الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة د. الطاهر مولاي – سعيدة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

# حدود السلطة التقديرية للقاضي في إيقاع الطلاق

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص :قانون الأسرة

من إعداد الطالب :

أحمد فواتيح محمد

تحت إشراف الأستاذ

سعيدي بن يحي

لجنة المناقشة

الأستاذ : لريد محمد أحمد .....جامعة سعيدة.....رئيسا

الأستاذ : سعيدي بن يحي .....جامعة سعيدة.....مشرفا ومقررا

الأستاذ : هيشور أحمد .....جامعة تيسمسيلة.....عضوا مناقشا

الأستاذ : ساسي محمد فيصل .....جامعة سعيدة.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2015/2014 .

بسم الله الرحمن الرحيم

**﴿وَاللّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ [1]**

**﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[2]**

**يقول عليه الصلاة والسلام:**

**" حيث روى مسلم عن عمرو ابن العاص أن رسول الله -صلى الله عليه و سلم- قال:"الدنيا متاع و خير متاعها المرأة الصالحة"**

**"إن أبغض الحلال عند الله الطلاق" [3]**

---

[1]-سورة النحل الآية 72

[2]-سورة الروم الآية 21.

[3] رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم ورجح بعض أهل العلم أنه مرسل وضعفه الشيخ الألباني في إرواء الغليل.

# إهداء

اللهم أغنني بالعلم وزيني بالحلم وأكرمني بالتقوى، وجملني بالعافية

إلى الشمعة التي من خلالها أرى النور، إلى من الجنة تحت أقدامها منبع الحنان والعطاء، إلى من أعطتني فرصة العلم و علمتني تجاوز الصعاب إلى التي رافقتني برعائها، إلى سر نجاحي، إليك يا (أمي)

جإلى من علمني الصدق في أسمى معانيه والصبر وخير ما فيه، والبر وما يحويه والعلم وما يسريه،ووقف بجانبي وساندني وشجعني في دراستي صاحب المقام العالي (أبي)

إلى الذين لن أنساهم وإن غابوا عن العين فالقلب مأواهم

إلى أشقاء القلب و الروح إخوتي: شهرزاد ،عبد الحق ، عبد الكريم وزوجاتهما وإلى أخي العزيز العربي.و إلى الكتاكيت نور الهدى،مصطفى، هاجر،عبد الكريم،والأميرة الصغيرة فطيمة

إلى أخوالي و خالاتي ،أعمامي وعماتي و أبنائهم.

إلى إخوة الدراسة الذين بهم تقويت و للمصاعب تحديت

كما لا أنسى أحبتي من قريب و من بعيد مع حفظ الأسماء و الألقاب.

زملائي في دفعة قانون الأسرة نعم الصحبة هم فكانوا لي نعم الخل والسند.

إلى كل من نسيتهم مذكرتي ولم تنساهم ذاكرتي.

**أحمد فواتيح محمد**

# شكر و تقدير

للذي لا تعد نعمه ولا تحصى، لله جلا وعلا أولا وأخيرا ممهد السبل، وموفق المساعي وانطلاقا من قوله صلى الله عليه وسلم: (من صنع معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوه فادعوا، له حتى تروا أنكم كافأتموه).وانطلاقا من قوله تعالى:" رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه

نتقدم بالشكر الجزيل لمن كان له الفضل بعد الله تعالى: إلى من غمرنا بعلمه وكان له الأثر البالغ في ظهور هذا البحث إلى الأستاذ الدكتور سعيدي بن يحيا حيث قدم النصح و الإرشاد، ونتوجه بالتقدير والاحترام إلى أساتذتنا الأجلاء في تخصص قانون الأسرة الذين كان لملاحظاتهم و نصحهم عظيم الأثر في نفسنا وتشجيعنا في إتمام هذا البحث، فهم الذين قطفنا من روض علمهم، وتنسمنا من عبق سيرتهم وأخص بالذكر الأستاذ هيشور أحمد والأستاذة منادي أطال الله في عمرهم، ونفعنا بعلمهم

إلى كل من أعاننا على إنجاز هذا العمل نسأل الله أن يجازيهم عنا خير جزاء

# مقدمة

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة والسلام على سيد المرسلين، سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه الطيبين، وعلى التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين و بعد:

سبحان الله الحكيم في تقديره النكاح، وهو الحكيم في شرعه الفراق، والله يغني الناس

**قال الله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيم﴾**[1] .والله يغني الناس بالفراق.

**قال تعالى: ﴿ وإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾.**

استخلف الله الإنسان في الأرض و جعل منه زوجين، الذكر و الأنثى و أودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر وجعل بينهم المودة و الرحمة والتكامل في بناء حياة أساسها التعاون وتقاسم الأعمال الزوجية وكذا إحصان الزوجين، كما جعل لهذه العلاقة إطارا شرعيـــا و قانونيا تصب فيه فلم يتركها هكذا وإنما شرع لها الزواج، و هو عقد يربط الرجل مع المرأة وفق أركان و شروط حتى يكون هذا العقد صحيحا و لقد أولى الإسلام الزواج عناية كبرى و جعله من أوثق العرى بين الناس و المتتبع لنصوص التشريع في القرآن و السنة يجد أن هذا العقد ظفر بعدد كبير منها، و وصفه القرآن بأنه ميثاق غليظ في قوله تعالى:

**﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً﴾** [(2)]

ولقد عرف المشرع الزواج في المادة الرابعة من ق.أ بأنه "...عقد رضـائي يتم بين رجـل وامـرأة على وجـه شرعي، من أهدافه تكويـن أسرة أساسـها المودة والرحـمة والتعاون..."هذا ولقد ميزها المشرع عن غيره من العقود بنوع من الخصوصية، لما له من أهمية بالغة في في إنشاء جماعة لها كيانها المستقل[3] تسمى الأسرة.لقد نظم المشرع وقبله الإسلام عقد الزواج من بدايته- الخطبة- إلى انتهائه بالطلاق بمختلف أنواعه وكذا ترتيب آثاره وحقوق كل زوج قبل الآخر.

وبالعودة إلى موضوع الطلاق أنواعه فنجد أن الفراق بين الزوجين يحتمل وجوها وطرقا عدة، من خلال التصرف الأحادي للزوج، بإرادته المنفردة، أو من خلال اتفاق إرادي بين الزوجين على الفرقة، على نحو يرتضيانه، أو من خلال القضاء وذلك في حال وجود الخصام بين الزوجين، وعدم اصطلاحهما على حل ينهيان به علاقتهما الزوجية وتوقعه الزوجة بطلب من القاضي بتوفر مجموعة من الأسباب المقبولة شرعا و قانونا.

---

[1] سورة النور ،الآية 32

[2] سورة النساء ،الآية 21.

[3] منادي مليكة ، مقياس الطلاق دراسة معمقة، غير منشور، السنة الأولى ماستر، قانون أسرة،جامعة الدكتور مولاي الطاهر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سعيدة، 2013/ 2014

وإنطلاقا من إعتبار الطلاق حق شخصي تعترف بعض التشريعات بحرية الزوجين في فك الرابطة الزوجية دون إلزامية الرجوع إلى القضاء، وهذا ما جاء به الإسلام الدين الحنيف الصالح لكل زمان ومكان، في المقابل سلكت بعض التشريعات المقارنة مسالك متباينة بين حظر الطلاق وإباحته، فهناك، من سما بالعلاقة الزوجية إلى درجة التقديس فحظر الطلاق على الزوجين (المذهب الكاثوليكي)، الأمر الذي ينجم عنه أضرار تتعدى الزوجين فتطال الأبناء أسرتي الزوجين و المجتمع برمته[1]فإرغام الزوجين على الارتباط الأبدي رغم التنافر و الشقاق لا جدوى منه، بل هو تكريس للانفصال الجسدي مع الإبقاء على الرابطة الزوجية شكليا.[2]

يقع الطلاق بناء على إرادة أحد الزوجين أو باتفاقهما كما أوردنا سابقا، حيث لم يترك المجال هكذا بل شرع للقاضي سلطة النظر و تقدير الأسباب وعدم تركه لإرادتهما المحضة وتسمى هذه بالسلطة التقديرية للقاضي و تعرف هذه بأنها ما يصدر عن القاضي من نشاط دهني و نظر عقلي في مواجهة ما هو مطروح أمامه من وقائع وبحسب ما تمليه الظروف النازلة من موضوع النزاع ،اجتهادا و قضاء وفق ما يرى فيما لم يرد بشأنه نص خاص أو لظنية هدا الأخير و افتقاره حتما للاجتهاد كما يعرف عمل القاضي بأنه: فصل للخصومة وقطع للنزاع وذلك من خلال بيان الحكم الشرعي وإلزام الخصمين به، وهو يعتمد على الأدلة والحجج والبراهين لأنه يقوم على الظاهر خلافاً للفتوى، لأن المفتي يفتي بالديانة –أي على باطن الأمر- هده التعريفات و غيرها سوف نحاول التطرق إليها من خلال دراستنا بإذن الله.

## أهمية الموضوع:

تكمن أهمية البحث في أنه يتكلم عن حدود السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الأحوال الشخصية وهو جانب مهم للأفراد وحقوقهم خاصة و أن موضوعات الأحوال الشخصية لها ارتباط كبير بالفرد بشكل أو بآخر وموضوع فك الرابطة الزوجية بمختلف أنواعها وما لها من آثار مختلفة بشكل خاص.

[1] منادي مليكة، المرجع السابق .
[2] منادي مليكة، نفس المرجع .

## إشكالية الموضوع:

لقد نظم المشرع الجزائري مسائل الطلاق في مواد معدودة أجابت عن ما تبقى المادة 222 من ق.أ،حيث تكمن التساؤلات المتعلقة بموضوع السلطة التقديرية للقاضي في النقاط التالية:

- ما هي الحدود التي أعطية لقاضي شؤون الأسرة في مجال تصديه لقضايا فك الرابطة الأسرية؟
- ما نوع الأحكام الصادرة عن القاضي عند حكمه بالطلاق و هل يختلف من نوع إلى آخر؟
- ما هي الإجراءات الواجب إتخادها حتى يتم السير الحسن لجلسات التقاضي الصلح ودوره في الحد من وقوع الطلاق هل أدى الدور المنوط به؟.

## سبب إختيار الموضوع:

يعود سبب إختياري لموضوع حدود السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في ضل قلة الدراسات في هذا الموضوع بالأخص حيث- لم أقف في حدود ما إطلعت- على دراسة مستقلة شاملة للموضوع وإنما وجدت جوانب من هذه الدراسة و حاولنا إضافة لبنة لمن سبقنا في دراسة هذا الموضوع.

## خطة الدراسة:

سنتناول في هذه الدراسة و نظرا لأهمية الموضوع، فقد تم ترتيبه على مقدمة و ثلاثة فصول، فصل تمهيدي تم تخصيصه لبيان ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة والطلاق مع سرد أحكامه.

