وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
قسم: الحقوق.
رقم: .....

ميدان: الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
فرع: قانون عام
تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالب(ة): بن صوشة نبيلة

تحت عنوان

تنوع صور فك الرابطة الزوجية وأثره على الحماية القانونية للأسرة

لجنة المناقشة:

عمارة عمارة	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيســـا
محمد الطاهر بلموهوب	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا و مقررا
حمادي عبد الفتاح	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018.

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

قال تعالى (لئن شكرتم لازيدنكم)

الحمد لله الذي انعم علينا بنعمة العقل وأرشدنا إلى طريق العلم وهدانا دوما إلى مافيه الصلاح والثبات .وجعل من الصعب هين وأمدنا بتوفيق منه لإتمام هذا العمل, له وحده جل جلاله حمدا يليق بجلال وجهه وعظمة فضله علينا وعلى جميع خلقه.

ألف شكر إلى من قيل فيهم "من علمني حرفا صرت له عبدا" جميع الأساتذة الذين ساهموا في تكويننا طيلة مشوارنا الدراسي, واخص بالذكر الأستاذ المشرف محمد الطاهر بالموهوب الذي أكن له فائق الاحترام والتقدير, وأتمنى له دوام الصحة والعافية ,كما اشكره على توجيهه لي في بحثي هذا .

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل من ساهم في إعداد هذا البحث المتواضع ,بشكل مباشر أو غير مباشر ولو بكلمة طيبة دون أن أنسى أحدا من أساتذتي.

إهداء

اهدي ثمرة واجر هذا العمل المتواضع إلى.

أبي .....تعجز كل الكلمات لوصفك فأنت سندي بعد الله تعالى في الحياة وأنت النبراس الذي يضيء أيامي فانا لم أكن لأصل إلى ما أنا عليه لولا وجودك بحياتي .

أمي ....نبع الحنان التي حملتني بأحشائها وكانت لي الأمان منذ صغري حتى كبرت التي ترعاني دوما بحبها وخوفها لكي أمي فلولا دعايكي لما وفقت في مشواري حياتي

فأدامكما الله ذخرا لي وأطال الله في عمركما , فوفقني ياربي إلى برهما حيان أو ميتان واجعلني من المبرورين ...أمين ياربي

رمز السعادة والحب .

إلى إخوتي الغاليين أراهم الله في دنياهم خيرا ,عبد القادر,نادية,زهية,زوينة,بلخير دون أن أنسى زوجة أخي حفظها الله وبنات آخي ,ياسمين,نور الهدى ,ألاء دون أن أنسى من كانت السبب في بعث الأمل بي الحلوة منيرة .

رمز الصداقة والإخاء

إلى كل صديقاتي بعيدة كانت أو قريبة إلى كل أحبابي وكل من يحمل لي مشاعر الود والوفاء.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات :

ج : جزء

ع : العدد

ط : الطبعة

د . ب. ن : دون بلد نشر

د .ط : دون طبع

ص : صفحة

ق. م . ج : القانون المدني الجزائري

ق . ا . ج : قانون الأسرة الجزائري

ق . إ . م . إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

م . ع . غ . أ . ش محكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

م . ع : المحكمة العليا

غ . أ . ش : غرفة الأحوال الشخصية .

ن . ق : النشرة القضائية

م . ق : المجلة القضائية .

ق.أ.ج: قانون الاسرة الجزائرية.

ق . ع . ج : قانون العقوبات الجزائري

ق . إ . ج : قانون الإجراءات الجزائية.

مقدمة

مقدمة

نظر الإسلام إلى الزواج نظرة تقدير ورعاية بحيث أقامه على قواعد ثابتة من العدل والإنصاف فوصفه عز وجل بالميثاق الغليظ وبفضله ينبعث الود والطمأنينة والألفة و ذلك منوه عنه في كتابه العزيز ومؤكد بقوله تعالى ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ سورة الروم 21

وحماه بسياج من الضوابط تمنع عنه الظلم الذي يحيط به فسن قوانين وشرع تشريعات تكفل للأسرة حياة رغيدة ملؤها الاستقرار والمودة ومنه فالزواج يسعى أساسا إلى تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة تنظيما شرعيا وفق مبادئ الشريعة الإسلامية أو قواعد قانونية معينة ترمي إلى زرع الأمن وإقامة الفضيلة بين جميع أفراد المجتمع فيجد كلا الزوجين الأنس بصاحبه والاستراحة إليه والاستعانة به كما يحس كل منهما بمودة خاصة تجاه الآخر ولا يمكن أن يكون المجتمع صالحا إلا إذا كان تكوينه من أسر صالحة ولا يكون هذا إلا بالزواج فهو أساس تكوين أسرة صالحة .

إذ به تعرف الأنساب وتحفظ وبه تصان الأعراض وكما يسعى هذا الميثاق الغليظ إلى إقامة علاقات ود وتعاون بين الزوجين إلا أنه وبالرغم من ذلك قد يحدث ما يعكر صفو هذا الزواج فيعدل به عن غايته ولا يحقق أهدافه ومع هذه المشاكل والعوارض تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق ومكانا لا يؤلف فينقلب أساس كيانها ويتحول الحب إلى كراهية والمودة والسكينة إلى فوضى فتعتريه أسباب تؤدي إلى إنحلاله وفك هذه الرابطة الزوجية المقدسة بحيث تطرأ ظروف كثيرة تستحيل فيها العشرة وتشتد الخلافات والتي ربما تؤدي إلى عواقب وخيمة.

وبالتالي كان حل عقد الزواج هو الحل الوحيد الذي يجب اللجوء إليه لتحقيق مصلحة الطرفين وبهذا نجد أن المودة عندما تتحول إلى كره تشتد النزاعات فيفقد الزواج معانيه السامية وتتحول الحياة الزوجية إلى صراعات دائمة وبالتالي اللجوء إلى أبغض الحلال عند الله سبحانه وتعالى وحل الرابطة الزوجية بشكل أو بآخر وفق إجراءات سنها المشرع وأوجب إتباعها وقد نظم المشرع فك هذه الرابطة وحلها بعيدا عن تعسف الطرفين وفق إجراءات معينة .

وقد تتعدد صور فك الرابطة الزوجية وهذا ما سنتناوله في بحثنا هذا باستثناء بقية الصور كالفقدان والغياب والموت، وما يهمنا في بحثنا الطلاق، الخلع و التطليق و الطلاق بالتراضي وهذه الصور الثلاث تكون بإرادة الزوجين سواء بالإرادة المنفردة أو المشتركة وهذا ما سنبينه بالتفصيل من خلال هذا البحث.

وتبدو أهمية هذا الموضوع جلية من خلال دراسة ظاهرة متفشية في مجتمعنا عامة وبأسرنا خاصة والتي باتت تعكر صفو حياة الأسر وتهدم كيانها مما جعل الكثير يندد بإلغاء مواد في قانون الأسرة وآخرون يتهمونه بالقصور والتحيز كما أن الأسرة هي النظام الاجتماعي فهي منبع الاستقرار والازدهار لأي مجتمع من المجتمعات، وبالتالي يعتبر هدم هذه الخلية الأساسية مسألة تستحق الدراسة كما يكتسي النظام القانوني لحل الرابطة الزوجية

أهمية بالغة لأن من خلاله نتعرف على موقف المشرع الجزائري ونبين إجراءات التقاضي في هذه الدعاوى وحماية كل الأطراف وإيجاد الحلول للخلافات الزوجية.

ما دفعني لاختيار هذا الموضوع عدة أسباب تتمثل في :

1 – الأسباب الذاتية:

– رغبتي في معالجة المواضيع التي تخص الأسرة بصفة عامة والعلاقات الزوجية بصفة خاصة من اجل معرفة الأسباب المؤدية لفك الرابطة الزوجية وإيجاد الحلول لها لأن الأسرة هي الخلية الأساسية في بناء المجتمع.

– معرفة الأسباب الحقيقية والواقعية التي تؤدي بالزوجين إلى الانفصال.

– علاقة الموضوع بتخصصي أي أنه يخص الأحوال الشخصية.

2 – الأسباب الموضوعية:

– الوضع الاجتماعي الصعب الذي يجهل فهم أحكام قانون الأسرة الجزائري بخصوص الحياة الزوجية بجميع مراحلها.

– تسليط المشرع الجزائري الضوء على منح المرأة الحق في إنهاء الرابطة الزوجية.

– كثرة دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في المحاكم الجزائرية بصورة خطيرة قد ينتج عنها تفكك جذور المجتمع وليس الأسرة فقط.

– بيان إجراءات التقاضي في دعاوى فك الرابطة الزوجية، ومعرفة مراحل سيرها.

– غياب الوعي لدى الأسرة بالآثار الناجمة عن انحلال الزواج بصفة عامة باعتبارها تشمل الأسرة والمجتمع بأكمله.

أهداف البحث : يمكن تلخيصها في ما يلي:

– معرفة تنوع صور انحلال الرابطة الزوجية.

– معرفة كيف وازن المشرع الجزائري بين الزوجين في إعطائهم حق فك الرابطة الزوجية.

– الوقوف على الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بخصوص هذا الموضوع.

– استخراج الثغرات التي وقع فيها المشرع الجزائري ومحاولة سدها باقتراحات أخرى في الموضوع.

الدراسات السابقة:

من بين أهم الدراسات التي أجريت حول هذا الموضوع نذكر ما يلي:

– مذكرة عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة لأنها لم تتناول الحماية القانونية للأسرة .

– عثامنة محمد الأمين، إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري.

ولمعالجة هذا الموضوع تم طرح وتحديد الإشكالية المتمثلة في :

ما مدى تأثير تنوع صور فك الرابطة الزوجية في الحماية القانونية للأسرة ؟

وتنبثق عنها بعض التساؤلات الفرعية:

- كيف أعطى المشرع الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية؟
- ما هي الإجراءات المتبعة لفك الرابطة الزوجية؟

-ما هي مظاهر المساواة بين الرجل و المرأة في فك الرابطة الزوجية ؟

ولحل هذه الإشكالية اعتمدت من الناحية المنهجية في دراستي لهذا الموضوع على المزج بين كل من المنهج الوصفي والتحليلي والمنهج المقارن وذلك من خلال دراسة النصوص القانونية الواردة في هذا المجال ومقاربتها بالواقع الاجتماعي.

ونظرا لمتطلبات الدراسة ارتأيت معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى فصلين، تناول الفصل الأول صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين وآثارها، ويحتوي على مبحثين كل مبحث يتناول صورة من صور فك الرابطة الزوجية المتمثلة في الطلاق و الخلع.

والفصل الثاني يتناول صورتين لفك الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين وطلاق القاضي (التطليق) ويندرج تحته مبحثين ، الأول الطلاق بالتراضي و المبحث الثاني طلاق القاضي .

الفصل الأول

انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين

تمهيد

لقد شرع الزواج من اجل استمرار الحياة وبقاء النوع الإنساني ليتمتع فيه الرجل والمرأة ويتعاونان على بناء الأسرة ، فالعلاقة الزوجية في الإسلام مقدسة قائمة على التقوى والمعاشرة الحسنة .

وان إتمام الزواج وقيامه على أسس من الحب والمودة والوازع الديني والأخلاقي بعيدا عن الشروط العادية، وتمتع كل من الزوجين بحقوق وواجبات الزوجية كلها دلالة على استقرار الحياة الزوجية، ولكن على الرغم من هذه الأهمية ولخطورة الزواج فانه قد لا يحظى بالنجاح لهذا أصبح الانفصال أمرا ضروريا وجاء الإسلام واحل فك الرابطة الزوجية، على الرغم من انه ابغض الحلال عند الله، ويأخذ فك الرابطة الزوجية عدة صور مختلفة سنتطرق إلى كل واحدة منها في المباحث التالية:المبحث الأول الطلاق، المبحث الثاني الخلع .

المبحث الأول : الطلاق

الزواج في الإسلام عقد دائم ولكنه ليس أبديا، فهو عقد ينبغي أن يستمر مدى الحياة، ولكن الإسلام دين يتعامل مع الواقع، وقد يكون الانفصال هو القرار الوحيد أمام الزوجين، فلا بد من احترام الواقع الإنساني، لذا جاء الإسلام بطريق وسط فالطلاق في أصله محضور فإذا أصبح الحل الوحيد للخروج من شقاق لا يحتمل فهو مباح ووضع الإسلام مجموعة من إجراءات تسبقه قبل إيقاعه، ولم يجعله طلقة واحدة، بل فتح الطريق أما الطرفين، لمواجهة النفس وإصلاح الخطاء [1]

المطلب الأول : مفهوم الطلاق التعسفي والحكمة من تشريعية والتعويض عنه .

الفرع الأول : تعريف الطلاق :

1 – الطلاق في اللغة : هو رفع القيد مطلقا

وكما جاء في هامش درة الغواص : الطلاق لغة مأخوذة من قولهم أطلقت إذا أرسلتها من عقالها وقيدها، فذات الزوج موثقة عند زوجها، فإذا فارقها أطلقها من وثاق أم فراق بينهما بالحركات فيقال طلقت وأطلقت الناقة

وجاء في مختار الصحاح وطلق امرأته تطليق هي بالضم فهي طالق، وطالق أيضا، قال الأخفش:

" لا يقال طلقت بالضم ".

2 – تعريف الطلاق في قانون الأسرة:

جاء في المادة (48) من هذا القانون : الطلاق حل عقدة الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53)، (54) [2] من هذا القانون فقد عرفه بأنه (حل عقد الزواج).

ثم ذكر بالتعاريف في عمومها لأي مفهوم من المفاهيم ينبغي أن تكون جامعة مانعة، وإن كان لا مشاحة في الاصطلاح، فإن التزام الدقة مطلوب في كل شيء ، فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم : إن الله كتب الإحسان على كل شيء " [3]

[1] – محمد كمال إمام ، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية .ص 153.

[2] – المادة 53 ، 54 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] – المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، ص ص 114-115.

حيث أن المادة 48 من قانون الأسرة أعطت الحق للزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة و معنى هذا أنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق و يختار تحمل المسؤولية في ذلك عن طيب خاطر إما تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات .[1]

إذ أن قانون الأسرة الجزائري في تعريفه للطلاق لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي فقد عرفه بأنه: حل عقد الزواج فهو يوافق تعريف ابن قدامة الذي عرفه بحل عقد النكاح وغيره أيضا. إلا أننا رأينا ما وجه لهذا النوع من التعاريف من الانتقاد لأنها تشمل الطلاق والفسخ في آن واحد وعليه نقترح على المقنن الجزائري ان يعرف الطلاق بالصيغة التالية: الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ الطلاق أو بما في معناه ولا مشاحة في الاصطلاح بيد أنه تمسك بالأحسن حين التزم الدقة في التعابير التي تدل على المفاهيم .

الفرع الثاني: الحكمة من تشريع الطلاق .

