن الحاضن إذا انتقل بالمحضون إلى بلد داخل التراب الوطني فلا مجال للحديث عن سقوط حقه في الحضانة<sup>(1)</sup>.

### خامسا: سكن الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم

نصت على ذلك المادة 70 ق أ ج: «يسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم».

من بين الأسباب التي جعلها المشرع الجزائري تؤدي إلى سقوط الحضانة: هو سكن الجدة أو الخالة التي أسند لها الحق في الحضانة، مع أم هذا المحضون التي لم تسند لها الحضانة؛ بسبب زواجها بغير قريب محرم للطفل المحضون. ويكون ذلك بموجب حكم قضائي يقضي بسقوط الحضانة بناء على طلب من له الحق في الحضانة حسب الترتيب الوارد في المادة 64 المعدلة، يصدره قاضي الأحوال الشخصية.

غير أن المشرع الجزائري في المادة 71 عن عودة الحق في الحضانة أبا كان سببها من الأسباب الواردة في ق أ ج إلى صاحبه وذلك بسقوط أو زوال السبب الذي أسقط حق الحضانة عن صاحبه، بشرط أن يكون هذا السبب غير اختياري إذ تنص المادة 71 على أنه: «يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري»<sup>(2)</sup>.

### خاتمة

إن الذي يتدبر الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم يدرك مباشرة المساواة العامة في الإنسانية بين الذكور والإناث، وأنه إذا أعطى الرجل حقا أكثر فذلك لقاء واجب أثقل، لا لتفضيل طائش. كما أن قوامة الرجل في البيت لا تعني ضياع المساواة الأصلية.

ومع أن الظروف الاجتماعية والسياسية في الحياة المعاصرة تغيرت، فالعلاقة بين الجنسين وحقوقهما العامة والخاصة لازالت لم تأخذ بعد طريقها الصحيح، وذلك لأن بعض الناس يأبى أن يستقيم على منهج القرآن الكريم، يقول الله تعالى: «والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله».

(1) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 142.

(2) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 143.

وهذه رابطة ولاية ووافق بين الجنسين على مناصرة الحق ومخاصمة الباطل، وطاعة الله عز وجل، رابطة يتحول بها المجتمع كله إلى خلية ناشطة لها منهج وغاية، فإذا نشأ عقد الزواج بين مؤمن ومؤمنة، فإن هذا المعنى يتأكد وتصبح العلاقة الجديدة صحبة حياة ووحدة هدف وتجاوب ثقافة، فالأسرة في الإسلام ليست رب بيت يصدر الأوامر وامرأة ذليلة تنفذ، بل شريكان يتقاسمان السراء والضراء نجاحا لأمرين متساوين، حياة الدين الذي آمنا به وحياتهما الخاصة.

والزواج في معناه الواسع ليس سوى عملية اشتراك رجل وامرأة في إقامة نظام مدني للحياة المشتركة بينهما ضمن إطار قائم على التكافل والتعاون وإحسان الزوجين، فقد وفقت المرأة الجزائرية في معركة الاستقلال إلى جانب أخيها الرجل، كما تقف إلى جانبه أيضا بكل ثبات في معركة البناء والتعمير. ومن مظاهر ذلك حضورها المتميز في كل المجالات الحيوية، سواء المجال الاجتماعي أو الثقافي أو السياسي، والتعاون على تقاسم الأعمال والمسؤوليات بالتساوي عملا بقوله تعالى: «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة»

وبما أن القانون هو أهم العناصر التي تقوم عليها حياة الناس، ويستقيم بها أمرهم، عنيت التشريعات الوضعية الحديثة بتنظيم وتقنين الأحكام الخاصة بالأسرة، وخاصة العلاقة بين الرجل والمرأة في إطار الزواج، وتوفير الضمانات الكفيلة بحماية المركز القانوني لكل منهما، وصيانة حقوقهما داخل الأسرة، ومدى تحقيق المساواة بينهما.

وإدراكا لهذه الحقيقة، كان من الضروري إلقاء الضوء على النصوص المتعلقة بالمرأة والرجل في إطار إبرام عقد الزواج وفك الرابطة الزوجية، باعتباره صورة عن التشريعات الحديثة في قانون الأسرة الجزائري.