أما الفصل الأول فتناولت من خلاله نوعين من الطلاق الذي يتم بمحض إرادة الزوج، ألا و هي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الطلاق بالتراضي.

ثم الفصل الثاني و عرجت من خلاله على صور الطلاق التي تتم بمحض إرادة الزوجة المتمثلة في التطليق و الخلع.

وفي الأخير، خلاصة أو خاتمة و فيها أوردت مجموعة من الاستنتاجات التي توصلت إليها خلال عملية البحث و كذا مجموعة من المقترحات والتوصيات التي رأيت انه من الضرورة الأخذ بها.

## المنهج المتبع:

من الصعب في مثل هذا الموضوع الالتزام بمنهج بحثي وحيد، فعمدت خلالها استعمال كل من المنهج التحليلي و المقارن في بعض الحالات، المتعرج في:

- ❖ تفسير وبيان أحكام النصوص القانونية.
- ❖ وضع الآيات القرآنية في صورها.
- ❖ تخريج الأحاذيث النبوية .
- ❖ التعريف بالمصطلحات القانونية .

## الهدف من الدراسة:

يكمن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو الوصول إلى أمور عدة:

- ❖ بيان مفهوم السلطة التقديرية و مشروعيتها.
- ❖ و حدود هذه السلطة الممنوحة للقاضي.
- ❖ وكذا إجراءات سير فك الرابطة الأسرية و غيرها.
- ❖ إجراءات الصلح.

# الفصل التمهيدي :

# السلطة التقديرية للقاضي ومفهوم الطلاق

لم يتطرق المشرع الجزائري لموضوع السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، حيث ترك تعريفها لفقهاء القانون كما سنتطرق أيضا لمناقشته موضوع الطلاق والذي خصه بمجموعة من المواد في قانون الأسرة، حاول من خلالها تنظيمه وضبطه.

**المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة**

قبل الحديث عن سلطة التقديرية للقاضي في المسائل الأسرية، لا بد من التعرف على طبيعة مهام القاضي بوجه عام، وبيان محاور عمله.

**المطلب الأول: طبيعة عمل القاضي**

هنا سوف نحاول مناقشة مهام القاضي وواجباته في مجال شؤون الأسرة .

**الفرع الأول: مهام القاضي في مسائل شؤون الأسرة**

**تمهيد:**

يُعرف القضاء بأنه الإخبار عن الحكم الشرعي على سبيل الإلزام وهو بذلك يُخالف الفتوى في عنصر الإلزام حيث إن الفتوى هي الإخبار عن الحكم الشرعي من غير إلزام.[1]

فالقضاء فصل للخصومة وقطع للنزاع وذلك من خلال بيان الحكم الشرعي وإلزام الخصمين به، وهو يعتمد على الأدلة والحجج والبراهين لأنه يقوم على الظاهر خلافاً للفتوى، لأن المفتي يفتي بالديانة –أي على باطن الأمر-

وجوهر العمل القضائي، هو فصل الخصومة وقطع المنازعة فإذا رفعت إلى قاضي دعوى معينة، وأثبت المدعي دعواه بوسيلة من وسائل الإثبات المشروعة كالإقرار أو البيّنة أو النكول عن اليمين أو غير ذلك من الوسائل المعتبرة شرعاً وخلت هذه البيّنة عن الطعون والاعتراضات من قبل الخصم، أو عجز عن إثبات طعونه أو اعتراضاته وجب على القاضي فصل الخصومة ببيان الحكم الشرعي فيها من خلال إصدار الحكم القضائي، ولا يجوز له تأخير الحكم إذا حضرت أسباب الحكم وشروطه. أي يكون واجباً على القاضي أن يحكم فوراً بمقتضى تلك الدعوى [2] .

[1] واصف عبد الوهاب البكري، عضو محكمة الاستئناف الشرعية ،قدم البحث لاعمال المؤتمر القضائي الشرعي الاول المقرر انعقاده في عمان، دائرة قاضي القضاة ،عمان،ايلول 2007، ص5

[2] واصف عبد الوهاب البكري، المرجع السابق، ص6.

وإن الناظر في القوانين المعمول بها في المحاكم يجد أن هذه القوانين قد أعطت القاضي نوعاً من السلطة التقديرية في كثير من الأمور والمسائل المعروضة عليه، وهي أيضاً سلطة محدودة ومنضبطة بضوابط محددة وليست سلطة مطلقة.

ومن المسائل التي خول القانون القاضي سلطة تقديرية فيها ما يلي:

**1- وزن البيّنات:**

إذا اقتنعت المحكمة بشهادة الشهود حكمت بموجبها وإلا ردتها دون حاجة إلى إجراء تزكية مع بيان أسباب ذلك في الحالتين بناءً على تحقيقات المحكمة.

فيظهر من هذا العرض أن القانون أعطى القاضي سلطة تقديرية لقبول البيّنة الشخصية أو ردّها ولكنها ليست سلطة مطلقة، فلا يجوز أن تكون القناعة الوجدانية المحضة سبباً في رد الشهادة أو قبولها، بل لا بد أن تكون القناعة مبنية على وقائع محددة ومسببة.

2- **قرارات منع سفر المدعى عليه أو منعه من التصرف بأموال**:

أنه إذا قدمت لائحة الدعوى واقتنعت المحكمة بناءً على ما قدم إليها من بيّنات بأن المدعى عليه على وشك مغادرةالبلاد أو أنه ينوي التصرف بأمواله أو تهريبها للخارج رغبة منه في تأخير دعوى الخصم أو تجنب إجراءات المحاكمة أو في عرقلة تنفيذ أي قرار يحتمل أن يصدر في حقه فعلى المحكمة أن تصدر مذكرة إحضار من أجل جلبه في الحال وأن تمنع سفره. [1]

والملاحظ هو إعطاء سلطة تقديرية للقاضي حال القناعة المبنية على ما قدم من بيّنات بنية سفر المدعى عليه أو تهريبه أمواله لإصدار القرار اللازم بهذا الخصوص.

[1] واصف عبد الوهاب البكري، المرجع نفسه، ص 7

وهنالك العديد من المسائل التي أعطى القانون القاضي فيها سلطة تقديرية محدودة ومنضبطة نعرض عن ذكرها خشية الإطالة.[1]

**الفرع الثاني :الأعمال المنوطة للقاضي**

ويمكن القول أن عمل القاضي يتجلى في ثلاثة محاور رئيسة وهـي: العمل القضائي، والعمل الولائي، والعمل الإصلاحي

**العمل القضائي:**

إن العمل الأبرز للقاضي هو العمل القضائي البحت المتمثل في فصل الخصومات وحسم النزاعات من خلال تطبيق النصوص القانونية ذات العلاقة في النزاع المعروض عليه فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون الموضوعي المعمول به في المحاكم بتطبيق مجموعة التشريعات الإجرائية الخاصة. [2]

إن قانون الأسرة الجزائري مستمدٌ من أحكام الشريعة الإسلامية بمذاهبـها المختلفـة، وقد اشتمل على معظم مسائل الأحوال الشخصية إلا أنه لم يستغرق جميع هذه المسائل، وقد سلك المشرع في هذا القانون مسلك الإنتقاء والتخير بين الآراء والمذاهب الفقهية المختلفة ولم يتلزم مذهباً بعينه وحيث تنص المادة 222 قانون الاسرة الجزائري بأنه **" كل ما لم يرد النص عليه في هدا القانون يرجع فيه الى الاحكام الشريعة الاسلامية"**. [3]

وذلك محاولة تبني الآراء الفقهية التي رأى أنها محققة لمصلحة الفرد والأسرة والمجتمع، والتي من شأنها المحافظة على الأسرة المسلمة وحمايتها من التفكك قدر الإمكان خاصة الآراء الفقهية التي تؤدي إلى الحد من وقوع الطلاق باعتباره العامل الأكبر في هدم وتفكيك الأُسر إذ أنه لا يستخدم بالطريقة التي شرعها الله سبحانه وتعالى وهي ما يُعرف بطلاق السُني، ضمن ضوابط وقيود يجعل من الطلاق حلاً وعلاجاً للمشكلة لا المشكلة

[1] واصف عبد الوهاب البكري، المرجع السابق، ص 7
[2] واصف عبد الوهاب البكري، المرجع نفسه، ص 7
[3] انظر للمادة 222 من قانون الاسرة 02/05 .

ذاتها، حيث أصبح استخدام الطلاق بغير الطريقة التي شرعها الله سبحانه وتعالى يؤدي إلى مشاكل كبيرة تعصف بالأسرة واستقرارها.

لذلك جاءت نصوص قانون الأحوال الشخصية لتحد من غلو الناس في إساءة استخدام حق الطلاق على غير الوجه المشروع، وعليه تكون سلطة التقديرية للقاضي في المسائل الاسرية اكبر صمام امان للحد من هده الآفة من خلال تطبيق نصوص القانون التطبيق الأمثل، حيث أنه لا اجتهاد مع النص من حيث استنباط الحكم، ولكن لا شك أن هنالك اجتهاد في التطبيق تتجسد في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، وهو لا يقل أهمية عن الاجتهاد في الاستنباط، لأن النص الشرعي أو القانوني له طاقات متعددة ويحتمل أوجهاً مختلفة في التفسير.

فالاجتهاد في استثمار طاقات النص القانوني من خلال التوسع في مجال التطبيق وعدم حصره في أفق معين بالوقوف على ظواهر النصوص وعدم النظر في المقاصد والمآلات والحكمة التشريعية المتوخاة من النص القانوني[1]. هو لبَّ العمل القضائي فالقضاء فهم وتقوى، ولا تستقيم مسيرة العدالة إلا باجتماعهما معاً، وقد قيل في هذا الصدد: **أعطني قاضياً ولا تعطني قانوناً**. [2]

[1] واصف عبد الوهاب البكري، المرجع السابق، ص 8
[2] المرجع نفسه، ص9

**العمل الولائي:**

إن القسم الثاني من أقسام عمل القاضي هو العمل الولائي، ويقصد به ما يقوم به القاضي من أعمال غير فصل الخصومات وحسم النزاعات، وقد ذكر القرافي في هذه الرتبة باعتبارها نوع من أنواع الولاية حيث قال: «الرتبة الرابعة عشرة: ولاية ليس فيها من الحكم البتة، بل تنفيذ مصالح وترتيبها على أسبابها، فأهلها كالقضاة في التنفيذ لا في الإنشاء، كالولاية على قسمة الغنائم، وإيصال أموال الغائبين إليهم، وصرف النفقات والفروض المقدرة لمستحقيها...».

ويظهر من هذا النص الفقهي أن هنالك أعمالاً منوطة بالقاضي وتدخل في ولايته غير إصدار الأحكام وفصل النزاعات، ولا شك أن ليس كل ما ذكره القرافي يدخل في ولاية القاضي في هذا الزمان، حيث أن القاضي يتخصص بالزمان والمكان والموضوع.