إذا كان المولى سبحانه وتعالى قد شرع النكاح الذي هو ارتباط الرجل بالمرأة على وجه الشرع، والذي يهدف إلى سعادة الزوجين بأن يعيشا في ود ووئام وسكن ورحمة " **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً** "سورة الروم الآية 21.

إذن من الحكمة تشريع الطلاق وقد أجمعت الأمة على تشريعه بلا مخالف، لأنه كما جاء في المغني: " **وأجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة الدالة على جوازه فإنه ربما فسد الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررا مجردا بإلزام الزوج النفقة السكن، وحبس المرأة من سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك الشرع ما يزيل النكاح لنزول المفسدة الحاصلة منه** "

الفرع الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي:

يقتضي التعويض عن الطلاق التعسفي تعريف الطلاق التعسفي وتحديد شروطه.

1- **تعريف الطلاق التعسفي**: الطلاق كما سبق الذكر انه وإن كان حقا مطلقا بيد الزوج بمقتضى الشرع والقانون، إلا أنه مقيد بأسبابه ودواعيه وذلك بما لا يضر ويؤذي الزوجة أو يسيء غلى سمعتها، فالزوج في إيقاعه الطلاق مقيد بقيود حتى لا يحيد عن الحكمة والقصد من تشريعه[2].

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014 دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2014 ، ص 128 .

[2]- المصري مبروك، مرجع سابق، ص233.

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

2 – **شروط التعويض عن الطلاق التعسفي**: لكي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا لا بد من توافر الشروط التالية:

أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين:

أ – الحديث عن تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين فل يمكن أن يكون عقد بدون دخول بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية ومعنى أن تكون الزوجية قائمة لا بد أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها وأن تمكنه من الاستمتاع بها، فإذا لم تسلم الزوجة نفسها لزوجها أو لم تمكنه من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا.[1]

فلا تعويض عن الطلاق التعسفي إلا بتمام الدخول وأن ما يحكم به من تعويض عن الطلاق قبل الدخول إنما تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 16 – 3 – 1999 وجاء فيه "**من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين في قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول بلحق ضررا معنويا بالمستأنفة وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون**"

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

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

فالواجب المالي يتلخص أساسا في المهر والنفقة والواجب الغير مالي يتلخص أساسا في العدل بين الزوجات غذا كان متزوجا بأكثر من واحدة ومثلها أيضا عدم الإضرار بالزوجة . فبالنسبة للمهر جعله الإسلام حقا على الرجل لزوجته

1– العربي مجيدي: نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مذكرة لنيل شهادرة الماجيستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين جامعة الجزائر، 2002،ص370.

وليس لأبيها أو أقرب إليها أن يقضيه أو يأخذ منه شيئا إلا في حال الرضا أو عدم قدرتها على قبض المال كما لو كانت سفيهة أو معنوية.

فقد قال عز وجل :" **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا** ".

أما النفقة فهي واجبة على الزوج لزوجته لقاء احتسابه لها عن الزواج بغيره، فما دامت الزوجة محتسبة لحق الزوجية، كالإشراف على تربية الأولاد والقيام.

بواجباتها في بناء الأسرة وغير ذلك فوجب أن تكون نفقتها على الزوج سواء كانت الزوجة مسلمة او غير مسلمة، وتشتمل النفقة الزوجية الطعام ولكسوة والسكن والتطبيب وخدمة الزوجة بالقدر المعروف بين الناس وبحسب وضع الزوج المادي والاجتماعي، والنفقة ثابتة بحكم القرآن والسنة النبوية والإجماع.

أما من السنة فقد روي مسلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع "**فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن يوطئن فرشكم أحد، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقن وكسوتهن بالمعروف**".

وفي الإجماع فقد قال ابن قدامة "اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن ذكره ابن المنذر وغيره وفيه ضرب من العبرة وهو أن امرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد أن ينفق عليها.

أما الواجب الغير مالي يتمثل أساسا في حسن معاشرتها وذلك مصداقا لقوله تعالى " **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا** " وصيانتها وحفظها من كل ما يخدش شرفها ويمتهن كرامتها وتحصينها ومقابل ما ألزم الزوج من تحقيقه إزاء زوجته بالشكل الذي سبق ذكره.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 27 - 3 - 1989 وجاء فيه "متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غي شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يدفعهما خاطئا للقانون".

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

والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة (52) ق.أ.ج لم يعطه المشرع تعريفا محددا، تاركا المجال للفقه الشرعي والقانوني للخصوص في هذا الأمر والذي خلص في مجمله أن التعسف هو الانحراف عن سبيل استخدام الحق للاستخدام الشرعي والقانوني.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يعرف التعسف حصريا إلا أنه جسد مظاهره في ثلاث صور عددها في المادة (124) مكرر ق – مدني –ج وهي

* – إذا وقع الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة .

* – إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

* – إذا الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعه .

وتعد الصورة الأولى أوضح بالنسبة لموضوع الطلاق فإذا لم يستطيع الزوج أن يبرر طلبة الرامي للطلاق، عد ذلك دليلا على نيته في إلحاق الضرر بالزوجة وتبرير الطلاق تظل مسألة موضوعية تقديرها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه .

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

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

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد مدد حالات التعويض عن الطلاق إلى الصورة الثانية المتمثلة في التطليق، وذلك عندما نص في المادة (53) مكرر ق – أ –ج على أنه " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

وقد جاءت هذه المادة بمناسبة التعديل الوارد في الأمر 05 – 09 ليضع حدا للقضاة الذين كانوا يرفضون تعويض الزوجة عن تطليقها واعتبار الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق هو تعويض لها في حد ذاته، والمبادرة نحو تكريس المادة (53) مكرر كقاعدة قانونية كانت من المحكمة العليا مجسدة المبدأ في عدة قرارات منها : – القرار الصادر بتاريخ 20 – 06 – 2000 وجاء فيه [1] " من مستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا – وتبقى مسألة تقدير التعويض موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع .

[1] – المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 20 – 06 – 2000 ، ملف رقم 245159 الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية 2001، ع – خ – ص 259.

– القرار الصادر بتاريخ 16 – 03 – 1999 وجاء فيه [1] " من المقرر قانونا أنه تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع .

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 16 – 03 – 1999 ، ملف رقم 216865 الإجهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية 2001، ع – خ – ص 256.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الطلاق وأثر الحماية في ذلك .

الفرع الأول: الآثار الشخصية الناتجة عن الطلاق بالنسبة للزوجين معا .

إنه وبمجرد صدور الحكم الذي يقضي بالطلاق ينتهي عقد الزواج وتنتهي معه أمورا وسلطات يملكها الزوجين على بعضهما البعض أثناء زواجهما، فالطلاق إنهاء للحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين به ينتهي الالتزام بالمعاشرة بين الزوجين وتنقطع العلاقة الزوجية بينهما، وكذا المهام المعترف بها للزوج باعتباره رب العائلة، ويتحول مركزه من مركز الزوج إلى مركز المطلق ويصبح كل واحد منهما غريب عن الآخر فكل اتصال جنسي بينهما يعتبر زنة ويعاقب عليه شرعا وقانونا. [1]

كما أن الطلاق يضع حدا للواجبات المتبادلة بين الزوجين اتجاه بعضهما البعض فلا يبقى عليهما واجبا من الواجبات ولاحقا من الحقوق التي حددها الشرع والقانون فالطلاق يخرجهما من أحكام المادة 36. ق. أسرة. ج. [2]

كذلك لا يحدث الطلاق أثرا على الاسم العائلي للزوجين المطلقين فكل واحد منهما يبقى خلال الزواج أو بعد انحلاله محتفظا باسمه العائلي وذلك بخلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للقوانين الغربية خاصة في القانون الفرنسي، حيث تطرح العديد من المشاكل عند الطلاق بشأن الاسم العائلي للزوج السابق الذي كانت تحمله الزوجة خلال الحياة الزوجية وتريد المحافظة عليه بعد الطلاق. [3]

كذلك لا يؤثر الطلاق على جنسية الزوجين المطلقين وخاصة إذا كان الجزائري متزوجا من امرأة أجنبية اكتسبت الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج منه، فهذه المرأة تبقى محتفظة بالجنسية الجزائرية المكتسبة وذلك بالرغم من طلاقها من الزوج الجزائري السابق ما عدا في حالة إذا ما جردت من هذه الجنسية إذا توافرت إحدى الحالات التي يتم فيها التجريد كما هو الحال في قانون ج.ج. [4]

---

[1] – نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون 2000 صفحة 228.

[2] – تنص المادة 36 . ق. أ. ج على أنه "يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات، حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم، المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الولدين والأقربين بالحسنى والمعروف، زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

[3] – محمد الشافعي. الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة طبعة 1 المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، مراكز 2010 صفحة 157.

[4] – انظر الفصل الثالث والرابع من الأمر رقم 70 – 86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 105 مؤرخة في 18 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 – 01 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005 ج. ر. ع 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005.

الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن الطلاق بالنسبة للزوجة المطلقة.

بعد أن يفارق الزوج زوجته بأي نوع من أنواع الفرقة سواء كانت وفاة أو طلاق فإن عرى الزوجية لا تفصم من كل الوجود بمجرد وقوعها بل تنتظر الزوجة المطلقة أو المتوفى زوجها فترة زمنية معينة لا تتزوج ولا تخطب حتى تنقضي هذه الفترة التي حددها المشرع والتي سماها بالعدة . [1]

1 – **تعريف العدة : لغة:** من عد الشيء ويعده عدا وعدة ومنه الحديث (لم يكن للمرأة المطلقة عدة فأنزل الله عز وجل العدة للطلاق) وعدة المرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي ما تعده من أيام أقرائها وأيام حملها وأربعة أشهر وعشر ليال والمرأة معتدة وقد تكرر ذكرها في الحديث. [2]

اصطلاحا : عرف الفقهاء العدة تعريفات مختلفة يمكن بيانها على النحو التالي:

– **الحنفية:** اسم لأجل ضرب لانقضاء من بقي من آثار النكاح وكذلك عرفها في تعريف آخر "تربص يلزم المرأة عند الفرقة من نكاح صحيح".

– **المالكية:** المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم لفسخ النكاح، أو موت الزوج أو طلاقه.

– **الشافعية:** اسم لمدة تتربص في المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها.

– **الحنابلة:** التربص المحدد شرعا. [3]

ويلاحظ أن جميع تعريفات الفقهاء متقاربة والاختلاف بينهما لفظي لا يؤدي إلى الاختلاف في المعنى المقصود من العدة، ومع ذلك يبقى تعريف الحنفية الأولى للعدة جامعا ومانعا [4]

ب – مشروعية العدة : اتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع.

1 – القرآن الكريم: قوله تعالى:" **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** " [5]

وقوله تعالى " **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** " [1]

---

[1] – محمد الشافعي، المرجع السابق صفحة 157.

[2] – مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر) ط1، دار ابن الجوري للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1421هـ، صفحة 596.

[3] – عبد الفتاح تقية، محاضرات في الأحوال الشخصية، تالة للنشر والتوزيع الجزائر 2007 ص 105.

[4] – ليلى حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية طبعة 2 مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن 200 صفحة 29.

[5] – سورة البقرة الآية 234.

السنة النبوية: وردن روايات متعددة تؤكد هذا المعنى منها:

ما ورد عن عائشة رضي الله عنها قالت: (أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيضات) [2]

ما ورد عن أم عطية رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشر" [3]

2 – الإجماع: فقد أجمعت الأمة من لدن حياة الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على مشروعية العدة ووجوبها وقد حصر الفقهاء حكمة العدة ومشروعيتها في نقاط منها:

التأكد من براءة الرحم وطهارته حتى لا يجتمع ماء الوطئين في رحم واحد فتختلط الأنساب ببعضها البعض [4]

امهال الزوجين مدة من الزمن لكي يستطيعان مراجعة نفسيهما فيمهل الزوج لمراجعة نفسه في إرجاع مطلقته وإمهال الزوجة أيضا مراجعة نفسها والمقارنة بين الحياة مع الزوجة وبين البعد عنها [5] وذلك يتجلى من خلال قوله تعالى:"يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن غلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه" [6] .

– التنويه بفخامة أمر النكاح واحترامه وتعظيمه [7] حيث لم يكن أمرا بتنظيم إلا بجمع الرجال ولا ينفك غلا بانتظار طويل، ولولا ذلك لكان بمنزلة لعب الصبيان ينظم ثم ينفك بسرعة

ج– نظرة المشرع الجزائري للعدة كأثر من آثار الطلاق.

سن المشرع الجزائري على العدة كأول أثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني المعنون بـ "**انحلال الزواج**".

وقد اتجه المشرع عندنا الاتجاه الغالب في الشريعة الإسلامية في تحديد لأنواع العدة على النحو التالي:

2– لا عدة على المطلقة الغير المدخول بها .

3– عدة اليائس من المحيض ثلاثة أشهر .

---

[1] – سورة البقرة الآية 228.

[2] – ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن زيد القرويني (سنن ابن ماجة).

[3] – محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (صحيح البخاري) تحقيق زهير بن ناصر الناصر ط1، دار طوق النجاة. د.ب.ن 1422هـ صفحة 228.

[4] – رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان) – صفحة 484.

[5] – باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر 2007 صفحة 35.

[6] – سورة الطلاق الآية 1.

[7] – المصري مبروك المرجع السابق صفحة 390.

1- عدة المطلقة الغير حامل ثلاث قروء.

2- عدة الحامل وضع حملها سواء كانت في طلاق أو وفاة .

2- عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر .

3- عدة زوجة المفقود أربعة أشهر وعشرا .

وقد نص المشرع الجزائري على هذه النقاط في كل من المواد التالية فالمادة (58) ق أسرة الجزائري نصت على ما يلي:"تعتد المطلقة المدخول بها الغير حامل بثلاث قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

وفي المادة(56) ق أسرة الجزائري نص المشرع على أنه" تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده" [1] والمادة 60 ق أ ج تنص على "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشر أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة "

غير أن الإشكال المطروح على مستوى التشريع الجزائري يتلخص في عدم النص على الطلاق الرجعي فقانون الأسرة الجزائري لم يتحدث عن الطلاق الرجعي ولم يتبناه من حيث مفهومه وآثاره واكتفى بالنص على الطلاق البائن ببينونة صغرى والطلاق البائن ببينونة كبرى، ذلك وأنه بالرجوع غلى مفهوم الطلاق الرجعي نقول أن مراجعة الرجل لزوجته لا تتم بمهر وعقد جديد بل تكون متواصلة طبيعية للعشرة الزوجية والثابت في قانون الاسرة الجزائري ان الطلاق لايثبت إلا بحكم طبقا لما نصت عليه المادة 49منه.