وقد اعتبر قانون الأسرة لسنة 1984 مجحفا في حق المرأة، ويظهر ذلك في عدم تكافؤ الالتزامات والحقوق بين الرجل والمرأة، مما جعل مركزها القانوني داخل الأسرة يحتاج إلى مراجعة خاصة في ظل التغيرات الحديثة التي عرفتتها المنظومة القانونية، وعلى إثر التغيرات السياسية والتطورات العلمية التي شهدتها الجزائر، وارتفاع أصوات المنادين بالتغيير بدعوى حماية حقوق الإنسان، ومساواة المرأة بالرجل، كان لزاما على المشرع إعادة النظر في قانون الأسرة بتعديل بعض مواده، وإلغاء بعضها الآخر، وإثراء مواد أخرى، وكذا إضافة مواد جديدة.

وضمن هذا التصور تم تشكيل لجنة وطنية لمراجعة قانون الأسرة الجزائري من قبل رئيس الجمهورية سنة 2003، والتي ضمت خبراء مختصين لدراسة مواد قانون الأسرة الجزائري من زاويتين: القانون والشريعة

الإسلامية، وكان من المفروض أن يحال مشروع التعديل على الأقل من خلال الهيئة التشريعية، غير أن ذلك لم يتم وصدر التعديل بالأمر الرئاسي 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 الذي حاول قد المستطاع الموازنة والمساواة بين مركزي الرجل والمرأة، خاصة في إطار الزواج وفك الرابطة الزوجية، إذ مس التعديل أهم المواد التي من شأنها أن تعزز مكانة المرأة، وتقوي مركزها القانوني والاجتماعي للوصول بها إلى مساواتها مع المركز القانوني للرجل.

ويتمثل ذلك على الخصوص في المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد السن القانونية للزواج، وجعلها مساوية لسن الرشد المدني المقدر ب 19 سنة. وكذلك جعل للمرأة الحق والأولوية في اختيار الزوج الذي ترضاه بالنسبة للراشدة ملغيا بذلك الصلاحيات التقليدية للولي، غير أنه اتخذ موقفا متذبذبا في ذلك محاولا إمساك العصا من الوسط، بإرضائه للجمعيات النسائية المطالبة بإلغاء دور الولي في عقد الزواج جملة وتفصيلا، وكذا التيارات الإسلامية المنادية بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إذ لم يقرر اشتراط الولي صراحة، ولم يلغ صراحة، ومنع سلطة الجبر على القاصرة.

كما منحت المادة 19 للزوجين الحرية في اشتراط ما يريانه ضروريا من شروط، وجعل شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة في أولويات الشروط المقترنة بعقد الزواج، واحتفظ للمتزوجة بالحق في طلب التطلاق في حال إخلال الزوج بالشروط المحددة في العقد، ولم يبين المركز القانوني لهذا الأخير في حال إخلالها هي بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

كما جعل الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج، ورتب على تخلفه بطلان العقد تأكيدا منه على إلغاء سلطة الولي في الإيجاب، كما عمد إلى إلغاء الزواج عن طريق الوكالة تأكيدا على وجوب توفر الرضا الحر لكل واحد من الزوجين. وأخذ المشرع بما ترمي إليه مقاصد الشريعة الإسلامية، وما تفرضه ظروف العصر من وجوب الفحص الطبي قبل الزواج، وذلك حفاظا على تحقيق الغرض من الزواج.

وقد سعى المشرع الجزائري في إطار العلاقة بين الزوجين إلى تحقيق التوازن والمساواة في كل الحقوق والالتزامات المترتبة عن الرابطة الزوجية، وذلك بإلغائه للحقوق والواجبات التي كان يختص بها كل طرف وجعلها حقوقا وواجبات مشتركة، غير أن هذه المساواة تعتبر شكلية فقط، إذ لا يترتب عن إخلال أحد الزوجين بواجبه اتجاه الآخر أي أثر قانوني.

كما اتجه إلى الموازنة بين الرجل والمرأة في الأحكام الخاصة بفك الرابطة الزوجية، إذ وسع من دائرة الأسباب التي تمنح للمرأة الحق في طلب التطلاق، وجعلها عشرة أسباب. كما جعل لها الخلع حقا أصيلا

مقابل حق الرجل في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، وحكم لها بالتعويض عن الضرر اللاحق بها في حال تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق.