**العمل الإصلاحي:**

إن هذا المحور لا يقل أهمية عن المحورين السابقين، كما أنه لا ينفك عنهما، فالصلح بين الخصمين هو سبيل لإنهاء الخصومة بينهما، وما جعل القضاء إلا لحسم الخصومات وقطع المنازعات، فإذا كان الصلح عقداً يرفع النزاع بالتراضي، فهو يتفق والغاية المنشودة من القضاء، لذلك كان مندوباً للقضاة عرض الصلح، ومحاولة إنهاء النزاع بالتراضي بين الخصوم.

فالصلح مشروع ومأمور به في هذه الشريعة الغراء في كتاب الله وسنة رسوله وعمل السلف الصالح.

اما في **كتاب الله** فقوله تعالى [لاخير في كثير من نجوايهم إلا من أمر بصدقة او معروف أوإصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك إبتغاء مرضات الله فسوف نوتيه أجرا عظيما}.[1]

[1] القرآن الكريم ، سورة النساء ، الآية 112 .

وروي **عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال:** "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا احل حراما اوحرم حلالا" [1]

وأما **السلف الصالح** فقد روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أنه قال: "ردّوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن". وإذا كان من المندوب للقاضي بوجه عام عرض الصلح على الخصمين، فإن ذلك آكد في حق القاضي الشرعي في هذا الزمان الذي اختص، بقضايا الأسرة والأحوال الشخصية لما لهذه القضايا من خصوصية كونها متعلقة بالأسرة والأطفال والزوجات، لذلك لم تغفل قوانين الأحوال الشخصية بوجه عام، وقانون الأحوال الشخصية الجزائري بوجه خاص دور القاضي في الإصلاح الأسري، وحلّ المنازعات الأسرية بطريق الصلح وذلك في العديد من القضايا الطلاق المختلفة، والتفريق للشقاق والنزاع أو التفريق بالخلع القضائي حيث أن إجراءت الصلح وجوبية حسب المادة 49 ق. أ.ج وهذا قبل الحكم بالطلاق بإختلاف أنواعه.

ويكون دور القاضي الشرعي غالباً محاولة التوفيق بين الخصوم على ومحاولة رئب الصدع، وتقريب وجهات النظر بين الزوجين، أو على إيصالهم للاتفاق على انتخاب خبير أو حكم من قبلهم يلتزمون بإخباره، باعتبار ذلك نوعاً من أنواع التحكيم.

وأما قضايا التفريق للشقاق والنزاع وكذلك التفريق للخلع القضائي فقد أوجب القانون على القاضي أن يعقد جلسة صلح بين الزوجين يبذل القاضي فيها جهده للإصلاح بينهما، وتذكيرهما بما أوجب الله سبحانه وتعالى على كل منهما تجاه الآخر، فإن أفلح في ذلك وأثمرت جهوده في إيصالهما إلى الصلح والمحافظة على عرى الزوجية وعلائق المودة بينهما انتهت القضية، وإن لم يفلح في ذلك فيمكن للقاضي تعين حكم من اهل الزوج وحكم من اهل الزوجة إن أمكن ذلك لمحاولة متابعة جهود الإصلاح بينهما، فإن لم يفلحا في ذلك كان التفريق هو مآل الأمر ونتيجته.[2]

[1] روي من حديث أبي هريرة ;ومن حديث عمرو بن عوف.
[2] واصف عبد الوهاب البكري، المرجع السابق، ص 14/13

وكثيراً ما يفلح القضاة بحمد الله بالتوفيق بين الزوجين ورأب الصدع بينهما. ولمِّ شمل الأسرة من خلال الموعظة الحسنة، وإثارة تقوى الله سبحانه وتعالى في نفسيهما وبيان العواقب الوخيمة المترتبة على الطلاق من هدم للأسرة وضياع للأولاد، خاصة وأن للقاضي تأثيراً على الخصمين كما أسلفت سابقاً، ولكن في أحياناً أخرى ليست بالقليلة لا تفلح جهود القضاة في الصلح بين الخصمين، وكذلك لا تفلح جهود الحكمين فتبوء جميع مساعي الصلح بالفشل.

**المطلب الثاني:سلطة التقديرية القاضي**

هنا سنحاول عرض مجموعة من التعريفات لتوضيح معنى السلطة التقديرية المخولة لقاضي شؤون الأسرة

**الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي**

**فتعرف** على انها صلاحية معقودة بيد القاضي للاضطلاع بعمله تفكرا وتدبرا بحسب النظر والمقايسة لاقامة شرع الله في المسائل المعروضة عليه في مختلف مراحلها ابتداءا من قبول سماعها ،الى تهيئتها لاثبات تأسيسها من عدمه الى النطق بالحكم ثم اختيار الطريق الانسب لتنفيده مع مراعات احوال المتقاضي وظروفهم في جميع مراحل الدعوى لأهمية دلك وأثره البالغ في الحكم القضائي [1]

**وتعرف كذلك**:ما يصدر عن القاضي من نشاط دهني و نظر عقلي في مواجهة ما هو مطروح امامه من وقائع وبحسب ماتمليه الظروف النازلة من موضوع النزاع،اجتهادا وقضاءا وفق مايرى فيمالم يرد بشانه نص خاص اولظنية هداالاخير وافتقاره حتما للاجتهاد [2]

**وعند فقهاء القانون:**

[1] محمود محمد بركات،السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ،دار النفائس للنشر و التوزيع ،الاردن ،الطبعة الاولى،2007 ،ص.81

[2] احمد الامراني السلطة التقديرية للقاضي في احكام الاسرة بين مقاصد الشريعة و القانون الوضعي مطبعة دار القلم الرباط الطبعة الاولى 2012 ص23

وغير بعيد عن ما قرره الاصوليون ذهب **فقهاء القانون** الى القول بانها " ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي لفهم الوقائع المطروحة عليه وإستنباط العناصر التي تدخل هدا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر القاضي انها اكثر ملائمة من غيرها لحكم النزاع محل النظر [1]

**- تعريف السلطة والتقدير في اللغة**

**أولا: تعريف السلطة في اللغة**

السلطة مصدر سلط، والسين واللام والطاء أصل واحد والسلطة لها معان عديدة، منها: القهر والقوة ومن ذلك السلاطة من التسلط، وهو القهر، ولذلك سمي السلطان سلطانا[2]

ومنها التسلط، والسيطرة، والتحكم، يقال: للأب سلطة على أبنائه الصغار.

والسلطة التشريعية: هي السلطة التي يعهد إليها بسن القوانين، والسلطة القضائية: هي التي يعهد إليها بالفصل في الدعاوي وإصدار الأحكام، وفقا للقانون، والسلطة التنفيذية: هي السلطة التي يعهد إليها بالسهر على تنفيذ القوانين وإدارة شؤون الدولة[3]

ومن معاني السلطة أيضا: القدرة والملك، منها: التسليط بمعنى إطلاق السلطان وقد سلطه الله عليه والاسم سلطة بالضم، وفي التنزيل( ولو شاء الله لسلطهم عليكم)

ومنها: القوة والشدة، يقال: له مكنة: أي قوة وشدة.

**ثانيا: تعريف التقدير في اللغة:**

يقال قدر كل شيء ومقداره: مقياسه، وقدر الشيء يقدره قدرا وقدرة: قاسه وقادرت الرجل مقادرة: إذا قايسته وفعلت مثل فعله، والتقدير على وجوه من المعاني:

أحدها : التروية والتقدير في تسوية الأمر وتهيئته.

[1] نبيل اسماعيل عمر ،السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية ،دراسة تحليلية و تطبيقية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية،بدون طبعة. 2011. ص. 93

[2] ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي عمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون، المجلد 35 ، العدد 2 ، 2008 ، ص . 478 .

[3] المرجع نفسه، ص 478.

الثاني: تقديره بعلامات بقطعة عليها.

الثالث: أن تنويه أمرا بعقدك، تقول: كذا وكذا أي تنويه وعقدت عليه.

ويقال: قدرت لأمر كذا اقدر له، وأقدر قدرا إذا نظرت فيه، ودبرته وقايسته.

ومن معانيه أيضا: النظر والتدبر، يقال: قدرت الأمر أقدره وأقدره إذا نظرت فيه ودبرته.

قال ابن الأثير: ومنه قول عائشة " فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن أي انظروا وفكروا فيه"، ومنها: تهيئة الشيء.

**ثالثا: تعريف السلطة والتقدير اصطلاحا**

أولا: تعريفة السلطة اصطلاحا: عند البحث عن لفظ السلطة بصورة عامة، سواء أكانت سلطة ولي الأمر، أم سلطة القاضي، فهومصطلح غيرمتداول، ذلك أن الفقهاء عندما عالجوا موضوع السلطة، لم يستخدموا لفظ السلطة إلا في عهود متأخرة، نظرا لما قد يوحي به اللفظ من نزعة التحكم والتسلط.

إلا أن هناك تعريفات عديدة من قبل المحدثين، ومعظمها تقصد سلطة ولي الأمر أو السلطان أو صاحب الحكم، ومن هذه التعريفات:(الحكم المعترف به بوصفه حكما شرعيا، كما أنها الحكم المقبول والمحترم) [1].

أو:( هي المرجع الأعلى المسلم له بالنفوذ، أو الهيئة الاجتماعية القادرة على فرض الإرادات الأخرى، بحيث تعترف الهيئات الأخرى لها بالقيادة والفصل، وبقدرتها وبحقها في المحاكمة وإنزال العقوبات، وبكل ما يضفي عليها الشرعية ويوجب الاحترام لاعتباراتها، والالتزام بقراراتها)

أو ( هي الصلاحية في الأمر والنهي، وإحداث آثار قانونية بالإرادة المنفردة، في مواجهة الغير)

[1] - ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي عمري، المرجع السابق ، ص478 .

والذي يلاحظ في التعريفات السابقة، بأنها قصدت بالسلطة ذلك النفوذ وتلك الصلاحية المتأتيان لصاحبهما بسبب الوظيفة التي عهدت إليه وخولته ذلك.

وليس من التعريفات السابقة ما يدل على المقصود بالسلطة التقديرية.

ثانيا: تعريف التقدير اصطلاحا: من الفقهاء من عرف التقدير ولكن يعرف، فيراد به: الترويه والتفكير في تسوية الأمر وتهيئته. كما يراد به النظر والتدبير والمقايسة، وهذه المعاني من معاني التقدير اللغوية كما سبق بيانه في التعريف اللغوي للتقدير.

**الفرع الثاني: حدودالسلطة الممنوحة للقاضي في مسائل شؤون الأسرة**

قبل الحديث عن حدود هذه السلطة الممنوحة للقاضي يقتضي منا التطرق لتكييفها القانوني، هذا وتختلف السلطة التقديرية بالمعنى الذي سقنا عن التكييف الدي ينصرف إلى تحديد طبيعة العلاقة القانونية المثار حولها النزاع وردها الى نظام قانوني معين فالقاضي حينما يقوم بعملية التكييف إنما يتولى غايته اعطاء الوصف القانوني لها، ومن ثمة فإن القاضي يخضع بشأنه لرقابة المحكمة العليا بخلاف السلطة التقديرية التي لا عين لقضاة النقض عليه، أي أنه لايجوز لقضاة المحكمة العليا نقض الحكم أو القرار الصادرفي الموضوع النزاع المطروح .