والثابت أيضا أن الأحكام الصادرة في دعاوي فك الرابطة الزوجية بجميع صورها غير قابلة للاستئناف إلا في ما تعلق بجوانبها المادية طبقا لنص المادة 57 ق أ ج وما دام الطلاق لا يثبت إلا بحكم يكون غير قابل للاستئناف فإنه لا يمكن تصور مراجعة الرجل لزوجته دون عقد ولا مهر جديدين .

فلا بد له من هذين العنصرين كي يعيد الحياة الزوجية بينه وبين زوجته إلا أن ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من إظهار محاولته للقول بأنه تبنى ونص على الطلاق الرجعي من خلال نص المادة 50 ق أ ج " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد" ([2]).

لكن ما حاول المشرع الجزائري تفسيره والنص عليه أوقعه في تناقض وعدم وضوح فيما يتعلق بالطلاق وأنواعه فمن جهة يؤكد أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم ومعنى ذلك أنه لا يمكن الحديث عن فك الرابطة الزوجية بين الزوجين إلا

[1] - عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج - البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة 10 - 2 - 15 ص189.

[2] - عبد العزيز سمية، المرجع نفسه، ص 190.

إذا نطق القاضي بشكل قطعي نهائي غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، وبمفهوم المخالفة يمكن القول أنه إذا لم يتم النطق بحكم الطلاق بمعنى ذلك أن الزوجية قائمة بين الزوجين ومنتجة لكافة آثارهما الشرعية والقانونية.

ومعنى التصريح بالطلاق هو النطق بالحكم من طرف القاضي كوننا لا يمكن تصور شكل آخر من هذا التصريح أخذا بمبدأ أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم. [1]

وهذا أمر غير معقول لأن صدور الطلاق وخصوصا إذا كان خارج دائرة المحكمة يكون بوقت سابق على التصريح به، وحساب العدة في هذه الحالة يكون من تاريخ التلفظ به وليس من تاريخ الحكم به وفضلا عن ذلك فإن ما تجاوبنا مع محاولة المشرع الجزائري بإقناعنا بوجوب الطلاق الرجعي والنص عليه، فإن المطلقة طلاقا رجعيا تحتاج إلى زمن أطول لحساب عدتها، كون فترة المراجعة قد تكون سابقة بامر طويل على فترة التصريح بالطلاق. [2]

الفرع الثالث : أثار الطلاق بالنسبة للأبناء .

1 – النسب : من الحقوق التي تترتب على العلاقة الزوجية أثناء قيامها وبعد انتهائها هو النسب، والنسب لغة : هو القرابة [3]

شرعا : صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد.

وللنسب أهمية كبيرة في الإسلام فثبوت النسب للولد يدفع عن الوالد والوالد التعرض للعار والضياع و ثبوت النسب للأم يحميها من الفضيحة والرمي بالسوء ويؤدي إلى صيانة الأسرة من كل ريبة.

ومن هنا جاءت دعوة الإسلام للإباء أن ينسبوا أبنائهم إليهم وتحريم نسب الأولاد إلى غير أبائهم، ونظرا لأهمية الموضوع ومنعا لاختلاط الأنساب لم يعترفا لشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح إذ جعله طريقا قي ثبوت النسب، ومن ثبت نسبه إلى أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا، ولا نحتاج إلى إثباته بواسطة وسائل أخرى ، ولهذا نجد الفقهاء يعبرون عن هذا " ثبوت النسب بالفراش " أي ما ينتج عن الزواج الصحيح استنادا إلى قوله (ص) " الولد للفراش وللعاهر الحجر ".

ثبوت النسب بالنسبة للأم يكون بالولادة سواء كانت الولادة شرعية أو غير شرعية ، أما بالنسبة للأب فتكون بأحد الأسباب التالية : ثبوت بالبنية ثبوت النسب بالطرق العلمية كالبصمة الوراثية ADN .

---

[1] – باديس دياني ، آثار فك الرابطة الزوجية ص 45 – 46 مرجع سابق.

[2] – عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وأثرها بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة العقيد آكلي محند الحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014-2015،ص 231-266.

[3] – أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري (لسان العرب).دار صادر ، بيروت 2003، ص 755.

2 – الحضانة:

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لما تخلفه من أثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون من الأسرة .

وإذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين فإن الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معا وبشكل مباشر على تربية الأولاد باعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير وفي حالة الطلاق بين الزوجين فإن مشكل الحضانة يطرح بشدة وكثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير .

ولهذا السبب نجد أن التشريع الإسلامي قد ضبط هذا الموضوع من خلال النصوص الشرعية والاجتهادات الفقهية حتى لا يعيش الصغار في وسط صراع الأبوين وهو ما أثر إيجابا على التشريعات الوضعية ومنها المشرع الجزائري الذي نظم موضوع الحضانة من المواد 62 إلى 72 ق . أسرة – ج وراعى فيها أهم المسائل المرتبطة بمصلحة المحضون .

ومن بين شروط استحقاق الحضانة نجد : الشروط العامة للحضانة المتعلقة بالنساء والرجال وهي : العقل ، البلوغ ، القدرة على التربية، الأمانة على الأخلاق الإسلام، [1]

المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي .

سوف تتناول في هذا المطلب الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لاستحقاق التعويض، ثم نبين كيفية تحديد القاضي لمقدار التعويض عن الطلاق التعسفي في الجزائر.

الفرع الأول : الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريع الجزائري .

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

[1] – عبد العزيز سمية ، المرجع السابق صفحة من 266 إلى 280

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرارا بتاريخ 27 - 01 - 1986 ، ملف رقم 39731 – م – ق العدد 04، ص 61

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

فالطلاق شرع لرفع الضرر وليس بإلحاق الضرر بالزوجة، وتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة بل في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق ويصيب الزوجة ضررا جراء ذلك وتطبيق لنص المادة 52 ق –أ – ج [1] فإن حكم التعويض مقيد بشرطين هما :

1– أن يثبت القاضي أن الطلاق لم يكن لسبب جاد، كأن يكون لتفادي مشكلة أو لدفع ضرر واقع من الزوجة وعندئذ يكون الطلاق تعسفيا، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 17 – 11 1998 بقولها :"من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاة بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا. [2]

2– أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي من جراء الطلاق، فإن كان الضرر الأدبي أو المعنوي غالبا ما يصاحب الطلاق، فإن الضرر المادي يحتاج إلى إثبات كأن أوقفها على وظيفتها أو دراستها أو تزوجها ثم طلقها من غير سبب، وفوت عليها فرصة الرجوع للوظيفة أو إكمال دراستها، فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال. [3]

ومادام أن الطلاق بيد الزوج فدور القاصي هنا يكون الكشف عن إرادة الزوج وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة أو الإرادة وذلك لاعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذ يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق أو لأنه فضل السكوت على التلويح والترجيح فالقاضي هنا ملوم بأن يحكم للمطلقة بالتعويض المناسب وهو ما قضت به المحكمة العليا في قراراها بتاريخ 15 – 6 – 1999 بقولها " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النهي عن القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس محله ومتى تبين في قضية الحال للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات ،وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون " [4].

[1] – تنص المادة 52 من ق – أ – ج بقولها " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض على الضرر اللاحق بها " .

[2] – المحكمة العليا . غ – أ – ش، قرار بتاريخ 17 – 11 – 1998، ملف رقم 210451، إ – ق عدد خاص، 2001، ص 252.

[3] – فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب طبعة 1986. ص 366.

[4] – المحكمة العليا، غ – أ – ش، قرار بتاريخ 15 – 6 – 1999، ملف رقم 223019، إ – ق، عدد خاص، 2001 ص 104.

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

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

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

بتاريخ 22 – 2– 2000 بأنه "أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية يقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمله التعويض المحكوم به في حالة الطلاق [1]، فالتعويض هنا يقوم على وجود حق واستعمال هذا الحق قد يلحق ضررا بالغير سواء بقصد أو بغير قصد.

الفرع الثاني: تقدير القاضي للطلاق التعسفي ورقابة المحكمة العليا عليه.

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

أمام هذا النقص المتعلق بجانب تقدير التعويض، فقد أجاز المشرع الجزائري سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة لتحديد قيمة التعويض، ولم يحدد له لا حدا أدنى ولا حدا أقصى، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 18 - 6 - 1991 بأنه "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل" [2]، فالقاضي عندما يحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي يستلزم عليه أن يبين الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لا سيما إذا حكم بغير ما هو مألوف كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة [3] أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ماله من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

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

---

[1] – المحكمة العليا، غ – أ –ش، قرار بتاريخ 22 – 2 – 2000، ملف رقم 335656 – إ –ق عدد 01، 2000 ص 282.

[2] – المحكمة العليا، غ – أ – ش، قرار بتاريخ 18 – 6 – 1991، ملف رقم 75099، م – ق، عدد 01 – 1999 ص 65.

[3] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3 1996 – الجزائر، ص 183.

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع، ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق. [1]

وإني أرى أن المشرع الجزائري فعل حسنا عندما لم يقيد التعويض وترك لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية ليحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر الناجم عن تعسف الزوج.

أما فيما يخص رقابة المحكمة العليا لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي ومادام هذا داخلا ضمن نطاق سلطة قاضي الموضوع، فهذا لا يعني أن القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب عليه أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك ليتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القانون والاطلاع على مقدار ما أخذ به القاضي في سلطته التقديرية، وباعتبار أن حجم الضرر هو مقياس تقدير التعويض فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر الحاصل، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض .

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض مسالة قانونية، يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة وتكييفه بأنه ضرر محقق حالا أو مستقبلا أو أنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 02 - 04 - 1984 بأنه " من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع فإن تسبيبه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي تحكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف. [2]

المبحث الثاني: الخلع.

الأصل في العلاقة الزوجية هو الاستقرار والسكن و الأمان، إلا أن من الظروف والمتغيرات ما يحول دون ذلك في بعض الأحيان، ويعد الترخيص بالطلاق للرجل والخلع للمرأة آليات تفريق شرعية في الأحوال التي تستعصي فيها العشرة بين الزوجين ويستحيل استمرار الزواج بينهما، فإذا كرهت الزوجة نقص دينه أو خافت ألا تقيم حدود الله معه، كان لها في هذه الحالة أن تطلب فراقه على عوض تبذله له تفتدي به نفسها، وهذا ما يطلق عليه بالخلع لقوله

[1] – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2013 – 2014، ص 231.

[2] – المجلس الأعلى، غ – إ – ش، قرار بتاريخ 02 – 4 – 1984، ملف رقم 99779، م – ق، عدد 02، 1989 ص 61.

تعالى:"فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، وذلك أن التفريق في هذه الحالة من شانه أن يحقق مصلحة الطرفين بما يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية وبما يحقق التوازن والاستقرار بينهما. [1]

المطلب الأول: مفهوم الخلع ومشروعيته

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للخلع.

أ – **تعريف الخلع لغة:** يقال الخلع (بفتح الخاء) لغة النزع والإزالة، يقال خلع فلان ثوبه خلعا، أو نزعه وأزاله، والخلع بضم الخاء : طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها. ويطلق لفظ الخلع لغة ويراد به النزع والتجريد والإزالة

ب– تعريف الخلع اصطلاحا: إزالة ملك النكاح بعوض وبألفاظ مخصوصة وهو أيضا إنهاء العلاقة الزوجية بتراضي الزوجين مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها.

كما يقال أن الخلع فرقة على عوض، راجع إلى الزوج .

ج– التعريف الشرعي: تباينت تعريفات الفقهاء للخلع تبعا لاختلافهم في تكييفه:

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

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

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

– عرفه الحنابلة : فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته – أو غيرها بألفاظ مخصوصة . [2]

فالخلع هو طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به هذه المرأة وفي اصطلاح الفقهاء الخلع هو أن تتفق المرأة والرجل على الطلاق مقابل ما تدفعه الزوجة لزوجها وذلك كأن تقول الزوجة لزوجها "خالعني على صداقي أو على 5000دينار، فيقول قبلت تحقق الخلع ولا فرق في أن يكون إيجاب الخلع من قبل الزوج أو من قبل الزوجة

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

[1] – عبد العزيز سمية، مذكرة لنيل الماجستير في القانون، جامعة العقيد أكي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق ق – ع – س، تاريخ المناقشة 10 – 02 – 2015ص 79.

[2] – منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة الأولى 2009 صفحة 38 – 39.

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

وبما أن الخلع طلاق على مال فإنه يشترط فيه ما يشترط في الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما.

وعليه فإنه يشترط في الزوج أن يكون بالغا 21 سنة طبقا للمدة 7 من قانون الأسرة التي تقول "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة" وأن يكون ممتعا بقواه العقلية وغير محجوز عليه طبقا للمادة 85 من قانون الأسرة التي تقول "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".

أما بالنسبة إلى الزوجة فإن الفقه الإسلامي يشترط فيها في الحالة الخلع أن تكون متمتعة بأهلية التبرع طبقا للمادة 203 من ق – أ " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا 19 سنة وغير محجور عليه" ومن هنا فإنه لا يجوز للزوج أن يأخذ مما دفعه للزوجة من صداق أو غيره إلا في حالة واحدة وهي إذا خافا ألا يقيما حدود الله [1].

[1] – تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية مرجع سابق، ص ص 67 – 70.

الفرع الثاني: مشروعية الخلع .

لقد ثبتت مشروعية الخلع في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الأمة والمعقول .

القرآن الكريم : قال تعالى " **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**".

الآية الكريمة ذكرت الطلاق الذي بيد الرجل وهو حق من حقوقه، وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله، فإن كانت الكراهية المرأة فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الزوجية بطريق الخلع بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه باسم الزوجية، وله أن يأخذ من زوجته ملا لتملك عصمتها.

وفي أخذ الزوج الفدية عدل وإنصاف إذ أنه هو الذي أعطاها المهر وكذلك تكاليف الزواج والزفاف وأنفق عليها، وهي التي طالبت بالفراق، فكان من الإنصاف أن ترد عليه ما أخذت. [1]

فبعد أن ذكر الله في الآية الكريمة أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ذكر بعد ذلك أن أخذ المال من الزوجة مما أعطاها محرم ثم استثنى من ذلك حالة واحدة وهي إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما كبغض واستحالة العشرة بين الطرفين لقبح أو سوء معاملة أو نحو ذلك، ففي مثل هذه الحالات يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لطلاقها ويسمى هذا بالخلع.

وجاء في تفسير ابن كثير قوله تعالى: " **وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ** " [2] أنه إذا تشاقق الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ولا حرج في بذلها له ولا حرج في قبول ذلك منها. [3]

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

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال **(جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله فرق بيني وبين ثابت فإني أبغضه ولقد رفعت طرف الخباء فرايته يجيء في أقوام فكان أقصرهم قامة وأقبحهم وجها وأشدهم سوادا وإني أكره الكفر بعد الإسلام فقال ثابت: يا رسول الله مرها**

---

[1] - منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه، آثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع – طبعة الأولى 2009 ص 47.