أما في إطار الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، فقد عني المشرع بمصلحة المحضون وكذا الموازنة بين مركزي الزوجين، إذ جعل حق الأب في حضانة طفله مباشرة بعد الأم، وجعل للقاضي سلطة تقديرية واسعة في إسناد الحضانة بغض النظر عن موطن الحاضن، كما جعل للحاضنة الحق في البقاء في سكن الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم القضائي، وتوفير مسكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار.

كما وسع المشرع من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة من دائرة السلطة التقديرية للقاضي في كثير من الحالات فيما يخص عقد الزواج أو فك الرابطة الزوجية.

وفي إطار الموازنة بين مركزي الزوجين، يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري وفق إلى حد بعيد في المساواة والموازنة بين مركزي الرجل والمرأة بصفة عامة والزوجين بصفة خاصة، وإن كان يتنافى في بعض الأوجه مع مقاصد التشريع الإسلامي في تنظيم العلاقة الزوجية، والمحافظة عليها بدوامها واستمرارها.

بالتالي، فبقدر ما سعى المشرع إلى تحقيق المساواة بين الزوجين، من حيث الحقوق والالتزامات، بقدر ما فتح الباب لوضع جديد، وبقدر ما عالج من النقائص والثغرات التي كانت عليها في قانون رقم 84-11، بقدر ما فتح الباب واسعا أمام مناقشات فقهية عميقة من خلال ما جاء به الأمر رقم 05-02 الذي يبيح المجال مفتوحا للتعديل والإثراء والإلغاء.

## التوصيات

- إن نجاح أي تعديل مستقبلي لقانون الأسرة مرهون بالمزاوجة بين الأصالة والمعاصرة، وذلك بإعمال النظر الاجتهادي الذي من شأنه مسايرة متطلبات العصر وروح التشريع الإسلامي، ويكون ذلك من قبل أشخاص مؤهلين من ذوي الكفاءة والاختصاص للوصول إلى حلول توفيقية لمشاكل الأسرة التي من شأنها تحقيق الاستقرار والتوازن الحقيقيين.

- إعادة النظر في المواد 08، 08 مكرر، 11 و 13 كون هذه المواد جاءت مطلقة غير مقيدة، مما يفتح الباب واسعا للتأويل والاجتهاد فيها، كون أحكامها مفصلة في الفقه الإسلامي.

- إعادة النظر في المادة 8 مكرر 1؛ لأن فسخ الزواج الثاني بعد عقده دون استصدار رخصة من القاضي لا يعد من الأسباب الشرعية الموجبة لفسخه قبل الدخول، خاصة إذا تم ذلك بعلم ورضا الزوجين.

- إعادة النظر في المادة 611 ق أ ج، وتبني موقف واضح اتجاه سلطة الولي ودوره في عقد الزواج.

- كما أن المشرع كان يهدف من وراء هذا التعديل إلى تحقيق مبدأ المساواة وتوعية كل من المرأة والرجل بحقوقهما وتحديثها مسايرة للتطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للمجتمع الجزائري، وبالتالي تفعيل عوامل الاستقرار الأسري بتشريعات قانونية أساسها المساواة والموازنة بين مركزي المرأة والرجل، خاصة في إطار العلاقة الزوجية، لكن الواقع الأسري أثبت عكس ذلك من حيث ارتفاع نسب الطلاق والخلع، وتزايد عدد المطلقات وتشرد الأطفال، وتفشي بعض الظواهر الغريبة عن المجتمع الجزائري، كالأمهات العازبات، والإجهاض، والعنف المدرسي.

## قائمة المصادر و المراجع

1-باللغة العربية

أولاً: المصادر

أ- القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم

ب- كتب الحديث

1-ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد الربيعي القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق خليل مأمون شياح، ط 1، دار المعرفة، لبنان، 1996.

2-البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، تصحيح و تحقيق محب الدين الخطيب، ط 1، المطبعة السلفية، مصر، 1979.

3-البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط 3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.

4-النسائي أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيل بن علي بن ستان بن بحر بن دينار، السنن الكبرى، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001.

ثانياً: المراجع

أ-الكتب

-كتب اللغة

1- ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب المحيط، المجلد الرابع، دار الجيل و دار اللسان العربي، لبنان، 1982.

2- لويس معلوف، المنجد في اللغة و الأدب و العلوم، المطبعة الكاثوليكية، لبنان،

د س ن

-الكتب الفقهية

1- ابن العربي، أحكام القران، دار الفكر، لبنان، د س ن.

2- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج3، د ط، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316هـ

3- ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ط 6، دار المعرفة، لبنان، 1982

4- ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، ط 3، دار عالم الكتب للطباعة، السعودية، 1997.

5- الأنبايبي محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، ج 1، ط 2، 1329 هـ

6- الأنصاري أبو عبد الله محمد المشهور بالرصاص، شرح حدود ابن عرفة، ط 1، المطبعة التونسية، تونس، 1350 هـ

7- بن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، ج 8، دار الفكر، لبنان، 1994.

8- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، ج 8، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

9- الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

10- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 3، ط 2، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، سوريا، 1407-1987.

11- زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

12- الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، كتاب النكاح، دار المعرفة، لبنان، 1997.

13- الصنعاني، سبل السلام، دار المنار، مصر، 2002.

- الكتب القانونية

1- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، د ط، دار المعارف، مصر، 1964.

2- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط 2، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009.

3- بروبي شمس الدين، قانون الأسرة و المقترحات البديلة، دار الأمة، الجزائر، 2003

- 4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010
- 5- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 6- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 7- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 8- بن ملحّة الغوثي، قانون الاسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 9- الجندي أحمد نصر، شرح قانون الاسرة الجزائري، د ط، دار الكتب القانونية- دار الشتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009.
- 10- الجياش عبد الحميد، الاحكام الشرعية للزواج و الطلاق و اثارهما، دراسة فقهية مقارنة، ط 1، مكتبة الزهراء للنشر و التوزيع، دار النهضة العربية، لبنان، 2009.
- 11- حداد عيسى، عقد الزواج (دراسة مقارنة)، د ط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.
- 12- الدريني فتحي، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، ط 3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1984.
- 13- دكار أحمد، الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون و العرف، د ط، دار الغريب للنشر و التوزيع، الجزائر، د س ن.
- 14- ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، د ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
- 15- الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط 2، دار القلم، دمشق، سوريا، 2004.
- 16- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، أنسكلوبيديا، الجزائر، 2003.
- 17- سراج محمد أحمد، نظرية العقد و التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.
- 18- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
- 19- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007
- 20- سيد محمد سامح، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة و القانون المصري، ط 2، دار أبو المجد، للطباعة، مصر، 2005.
- 21- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
- 22- الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار الفكر، لبنان، 1968.

- 23- فخري جميل محمد حاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه المقارن و القانون، ط 1، دار الحامد للنشر و التوزيع، الاردن، 2009.
- 24- فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام وفقا لأحدث التشريعات القانونية، د ط ، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2004.
- 25- مسعودان نور الدين، قانون الأسرة مع آخر التعديلات التي أدخلت عليه سنة 2005، ب ط، سلسلة نور، الجزائر، 2006.
- 26- منصوري نورة، التطليق و الخلع وفقا للقانون و الشريعة، ب ط، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 27- الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، ط 1، مطبعة الأمانة، مصر، 1989.
- 28- الهلباوي جمعة سمحان، الأهلية و عوارضها، د ط، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، 1993.
- الكتب العامة**
- 1- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 2- أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981.
- 3- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 7، ط 3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1997.

#### **-المذكرات و الرسائل الجامعية**

##### **الرسائل الجامعية**

- 1- ايت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، رسائل لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
- 2- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه و أصول، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.
- 3- الجوفي مريم أحمد، القانون واجب التطبيق على الزواج، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة
- 4- الغات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2011.

##### **-المذكرات الجامعية:**

- 1- بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.
- 2- بن عصمان نسرین إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

- 3- بن عيشوش فاطمة، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2011-2012.
- 4- بهلول سعيدة، الحقوق الزوجية تدبير وقائي من الطلاق، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.
- 5- تبودشت نعيمة، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة الجزائر، 1999-2000.
- 6- دحماني سليمان، ظاهرة التغيير في الاسرة الجزائرية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006.
- 7- رابطي زهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقيات حقوق الطفل و قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.
- 8- زيق مسعود، انعكاسات تعديل قانون الاسرة الجزائري على الاستقرار الأسري، دراسة حالة بمدينة باتنة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع القانوني، كلية العلوم الاجتماعية و السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2009-2010.
- 9- زيتوني نجية، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و القانون، جامعة الجزائر، 2006.
- 10- طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999-2000.
- 11- عزيرية يوسف، التطليق و الخلع على ضوء قانون الاسرة الجزائري و اجتهاد المحكمة العليا، المعهد الوطني للقضاء، 2003-2004.
- 12- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.
- 13- نذير سعاد، التطليق في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة اكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013.