وتتميز السلطة التقديرية بكونها سلطة قانونية ذات مضمون واحد في مختلف فروع القانون وإن إختلف مداها من فرع لاخر شاملة للقواعد الاجرائية و الموضوعية على حد سواء ملزمة للقاضي فلايجوز له التحلل منها بحجة غموض النص القانوني أو إنعدامه [1].

والملاحظ لمسائل فك رابطة الزوجية يجد ان المشرع منح القاضي سلطة تقديرية واسعة - بسكوته عن تقنين أحكامها – سيما إدا كان الطلب من الزوجة وهذا نظرا لاستحالة استعاب النص القانوني لجميع ما يتعلق بها من احكام بفعل كثافتها، او بداعي ما يطرؤ عليها من مستجدات فآل الأمروجوبا للقاضي بما أعطي من دور ايجابي وبما له من سلطة

[1] هيشور احمد، الخلع بين الشريعة التشريع اطروحة لنيل درجة دكتوراه "علوم" في القانون ،تخصص قانون الاسرة،جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس 2014\2015. ص408.

الاجتهاد والتقدير الموضوعي في اسقاط الحكم القانوني والشرعي عليها بمناسبة التصدي لها.

الا ان المشرع –ومن جهة نظر البعض –جرد القاضي من هذه السلطة قصدا في فرقة الخلع حين نص في الفقرة الاولى من المادة54. من قانون الاسرة على انه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقابل مالي" فهذا فيه غلٌ ليد القاضي كلية عن أية سلطة تقديرية وبتالي قيد من سلطاته [1] .

وكذلك الحال حين نظم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لم يخول القاضي من السلطة التقديرية بمناسبة التصدي له اكثر مما خوله من هذه السلطة عند نظر المخالعة بالارادة المنفردة للزوجة.

غير ان هذه المقابلة تفتقر عند التحقيق الى أساس شرعي كما هو الحال في الخلع اما الطلاق بالارادة المنفردة للزوج فنجد نصوص قطعية الدلالة بإقامة من الشارع الحكيم أضف الى دلك السلطة التي منحها للمحكمة قبل التصريح به ،وهي سلطة التنقيب عن أسبابه وبحث دخائله، لتحديد مدى تعسف الزوج في إستعماله وتقرير التعويض المناسب حال ثبوت هذا التعسف، وهذا حسب ماجاء في المادة 52 قانون الاسرة [2].

بعد التعرف على طبيعة المنازعات المعروضة أمام القضاء الشرعي والمتعلقة بالأسرة، وكذلك السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي لا بد من الربط بينهما للوقوف على سلطة القاضي في مسائل شؤون الاسرة.

لقد سبق الحديث عن طبيعة عمل القاضي الشرعي، وأن جوهر العمل القضائي هو فصل الخصومات وقطع المنازعات ببيان الحكم الشرعي في الحادثة المعروضة عليه على سبيل الإلزام، وإن هذا العمل هو الأبرز في العمل القضائي، ولكن مع هذه المهمة الجليلة فإن للقاضي الشرعي مهام أخرى لا تقل أهمية عن وظيفة فصل الخصومات وقطع المنازعات ومنها: النظر في أمر الأوصياء والأمناء والقوام، والنظر في أمر اليتامي الذين

[1] هيشور احمد، المرجع السابق، ص. 409
[2] هيشور احمد، المرجع نفسه، ص. 410

هم تحت نظره، وغير ذلك من المهام التي ذكرها العلماء في مصنفاتهم الخاصة بأدب القضاء. وقد أخذت بعض القوانين المعاصرة بكثير منها وجعلتها من وظائف القاضي الشرعي.

**المبحث الثاني: الطلاق وأحكامه**

لقد عالج المشرع الجزائري موضوع الطلاق في المواد من: 47 إلى المادة 57 من الأمر 02l05 المؤرخ في27فبراير2005 المعدل و المتمم للقانون 84l11 المؤرخ في09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة

**المطلب الاول : مفهوم الطلاق**

في هذا المطلب سوف نحاول التعرض لموضوع الطلاق محاولين تقديم تعريفا له وكذا دكر أنواعه على أن نناقش كل نوع من أنواع الطلاق على حدى و بالتفصيل لاحقا في الفصول القادمة

**الفرع الاول : تعريف الطلاق**

**-فالطلاق لغة**:حل القيد والاطلاق و منه ناقة طالق اي مرسلة بلا قيد و اسير مطلق اي حل قيده وخلي سبيله، فالطلاق لغة هو التخلية الارسال [1] ،لكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي وهو في المراة،والاطلاق في حل القيد الحسي في غير المراة

-وهوحل القيد والاطلاق وهو مصدر طلقت المراة (بفتح اللام وضمها) اي بانة من زوجها فهي طالق وطلقها زوجها فهي مطلقة، واصله التخلية والطلاق من طلقت المراة تطلق على وزن نصر ينصر طلاقا فهي طالق وطالقة ايضا[2]

**-اما اصطلاحا**: رفع قيد النكاح في الحال او في المآل بلفظ مخصوص ،فحل رابطة الزواج في الحال يكون ن بالطلاق البائن، وفي المآل اي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي.

واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ البائن والحرام والاطلاق ونحوها[3]

وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون الاسرة بقوله:"الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بارادة الزوج او بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 والمادة 54 من نفس القانون"

واستعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج او صور الطلاق سواء بالارادة المنفردة او بالتراضي او بواسطة الحكم القضائي

**الفرع الثاني :مشروعية الطلاق وحكمته**

**1-دليله** :

الطلاق مشروع بالكتاب و السنة و الاجماع :

اما الكتاب فقوله تعالى :"الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان "وقوله تعالى :"يايها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن "

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية ،الجزائر 2007 ص212 .
[2] التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالادلة، الجزء الرابع، دار الوعي 2008 ص355.
[3] عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص212.

**اما السنة** فقوله وفعله صلى الله عليه و سلم :

**اما قوله** ،فيروى عنه انه قال:"ابغض الحلال الى الله الطلاق " [1]

**اما فعله** فقال عمر : "طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها " [2]

**ولقد اجمع علماء الامة الاسلامية** من ايام الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على ان للرجل ان يطلق زوجته ،ولم ينكر احد هذه الإباحة إلا اذا كانت بدون عذر.

ولقد دل القياس على الطلاق ايضا لان العشرة إذا فسدت بين الزوجين ولم يكن في الاستطاعة دوامها كان الطلاق رفعا للضرر الذي لحق احد الزوجين

لذلك فان جل العلماء يقررون ان الاصل في الطلاق الحضر الا ان تدعو اليه حاجة او يقتضيه سبب [3]

**2-حكمة تشريع الطلاق** :

إن الحكمة من تشريع الطلاق هي الحاجة الى الخلاص من تباين الخلاق وطروء البغظاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى، فكان تشريعه رحمة منه سبحانه وتعالى .اي ان الطلاق علاج حاسم وحل نهائي لما إستعصى على الزوجين والحكمين والاهل فلا يلجئ اليه للوهلة الاولى او لأهون الاسباب، كما يفعل بعض الجهلة االدين يقدمون عليه لطيش بين او حماقة او غضب موقوت او شهوة جارفة او هوى مستبد فهو كله خروج عن تعاليم الاسلام وآدابه وموجب للاثم والمعصية والتاديب والتعزير وإنما الطلاق امر إستثنائي للضرورة بعد ان يسلك الزوج مجموعة من الاجراءات التاديبية لتاديب زوجته[4].

---

[1] جاء في [مختصر السنن] لأبي داود ، عن محارب بن دثار عن ابن عمر رضي الله عنهما .

[2] حَدَّثَنَا سَهْلُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ الزُّبَيْرِ الْعَسْكَرِيُّ حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ زَكَرِيَّا بْنِ أَبِى زَائِدَةَ عَنْ صَالِحِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ سَلَمَةَ بْنِ كُهَيْلٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنْ عُمَرَ

[3] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ،ص.214

[4] عبد القادر بن حرز الله ،نفس المرجع السابق ،ص215

وعن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم قال"تزوجو ولاتطلقوا فإنالطلاق يهتز منه العرش [1]

**المطلب الثاني:انواع الطلاق**

ينقسم الطلاق اقسام عدة حسب إعتبارات مختلفة :

فهو من حيث الصيغة الى صريح كناية، ومن حيث الرجعة وعدمها فينقسم كل من الصريح والكناية إلى رجعي وبائن، ومن حيث الموافقة للسنة وعدمها ينقسم إلى سني وبدعي ومن حيث التنجيز والتعليق والاضافة ينقسم الى منجز او معجل ومعلق ومضاف للمستقبل.

**الفرع الأول : تقسيم الطلاق الى سني و بدعي**

والسنة ما أذن به الشارع الحكيم، أما البدعة ما نهى عنه. وأصل البدعة الحدث في الشيئ بعد الإكمال.

والأصل في التقسم قوله تعالى: [يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن} قال إبن مسعود وإبن عباس: أي طاهرات من غير جماع .وحديث ابن عمر المتقدم لما طلق إمرأته وهي حائض، فقال النبي صلى الله عليه و سلم لعمر " مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى

[1] التواتي بن التواتي ، نفس المرجع السابق ،ص397
شرح موعظة يوحي بها الطلاق: إن الطلاق بلاعذر شرعي يهتز منه العرش يعني تضطرب الملائكة حوله غيضا من بغضه اليهم،كما هو يغيض الله ،لمافيه من قطع الصلة و تشتت الشمل ،اما الطلاق للعذر فليس منهيا عنه ،بل قد يجب احيانا ماسلف ان بيناه
فإذاكان يهتز العرش بفراق الخلق من الخلق فكيف لا يهتز بفراق العبد من الرب الدي خلق و انعم ويسر وهدى و بصر؟ واذا ابغض الله سبب الفراق من العبد على خلق مثله فاولى الا يديق عبده الم الفراق بعدما ذاق روح الوصال ،في كل ذلك تبصرة وذكرى لمن كان له قلب به يعي وعقل به يدرك والقى سمعه للخطاب الالهي وهو شهيد عل ما ادرك من امر الله تعالى، وخطابه الذي تحيا به القلوب و تتحقق انسانية الانسان ، د.التواتي بن التواتي

تطهر،ثم تحيض فتطهر،ثم إن شاء طلقها طاهرا قبل ان يمس"، والفقهاء رغم إتفاقهم على هذا التقسيم إلا أنهم يختلفون في بعض الجزئيات

**الفرع الثاني: تقسيم الطلاق إلى رجعي وبائن**

ينقسم كل من الطلاق الصريح و الكناية من حيث إمكانية الرجعة من عدمها الى:

**1-الطلاق الرجعي :** يقول إبن عرفة : الرجعة " رفع الزوج او الحاكم حرمة متعة الزوج بزوجته بطلاقها " [1]

وهو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، ولو لم ترضا ودلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت قبل إنقضاء العدة ،فإدا إنتهت إنقلب الطلاق الرجعي بائنا، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد ومهر.