[2] - سورة البقرة الآية 229

[3] - عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القران العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، من سورة الفاتحة إلى سورة البقرة، ط2 دار طيبة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ج1، 1999 ص ص 612 - 613.

فلترد عليا حديقتي التي أعطيتها فقال الرسول صلى الله عليه وسلم ما تقولين، فقالت :نعم وأزيده فقال رسول الله لا بل حديقته فقط ثم قال لثابت : خذ ما أعطيتها وخل سبيلها) [1] ففعل فكان ذلك أول خلع في الإسلام .

ج– الإجماع: فقد انعقد إجماع المسلمين من السلف والخلف على جواز الخلع الرضائي بين الزوجين بالاتفاق ودليلهم قوله تعالى " **إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ** " [2].

د– المعقول: إن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل وقد ترغب المرأة في الخلاص من الزوج لسبب أو لآخر وهي لا تملك حق الطلاق فتتفق مع زوجها على مقدار من المال تدفعه له مقابل طلاقه لها، فإذا رضي بذلك كانت المخالعة بينهما افتداء لها من حياة لا ترغب فيها وتخاف ألا تقيم حدود الله فترد للزوج ما قدمه لها من أصول، وبما أن الفرقة مشروعة بإرادة الزوج منفردة بالطلاق جازت بإتفاق الزوجين من باب أولي [3] .

أما الحكمة من الخلع هي رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج لعدم الانسجام في الحياة الزوجية وينبغي التنبيه إلى أن طلب الزوجة من زوجها المخالعة من غير حاجة داعية إليه حرام لقوله صلى الله عليه وسلم "**أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة** " [4]

المطلب الثاني: اعتبار الخلع حق للزوجة والطبيعة القانونية له.

فرع الأول : ارتقاء الخلع كحق أصيل للزوجة في التشريع والقضاء الجزائري.

ورد فيما تم ذكره سالفا أن الطلاق حق مطلق للزوجين، وذلك استنادا إلى المادة 48 ق، أ، ج والتي أكدت على أن الطلاق حل عقد الزواج بإرادة الزوج المنفرد أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 – 54 منه وهما المادتان اللتان تحدثتا عن التطليق والخلع وتعدد صور الطلاق طرح تساؤلا عن مدى أحقية الزوجة في الانفصال عن زوجها بإرادتها المنفردة من عدمه، ذلك أن التطليق كان واضحا، وذلك استنادا إلى الأسباب المنصوص عليها في المادة 53منه إلا أن الغموض كان السيد في المادة 54 قبل التعديل لكونها لم تحسم إذا كان الخلع حق الزوجة يمكن استعماله في أي وقت تشاء أم أنه يخضع لقبول الزوج [5]، فالمادة 54 ق أ ج نصت على أنه "**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**".

---

[1] – محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، الجعفي صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ص ص 46 – 47.

[2] – سورة البقرة ، الأية 229.

[3] – منال محمود المشني، المرجع السابق ، ص 53.

[4] – محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى (سنن الترميذي).أبواب الطلاق واللعان عن رسول صلى الله عليه وسلم باب المختلعات، ص 484.

[5] – باديس دياني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر دار الهدى، الجزائر 2007 صفحة 68 – 69.

بعد غموض صياغة المادة 54 ق أ ج قبل التعديل جعل موقف المشرع الجزائري غامضا أيضا، فلم يحدد بصورة واضحة مسألة ما إذا كان الخلع عقدا يتطلب إيجابا أو قبولا فلا يقع إلا بموافقة الزوج إذا صدر الإيجاب من الزوجة، أم أنه تصرف انفرادي فلا تحتاج إلى موافقة الزوج بحيث يقع الخلع بمجرد إبداء رغبتها في الخلع وعرضها للعوض على الزوج ولا يهم بعد ذلك إن وافق أو لم يوافق؟ فكل ما تطرقت إليه المادة هو إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها من زوجها مقابل مال تدفعه له إذا تم الاتفاق عليه أما إذا لم يحدث اتفاق بينهما على هذا المال، كان للقاضي أن يحكم بينهما بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم. [1]

أ- الخلع كحق للزوجة أم رخصة لها في التشريع الجزائري.

- **مرحلة ما قبل الثورة:** عرف نظام الأسرة في الجزائر أثناء الحقبة الاستعمارية تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج وأثاره وكذا في الطلاق وأثاره وذلك من خلال المحاكم الشرعية التي كانت موجودة أنذاك لكن الوضع لم يبقى على حاله، فبعد اندلا ع الثورة التحريرية صدر الأمر رقم 59 - 274 المؤرخ في 4 - 2 - 1959 خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية وذلك في عملات الجزائر والواحات والساورة، وذلك ما هو ثابت من خلال الجريدة الرسمية الصادرة في 11 - 2 - 1959.

يتكون هذا الأمر من اثني عشر مادة تطرق فيها إلى مسائل تخص انعقاد الزواج وتسجيله وسن الزواج وانحلال الزواج إضافة إلى إجراءات وقتية، فقد نصت المادة الثانية من الأمر المذكور أعلاه على أنه "ينعقد الزواج برضا الزوجين ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلنيا ومن صاحب الشأن شخصيا بحضور شاهدين بالغين وذلك أمام القاضي أو ضابط الأحوال المدنية، وإلا كان العقد بطلا ويجوز للزوجين أن يطلب أن يكون الزوج الآخر مسلما، وإن كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا، وجب أن يكمله رضا الولي أو القيم" [2]

وفي الباب المتعلق بانحلال الزواج، والذي خصه بثلاث مواد نصت المادة السادسة على أن الزواج لا ينحل إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالة الموت، ويجب إصدار قرار انحلال الزواج، ويجب أن يفصل في حضانة الأولاد بما يتفق ومصلحتهم وكذا في طلب التعويض أو النفقة التي يبديها الزوجان عن نفسهما وعن أولادهما [3]

في حين ألزمت المادة الثامنة منه الزوجين الحضور شخصيا غلى القاضي في دعوى الطلاق ما لم يأمر القاضي بخلاف ذلك أو يعفى بعضهما من الحضور .

- مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984: استمر الوضع على حاله إلى غاية بداية الثمانيات، تاريخ صدور أول قانون جزائري للأسرة والذي حمل رقم 84 - 11 بتاريخ 9جوان 1984 القانون في مجملة لم

[1] - شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 04. 2008 ص، ص 07 - 45 صفحة 23 - 24.

[2] - باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 70.

[3] - المرجع نفسه، ص 70 - 71.

تخرج قواعده عن إطار الشريعة الإسلامية حيث حمل القانون في طياته 224 مادة تضمنتها أربعة كتب ولم ينل موضوع الخلع في هذا القانون سوى مادة واحدة ووحيدة هي المادة 54 منه والتي نصت على أنه "**يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يتحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم**" من الوهلة الأولى يتضح أن المشرع لم يحسم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج ، فالمادة تحدثت فقط عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون أن يتم التوضيح إن كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا، ثم واصلت بالحديث عن حالة الاتفاق بين الزوجين على مبلغ المال وأكدت أنه في حالة عدم الاتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم .

سكوت المشرع عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل الشراع والقضاة ينهلون من أراك الفقهاء استنادا غلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي أقرت بان الخلع عقد يتم بالتراضي بين الزوجين ولا يمكن في اي حال من الأحوال اعتباره حقا من حقوق الزوجة تمارسه بإراداتها المنفردة . [1]

– مرحلة تعديل القانون بالأمر 05 – 09: صار واضحا من خلال تعرضنا لمرحلتي ما قبل وما بعد صدور قانون الأسرة 84 – 11 أن الرأي الغالب والمعمول به واقعا قانونيا هو النظر بعين الاعتبار لموافقة الزوج في مبدأ الخلع، فقبل صدور قانون الأسرة ومنذ الاحتلال الفرنسي كان التأثير كبيرا بالرأي الذي ضيق على الزوجة وجعلها رهينة موافقة الزوج في الخلع وبالتالي جعل في الرأي المعاكس معزولا ومستبعدا من التطبيق ولعل من أهم الأسباب التي حافظت على الرأي الأول في التطبيق هي: [2]

– الوضع الاجتماعي الذي كان يحياه المجتمع الجزائري والمتسم بالمحافظة القائمة أساسا على مركز القوى في العائلة الجزائرية،

– تبني الفقهاء وشراح القانون والتشريع الجزائري الآراء الفقهية المعتمدة أساسا على المذهب الحنفي والمبنية هي الأخرى على أن حق الزوجة في الخلع يتناقض بشكل صارخ مع مبدأ العصمة التي جعلتها الشريعة بيد الرجل .

– قلة تطبيق الخلع في الحياة الواقعية قبل سنة 1958 ثم تغيبه كلية بمناسبة صدور الأمر رقم 59 – 274 الذي خرج عن إطار الشريعة الإسلامية ووضع قواعد خاصة مغايرة تماما لما كان معمولا به في المحاكم الشرعية .

– صدور قانون الأسرة سنة 1984 لم يغير شيئا في الوضعية السابقة بفعل إحجامه عن الإسهاب في مسألة الخلع،

[1] – شوقي يناسي، المرجع السابق ص 24 .

[2] – باديس دياني، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق ص 74.

ب – **تطور الخلع كحق للزوجة في القضاء الجزائري:**

بدأ القضاء الجزائري الحديث عن الخلع كعقد رضائي ولا يمكن وقوعه دون إيجاب وقبول وذلك إتباعا للآراء الفقهية والتي اتفقت مع كلمة شراع قانون الأسرة الجزائري وأحكام القضاء، أن الخلع عقد لا ينعقد إلا بتطابق إرادتي الزوجين وبعبارة أخرى أن الخلع مقرر كرخصة للزوجة لا كحق من الحقوق تمارسها بإرادتها المنفردة ولكن لما كانت المحكمة العليا لا تقف بقضائها موقف الجمود فقد أخذت تعمل على تطوير اتجاها حتى تبلور أخيرا في قاعدة جديدة وهي القاعدة التي تقوم جواز النطق بالطلاق عن طريق الخلع حتى ولو لم يتراضا الزوجان عليه بل يمكن للقاضي الاكتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج عليه، إذا أصبحت بينهما عشرة زوجية لا يرضيها الدين الإسلامي. [1]

ج – مرحلة تعديل القانون بالأمر 02 – 05 المؤرخ في فبراير 2005.

تعد هذه المرحلة التي أراد المشرع من خلالها تحديد الإطار الحقيقي للخلع بحيث اعتبره حقا للمرأة تتمتع به بصفة مطلقة، فكما يملك الرجل حق فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة تملك الزوجة حق حلها بواسطة الخلع موازاة، حيث نص المشرع في المادة 54 – 1 معدلة بالأمر 02 – 05 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" ورغم تدخل المشرع الجزائري في التعديل الأخير ليجعل من الخلع حقا أصيلا للزوجة إلا أننا نرى أن مادة واحدة حول الموضوع أمر ليس كافيا، لأن الأمر متعلق بحق المرأة الإرادي والمنفرد في إيقاع الفرقة. [2]

وبهذا يعد الخلع صورة مقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا إذا كره العيش مع المرأة وغابت عنه السكينة جاز له أن يفارقها بإحسان حتى دون تقصير منها، فكذلك المرأة لها أن تفارقه بواسطة الخلع مقابل مال يتم الاتفاق عليه بينهما، فالخلع بهذه الكيفية "دون موافقة الزوج" مقابلة ومماثلة لحق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فقد جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد أن الفداء إنما جعل المرأة في مقابل ما بيد الرجل. [3]

---

[1] – تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسيره المادة 54 ق أ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 2 2003 ص 12.

[2] – باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، المرجع السابق، ص 84.

[3] – محمد الطاهر بلمهوب، مطبوعة الدعم البيداغوجي، في مقياس الحماية القانونية للأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، ص 44

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخلع .

1 – في الفقه الإسلامي: يعد بدل الزوجة عوضا لزوجها لمفارقتها له اختلف الفقهاء في حكم هذه المفارقة هل هي فسخ أم طلاق فذهب الجمهور وهم المالكية [1] والحنيفة [2] والشافعية [3] ورواية عن أحمد [4] إلى عد الخلع تطليقة واحدة بائنة، وعده الحنابلة فسخا لعقد الزواج لاطلاقا، وهي الرواية الثانية عن أحمد ورد، في المغني المحتاج عن الشافعي أن الخلع فسخ، وبعد النظر في الأدلة يترجح لنا رأي الذين يقولون بأن الخلع طلاقا بائن، وذلك لورود الحديث صريحا بلفظ الطلاق من جهة ومن جهة أخرى أن الفرقة التي يمتلك الزوج أقاعها هي الطلاق (طلاق الفسخ) الذي يقع تلقائيا .

2– في القانون : ورد في القانون أن الطلاق حل لعقد الزواج يتم بإدارة الزوج بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53، 54، من قانون الأسرة .

من خلال هذه المادة نجد أن الخلع ([5]) تم إيراده ضمن أحكام الطلاق في الفصل الأول من بأي الثاني المعنوي بالحلال الزواج فقد أورد حكم الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق بخلاف الفسخ، فقد أورد أحكامه في افصل الثالث من باب الأول من الأسرة معنون للزواج في المادة 32 وما بعدها، فيكون المشرع الجزائري مصيبا في ذلك باختيار الخلع طلاقا ذلك لأن الفسخ سببه وجود عيب، يشوب العقد ، بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة لا تسويها أي عارض يعيب العقد ، وإنما نتيجة ظروف والعناصر الخارجية عنه، مست العلاقة الزوجية والتي لا يمكن حلها والعناصر الخارجية عنه، مست العلاقة الزوجية والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق، ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء في القرار المؤرخ في 5 فبراير 1969 بما يلي : (**لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح**) [6] وفي هذا الشأن يقول الدكتور العربي بلحاج لا يقع الطلاق : على المرأة المتزوجة بعقد فاسد لأن الطلاق إنهاء لعقد زواج صحيح وعليه فلاطلاق عفي عقد الزواج الفاسد بل يجب التفريق حالا بين الزوجية وفسخ العقد بقوة القانون سواء كان هذا الفسخ بسبب يوجب حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة أو اختلال في أركانه الأساسية طبقا للمواد 31 ،32، 33،34، من قانون الأسرة الجزائري

---

[1] – قويدري محمد سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية، مجع سابق ص ص 67، 68.

[2] – سرخسي المبسوط، طبعة (د،ط) ، بيروت ، دار المعرفة 1414 هـ 1993 م ج6 ص 171.

[3] – شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج 6 407.