#### - المجالات:

- 1- أعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الاسلامي المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الاول، 1994.
- 2- صبري عبد الرؤوف محمد عبد القوي، مشروعية الطلاق، مجلة كلية الدراسات الإسلامية و العربية للبنات، الإسكندرية، العدد الثالث، 1986، ص 209.
- 3- نافع حميد صالح، حضانة الطفل و حمايته في الفقه الغسلامي، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد العشرين، كلية القانون، جامعة الأنبار، العراق، 2008-2009.
- 4- البغا محمد الحسن مصطفى، تزوج الام بغير الأب و السفر بالمحضون مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سوريا، 2002، ص 320.

5- وجنان عبد الرحيم ميمني، لمن الحضانة؟ مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و اللغة العربية و ادابها، الجزء الخامس عشر، العدد السابع و العشرون، كلية التربية لإعداد المعلمات، السعودية، 1424هـ ، ص 375.

#### -المحاضرات:

كاملي مراد، الوجيز في قانون الاسرة الجزائري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009-2010.

#### -الملتقيات:

عموم رمضان، عمل المرأة بين صراع الدور و الطموح، الملتقى الوطني حول الاتصال و جودة الحياة في الأسرة، يومي 10/09 أفريل 2013، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية، جامعة ورقلة.ذ

#### -النصوص القانونية:

##### الدستور

مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية العدد 76 الصادر في 27 رجب عام 1417 هـ الموافق 8 ديسمبر سنة 1996م.

#### -النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 جوان سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم بالقانون 14-01 مؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 4 فبراير سنة 2014، الجريدة الرسمية العدد 7 الصادر في 16 ربيع الثاني عام 1435 هـ الموافق لـ 16 فبراير سنة 2014م.
- 2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية العدد 31 الصادر في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007م.
- 3- قانون رقم 84/11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984م المعدل و المتمم بالأمر رقم 05/02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادر في محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005م.
- 4- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادر في ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م

## - قرارات المحكمة العليا

- 1- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية العدد الثالث، السنة 1990.
- 2- قرار صادر بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34791، المجلة القضائية، العدد الثالث، السنة 1989.
- 3- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/04/22، ملف رقم 36709، المجلة القضائية، السنة 1989.
- 4- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 87301، المجلة القضائية، العدد الثاني، السنة 1995.
- 5- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1997.
- 6- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 135640، المجلة القضائية، العدد الأول، السنة 1997.
- 7- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/02/12، ملف رقم 256629، المجلة القضائية، العدد الثاني، السنة 2004.
- 8- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 477546، المجلة القضائية، العدد الثاني، السنة 2009.

## -باللغة الأجنبية

### Ouvrages

#### -les Périodiques

- 1- Ait ZAY Nadia, Guide amendments code de la famille Algerien, centered information et documentation sur les droits de L'Enfant et de la famille, 2007.
- 2- Ben Chaneb, le droit Algerien de la famille entre tradition et la modernité, revue algerienne des sciences juridiques et économiques et politiques, n 01, mars 1982.

## الفهرس

أ.....	مقدمة
ج.....	الفصل الأول: الموازنة بين مركزي الزوجين أثناء العلاقة الزوجية
2.....	المبحث الأول: الموازنة بين مركزي الزوجين عند إبرام عقد الزواج
2.....	المطلب الأول: مدى أهلية الزوجين في انعقاد الزواج
3.....	الفرع الأول: تعريف أهلية الزواج
4.....	الفرع الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في أهلية الزواج
9.....	المطلب الثاني: مدى حرية الزوجين في إبرام عقد الزواج
9.....	الفرع الأول: التراضي
15.....	الفرع الثاني: الولي في عقد الزواج
16.....	أولاً: مفهوم الولي
16.....	1- تعريف الولي
17.....	2- أنواع الولاية في عقد الزواج
17.....	3- دليل مشروعية الولاية في الزواج
17.....	أ) مذهب جمهور الفقهاء
19.....	ب) موقف المذهب الحنفي
	ثانياً: وظيفة الولي وفق قانون الأسرة الجزائري و مدى تقييده للرضا الحر للمرأة عند الزواج
21.....	أ- مسألة ضرورة وجود الولي في عقد الزواج قبل التعديل و بعده
25.....	ب-مسألة اعتراض الولي على عقد الزواج
26.....	الفرع الثالث: الاشتراط في عقد الزواج
27.....	أولاً: شرط عمل المرأة
28.....	ثانياً: شرط عدم تعدد الزوجات
32.....	المبحث الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في الحقوق و الواجبات