حيث ترث الرجعية من زوجها ويرث منها مادامت في العدة.

**2 –الطلاق البائن:**هو نوعان بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى

**البائن بينونة صغرى :** هو الدي لا يستطيع الزوج مراجعة مطلقته إلا بمهر وعقد جديدين وهو الطلاق قبل الدخول أو على مال أو بالكناية عند الحنفية أو الذي يوقعه القاضي لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء .

**والبائن بينونة كبرى:**هو الذي لا يستطيع الزوج مراجعة مطلقته ثلاثا إلا بعد أن تتزوج غيره زواجا صحيح ويدخل بها ،ثم يفارقها أو يموت عنهاو تنقضي عدتها منه وهكذا يمكنه إرجاعها بعد هذا.

**آراء الفقهاء في تحديد حالات الطلاق الرجعي و البائن:**

**الطلاق البائن:**

[1] محمد باي بلعالم ، مرجع الفروع الى التاصيل من الكتب و السنة والاجماع الكفيل، الجزء الخامس، دار الوعي للنشر والتوزيع – الجزائر، ص . 100 .

طلاق غير المدخول بها، وطلاق الخلع، الطلاق بالثلاث والمبرئة: وهي التي يملك الناس بها المرأة أمر نفسها ،ويجعلونها واحدة بائنة من غير خلع و الثلاثة الأولى متفق عليها.

**والرجعي:**وهوعدا هذه المواضع [1]

**الفرع الثالث:الطلاق المنجز والمعلق والمضاف**

وهذا بالنظر للزمن و الصيغة

**1-الطلاق المنجز:** وهو ما قصد به الحال كأن يقول رجل لمرأته:أنت طالق أومطلقة، او طلقتك.

وحكمه: وقوعه في الحال وترتب آثاره عليه بمجرد صدوره، متى كان الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والزوجة محلا لوقوعه. [2]

**2-الطلاق المضاف:** وهو ما أضيف حصوله للمستقبل كأن يقول رجل لزوجته: أنت طالق غدا أو أول الشهر الفلاني وحكمه وقوع الطلاق عند مجيئ اول جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه، إذا كانت الزوجة محلا لوقوع الطلاق عليها عند ذلك الوقت، وكذا الرجل أهلا لإيقاعه ،لأنه قصد إيقاعه بعد زمن وليس في الحال.

3-**الطلاق المعلق:** هو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل بآداة من الأدوات الشرط، أي التعليق، مثل (إن، إذا، متى، لو، ونحوه...) كأن يقول رجل لزوجته إن دخلت دار فلان فأنت طالق او خرجتي بغير إذني فأنت طالق. ويسمى يمينا مجازا لما فيه

[1] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص .235، 236، 237
[2] عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص236، 237 .

من معنى السببية ولأنه يتضمن معنى السببية، ولأنه يتضمن الحث أو المنع أو تأكيد الخبر.[1]

**التعليق** إما **لفضي:** بذكر الآدات كما سبق وأشرنا، وإما **معنوي:** وهو الذي لا تذكر فيه آدات الشرط صراحة بل تكون موجودة من حيث المعنى كأن يقول علي الطلاق لأفعل كذا وغيرها فالمقصود بها حسب العرف لزوم الطلاق إن حصل المحلوف عليه، ولا يلزم إن لم يحصل.[2]

[1] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص235، 236، 237.
[2] عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص239 -240

# الفصل الأول

# الطلاق بإرادة الزوج و بالتراضي

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة المعدل الأمر 02/05 في الباب الثاني من الفصل الخامس نجد أن المادة 47 منه حددت كيفية انحلال الرابطة الزوجية بنصها على "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" أي بواقعة قانونية أو واقعة مادية، كما بينت المادة 48 أنواع الطلاق الذي تحل به عقدة النكاح

و هي أربعة حسب المشرع الجزائري كما جاء في المادة المذكورة أعلاه.

ولقد حاولنا شرح هذا العنوان الكبير من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول:الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

المبحث الثاني: الطلاق بالتراضي.

**المبحث الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**

لقد منح المشرع الرجل حق في إيقاع الطلاق دون أن يذكر الأسباب التي جعلته يقدم عليه أو على هذا القرار لكنه لم يترك له المجال مفتوح بل وضع له مجموعة من القيود (الحكم بأنه طلاق تعسفي والحكم بالتعويض) والتي ليس من شأنها أن تمنعه من إيقاع الطلاق ولكن تجعل الزوج الذي يقدم على إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة يفكر جيدا لما يترتب عليه من التزامات مختلفة وهنا سوف نحاول توضيح ذلك من خلال التطرق ِل مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في المطلب الأول، أما المطلب الثاني: سلطة القاضي في الطلاق بإرادة الزوج وإجراءاته

**المطلب الأول:مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**

الأصل في الطلاق أنه حق إرادي للزوج يوقعه بإرادته المنفردة ووضع حد للحياة الزوجية. ولقد قيد المشرع بنصه في المادة 49 من قانون الأسرة[1] أنه يقع الطلاق بصدور حكم بعد عدة محاولات صلح، وهنا يتضح دور القاضي في فك الرابطة الزوجية، فعلى الزوج الذي يرغب في الطلاق أن يرفع أمره إلى القاضي ليقوم باستدعاء الزوجين لإجراء محاولة أو محاولات الصلح، وإن رأى أن مسعى الصلح غير منتج يتلقى القاضي في إحدى جلسات الصلح إعلان الزوج عن إرادته في الطلاق وتوثيقها فليس للقاضي ولا الزوجة الاعتراض على هذا الحق(2).

ولقد تطرقنا في هذا المطلب إلى فرعين أولها: معنى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

أما الفرع الثاني: أساس إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ومبرراته، وقد نص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الطلاق في المادة 450،ق،إ،م،إ[3] التي

[1] قانون 11/84 مؤرخ في09 رمضان عام1404 الموافق ل09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في18 محرم عام1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 ج .ر.عدد 15 المؤرخ في27 فبراير 2005

[2] بوشيبان خديجة ،صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،مذكرة نهاية التكوين لنيل إيجازة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة الثامنة عشر ، 2010/2007 ص. 5.

[3] قانون 09/08 مؤرخ في18 صفر عام1429 الموافق ل25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج .ر.عدد21، المؤرخ في17 ربيع الثاني 1429 ،الموافق ل 23ابريل سنة 2008

منحت القاضي سلطة كبيرة في التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق أي إرادة حرة لا تشوبها شائبة، ذلك أن الطلاق تصرف إرادي يترتب عليه أثار قانونية، وعليه يجب أن يكون صادر عن إرادة حرة ويتبين هذا للقاضي من خلال التحدث إلى الزوج و الاستفسار عن السبب الذي يدفعه للطلاق وقد لا يظهر هذا في الجلسة الأولى وعليه نص القانون في المادة 49 بقوله:"بعد عدة محاولات صلح".[1]

**الفرع الأول:معنى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**

**الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**

**أولا: تعريفه، ادلته ومدى الحكمة من وجوده**

**1-تعريفه:** يعرف الطلاق لغة على انه" رفع القيد وحل الرباط"، وعرف أيضا بأنه مأخوذ من الإطلاق ومعناه الإرسال والترك كأن يقال أطلقت الأسير أي حللت قيده وتركته حرا.[2]

ورفع القيد في الاصطلاح يكون بلفظ خاص يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو إشارة والهدف منه هو رفع أحكام الزواج وإيقاف استمراريته، معنى ذلك أن رفع القيد في الأنكحة الفاسدة لا يسمى عند الفقهاء طلاقا وإنما يسمى فسخا، والاختلاف موجود بين المصطلحين من حيث الآثار، ويلخص تعريف الطلاق أيضا "في حل الزواج وإنهاء للعلاقة الزوجية".

المشرع الجزائري كان متذبذبا بين التطرق للتعريف وغض النظر عنه، ففي الوقت الذي ألف ترك التعاريف القانونية للفقهاء، لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 11/84،[3] إذ نص صراحة على ان: "الطلاق حل عقدة الزواج... "ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة او بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما أوردته المادتان 53 و54 من نفس القانون.

[1] قانون الأسرة05/02 ،المرجع السابق م49

[2] باديس ذيابي ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ،دار الهدى عين مليلة ، الجزائر 2007 ،ص.7

[3] قانون الأسرة05/02 ،المرجع السابق م48

غير أن و بعد تعديل قانون الأسرة تراجع في نفس المادة المشرع الجزائري عما قام به في السابق ولم يقدم تعريف قانوني للطلاق واكتفى بالقول: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق...".[1]

والأمر هنا فيه اختلاف، لان المادة 48 المعدلة لم تعط الكنه الحقيقي للطلاق وإنما أكدت على حالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، ولم تتطرق حقيقة إلى تعريفه، وفي ذاك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف القائل بها الفقه وترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة 222 عندما نص على انه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".[2]

**2-أدلة مشروعيته والحكمة من وجوده:**

إن جذور الطلاق تمتد إلى عهود الديانة اليهود والمسيحيين وكذا في عصر الجاهلية قبل ظهور الإسلام، ولعل أهم ما يجب ذكره في هذا المقام هو حديث عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها حينما قالت: "...كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا راجعها وهي في العدة، وإذا طلقها مائة مرة أو أكثر"، حتى قال رجل لامرأته: والله لا أطلقك فتبيني مني ولا اويك أبدا، قالت: وكيف ذلك؟ قال: أطلقك، فكلما همت عدتك أن تنقضي راجعتك، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها، فسكتت حتى جاء النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فسكت النبي[3] حتى نزل القران (**الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**)[4].

قالت عائشة: فاستأنف الناس الطلاق مستقبلا، من كان طلق ومن لم يكن طلق. الأصل ان تكون الحياة الزوجية مستقرة وناجحة لكل فوائدها التي وجد من اجلها الزواج وهي تكوين

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.7
[2] قانون الأسرة05/02 ،المرجع السابق م222
[3] رواه الترمذي في سننه.
[4] - سورة البقرة الاية:229.

الاسرة وتنشئة الأولاد تنشئة صالحة، من اجل ذلك أطلق الله سبحانه وتعالى تسمية العهد الذي يربط الزوج بزوجته بالميثاق الغليظ فقال: **(واخذن منكم ميثاقا غليظا)**[1].