[4] – ابن قدامة المغني، الطبعة (د ط) مكتبة القاهرة ، 1838هـ – 1968م أ ج 7 ص 328، أنظر أيضا البهوتي شرح منتهى الاردات ط1 عالم الكتب 1414هـ 1993م م ج 3 ص 60.

[5] – أنظر قانون الأسرة الجزائري 84 – 11 المعدل والمتمم بالأمر 05 – 02 المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2005 العدد 15 .

[6] ، منصوري نورة، التطليق والخلع وفق الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دار الهدى 2010، ص 11.

المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع وأثاره :

الفرع الأول : سلطة القاضي في تقدير الخلع .

لقد نصت المادة 54 من ق – أ : " **يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم** "

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

ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابلة طلاقها خلاعا لأن الحضانة عي حق للمحضون [1].

وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها ما ورد في قرار المؤرخ في 26 ماي 1968 م عن المجلس الأعلى سابقا والذي جاء فيه " إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءا على صداق مؤجل [2].

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22 – 04 – 1985 تحت رقم 36709 جاء فيه" من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالات الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود القاضي الموضوع باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق [3] .

الفرع الثاني : أثار الخلع

على الرغم من أن قانون الأسرة لم يتناول أثار الخلع في نصوصه، فإننا نعتقد أن بإمكاننا أن نستخلصها من مضمون القواعد العامة ومن هنا نلخصها فما يلي :

أولا : من أثار الطلاق بالخلع استناد إلى اتفاق الزوجين مقابل مال محدد هو أن الخلع يسقط على ما نشأ قبله من حقوق بين الزوجين مثل المهر المؤجل والنفقة الواجبة

[1] – منصوري نورة، المرجع نفسه، ص 141.

[2] – قرار منشور في المجموعة الأحكام القضائية، جزء1.

[3] – قويدري محمد، سلطة القاضي في فك الرابطة، مرجع سابق ص ص 67 – 68 .

ثانيا: من أثار الطلاق بالمخالفة أيضا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع وإذا وقع اتفاقا بين الزوجين على أن يطلقها مقابل أن تتنازل عن حقها في حضانة الأولاد لأن فيها حق للأطفال وحق للحاضنة وهي الأم، وإن كان بإمكان الزوجة أن تتصرف في حقها كحاضنة فلا يجوز لها أن تتصرف في حق غيرها في الرعية وهو المحضون

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

رابعا: ومن أثار الخلع التفريق بين الزوجين المتخالفين فورا بطلقة بائنة الخلع عمد هما هو إزالة الضرر الواقع على الزوجة .

خامسا: أن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لتمكينها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكره ولم تعد تتحمل مواصلة العشرة معه، إلا أن هذه الرخصة لم تمنح لها في صورة حق من حقوق الزوجة لأنه اعتبر الخلع للزوجة تطلبه متى تشاء وتطلب به متى شاءت وبإرادتها المنفردة لذا فالقول بأن الخلع هو رخصة منحت للزوجة تستعملها عند ما نضيف لها سمعة الحياة لزوجية مقابل مال تدفعه لكي يمنحها حريتها إذا وافق على ذلك هو القول السليم بحيث لا يجوز للقاضي أن يقضي به دون رضاء الروح، ومن هنا فالخلع لأن أن يتم باتفاق الزوجين أي بتلاقي الإيجاب والقبول حول مبدأ المخالفة وهذا لا يستدعي تدخل القاضي الإثبات في حكم قضائي بعد أن يتأكد من توافر شروطه [1] .

[1] – تركماني نبيلة ، أسباب الطلاق وأثاره القانونية والاجتماعية، تلخيص رسالة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر، سنة 2000 – 2001 ص ، ص 73 – 74.

الفصل الثاني

انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين وطلاق القاضي (التطليق)

تمهيد :

كما سبق لنا أن تناولنا في الفصل الأول صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجين ، سنعالج في هذا الفصل انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين و طلاق القاضي ، حيث قسمت هذا الفصل إلى مبحثين ، المبحث الأول الطلاق بالتراضي والمبحث الثاني طلاق القاضي و الذي يقصد به التطليق .

المبحث الأول :الطلاق بالتراضي.

إن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية في إطار تقسيمه لصور فك الرابطة الزوجية ، تبنى ثلاث اتجاهات على حسب ما اعتمده فقهاء الشريعة الإسلامية وفي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، والتطليق بطلب من الزوجة حسب المادة 53 ق.أ.ج وكذا الخلع حسب المادة 54 ق.أ.ج .

غير أن المشرع أضاف صورة رابعة لفك الرابطة الزوجية نص عليها في المادة 48 ق.أ.ج وهي الطلاق بالتراضي.

المطلب الأول :مفهوم الطلاق بالتراضي و أسبابه و مبرراته.

الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي.

عبر عليه الفقهاء في فرنسا بالطلاق اللطيف بالظريف أو مقابل الطلاق بالمنازعة أو النزاع عند عدم التراضي بين الزوجين، ذلك أن كلا من الزوجين يريد حل الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمرارها أصبح ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أولا كلاهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق[1].

وهو كذلك ما أباحته الشريعة الإسلامية لقوله تعالى :﴿ **وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا** ﴾.[2]

ولقد عرف المشرع الفرنسي الطلاق بالتراضي في المادة 03 ق – م المعدل في26 ماي 2004 بأنه طلاق بناءا على طلب أحد الزوجين وموافقة الآخر أو بناءا على طلب مشترك منهما عندما يتفقان على مبدأ فك الرابطة الزوجية بغض النظر عن الأسباب الكامنة وراء ذلك ولا يكون اتفاقهما قابلا للتراجع أو الطعن، وعليه فمثل ما تلاقى الزوجان بالإحسان يفترقان بالإحسان يبقى كل منهما ذكرى طيبة تجاه الآخر وتجاه ما قد يكون بينهما من أطفال حيث نص في المادة 427 ق.إ.م.إ بقوله (**الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة**) [3].

حينئذ يمكن تعريف الطلاق بالتراضي حسب الأستاذ باديس ذيباني بقوله: (يقصد بهذه الصورة أن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أصبحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف التي تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار على هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من اجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق) [4]، كما يأخذ القانون الفرنسي بنوع آخر يشابه الطلاق بالتراضي وهو الاتفاق على مبدأ الانفصال بين الزوجين وعدم الاتفاق على شروط هذا الانفصال[5].

---

1 – بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص258.

2 – سورة النساء الآية130 .

1– ق.ر08 – 09.

2– باديس ذيابي ، المرجع السابق ،ص24.

3– ق.ر08 – 09.

الفرع الثاني: أسبابه الطلاق بالتراضي و مبرراته

يأخذ الطلاق بالتراضي مبرره الأصلي وسببه القانوني من منطق اجتماع الإرادة المشتركة للزوجين حيث لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الحفاظ به سريا.

طبقا للمبادئ التي تنظم حقوق وحريات الحياة الخاصة ورغم هذا فإن اتفاقهما يجب أن يشهر ويعلن للمحكمة لان الطلاق في الجزائر لا يقع الا لدى المحكمة وتحت إشراف القضاء طبقا للمادة 49 ق أج.[1]

هذا وفي إطار تبرير الطلاق بالتراضي قضاء استدل بقرار مجلس قضاء تلمسان في حكمه الصادر ب تاريخ 60- 07- 1967 بأنه لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطالقا برضاهما وفقا لإرادتهما المشتركة وان الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا بل يجد جوهره واصله في الآيات 127 – 129 من سورة النساء .

كما يذكر رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا السيد الهاشمي هويدي رحمه الله إن الطلاق بالتراضي يتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين ويضيف انه على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تم بشأنها الاتفاق لان هذا الأخير لا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إشهاد ،هذا التفسير برر الهدف من استحداث صور الطلاق بالتراضي زيادة عن باقي الصور في قانون الأسرة ، إذ يلخص في مجمله إلى تقصير الطريق والكف عن النزاع القضائي الطويل الأمد من اجل التوصل إلى اتفاق يخص جميع الآثار المترتبة عن الطلاق والتي تحضا بموافقة الطرفين .

فتوحيد إرادة كل من الزوجين على الطلاق وبدون عوض تدفعه الزوجة مع الموافقة على أثاره يحول القاضي إلى موثق أرادة الطرفين في حكم يعد إشهادا لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة.[2]

يحكم نظام الأسرة الكثير من الأعراف والتقاليد التي تنظم علاقاتهم الاجتماعية وأفراد الأسرة، ووضع كل طرف فيها كما أن الإسلام سلك مسلك التخيير والإصلاح تارة والردع والتقرير تارة أخرى بحسب ما يتضمن السلوك مخالفة الشرع أو موافقته له [3]، ومن هذا المنطلق يمكن إجمالا تحديد بعض أسباب الطلاق بالتراضي بين الزوجين كما يلي:

1- إذا كانت بداية العلاقة بين الزوجين مبنية على الرضا فلم لا تكون الفرقة هي كذلك مبنية على الرضا بدون نزاع أو خصام.

2- المحافظة على شهرة العلاقة الزوجية من التلوث بأفواه العامة هذا من جهة ومن جهة أخرى المحافظة على علاقة الأسرتين .

---

1 - بلحاج العربي،المرجع السابق، ص258.

2– باديس ذيابي ، المرجع السابق ،ص.ص24. 25.

[3] –عبد القادر داودي ،مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي ،رسالة دكتوراه ،كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ،ألسانيا ،2004 - 2005،ص418.

3- تحكم الأعراف والتقاليد في العلاقات الزوجية عموما حيث يعتبر هذا النوع أكثر انتشارا في المجتمعات القديمة والمعاصرة وذلك لأنه النوع الوحيد الذي يتم بدون مخاصمة ولا نزاع ، ولا يعرض الحياة الخاصة وأسرارها للتفشي لأنه أكثر احتراما للأخلاق الفردية والاجتماعية ، وقد دلت الإحصائيات الرسمية في الجزائر إن نسبة الطلاق المصرح به بتراضي الطرفين أعلى من نسبة الطلاق المصرح به إثر المنازعات وهو ما أشارت إليه الدراسات الميدانية التي أجريت في الوسط الحضري الجزائري. [1]

الفرع الثالث: الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري :

لقد عالج المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي في المادة 48 من ق.أ كما كانت هناك عدة اجتهادات قضائية في المسألة.

أولا الإطار التشريعي للطلاق بالتراضي:

تنص المادة **48 ق.أ.ج**" الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون" نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 48 ق.أ.ج قد منح المجال بالتراضي مع أنه تعرض له بإسهاب من خلال نصوص قانون الأسرة الصادر سنة 2005، إلا أنه وبحلول سنة 2008 هاهو المشرع ينفض الغبار حول هذا النوع من الطلاق، ونظرا لأهميته ولكثرة القضايا فيه كان مهمشا لعدة سنوات فنجد المشرع الجزائري يخص هذا النوع من الطلاق ب9 مواد ولقد كان التعريف القانوني الذي أورده المشرع في القانون 08 - 09 كافيا لإبرازه عن باقي أنواع الطلاق الأخرى حيث نص في المادة 427 ق.إ.م.إ بقوله:" الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية المشتركة ".[2]

فمن بين الأمور التي تستدعي النظر في موضوع –الطلاق بالتراضي – بنظرة واقعية محضة رغم لجوء الكثير من الأزواج إلى الاتفاق عليه باعتباره رمزا من رموز المساواة بين الزوجين إلا أننا إذا راجعنا المسألة بتريث وتدبر نرى أن الطلاق شرع أصلا كعلاج لما يصيب الحياة الزوجية من شقاق ولو اشترطت الشريعة توافق إرادتهما معا فربما يريد الزوج إيقاعه وترفض المرأة، وربما تريد المرأة إيقاعه فيرفض الرجل، فيكيد كل واحد منهما للآخر بما يضره فلا تستقيم الحياة أبدا ولا يتوافقان عليه.[3]

فجعل الطلاق حقا مشتركا يتفقان عليه كما اتفقا على الزواج وان كان في ظاهره فكرة جميلة الا انه في الواقع مسالة تحتاج إلى تدبير أهل العقول فكلما اختلفت إرادة الزوجين في

إيقاعه واستحال على احدهما إقناع الآخر بموضوعه الا والتجأ كل طرف منهم إلى المكر والخديعة حلا لمشكل لم يحله القانون بإجراءات وتدابير ونصوص تحفظ الزوج والزوجة من مكر الزواج دون المساس بحقوق الأبناء والمجتمع. [4]

1–عبد الفتاح تقية ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة ،2001، الجزائر، ص.ص69.70.

2–ق.ر 08 - 09.

[3] – الشيخ شمس الدين ، قانون الأسرة والمقترحات البديلة ، من رسائل الإسلام والمجتمع ،ط1،جانفي 2003،ص63.

[4] –الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 2007، العدد 17 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 2005 العدد 31

ثانيا: الطلاق بالتراضي في الاجتهاد القضائي

والواقع ما كان على المشرع القيام به عند وصفه النصوص القانونية هو أن يزود في إطار الصياغة التشريعية فصول التقنيات الرئيسية بنصوص واضحة من حيث الأهداف يسترشد منها القاضي في تفسير القواعد القانونية [1]، وفي إطار إبراز التكييف الذي جاء به القاضي الجزائري للطلاق بالتراضي والتي نرى من خلالها خلط بين الخلع والطلاق بالتراضي وهذا ما يتجلى من خلال بعض التطبيقات القضائية التالية:

1- من المقرر شرعا أن الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج إذا الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها لأن قبل تم الخلع .[2]

2 – من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا ومن ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم هذا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من ق.أ.

من خلال القرار الأول والثاني حاولنا إبراز مدى تناقض الاجتهاد القضائي والخلط بين الخلع والطلاق بالتراضي حيث في القرار الأول يفرض الاجتهاد القضائي لزوم توافق الإرادتين على مبدأ الخلع وهو ما يوهمنا على انه طلاق بالتراضي أما القرار الثاني فلقد أجاز القضاء من خلاله الخلع بدون موافقة الزوجين وهذا ما يكرس التناقض القضائي اتجاه تفسير المادة 54 من القانون 84 – 11.[3]

المطلب الثاني: الجانب الإجرائي للطلاق بالتراضي ودور القاضي في ذلك.

الفرع الأول :إجراءات الطلاق بالتراضي .

إجراءات الطلاق بالتراضي غير الإجراءات المتعلقة بالدعاوى العادية و قد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية العديد من مظاهر المساواة و التوازن في السلطة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي و هي كالآتي :

أولا: تقديم طلب مشترك :يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين ولا تطبق أحكام المادتين 16و21 من ق.إ.م.إ.المتعلقتين بتبليغ عريضة افتتاح الدعوى والمستندات للخصوم.

لا يستوجب أي تكليف بالحضور عن طريق محضر قضائي مع ذلك لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان احد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته ويتم إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص منعا للجوء إلى خبرة يقوم بها طبيب عام لاسيما في الحالات التي تتطلب معرفة دقيقة

2–م.ع.غ.أ.ش،12 – 07 – 1992،م.ر 83603 ،م.ق2001،عدد خاص بالاجتهادات القضائية.