- المطلب الأول: الموازنة بين مركزي الزوجين في الحقوق و الواجبات الشخصية بعد تعديل ق أ ج.....33
- أولاً: المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة.....35
- ثانياً: المعاشرة بالمعروف و تبادل الإحترام و المودة و الرحمة.....36
- ثالثاً: التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم.....37
- رابعاً: التشاور في تسيير شؤون الاسرة و تباعد الولادات.....37
- خامساً: حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و اقاربه و احترامهم.....38
- سادساً: المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف.....39
- سابعاً: زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه و استضافتهم بالمعروف.....39
- المطلب الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في الحقوق و الواجبات المالية بعد تعديل ق أ ج.....40
- الفرع الأول: استقلال الذمة المالية للزوجين.....40
- الفرع الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في فك الرابطة الزوجية و الاثار المترتبة عنها.....48
- المبحث الأول: الموازنة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية.....49
- المطلب الأول: فك الرابطة الزوجية عن طريق الزوج.....50
- الفرع الاول: تعريف الطلاق.....51
- أولاً: تعريف الطلاق.....51
- ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و اثره على المركز القانوني للمرأة.....54
- الفرع الثاني: التعويض للزوجة في حالة الطلاق التعسفي.....59
- أولاً: الطلاق التعسفي.....60
- 1- تعريف التعسف.....60
- 2- تعريف الطلاق التعسفي.....61

- ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الطلاق التعسفي.....62
- المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي بين الزوجين.....64
- الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي .....64
- الفرع الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي.....66
- أولا: تقديم طلب مشترك.....66
- ثانيا: مضمون العريضة.....67
- ثالثا: تحديد الجلسة.....68
- المطلب الثالث: فك الرابطة الزوجية عن طريق الزوجة.....68
- الفرع الأول: فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق .....69
- أولا: تعريف التطلق أو التفريق القضائي.....69
- ثانيا: أسباب التطلق.....70
- 1-التطلق لعدم الإنفاق.....71
- 2-التطلق للهجر في المضجع.....73
- 3-التطلق للعيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج.....75
- 4-الحكم على الزوج في جريمة معينة حائز على قوة الشيء المقضي فيه...77
- 5-الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.....78
- 6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.....81
- 7-ارتكاب فاحشة مبينة.....81
- 8-الشقاق المستمر بين الزوجين.....83
- 9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....85
- 10-كل ضرر معتبر شرعا.....85
- الفرع الثاني: فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق الخلع.....87
- أولا: تعريف الخلع.....87

88.....	ثانيا: الخلع في ق أ ج.....
89.....	(1)-الخلع قبل تعديل 02-05 لقانون الأسرة الجزائري.....
90.....	(2)-الخلع بعد تعديل 02-05 لقانون الأسرة الجزائري.....
93.....	المبحث الثاني: الموازنة بين مركزي الزوجين في الاثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية.....
94.....	المطلب الأول: مفهوم الحضانة.....
95.....	الفرع الأول: تعريف الحضانة.....
97.....	الفرع الثاني: مراتب الحاضنين في ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي و ق أ
97.....	أولا: ترتيب الحاضنين في الشريعة الإسلامية.....
99.....	ثانيا: ترتيب الحاضنين في ق أ ج و مركز الزوجين من ذلك.....
102.....	المطلب الثاني: الاثار القانونية المترتبة عن دعوى الحضانة.....
102.....	الفرع الأول: الحقوق المترتبة على الحكم بإسناد الحضانة لأحد الزوجين.....
106.....	الفرع الثاني: سقوط الحق في الحضانة من أحد الزوجين و عودته.....
111.....	خاتمة.....
116.....	قائمة المراجع.....
128.....	الفهرس.....