ولما كانت العلاقة الزوجية مقدسة وذات معان ودلالات كان الأجدر ألا يتم التهوين من شانها، ومن يعمل على فك العلاقة سواء من الطرفين أو من خارجهما فهو في نظر الإسلام بغيض، كما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث من عمر عندما قال: **"**أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق**"**[2].

أن مشروعية الطلاق استمدت منذ القديم عبر كافة العصور، والإسلام جاء في عديد المواقف مقرا بما كان لدى البشر من معاملات، غير انه عمل على ضبطها بالشكل الذي يوافق الفطرة البشرية السليمة فجاء القران الكريم منوها عن الطلاق ومبيحا له في مواطن عدة منه، ولعل أهمها سورة الطلاق والتي يذكر الله سبحانه وتعالى في بدايتها **(يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن...)**[3].

الآية الكريمة جاءت مبيحة للطلاق ومؤكدة على أهم أثر ينجر عنه وهي العدة. ويقول السيد سابق في كتابه فقه السنة فيما يتعلق بالحكمة من وجود الطلاق نقلا عما ذكره ابن سينا في كتاب الشفاء بقوله: "ينبغي أن يكون إلى الفرقة سبيل ما وإلا يسد ذلك من كل وجه، لان حسم أسباب التواصل الى الفرقة بالكلية يقتضي وجوها من الضرر والخلل، منها أن من الطبائع ما لا يألف بعض الطبائع"

وكلما اجتهد في الجمع بينهما زاد الشر، والنبو (أي الخلاف) وتنغصت المعايش، ومنها ان الناس من يمني (اي يصاب) بزوج غير كفء، ولا حسن المذاهب في العشرة، او بغيض تعافه الطبيعية، فيصير ذلك داعية الى الرغبة في غيره، اذ الشهوة طبيعية، ربما أدى

[1]- سورة النساء الآية: 21.
[2]- رواه أبو داود والحاكم وصححه.
[3]- سورة الطلاق، الاية:1.

ذلك الى وجوه من الفساد وربما كان المتزوجان لا يتعاونان على النسل، فاذا بدل بزوجين اخرين تعاونا فيه، فيجب ان يكون المفارقة سبيل، ولكنه يجب ان يكون مشددا فيه"[1].

**ثانيا: تقسيمات الشرعية وأساسه الفقهي**

بالنظر للحكمة من وجود الطلاق هو انفصال الطرفين عن بعضهما البعض، فمن الفقهاء من رأى في الطلاق مطلوبا فعله وهناك من هو مطلوب تركه.

فالمطلوب فعله يكون على سبيل الإلزام والحتم فيكون واجبا، وهناك من يقع مندوبا أي مستحبا، وهناك من يقع حراما، وهناك من يكون مكروها، وهناك من يقع مباحا فالطلاق الواجب يستمد مدلوله من تعبيره فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من غيرها، ويكون ذلك إذا استحالت العشرة الزوجية بسبب عيب لا شفاء منه ولا رجاء فيه، فإذا كان احد الزوجين عاجز جنسيا بشكل لا يستطيع معه الزوج الآخر مواصلة هذه العشرة، رغم العلاج والمداواة، فالأولى ان يحدث الطلاق لعدم تحقيق الهدف المرجو من الزواج وهو التحصين[2]

وقد يكون طلاقا مندوبا عندما لا تحقق الألفة والمودة والمعاشرة الطيبة بين الزوجين، كأن تكون الزوجة غليظة في تصرفاتها اتجاه زوجها أو أهله أو غيرهم،أو أن تكون مفرطة في حقوقه كزوج وفي واجباتها كزوجة، أو تاركة لواجباتها الدينية أو منحرفة في أخلاقها وغير مستجيبة للنصح والإرشاد، وعدم جدوى التأديب كما جاء في قوله عز وجل في كتابه : **(الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله، واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن،فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، ان الله كان عليا كبيرا).**[3]

فلقد بين ذلك لله عز وجل طرق النصح والتأديب قبل الوصول الى الحل الأخير وهو الطلاق، فذكر المرحلة الأولى الوعظ، أي الموعظة الحسنة و بالحسنى حتى يتبين للزوجة

[1]- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، المكتبة العصرية صيدا بيروت، ص 280
[2] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.10
[3] سورة النساء الآية 34

الفاسد من الصالح، فإذا فشلت الأولى الهجر في المضجع واجتناب معاشرتها، وذلك إيذانا منه بأنه مشمئز منها علها تعود الى جادة الطريق، والمرحلة الثالثة في حال فشل الثانية هو الضرب الخفيف بغير عنف ، وإذا ما استنفذت كل الطرق كان الطلاق في هذه الحال مندوبا ومستحبا.[1]

والطلاق المندوب هو الذي يقع في طهر لم يمسسها لقوله تعالى: **"الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان"**، أي ان الطلاق المشروع هو ذاك الذي يكون مرة تليها رجعة، ثم مرة ثانية تليها رجعة أيضا، ثم بعد ذلك يملك الخيار بين ان يمسك زوجته بالمعروف او يفارقها بإحسان.[2]

ويقول الحق تعالى أيضا: **"يا أيها النبي إذا طلقتم النساء، فطلقوهن لعدتهن"** وشرح الآية كما أورده السيد سابق في كتابه فقه السنة، أي إذا أردتم تطليق النساء فطلقوهن مستقبلات العدة، وإنما تستقبل المطلقة العدة إذا طلقها بعد أن تطهر من حيض أو نفاس وقبل أن يمسها. [3]

وحكمة ذلك كما يضيف السيد سابق في كتابه، ان المرأة إذا طلقت وهي حائض لم تكن في هذا الوقت مستقبلة العدة، فتطول عليها العدة لان بقية الحيض لا يحسب منها وفي ذلك إضرار بها.[4]

وان طلقت في طهر مسها فيه فإنها لا تعرف هل حملت ام لم تحمل، وبالتالي لا تدري أي عدة تعتدها، هل عدة ثلاث قروء ام عدة الحمل؟

ويصنف الطلاق حراما، إذا كان في الحيض او في طهر و جامعها فيه، وبذلك اتفق الفقهاء على ان هذا الطلاق يقع حراما وان فاعله آثم، والأدلة التي قدمها أصحاب الرأي ما ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه: (انه طلق امراته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر بن الخطاب الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك؟

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق ، ص.10
[2] باديس ذيابي، المرجع نفسه ، ص.11
[3] فقه السيد سابق، المرجع السابق، ص281
[4] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.11

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مره فليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض حتى تطهر، ثم ان شاء امسك بعد ذلك وان شاء طلق قبل ان يمس، فتلك العدة التي امر الله سبحانه وتعالى ان تطلق لها النساء").[1]

وفي رواية أخرى: (ان ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأة له وهي حائض تطليقة فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: "مره فليراجعها ثم ليطلق إذا طهرت او وهي حامل) [2]اخرجه النسائي ومسلم وابن ماجة وأبو داود.

وذهب بذلك البعض بقولهم ان الطلاق البدعي لا يقع لأنه ليس من الطلاق الذي اذن الله به بل هو مما امر الله بخلافه عندما قال تعالى: "فطلقوهن لعدتهن".[3]

كما ان ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم بخصوص تطليق ابن عمر لامرأة له عندما قال لعمر رضي الله عنه (مره فليراجعها) هو طلب يفيد الوجوب وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم غضب عندما بلغه ذلك، وهو الذي لا يغضب لما احله الله.

ويكون الطلاق مكروها إذا لم يكن هناك سبب جدي يستدعي ذلك وليس هناك حاجة تدعو إليه ولا ضرورة تقتضيه.[4]

**الفرع الثاني: أساس إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ومبرراته**

**أولا :الأساس الشرعي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**

العصمة الزوجية كفلها الشارع الحكيم للزوج وحده كونه الأحرص على بقاء الزوجية قائمة أنفق في سبيلها من المال ما يحتاج إلى إنفاق مثله أو أكثر منه إذا طلق وأراد الزواج مرة أخرى، وعليه أن يدفع لمطلقته ما ينجر عن الطلاق من توابع أو ما يسمى في المصطلح

[1] باديس ذيابي،المرجع السابق، ص.11
[2] اخرجه النسائي ومسلم وابن ماجة وأبو داود
[3] باديس ذيابي، المرجع نفسه ، ص.12
[4] باديس ذيابي المرجع نفسه، ص.12

القانوني التعويض عن إرادته في فك الرابطة الزوجية، وبمقتضى عقله ومزاجه يكون اصبر على ما يكره من المرأة، فلا يسارع الى الطلاق لكل غضبة يغضبها او خطأ منها يصعب عليه تحملها، في حين تظل المرأة أسرع منه غضبا واقل احتمالا وصبرا، وليس عليها من تبعات الطلاق ونفقاته مثل ما عليه، فهي أجدر بالمبادرة الى الطلاق لأدنى الأسباب.[1]

والمتتبع للنصوص الشرعية الواردة قرانا وسنة نبوية شريفة يجدها تؤكد على ان الزواج بيد الرجل والطلاق يقع بيده، وهو حق أصيل له، ومن هذه النصوص قوله تعالى: [**يا أيها الذين امنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن...**}[2] وقوله: [..**لا جناح عليكم ان طلقتم النساء**}.[3]

فهذه الآيات وغيرها أسندت الطلاق الى الرجال دون النساء، ما يدل على انه حق اصيل للزوج دون غيره.[4]

ولم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية والإسلامية الجاعلة من الطلاق حق إرادي أصيل للزوج دونما الرجوع الى الزوجة، أي أن إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني، فالمادة 48 من قانون الأسرة[5] التي أشارت إلى أن الزواج يحل بالطلاق، اكدت الصورة الأولى منه وهي إرادة الزوج والنابعة أساسا من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج وفق ما ذكرنا سابقا.[6]

ذلك أن البارز شرعا وقانونا هو ملكية العصمة للزوج، فالإسلام فوضه وحده للقيام بذلك، وهو من تلقى عليه مسؤولية تعويض الزوجة ، وفي ذلك مشاق ومتاعب قد تصل به إلى ما وراء أسوار السجون في حال التقصير في أدائها، وإذا ما اختار الطلاق كحل للمشاكل

[1] باديس ذيابي ،المرجع السابق، ص.12.
[2] سورة الأحزاب، الآية 49
[3] سورة البقرة، الآية 236
[4] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.13.
[5] قانون الأسرة05/02 ، المرجع السابق م48
[6] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.13.