3–المجلس الأعلى ، غ.أ.ش،08 – 02 – 1982،م.ر26709، ن.ق 1982،ص258.

4– تشوار حميدو زكية ،المرجع السابق، ص 09.

المادة428:(**في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط**)[1].

ثانيا: مضمون العريضة : توضح المادة 429 أدناه شكل ومضمون العريضة المشتركة للطلاق بالتراضي وكذا البيانات الضرورية التي يجب أن يوقع عليها الزوجان مع ضرورة إرفاق العريضة بشهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين.

الفرق بين المادة 429 والنص العام الوارد في المادة 15 من ق.إ.م.إ يشمل النقاط التالية:

1- ذكر جنسية كلا الزوجين وتاريخ ومكان ميلادهما

2- تاريخ ومكان زواجهما وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر

3- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.[2]

المادة 429:يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما ياتي:

1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب

2- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما

3- تاريخ ومكان زواجهما وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر

4- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق يجب أن يرفق مع العريضة شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين).[3]

ثالثا: تحديد الجلسة:يخطر أمين الضبط الطرفين وقت إيداع العريضة الوحيدة بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض.

المادة430: (يخطر أمين الضبط الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض)[4].

الفرع الثاني: دور القاضي في الطلاق بالتراضي من خلال آليتي التحكيم والصلح

يحتفظ القاضي بدوره الايجابي حتى في قضايا الطلاق بالتراضي حيث يقوم بمحاولة الصلح بين الزوجين إذا كان ذلك ممكنا ويتأكد من رضائهما كما له أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام ثم يثبت إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق.[5]

المادة431:(يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا

1– ق.ر 08 - 09.

2– عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4، منشورات بغدادي، الجزائر ،2008.ص.ص343و344.

3– ق.ر 08 - 09.

4– ق.ر 08 - 09.

1– عبد الرحمان بربارة،المرجع السابق ، ص.ص.344.345 .

ينظر مع الزوجين أو كلاهما في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام.

يثبت القاضي إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق).[1]

نصت المادة 57 مكرر المستحدثة بموجب الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة على أنه : " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"، وتخص هذه التدابير الفترة التي يرفع فيها أحد الزوجين دعوى لفك الرابطة الزوجية بجميع صورها إلى نهاية صدور الحكم وما يتخلل ذلك من إجراءات أهمها وجوب إجراء الصلح بين الزوجين من طرف قاضي شؤون الأسرة مما يعرض المركز القانوني لأحد الزوجين أو للأولاد للخطر سواء تعلق الأمر بمسكن مؤقت يؤوي الزوجة وأولادها أو النفقة المؤقتة خلال هذه الفترة أو إسناد حضانة الأولاد إلى أحد الزوجين أو إلى شخص آخر مراعاة لمصلحة المحضونين

دور القاضي في حماية الأسرة من خلال اليتي الصلح والتحكيم: نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أنه "لا ينبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن يتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ، يتعين على القاضي تحرير محضر ببين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين" وتناولت المواد 439، 440[2]

441 442، 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفيات إجراء هذا الصلح من سرية الجلسة والاستماع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين إلى إمكانية حضور أحد أفراد العائلة عملية الصلح وكذا إمكانية ندب قاضي أخر لسماع أحد الزوجين

المتخلف عن جلسة الصلح لوجود مانع وكذا إمكانية منح القاضي الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة وغيرها

كما نصت المادة 56 من قانون الأسرة على أنه : " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما . وبعين القاضي الحكمين . حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين وبينت المواد 446

447 448، 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفيات إجراء التحكيم وكل ذلك تحت سلطة وإشراف القاضي وفي هذا حماية للأسرة من التفكك [3]

2– ق.ر 08 - 09.

[3] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، مى 123، 127

الفرع الثالث:الطعن في أحكام الطلاق بالتراضي

أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف لكنها قابلة للطعن بالنقض الذي يسري اجله من تاريخ النطق بالحكم بدلا عما هو مقرر في المادة354من ق إ.م.إ حيث يبدأ سريان الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه والغرض من إقرار الحق في الطعن بالنقض أن تتمكن المحكمة العليا من مراقبة مدى التطبيق الصحيح للقانون أما مضمون المادة 435 أدناه فهو تأكيد لقاعدة عامة تضمنتها المادة 348 ق إ.م.إ التي تقضي بأن ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لأجال ممارسته اثر موقف.[1]

المادة432:(لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان احد الزوجين تحت وضع التقديم اواذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية لمنعه من التعبير عن إرادته

يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص).[2]

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

*تحت وضع التقديم يقصد بها وفقا لأحكام قانون الأسرة سيما ماورد في المادتين 99،100 فإن المعنى هنا هو ذلك الشخص أيا كان جنسه الفاقد لأهليته أو ناقصها ،وفي نفس الوقت عديم الولي والوصي ،سبق وان صدر بشأنه حكم قضى بتعيين مقدم له يتولى رعاية مصالحه.

*أما الفقرة الثانية من ذات النص فقررت انه يجب إثبات اختلال القدرات العقلية بموجب خبرة طبية يتولاها أخصائي .

ما معيار معرفة كون احد الزوجين أو كلاهما متواجد تحت وضع التقديم ،وما صلاحية الإدلاء بذلك أمام القاضي.

كيف للقاضي معرفة ما إذا كان احد الزوجين أو كلاهما يعاني من خلل ، خاصة إذا كان هذا الخلل غير واضح المعالم أو ذلك المؤقت أو أن الأطراف المعنية اخفت الزوج المصاب في هذا الخصوص.

– هذا النص يعني الجميع ممن لهم علاقة بهكذا إجراء بما في ذلك القاضي .

1– الزوجان : ليس من حق هؤلاء اللجوء إلى الطلاق بالتراضي سواء احدهما أو كلاهما.

2– الأطراف ذو المصلحة : على هؤلاء أن يساهموا قدر الإمكان في إحاطة الجهاز القضائي علما بما يكون من أمر يهدف إلى تحقيق العدالة ليس فقط في هذا الباب وإنما في جميع الاحتمالات.

3– القاضي: على هذا الأخير الا يقبل طلب الطلاق بالتراضي متى ثبت أمامه وان احد الزوجين أو كلاهما خاضع لنظام التقديم بموجب حكم قضائي متى بلغ إلى علمه أو تراءى له[3].

1– عبد الرحمان بربارة،المرجع السابق ، ص.ص.344.345 .

2– ق.ر 08 – 09.

3– سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا، شرح، تعليقا، تطبيقا،لبقاقون (08–09) المؤرخ في 18 سفر سنة 1429هـ الموافق ل25 فبراير 2008مّ ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزء الأول ،ط جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدا، عين مليلة الجزائر.ص592..

وان احد الزوجين أو كلاهما تبدو عليه علامات تشير أو تؤكد بان به خللا ما أن يلجا أولا وقبل كل شي إلى انتداب خبير طبي يتولى فحص المعني من الزوجين أو كلاهما حسب الأحوال حتى يتأكد من خلو المعني من أي خلل قد يؤثر على قدراته الذهنية ،ومتى ثبت أمامه قضى بعدم قبول طلب الطلاق المقدم من الطرف المختل ذهنيا.[1]

المادة433:(أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف).[2]

النص أمر يقرر عدم قبول الأحكام الصادرة بالطلاق تراضيا للطعن بالاستئناف ولعل السبب الذي جعل المشرع ينحى هذا المنحى ،هوكون هذا النوع من الطلاق محاط بمجموعة من التدابير الاجرائية والموضوعية التي تضمن حقوق أي من الطرفين ويكفي انه أطلق عليه تسمية الطلاق بالتراضي ،هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن منع الطعن بالاستئناف في هذه الأحكام لايعني عدم اللجوء إلى باقي الطعون سيما ماتعلق بالطعن بالنقض.

النص يعني كل من له علاقة بهذا الموضوع، سيما الزوجان والقاضي ومن ثم فلا الزوجان من حقهما الطعن في الحكم الصادر بينهما بالتراضي ولا القاضي من حقه الاستجابة إلى ذلك الطلب.[3]

المادة434:(يسري اجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم).[4]

النص يحدد تاريخ بدء سريان اجل الطعن بالنقض من طرف صاحب المصلحة فيه، والذي هو (شهران). فقرر أن ذلك يتعين احتسابه من تاريخ النطق بحكم القاضي بالطلاق تراضيا.

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

– الزوجان:على المعني من هؤلاء أن يعلم يقينا بان سريان احتساب مهلة الطعن بالنقض يبدأ من تاريخ النطق بالحكم الصادر بالطلاق تراضيا بمعنى لا سبيل لانتظار اجراءات التبليغ من الطرف الآخر كما تنص على ذلك المادة 354 من هذا القانون والتي تحدد بدء سريان آجال الطعن بالنقض من تاريخ التبليغ ذلك أن هذا النوع من الأحكام تحكمه قواعد خاصة .[5]

المادة 435:(لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم).[6]

النص أمر يمنع تعطيل تنفيذ الحكم الصادر بالطلاق تراضيا المطعون فيه بالنقض أو بمعنى أخر فان الطعن بالنقض غير موقف لتنفيذ الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي.

بالرجوع الى نص المادة 361 من هذا القانون بخصوص أثار الطعن بالنقض نجد أن هذه المادة نصت على انه لا يترتب على الطعن بالنقض وفق تنفيذ الحكم أو القرار ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم في دعوى التزوير ،وفي هذه العبارة هل أن مسألة الطلاق والزواج يمكن أن تدرج ضمن هذا المدلول.

---

1 – سائح سنقوقة، مرجع نفسه،ص 594.

2–ق.ر 08 – 09.

3–عبد الرحمان بربارة،المرجع السابق ، ص595.

4–ق.ر 08 – 09.

5–عبد الرحمان بربارة،المرجع السابق ، ص596.

6–ق.ر 08 – 09.

الآلية هنا تعني كل من له علاقة بالحكم الصادر بالطلاق بالتراضي ومضمونها أن الحكم الصادر بالطلاق تراضيا ، يتعين تنفيذه بغض النظر عما كان محل طعن بالنقض أم لا ، ومن ثم فانه لا فايدة ترجى من أي محاولة بغرض التماطل أو غيره في هذا الخصوص.[1]

المبحث الثاني : طلاق القاضي (التطليق) .

الثابت في الشريعة الإسلامية أن الإرادة المنفردة في أحداث أثر الطلاق مخولة للزوج وحده دون الزوجة، وذلك لاعتبارات عديدة والمبدأ العام المستمد أساسه من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج، حدثت فيه بعض الاستثناءات من طرف الفقهاء تيسير على الزوجة وبما يتفق مع ديننا الحنيف، فوجد سبيل أخر لحل الرابط الزوجية عن طريق القاضي حينما ترغب الزوجة في الانفصال وهذا ما يطلق عليه بالتلطيق [(2)] والأصل أن هذه الصورة استحدثت لإيجاد رخصة للزوجة في إمكانية حل زوجيتهما ولكن بإرادتها المنفردة بل عن طريق القاضي بعد تقديمها للطلب وإثباتها لأسباب الشرعية التي تجعلها تطالب بهذا طلب .

المطلب الأول : مفهوم التطليق ومشروعيته

الفرع الأول : تعريف التطليق :

لغة : التطليق مأخوذ من الفعل طلق يطلق طلاقا وتطليقا طلاقا وتطليقا .

التطليق في القانون : لم يعرف المشرع الجزائري التطليق وهذا على غرار باقي الفقهاء الشريعة الإسلامية والفقه القانوني في عدم تبنيهم لتعريف دقيق له ، وإنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات والأسباب التي على أثرها يمكن للزوجة طلب التطليق أمام القاضي وهي محددة في 4 حالات يكاد الإجماع يحصل عليها وهي : التطليق لعدم النفقة التطليق للضرر ، التطليق لغيبة الزوج ، التطليق لحبس الزوج.

وعليه فالتطليق يعرف بأنه إنهاء ألرابطة الزوجية بحكم من القضاء وبناءا على طلب الزوجة لأمر نص عليه القانون ، كإضرار أحد الزوجين بالأخر بمرضه أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما[(3)] .

وفي هذه صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ [(4)] 3 – 12 – 1984 في محاولة منها إعطاء تعريف للتطليق وجاء وجاء فيه " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، والتطليق حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ".

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

1– عبد الرحمان بربارة،المرجع السابق ، ص.ص 597.598.

2 – باديس دياني، صورة فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق ص ص 53، 45.

3 – سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، محله المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق ، بسكرة ، ع – 06، 2009، ص 202.

4– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 3 – 12 – 1984، ملف رقم 35026، م ، ق . 1989، ع 04 ص 86.

المشرع الجزائري وبموجب المادة 53 ق أ قبل التعديل حدد سبع حالات على أساسها يمكن للزوجة طلب التطليق وهي كالتالي :

1– عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 – 79 – 80 من هذا القانون .

2– العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

3– الهجر في المضجع فوق 4 أشهر .

4– الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل ومعها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

5– الغيبة بعد مضي سنة بلا عدر ولا نفقة

6–كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 – 37 أعلاه .

7– ارتكاب فاحشة مبينة .

الحالات السبع المشار إليها أعلاه مستمدة أساسا أراء الفقهاء الشريعة الإسلامية ورغم أن المشرع الجزائري حاول التدقيق فيها على سبيل الحصر إلى أن الوضوح لم يشمل جميع الحالات مما أدى به إلى تعديل هذه المادة بموجب الأمر 05 - 09 الذي كان أكثر ليونة وأعطى فرصا جديدة للزوجة في حال مطالبتها بالتطليق إذ زاد في عدد الحالات المستوجبة للتطليق إلى عشر حالات، ومن جهة أخرى فك الحصار عن بعض الحالات التي اعتبرها شروطا كثيرة، فقام بالتخفيف منها كما ارتقى ببعض الفقرات إلى درجة الفقرات المستقلة في حد ذاتها عن الفقرات الأخرى ومخالفة هذه الفقرات يعتبر سببا كافيا لتأسيس الزوجة طلبها الرامي إلى التطليق وعليه كل ما فعله المشرع الجزائري هو تسهيل مهمة الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق إدا تضررت من زوجها ، وأعطاها فرصا أخرى تجعل من رخصتها الجوازية ترقي شيئا فشيئا لمرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق حيث عدلت المادة 53 ق أ ج على النحو التالي "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 - 79 80 من ها القانون .[1]

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق 4 أشهر .

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

5- الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة .

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة .

[1] – عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وأثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، تاريخ المناقشة 10 - 2 - 2015، ص 76.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

10- كل ضرر معتبر شرعا .

وعليه فصورة التطليق بما عدل فيها المشرع الجزائري أضحت ترتقي إلى مرتبة الحق الأصيل لكون الحالات لم تعد محصورة رغم ذكرها على ذلك السبيل في المادة 53 ق أ ج.

الفرع الثاني: مشروعية التطليق:

لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمنيا على أن للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها ضررا منه وذلك في قوله تعالى "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"[1] وقوله تعالى:"وعاشروهن بالمعروف"[2].

أما من السنة حدثنا يحي عن مالك عن عمر بن يحي المازني عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"لا ضرر ولا ضرار"[3].

إذا كانت غاية الطلاق مع كل أهميته رفع الضرر على الزوجين معا أو على أحدهما إذا أغلقت كل الأبواب في وجه الصلح والتفاهم بينهما فإن هدف التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج، إذا توافرت أسبابه على أن تكون هذه الأسباب والمبررات الشرعية وحق الزوجة في طلب التطليق ثابت شرعا وقانونا هذا من جهة ومن جهة أخرى الزواج عقد أبدي لازم ونعمة، والتطليق قطع له النعمة إلا للضرورة[4] وعليه فإن الحكمة من طلب الزوجة التطليق يكمن فيما يلي:

- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية ضف إلى ذلك أن الله تعالى قرن الحقوق بالواجبات حتى لا تبقى المرأة تتلقى فقط دون أن تقدم شيئا للمجتمع ولو أن الله تعالى لم يأمرها بشيء لكان ذلك مساس بكرامتها ونقصان من قيمتها.

- إن وضع الطلاق بيد الرجل متى شاء قد جعل حياة المرأة وقلبها رهن حظها في غيب القدر، وهذا ما حقق خيبتها وانكسار جناحها من الذل ولهذا أعطاها الشارع الحكيم الحق في مواجهة هذه الأمور بما يضمن سعادتها وهناءها .

- تغيير نظرة الرجل إلى المرأة فليست مجرد منفعة مالية يحوزها كما هو منطلق الماديين وليست مجرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز لكنها وصلة إنسانية رفيعة مرموقة تقوم على المودة والتراحم والتكامل النفسي والمادي

---

[1] - سورة البقرة الآية 231.

[2] - سورة النساء الآية 19.

[3] - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني الموطأ تحقيق محمد مصطفى لأعظمي، كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق، ط1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، ابو ظبي - الإمارات، ج4، 2004 ص 1078.

[4] - اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2003، ص 30.

والجسدي، والله عز وجل يقول:" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".

– تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي والفيزيولوجي والعقلي عليهن حيث أوصى الرسول صلى الله عليه وسلم "بالنساء خيرا في الكثير من الأحاديث منها قوله صلى الله عليه وسلم :"واستوصوا بالنساء خيرا" وقوله صلى الله عليه وسلم :"أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا وخيركم خيركم لنسائه" .

– تحريم كل أساليب الإضرار أو الإيذاء بمختلف الصور من عدم الإنفاق أو الغياب أو الفاحشة وبالتالي يتحطم طغيان الرجل عندما يعلم بحقها في طلب التطليق بدون موافقتة.[1]

المطلب الثاني: سلطة القاضي و حياده في تقدير حالات التطليق .

قد تناول المشرع الجزائري الحالات التي يجوز فيها للزوجة أن تلجأ من خلالها إلى القاضي لطلب التطليق، وذلك وفقا للمادة 53 من ق أ.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق

1– التطليق لعدم الإنفاق: النفقة واجبة للزوجة على زوج بعقد زواج صحيح وتتأكد بشروط وتقدر بحال الزوجين معا، ويراعي عند تقديرها ظروف البلد ومما جرت به العادة والعرف دون الإخلال من كفاية الزوجة بلا إسراف ولا تقدير.

وقد يمتنع الزوج عن تنفيذ التزامه بالإنفاق على زوجته تعسفا أو عجزا، وهنا يتمثل دور القاضي في التفريق لعدم الإنفاق وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في الفقرة الأولى من المادة 53 – 01 من قانون الأسرة "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع المراعاة المواد 78 – 79 – 80 من هذا القانون " .

والجدير بالذكر إن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين بسبب عجز الزوج أو امتناعه عن النفقة، فإذا ثبت ذلك لدى القاضي فإنه لا سلطة تقديرية له في ذلك لأن من واجبه في هذه الحالة أن يوقع التفريق بناءا على رغبة الزوجة [2].

2– التفريق للهجر في المضجع : نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 53 – 03 من ق – 1 خول للزوجة حق طلب التطليق لهجر زوجها للمضجع فوق أربعة أشهر من القاضي باعتبار أن القاضي صاحب الولاية العامة التي جعلها له الشرع، وبالتالي فليس في الأصل للزوج أن يستبد في معاشرة زوجته أو يمنعها حقا مخولا لها من قبل الشرع، أو يضرها بما لا تحمل الإقامة معه ذلك أنه للزوجة طلب التطليق منعا للضرر، والمقصود بالهجر هو أن يدير الزوج ظهره للزوجة في الفراش ولا يهتم الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها زوجة بجانبه وقد يغادر

[1] – عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية واثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ص101.

[2] – شامي أحمد، الشلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان 2013، 2014 ص 139.

فراش الزوجية وفي حالة طلب الزوجة التطليق بينها وبين زوجها لهجره في مضجعها فلا يجب على القاضي أن يحكم بالتطليق إلا إذا توفرت الشروط التالية:

العنصر المادي والسلوك اللاشرعي المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي .

العنصر المعنوي والمتمثل في نية إضرار الزوجة وليس في نيته الإصلاح والتأديب الذي يعود عليهما بالفائدة[1]

3– التفريق لضرر الغيبة والحبس :

اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين :

الرأي الأول : لا يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبته أو حبسه طالت المدة أو قصرت ، بعذر كن أو بغير عذر وإن تضررت بسبب ذلك وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي : بما روي عن المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمرة إمرأة المفقود أن تصبر حتى يأتيها البيان وإذ كان هذا في امرأة المفقود فالتي غاب زوجها أولى بالانتظار حتى يرجع .

الرأي الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى أن أغلبية أو حبس الزوج إذا طال، وتضررت به الزوجة يحق لها أن تطلب التفريق، حتى ولو ترك لها ما تحتاج إليه من نفقة مدة غيبته، لأن إقامتها بعيدا عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على عفتها مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتماله وهو ضرر بالغ يجب رفعه وذلك بالتفريق بين الزوجين إن أبى الزوج أن يحضر إليها.[2]

دور القاضي في التفريق بين الزوجين للغيبة والحبس في التشريع الجزائري:

قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة أو قصيرة للعمل أو للدراسة أو الحبس إلى غير ذلك فتتضرر الزوجة من ذلك أشد الضرر، وتكون في تلك المدة التي غاب فيها الزوج عنها مثار للشكوك والأوهام وقد لا يكون معها في البيت من يؤنسها ويدفع عنها وحشة الإنفراد كما قد تخشى على أخلاقها وعفتها من الانحراف والوقوع في الزنى.[3]

ولذلك جعل القانون للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها الغائب والمقصود بالغيبة هنا غيبة الزوج عن زوجته في بلد آخر، وتكون هذه الغيبة بصورة مستمرة وعندما تطلب الزوجة من القاضي التفريق عن زوجها لغيبته عنها وتضررها من تلك الغيبة التي طالت مدة سنة أو أكثر، ينظر القاضي في صدق قولها ويتحقق من سبب الغيبة إن كانت بعذر أو بدون عذر، فإذا كانت الغيبة بعذر يقدر القاضي إذا كان العذر مقبولا أم لا وكون الزوج معروف محل إقامته، ويتحقق القاضي أيضا من كون الضرر اللاحق بالزوجة محقق وليس مجرد احتمال أو متوقع الحصول،[4] فالقانون لم يبين متى تكون الغيبة مقبولة ومتى لا تكون وترك ذلك التقدير للقاضي والنظر فيه.

---

[1] – عبد العزيز سعد، الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ط3، 1996، ص 263.

[2] – قويدري محمد، سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري)، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2014 – 2014 ص 13.

[3] – أحمد الغندور الأحوال الشخصية في التشريع الاسلامي مكتبة الفلاح. ط1، 1972، ص 521

[4] – أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2001م، ج 02 ص 611.

من خلال نص المادة 56 ق أ نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي السلسلة التقديرية بقولها "لا يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب التالية:

الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، وعليه فإن غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة كان لها أن تطلب التطليق بينها وبينه سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول من خلال نص المادة السالفة الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري وضع شروطا لقبول طلب الزوجة بالتفريق بينها وبين زوجها تتمثل في :

أن تكون الغيبة أكثر من سنة كاملة تبدأ من يوم إلى غاية يوم رفع الدعوى عليه، لأنه لا يجوز أن ترفع ضده دعوى التطليق إذا كانت مدة غيابه لا تزيد عن سنة.

أن يكون هذا الغياب بدون عذر مقبول ودون سبب شرعي إذ يكون بذلك متعمدا الإضرار بالزوجة، أما إذا كان الغياب لعذر مقبول كما لو كان الزوج غائب لطلب العيش أو لطلب العلم أو لأداء الخدمة الوطنية فلا يجوز المطالبة بالتطليق.

الفرع الثاني : مبدأ حياد القاضي واستقلاليته

للقاضي دور كبير في حماية الأسرة يتجلى ذلك فيما يأتي أولا-حث القاضي على الحياد والنزاهة والمساواة في تطبيق القانون وتخصيص قضاء مستقل لشؤون الأسرة، وهو ما جاء واضحا في أحكام القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06 ديسمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء حيث نصت المادة السابعة منه " **على القاضي أن يلتزم في كل الظروف بواجب التحفظ واتقاء الشبهات والسلوكيات الماسة بحياده واستقلاليته**". كما نصت المادة الثامنة على أنه " **يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا لمبادئ الشرعية والمساواة ولا يخضع في ذلك إلا للقانون وأن يحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع، وما دامت الأسرة في الخلية الأساسية في بناء المجتمع فلا شك أنها معنية بهذه الحماية التي يحظى بها المجتمع** " .

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن التطليق.

إن جميع أسباب التطليق التي تعرض لها المشرع الجزائري والتي يمكن للزوجة إذا ما توافرت أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها وبالتدقيق في هذه الأسباب فكلها تعد نوع من الضرر الذي يصيب الزوجة، وعلى القاضي أثناء النظر في الدعوى المرفوعة من قبل الزوجة أن يتأكد من وجود هذا الضرر، فالأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض هو أسباب التطليق في خلال أحكام المادة 53 ق أ، فإذا تحققت إحدى الأسباب يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق، ومن هنا فإن المشرع الجزائري نص على التعويض في حالة التطليق من خلال نص المادة 53 ق أ مكرر بقولها "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" والتعويض الذي تطالب به الزوجة في هذه الحالة هل هو تعويض عن فك الرابطة الزوجية أو ألم فراق زوجا؟ أو

هو تعويض عما أصابها من ضرر دفع بها إلى طلب فك الرابطة الزوجية بواسطة القاضي لأن التطليق الذي يوقعه القاضي نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف ولا يعاشرها بإحسان"[1].

فالمشرع لم يبين لنا أن معيار أو ضابط للتمييز بين كون هذا السبب الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا للزوجة أم لا وهذا يعني أن تقييم السبب والمعرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر اجتماعية وثقافية لذا فإن معيار الضرر معيار شخصي وأن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار وغير الضار مهمة صعبة.[2]

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

مقدار وطريقة دفع التعويض: إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يمنحوا للزوجة المتضررة من زوجها الحق في التعويض، وإنما أجازوا لها إمكانية التطليق، أما من الناحية العملية فإن الاجتهاد القضائي استقر على أن مسألة تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي شؤون الأسرة وذلك ما دام أنه لا يوجد نص يلزم القاضي بمعايير معينة أو مبلغ محدد يستند إليه في تقدير ذلك، فيكفي أن يكون تقديره مبنيا على أسس ثابتة بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبين حجم الأضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت الزوجة.

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

وفي الأخير يمكن القول أن قاضي شؤون الأسرة له سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض الناجم عن التطليق، وذلك لانعدام نص قانوني يبين للقاضي المعايير والضوابط القانونية التي يعتمد عليها في التقدير.

والقاضي هنا يرتكز على نشاطه الذهني في تقدير ذلك استنادا إلى عناصر الضرر التي له سلطة تقديرية في دمجها عند التقدير، وأما بالنسبة للأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض فهي حجم الضرر ومدى جسامته ويراعى في ذلك ظروف الطرف المتضرر من خلال منحه تعويضا عادلا لا يجبر الضرر الحاصل دون الاعتداء بظروف الزوج المسئول عن الضرر ويعتمد في ذلك على المعيار الموضوعي وكذا المعيار الشخصي لأن الضرر يختلف باختلاف الظروف والأشخاص[3]

---

[1] – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتورا، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013 2014 ص 200 – 201.

[2] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2005م ص 171.

[3] – قويدري محمد، سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري)، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2014 – 2014 ص 41.

الفرع الثالث: إجراءات التطليق

. **المادة: (451)ق – إ – م – إ:** يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة ويفصل في مدى تأسيس الطلب أخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها، يمكن للقاضي أن ينخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لا سيما الأمر في التحقيق أو بخبر طبية أو الانتقال للمعاينة بتعين على القاضي تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية ويعاين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليه في طلب الخلع طبقا لأحكام الأسرة [1].

الفقرة الأولى من النص جاءت على صيغة الوجوب .

فأقرت أن على القاضي أن يكيف الوقائع وما إذا كانت تسمح للزوجة بالاستناد عليها في طلب التطليق وفقا لأحكام قانون الأسرة، أما الفقرة الثانية من ذات النص فقررت أن على القاضي الفصل في طلب التطليق ومدى تأسيسه بناءا على التكيف المتواصل إليه مراعيا في ذلك الظروف والملابسات التي قدم فيها ذلك الطلب .

أما الفقرة الثالثة فقررت أنه متى تأكد للقاضي وأن الطلب مؤسس قانونا لجأ إلى اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات وتدابير ذات صلة، سيما ما تعلق بالخبرة أو تحقيق أو الانتقال للمعاينة، أما الفقرة الرابعة فألزمت القاضي بضرورة تسبيب الأمر الرامي إلى إجراء الخبرة الطبية بغض النظر عن كونها عقلية أو عضوية ، بينما الفقرة الخامسة والأخيرة فقد ذهبت إلى أنه متى كان الطلب يتعلق بالخلع فإن على القاضي التأكد من ذلك عبر تفحص الوقائع وتكييفها بالاعتماد على أحكام الأسرة .