التي يحياها رفقة زوجته فالاحرص أن يكون طلبه مبررا التبرير الشرعي والقانوني حتى لا يكون طلاقا تعسفيا يترتب عليه التعويض لا محال .[1]

غير ان الواقع في المحاكم الجزائرية على غرار ما هو حاصل في باقي محاكم الدول العربية والإسلامية، فان غالبية الاحكام الصادرة في الطلاق يتحمل الزوج تبعاتها ومسؤولياتها، وعادة ما يكون طلبه الرامي لفك الرابطة الزوجية ينطوي على كثير من التعسف ويجانبه التبرير الشرعي والقانوني.[2]

ان الحكمة في جعل العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج دون الزوجة، إنما لاعتبار الرجل أكثر مسؤولية وأكثر صبرا وأكثر تحملا وطالما كان هو المسؤول عن الإنفاق ، لكن الواقع داخل المحاكم يقول غير ذلك، ويؤكد بان الزوجة هي الأكثر تحملا ومحافظة على الروابط الزوجية رغم ما فيها من اختلال، ذلك أنها لا تملك أية قدرة في صد إرادة الزوج حينما يقدم على الطلاق، وأنها لا ترغب في أي تعويض مهما كان، لأنه لا يجبر ضررها في اعتبارها مطلقة، وكل ما تحمله الكلمة من أثار نفسية، اجتماعية وحتى اقتصادية.

من جهة أخرى يكون الزوج مسؤولا عن فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة حتى ولو كان طلبه ينطوي على مبررات شرعية وأخلاقية، والمسالة هنا تتعلق بإثبات ما يدعيه الزوج، ذلك أن خصوصية العلاقة وقداستها تجعل من مسالة إثبات الوقائع وجعلها مبررا للطلاق صعبة للغاية، وغالبا ما تنتهي بالفشل ومن ثمة تحميل الزوج مسؤولية التعويض عن الطلاق إن حدث.[3]

**ثانيا : طبيعة الإرادة المنفردة للزوج في إيقاع الطلاق**

تم التأكيد فيما سبق على أن فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج تعد أوضح صورة وأكثرها انتشارا واقعيا، وهناك إجماع على أن الطلاق ينبع من إرادة الزوج المنفردة،

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.13
[2] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.13
[3] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.14

فهو حق أصيل له يستعمله دونما اعتماد إرادة الزوجة في إحداث هذا الأثر، فإرادته وحدها محل اعتبار دون سواها.

غير أن السؤال يطرح نفسه بإلحاح، ما طبيعة حق الزوج في إيقاع الطلاق؟ بمعنى اخر، هل حق الزوج في إيقاع الطلاق شبيه بالحق القانوني المستمد من القانون من حيث الاثار والنتائج ام يختلف عنه جذريا؟[1]

بعودتنا الى نظرية الحق في القانون المدني، نجد بان تعريفه يتمثل أساسا في سلطة الاستئثار بالشيء، معنى ذلك أن الشخص إذا ما اعترف له بحق ما في إحداث أثر قانوني ما، فالأصل أن يمارس حقه بطلاقه ولا يلام على استعماله ولا نحمله مسؤولية استعماله انطلاقا من كونه يمارس حقه الطبيعي الذي خوله له القانون.

ولهذا المبدأ نجد استثناء مقررا في المادة 124 مكرر من القانون المدني[2] التي تنص على ما يلي:

"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الأحوال التالية:

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

أي أن صاحب الحق المخول له قانونا إذا ما استعمله في حدود ما ذكر في المادة 124 مكرر من القانون المدني، نكون أمام التعسف في استعمال الحق، وبالتالي يحمل المتعسف مسؤولية تعسفه ويلزم بالتعويض.[3]

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.21.

[2] القانون رقم 05/07 ،المؤرخ في25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13مايو2007 ، يعدل و يتمم الأمر رقم75 / 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395،الموافق 26 سبتمبر1975 ، المتضمن قانون المدني ، ج.ر.العدد 31المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 ،الموافق ل 13مايو2007 .

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.21.

فمسالة الإثبات في إيجاد التعسف تقع على الطرف المتضرر في التعسف فإذا ما استعمل شخص(أ) حقه القانوني في إحداث أثر قانوني، فالأصل انه لا يلام على استعماله لهذا الحق، إلا إذا ثبت انه متعسف فيه للإضرار بالغير، والمتضرر، عليه إثبات التعسف سعيا وراء تعويضه، وبالتالي فان الشخص(أ) لا نلزمه بإثبات مبررات استعماله لهذا الحق.[1]

ومن ذلك نكتشف الاختلاف، فحق الزوج في فك الرابطة الزوجية ورغم انه مسموح القيام به، إلا أن الزوج يعد بصفة آلية أو كأصل عام متعسفا في استعمال الحق اتجاه الزوجة إلا إذا اثبت هو عكس ذلك.

فإذا ما كنا أمام نظرية الحق المعروفة قانونا فلا يمكن أن نحمل الزوج مسؤولية استعماله لحقه الأصيل في إيقاع الطلاق، ولكن عندما يكون الأمر كذلك، أي أن الزوج عند استعماله لحقه في الطلاق يتصور انه متعسف وقاعدة الإثبات تنعكس رأسا على عقب،لان عبء إثبات استعماله للحق يقع عليه وليس على الغير(الزوجة).[2]

كما أن التعويض المقرر على الزوج بمناسبة استعماله لحقه لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة 124 مكرر من القانون المدني.

من هنا نقول أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ انه من طبيعة خاصة ومن مصدر أخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، وان تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادة 124 مكرر من القانون المدني[3] وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعا.

في ذلك تأكيد على أن الحق الأصيل المخول للزوج في إيقاع الطلاق من طبيعة خاصة وهو يختلف عن ذلك المنصوص عنه في القانون المدني.

[1] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.21 ،22
[2] باديس ذيابي، المرجع نفسه ، ص.22
[3] القانون المدني رقم 05/07 م 124/41

وسنحاول من خلال هذه الدراسة أن نحصر بعض المبررات التي نوقشت على مستوى المحاكم وما اعتمدته المحكمة العليا بشأنها.[1]

**ثالثا : المبررات المتداولة لإيقاع الطلاق:**

**1-عدم الكفاءة الجنسية:**

مما لا شك فيه ان الزواج شرع من اجل التحصين النفسي والجنسي للمرأة والرجل على حد سواء، وعلى ذلك اعتبرت العلاقة الجنسية والمعاشرة في إطار الشريعة الإسلامية من بين اهم المقاصد السامية التي جاء بها الزواج. فكل من المرأة والرجل الحق في الاستمتاع بهذه العلاقة التي تشكل عنصر الاستقرار لدى الطرفين سواء بسواء، ولذلك فان اختلالها من جانب أي طرف يشكل صدمة نفسية للطرف الأخر، وهنا نكون أمام احتمالين لا ثالث لهما.[2]

الأول أن يصبر الطرف المتضرر ويجعل من باقي جوانب الحياة الزوجية مبررا كافيا للإبقاء على العلاقة، لاسيما إذا حصل المانع الجنسي لدى أحداهما بعد فترة طويلة من المعاشرة وأفضت هذه الأخيرة وجود أبناء.

أما الاحتمال الثاني، فان الطرف المتضرر يسارع إلى إنهاء العلاقة لاسيما إن كانت حديثة العهد لإيجاد بديل عن ذلك.

والمسالة في كلا الاحتمالين فيها ضرر لا يمكن الاستهانة به أو جعله هينا.[3]

إن المعاشرة الزوجية كمبرر للطلاق أصبحت تطرح نفسها بقوة في المحاكم والطرف المتضرر أصبح لا يجد مانعا في تبيان هذا المبرر منعا من أن يتحمل عبء ومسؤولية الطلاق وما يترتب عليه من تعويض، ومع ذلك يبقى هذا الأمر من أصعب الأمور إثباتا، فإذا ما ادعى الزوج عدم كفاءة زوجته من الناحية الجنسية، فالمسالة تظل صعبة الإثبات إلا إذا أقرت

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.14
[2] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.14
[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.15

الزوجة ما ادعاه الزوج أي باعتراف منها ، أما في حالة النفي، فيصعب على الطرف المتضرر إثبات ما يدعيه

كما أن اللجوء إلى الخبرة الطبية للتأكد من عدم الكفاءة الجنسية لا تفضي الى حقيقة مؤكدة لان المسالة نفسية في الأساس وقد يكون الجانب العضوي في الزوجة سليما، لكن الجانب النفسي هو الحائل دون الوصول إلى إثبات الأمر.[1]

وفي ذلك قضت المحكمة بالطلاق بين الطرفين مع تحميل الزوج تبعة الطلاق، رغم انه حاول تبرير إقدامه على الطلاق بعدم قدرة الزوجة على المعاشرة الزوجية، كونها لا تريد ولا ترغب في معاشرته وأنها صرحت له بذلك وطلبت منه إعادة الزواج من امرأة تلبي له حاجته الجنسية، غير ان جلسة الصلح التي عقدتها المحكمة للطرفين كانت مناسبة لان تنفي الزوجة ما ادعاه الزوج وأكدت أنها سليمة وان زوجها قام بمعاشرها بصفة عادية وطبيعية.[2]

المسالة دقيقة وحساسة وتفرضها خصوصية العلاقة، واللجوء الى الخبرة الطبية قد لا يغير من الأمر شيئا، لأنه وإن حدث فمرده نفسي لا عضوي، ومن الصعب إدراكه مما يجعل نكران الزوجة لادعاءات الزوج كافيا للقول بان الطلاق تعسفي والتبرير غير مبرر أو غير شرعي.[3]

وفي قرار آخر من نفس المحكمة اعتبرت أن ما ادعاه الزوج كون الزوجة صدته في أول يوم زفافهما ولم تمكنه من نفسها لأنها لا رغبة لها في المعاشرة الجنسية، وهو ما أقرت به الزوجة نفسها وأنها لم ترغب الزواج وان زواجها كان بضغط من وليها ولذلك اعتبر مبرر الطلاق الذي أقدم عليه الزوج شرعيا ومحققا بإقرار الزوجة نفسها وهي الحالة الوحيدة التي قد تكون مفيدة للزوج في إيجاد المبرر الشرعي والقانوني وإثباته ينفي عن نفسه المسؤولية.[4]

**2-فقدان العذرية:**

[1] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.15
[2] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.15
[3] باديس ذيابي، المرجع نفسه ، ص.15
[4] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.16

تعتبر القدرة والكفاءة الجنسية لكلا الزوجين صعبة التأكيد للتحجج بها في إعطاء مبرر لفك الرابطة الزوجية، فان الطلاق لفقدان عذرية الزوجة لا يعد مبررا كافيا للزوج في إحداثه، فقد يلجا الزوج إلى استخدام حقه في الطلاق بحجة أن زوجته ليست عذراء، وفي ذلك مساسا بالشرف والكرامة، والمسالة هنا متعلقة أيضا بالعلاقة المقدسة بين الزوجين والتي لا يمكن لأي احد خارج الزوجين معرفتها أو التأكد منها، والأمر كسابقه لا يتحقق إلا بإقرار من الزوجة بنفسها، على اعتبار أن أي طريقة من طرق الإثبات تظل دون جدوى بعدما تمت الخلوة بين الزوجين.[1]

بل إن المحكمة العليا ذهبت بعيدا في هذا الأمر حينما اعتبرت أن العذرية يجب أن تدون كشرط في عقد الزواج وان عدم اشتراطها لا يوقع المسؤولية على عاتق الزوجة وذلك ما أوضحه في قرار جاء فيما يلي:

(إن القرار الذي لا يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبيب. ومتى تبين-في قضية الحال- إن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج فان البناء ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض، عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب)[2].