– الآلية تعني أن القاضي دون غيره الذي عليه القيام بما يلي :

دراسة وقائع النزاع بكل تمعن حتى يتمكن الوقوف على تكييف الصحيح لها، ومن ثم معرفة الدواعي الحقيقية لطلب التطليق طبعا بالاستناد إلى أحكام قانون الأسرة .

– أن يفصل في مدى كون الطلب مؤسسا أم لا مع مراعاة الظروف التي قدم الطلب أثناءها بمعنى قد تكون الظروف التي قدم الطلب خلالها قد زالت أو تغيرت وقد تكون لازالت على حالها ذلك أن بعض من الزوجات كثيرا ما تتخذ من الأسباب والظروف الظرفية المحيطة بها سندا لرفع دعوى التطليق غير أن مثل هذه الدواعي قد تتغير بين عشية وضحاها ومن ثمة لابد من أخذها بعين الاعتبار.[2]

[1]– ق، ر، 08،09.

[2]– سائح سنقوقة، مرجع سابق،ص ص 622-625.

خاتمة

خاتمة:

في الأخير نستنتج من خلال دراستنا لصور فك الرابطة الزوجية أن المشرع الجزائري قد خصص أربع مفاتيح لفك الرابطة الزوجية جعل الأولى بيد الزوج من خلال الطلاق بإرادته المنفردة وجعل في مقابل ذلك مفتاحا في يد الزوجة من خلال الخلع بإرادتها المنفردة وجعل مفتاحا مشتركا بينهما من خلال الطلاق بإرادتهما المشتركة وهو الطلاق بالتراضي بينما المفتاح الرابع بيد القاضي من خلال التطليق

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

أما بالنسبة للتطليق فمبدأ حياد القاضي واستقلاليته ,وعدم ميله لأحد الطرفين يمثل آلية من آليات الحماية .

ومن الانتقادات التي وجهت للمشرع الجزائري انه و بالرغم من استحداثه لقانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة الا انه لم يضمن التعديل الجديد اجراءات فك الرابطة الزوجية بالخلع, هذا ماقد يفتح المجال أمام تضارب الأحكام أمام القضية الواحدة, وما يعاب على نص المادة 49 ق,ا,ج انه لم يوضح وجوب الزامية محاولة الصلح رغم أهميتها الكبيرة بل جاء عاما فلا يستفاد وجوبها الا دلالة ,والمشرع الجزائري وبموجب تعديله للمادة (54) ق,ا,ج لم يبين الحالات التي يجوز فيها للمرأة أن تختلع فيها،كما لم يحدد صراحة نوع المقابل المالي الذي تلتزم به بدفعه نظير مطالبتها بالخلع، إن إجراء الصلح وجوبية نص عليها قانون الاجراءات الميدانية والادارية ولم ينص عليها قانون الأسرة

ونجد أيضا المادة(57)ق,ا,ج تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ,فالمادة حددت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ,وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والخلع ولم تذكر صورة الطلاق بالتراضي، وفي هذا تأكيد على أن هذا الأخير لا يسري على باقي صور الطلاق الأخرى ,باعتباره مجرد إشهاد من المحكمة فهو لا يوصف لا بالابتدائية ولا النهائية، و بذلك غير قابل للاستئناف لا من حيث الطلاق ولا من حيث الجوانب المادية وبالرغم من الانتقادات الموجهة للمشرع.

الا أننا لا ننكر الدور الايجابي الذي لعبه المشرع الجزائري حديثا من خلال تعديله لقانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر 154/66 فبراير 2008 حيث خص الكتاب الثاني منه للإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة وبهذا يكون المشرع قد استجاب للنداءات الصارخة والرامية إلى إحداث قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة ومن ايجابيات المشرع في هذا التعديل انه و لأول مرة قد نظم الإجراءات المنظمة للطلاق بالتراضي تفصيلا وعلى انفراد وخص تسعة مواد لتوضيح الية التقاضي فيه من المادة 427الى المادة 435 ق,إ,م,إ هذا ما يبرر الأهمية الكبيرة لهذا النوع من الطلاق نظرا للجوء الغالبية إليه من جهة ونظرا لأنه النوع الوحيد الذي يختصر طول أمد النزاع ويكرس المساواة و الرضائية في الفرقة بين الزوجين من جهة أخرى.

اقتراحات بصياغة بعض المواد

- ✓ إلغاء المادة (49) ق،أ،ج. وذلك لمخالفتها الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية أما:
  - مسايرة الشريعة الإسلامية في اعتبار الطلاق حق إيرادي لزوج لا يخضع للشكل القانوني ومتى أوقعه الزوج وتوفرت فيه الشروط الأزمة كان صحيح ومرتبا لأثاره
- ✓ تعديل المادة (49) على النحو التالي:
  - لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر وإذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق يثبته من تاريخ وقوعه ، وعلى كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال اسبوع من تاريخ التلفظ

ومما تقدم شرحه يمكن أن نستخلص بعض التوصيات:

بالنسبة للخلع حبذا لو أن المشرع يضيف مواد تتكلم عن الخلع بكل جوانبه ,لأنه حصره في مادة واحدة، ولم تكن وافية وذلك لمعالجة النقاط التالية (ما لم يوجد في النص تُرجع لأحكام المادة 222

- تحديد الحالات التي تخول للمرأة الاختلاع من زوجها
- تحديد بدل الخلع الذي تدفعه الزوجة صراحة مقابل طلاقها
- تحديد الأشياء الممنوع التعامل فيها وذلك للحيلولة دون إن تكون بدل الخلع.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

1/القرآن الكريم:

1-2/ الكتب:

1- أحمد الغندور الأحوال الشخصية في التشريع الاسلامي مكتبة الفلاح. ط1، 1972،

2 – أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2001م، ج .

3 – ابن قدامى المغني، الطبعة (د ط) مكتبة القاهرة ، 1838هـ – 1968م أ ج ، أنظر أيضا البهوتي شرح منتهى الارادت ط1 عالم الكتب 1414هـ 1993م م

4- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن زيد القرويني (سنن ابن ماجة).

5- أبي الفصل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري (لسان العرب).دار صادر ، بيروت 2003.

6- المصري مبروك، الطلاق وأثره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر

7- الشيخ شمس الدين ، قانون الأسرة والمقترحات البديلة ، من رسائل الإسلام والمجتمع ،ط1،جانفي **2003**

8- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر

9- بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ج1

10-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

11- سرخسي المبسوط، طبعة (دط) ، بيروت ، دار المعرفة

12- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية: نصا، شرحا، تعليقا، تطبيقا، الجزء الأول، ط.ج، مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.

13- شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج 6.

14- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان).

15- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2005م

16– عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4، منشورات بغدادي، الجزائر ،2008..

17– عبد الفتاح تقية ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة ،2001، الجزائر،

18 – عبد القادر داودي ،مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي ،رسالة دكتوراه ،كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ،ألسانيا ،2004

19- عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القران العظيم، تحقيق سامي بن محمد السلامة، من سورة الفاتحة إلى سورة البقرة، ط2 دار طيبة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ج1، 1999

20- محمد الطاهر بلمهوب، مطبوعة الدعم البيداغوجي، في مقياس الحماية القانونية للأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة.

21- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،

22- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى (سنن الترميذي).أبواب الطلاق واللعان عن رسول صلى الله عليه وسلم باب المختلعات،

23- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، الجعفي صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه.

24- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه، آثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع – طبعة الأولى، الأردن، 2009

25- محمد كمال إمام ، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية .

26 - مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر) ط1، دار ابن الجوري للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1421هـ،

27- محمد الشافعي. الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة طبعة 1 المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، مراكز 2010

28-لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982

29- ليلى حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية طبعة 2 مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن 200 صفح- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني الموطا تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، كتاب الأقضة باب القضاء في المرفق، ط1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، ابو ظبي - الإمارات، ج4، 2004

30- فيصل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب طبعة 1986.

2/ رسائل و مذكرات :

30- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون).مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002.

31- تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، مذكرة ماجسيتر

32- عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وأثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.مذكرة ماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة.

33- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتورة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2014/2013.

34- نعيمة تبودشت الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق بن عكنون جامعة.

35 - قويدري محمد، سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري)، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2014.

3/ المجلات:

36- تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسيره المادة 54 ق أ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون

37- سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، محله المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق ، بسكرة.

38- شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، عدد 04.

4/ المحكمة العليا:

1- المجلس الأعلى ،غ.أ.ش،08 - 02 - 1982،م.ر26709، ن.ق 1982.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرارا بتاريخ 27 - 01 - 1986 ، ملف رقم 39731 – م – ق العدد 04، ص 61 تنص المادة 52 من ق – أ – ج بقولها " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض على الضرر اللاحق بها " .

3- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 3 – 12 - 1984، ملف رقم 35026، م ، ق . 1989، ع 04.

4- المحكمة العليا، غ – أ – ش، قرار بتاريخ 18 - 6 - 1991، ملف رقم 75099، م- ق، عدد 01 ، 1999.

5- المحكمة العليا، غ – أ –ش، قرار بتاريخ 22 - 2 - 2000، ملف رقم 335656 - إ –ق عدد 01، 2000

6- المحكمة العليا . غ – أ – ش، قرار بتاريخ 17 - 11 - 1998، ملف رقم 210451، إ – ق عدد خاص، 2001،

7- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 16 - 03 - 1999 ، ملف رقم 216865 الإجهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية 2001، ع – خ –

8- المحكمة العليا، غ – أ – ش، قرار بتاريخ 15 - 6 - 1999، ملف رقم 223019، إ – ق، عدد خاص، 2001.

9- المحكمة .العليا . غ.أ.ش،12 - 07 - 1992،م.ر 83603 ،م.ق2001،عدد خاص بالاجتهادات القضائية.

النصوص القانونية:

1-القانون.رقم 08 - 09. المؤرخ في 18 صفر 1429.الموافق ل25 فبراير2008 المتضمن،ق ،إ،م،إ،ج،ر.ج،د،ش.العدد 21. المؤرخ في 17 ربيع الأول 1429. الموافق ل23 فيفري 2008.

2- القانون رقم 11.84. المؤرخ في 9 رمضان 1404. الموافق ل09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري ، ج،ر،ج، ج،د،ش، العدد 31.الؤرخ في 31 جويلية1984.المعدل والمتمم بموجب الامر رقم 02.05.المؤرخ في 18 محرم 1426. الموافق ل27 فبراير 2005.ج،ج ،د،ش.العدد 15 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

3- القانون رقم 155.66. المؤرخ في 8 جوان 1966. يتضمن قانون الاجراءت الجزايية ،ج،ر،ج،ج،د،ش، العدد 49. الصادر بتاريخ11 جوان 1966.معدل ومتمم.

فهرس المحتويات

.....فهرس المحتويات

المحتويات .....رقم الصفحات

اهداء

شكر

قائمة المختصرات.

مقدمة.....(أ)

الفصل الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين .

المبحث الأول : الطلاق .....8.

المطلب الأول : مفهوم الطلاق التعسفي و الحكمة من تشريعه و التعويض عنه .....8.

الفرع الاول: تعريف الطلاق.....9.

الفرع الثاني : الحكمة من تشريع الطلاق.....9.

الفرع الثالث : التعويض عن الطلاق التعسفي 9

المطلب الثاني:الآثار المترتبة على الطلاق و أثر الحماية في ذلك.....12.

الفرع الأول: الآثار الشخصية الناتجة عن الطلاق بالنسبة للزوجين معا .....13.

الفرع الثاني: آثار الطلاق بالنسبة للأبناء.....14

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....18

الفرع الأول: الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريع الجزائري.....18

الفرع الثاني: تقدير القاضي للطلاق التعسفي ورقابة المحكمة العليا عليه.....20

المبحث الثاني : الخلع
.....22.
المطلب الأول: مفهوم الخلع ومشروعيته.....22
الفرع الأول : تعريف الخلع.....23
الفرع الثاني : مشروعية الخلع.....24.
المطلب الثاني : اعتبار الخلع حق الزوجية و الطبيعة القانونية له.....25.
الفرع الأول : ارتقاء الخلع كحق أصيل للزوجة في التشريع و القضاء الجزائري.....26
الفرع الثاني : اعتبار الخلع حق الزوجية و الطبيعة القانونية .....28.
الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للخلع 29
المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع و آثاره.....30.
الفرع الأول : سلطة القاضي في تقدير الخلع.....31
الفرع الثاني : آثار الخلع
.....31
الفصل الثاني : انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين و طلاق القاضي (التطليق)
المبحث الأول : الطلاق بالتراضي.....34
المطلب الأول : مفهوم الطلاق بالتراضي و أسبابه و مبرراته.....34.
الفرع الأول : تعريف الطلاق بالتراضي.....35
الفرع الثاني : مبررات الطلاق بالتراضي و أسبابه 36

الفرع الثالث : الطلاق بالتراضي في التشريع الجزيئري.....36.

المطلب الثاني : الجانب الإجرائي للطلاق بالتراضي و دور القاضي في ذلك.....37

الفرع الأول : إجراءات الطلاق بالتراضي

.....37

الفرع الثاني : دور القاضي في الطلاق بالتراضي و الصلح.....38

الفرع الثالث : الطعن في أحكام الطلاق بالتراضي .....

.....40.

المبحث الثاني : طلاق القاضي (التطليق).....41

المطلب الأول : مفهوم التطليق و مشروعيته .....42.

الفرع الأول : تعريف التطليق 43

الفرع الثاني : مشروعية التطليق.....43

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق.....44

الفرع الأول : سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق .....45.

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن التطليق.....46

الفرع الثالث: إجراءات التطليق.....48

خاتمة.....50

قائمة المصادر والمراجع.....55

قائمة المحتويات.....63

ملخص

ينتهي عقد الزواج وتنحل الرابطة الزوجية بأحد الصور: الطلاق أو الخلع أو التطليق أو الطلاق بالتراضي والتي كانت موضوع الدراسة إضافة إلى ذلك أثر تنوع هذه الصور في الحماية القانونية .

إن فلسفة المشرع الجزائري في تجسيده لأحكام فك الرابطة الزوجية عموما تقوم على أساس بعث روح المساواة بين الزوجين، وهذا ما حاولت تبيينه من خلال الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية وهذا ما يرتب حماية قانونية للأسرة.

Le Résumé :

Le contrat de mariage est la relation conjugale se terminent dans de quatre façon :

Le divorce ، luxation , Divorce par consentement mutuel ،Le divorce

Cette dernière était l'objet d'étude et même l'effet de la variété de ces façons sur la protection de la famille , la vision du législateur algérien dans sa concrétisation des règles juridiques à propos de la dissolution de la relation conjugale en générale il était basé sur l'égalité entre les deux membres de cette relation et tout cela on a essayé de le montrer à travers cette étude en clarifiant les effets de la dissolution de cette relation conjugale et qui par conséquence engendre une protection juridique de la famille .

تم بحمد الله