وفي إجابة عن الوجه المتعلق بالقصور في التسبيب جاء ما يلي:

(بدعوى ان القرار المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس انها لم توافق على الفحص الطبي للتعرف على مدى عذريتها، مما اوجب حرمانها من التعويض عن الطلاق، حيث انه بالفعل فان المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وبذلك فان البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فلا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض، وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يتعلق تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض وبدون إحالة).

[1] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.16.
[2] ملف رقم 243417 مؤرخ في 2000/05/23 الاجتهاد القضائي لمعرفة الأحوال الشخصية.

فالمحكمة العليا في قرارها المذكور أكدت قدسية العلاقة بين الطرفين واعتبرت ان اثبات مسالة العذرية من عدمها، عديمة الجدوى لقيام الزوج بالدخول بالزوجة، والمتزامن مع عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج.[1]

وأمام الحرج الكبير والنزاعات الكثيرة المطروحة على المحاكم حول مسائل متعلقة بالعذرية، واعتبارا لكون أثارتها لا يمكن الخوض فيها بعد البناء والدخول، واعتبارا لكون الإثبات بعد الدخول عديم الجدوى ، ووعيا بالآثار الوخيمة المنجرة عن هذا الأمر وتبعاته الاجتماعية والنفسية على المجتمع برمته، فان المشرع الجزائري وأخذا بكل هذه الاعتبارات: أكد في تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وبالضبط في المادة 07 مكرر ما يلي:

(يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.[2]

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج).

وقد أضافت المادة 07 مكرر كفقرة أخيرة أن شروط كيفيات تطبيق هذه المادة تحدد عن طريق التنظيم.إلا أن الملاحظ أن المادة لم تنص صراحة على شرط العذرية، وتأكيدا على ذلك وفيما يخص التنظيم الصادر لم يشر في حقيقة الأمر إلى تعريف كل هذه الأمراض التي تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، فعدا الامراض المتنقلة عبر الدم، المقصودة مباشرة في هذه المادة فان باقي الامراض لم تحدد حصريا.

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.17
[2] قانون الأسرة05/02 ،المرجع السابق، م07 مكرر

وان مسالة فقدان العذرية من عدمها قبل البناء لا تدخل ضمن خانة المرض الذي يشكل خطرا يتعارض مع الزواج بحسب تفسير المادة.[1]

والخلاصة ان المادة 07 مكرر من قانون الاسرة وان شرعت حماية للزوجين من الوقوع في غلط او تدليس او غش بعد الزواج، فإنها بالمقابل لم تلب بمفرداتها واسلوبها الحاجة في طلب هذه الحماية، لان المادة تتحدث فحسب عن الامراض المشكلة للخطر المتعارض مع الزواج، في الوقت ان واقع المحاكم ومبررات الأطراف في فك الرابطة الزوجية يتعدى ما هو منوه عنه في المادة 07 مكرر الى جوانب أخرى تبقى في نظرهم بنفس خطورة الامراض المشكلة للخطر المتعارض مع الزواج.

**3-النشوز:**

الأصل في العلاق الزوجية بين الرجل والمرأة هو المساواة في الحقوق والواجبات ومنطلق ذلك قوله تعالى: **"ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة"**[2].

فالآية الكريمة تجعل من المرأة مساوية للرجل من حيث الحقوق والواجبات، فكلما ألزمت بواجب اتجاه الزوج يلزم هذا الأخير بمثله، ذلك ان الإسلام ساير الأساس الفطري والطبيعي في التعامل بين الزوجين،فإذا كان الرجل أقدر على العمل الكدح خارج المنزل فالمرأة أقدر على تدبير شؤون المنزل وتربية الأولاد، فكل يكلف بما هو مناسب له، بل الأمر تعدى الآن كون الزوجين في وضع مماثل من حيث الالتزامات داخل البيت وخارجه.

وأمام امتناع الزوجة عن القيام بواجباتها أو عدم طاعة زوجها أو امتناعها عن معاشرته او خروجها من بيته من غير إذنه، يعد نشوزا، ويجد النشوز مصدره في القران

[1] باديس ذيابي ،المرجع السابق، ص.18.
[2]-سورة البقرة، الآية 228.

الكريم بقوله: ﴿**واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا**﴾[1].

فالآية أعطت الكثير من الحلول امام نشوز الزوجة بدء بوعضها وتذكيرها بالله وتخويفها به وتنبيهها للواجب عليها من الطاعة وتحذيرها من الإثم في حال مخالفته له وعصيانه ثم الهجر في الفراش (المضجع)، ثم في حالة عدم جدوى العلاج الأول والثاني يقع العلاج الثالث وهو الضرب غير المبرح ولا الشديد، غير ان مسالة نشوز الزوجة كمبرر يقدمه الزوج لفك الرابطة الزوجية بالطلاق يصطدم دائما مع عبء اثباته من لدن الزوج سيما إذا أنكرت الزوجة أن تكون قد عصته وخالفت أوامره أو فعلت أمورا بغير أذنه.

ولما صار إثبات حالة النشوز (العصيان وعدم القيام بالواجبات...)، من الصعوبة بمكان لأنها تأسس عادة على ادعاءات مقابل ادعاءات، في الوقت الذي قد ينعدم الشهود لكون العلاقة مقدسة بين الطرفين، ولا يمكن لأي أحد الاطلاع عليها، غير أن ذلك لم يمنع القضاء الجزائري من محاولة إيجاد حالات للنشوز ليست مبنية على مجرد تصريحات وادعاءات وإنما مرجعها الدليل الكتابي.[2]

فالنشوز يثبت إذا ما استصدر الزوج حكما بإلزام الزوجة بالرجوع الى البيت الزوجية. بموجب حكم نهائي ثم رفضت صراحة الامتثال للحكم ويحرر محضر امتناع، فان ذلك يعد دليلا على نشوزها، من ثمة يكون الزوج قد برر بعد ذلك وجهته نحو الطلاق، غير ان ما تقدم أيضا لا يمكن الاعتماد عليه للقول بنشوز الزوجة، فالاجتهاد القضائي في الجزائر بذل مجهودات جبارة في محاولة لنفي النشوز عن الزوجة وجعله في حكم الاستثناء بدلا من القاعدة حتى ولو توافر الدليل الكتابي كما ذكر أعلاه. فامتناع الزوجة عن الرجوع الى بيت الزوجية لا يعتبر نشوزا بصفة الية حسب الاجتهاد القضائي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في

[1] سورة النساء، الآية 34.
[2] باديس ذيابي ،المرجع السابق، ص.19

عديد قراراتها منها القرار المؤرخ في 1998/05/19 والذي جاء فيما يلي[1]: (ان امتناع الزوجة عن الرجوع الى بيت الزوجية بعد اهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا.

ومتى تبين-في قضية الحال-أن المطعون ضده قد سبق وان رفع دعوى طلاق ضد الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا ثم تراجع عن ذلك وطلب رجوعها من جديد لتجنب مسؤولية الطلاق، فان امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا، وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد حكم المحكمة القاضي بالطلاق وتعويض الزوج لنشوز الزوجة دون مناقشة الدفع الذي أثارته الطاعنة، فبقضائهم بما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 55 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه).

وفي عرض أسبابه، أكدت المحكمة العليا أن القرار المنتقد لم يناقش الدفع الذي أثارته الطاعنة من كون المطعون ضده قد سبق له وان طلب طلاقها على اعتبار انها مريضة عقليا حسب الحكم الصادر، وان طلب الطلاق من طرف المطعون ضده على أساس ان الطاعنة مريضة عقليا يجعل من مطابقته لها بالرجوع لمحل الزوجية طلب غير جدي مما يجعل امتناعها عن الرجوع بعد تعرضها لهذه الإهانة لا يعتبر نشوزا منها.

**المطلب الثاني: سلطة القاضي في الطلاق بإرادة الزوج وإجراءاته**

لقد حاولنا مناقشة موضوع السلطة التقديرية للقاضي في هذا المطلب للزوج بإرادته المنفردة وكذا الإجراءات المختلفة التي يجب على المتقاضي إتباعها ومن القاضي احترامها حتى لا يعرض حكمه للنقض.في الفرعين التاليين:

الأول :سلطة القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

أما الفرع الثاني :تقدير القاضي للطلاق التعسفي و النشوز

**الفرع الأول :سلطة القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج**

**أولا : تعامل القاضي مع الطلاق بطلب من الزوج**

[1]-ملف رقم 189324 مؤرخ في 1998/05/19، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 147.

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تقع متى كان راشدا عاقلا و أهلا لإيقاع الطلاق وكانت الزوجة محلا للطلاق من عقد زواج صحيح غير باطل أو نقص منه ركن أو شرط فقد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يرضيه و يرى بأن الحياة الزوجية مع زوجته لم تعد ملائمة و فقدت أسبابها الحقيقية، ويرى من المبررات الشرعية والقانونية ما يستوجب وضع حد لهذا الحال لاستحالت مواصلة الحياة الزوجية المشتركة، نتيجة للخلافات و النزاعات المتواصلة بينهما ، وفي هذه الوضعية بإمكان الزوج أن يتقدم إلى المحكمة ليطلب من القضاء حل الرابطة الزوجية و الحكم بالطلاق بينه و بين زوجته[1]

وذلك بموجب عريضة يضعها في كتابة ضبط بالمحكمة المختصة و يشير فيها إلى عقد الزواج الصحيح رقمه،ومكان تحريره ،وعنوانه،وهويته،و عنوان زوجته .

وبعد أن يقوم القاضي بتهيئة الدعوى بالقيام بجميع الإجراءات الصلح والتحكيم التي تسبق الطلاق أو الحكم بالطلاق فإذا فشلت هذه الإجراءات، و المحاولات ، يقوم القاضي بإصدار حكم بالطلاق كما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري[2].

**ثانيا: الإجراءات التي يقوم بها القاضي**

تلخص الإجراءات التي يقوم بها القاضي في :

-لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي في فترة لا تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى يحاول من خلالها الإصلاح بين الزوجين وإقناعهما بالرجوع عن التفكير بفك الرابطة الزوجية و نبد الخصام و التذكير بأيام الألفة بينهما والتنبيه بمخاطر و الآثارالسلبية التي ستنجر على الطرفين و على الأولاد لا محالا .[3]

-في حال تخلف أحد الزوجين عن جلسات محاولة الصلح بينهما دون عذر شرعي

[1] صالحي هاجر، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق ,مذكرة لنيل شهادة ليسانس أكاديمي تخصص قانون خاص ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق. 2013-2014 ص .5

[2] قانون الأسرة رقم 02 /05 المادة 49

[3] صالحي هاجر، المرجع السابق ،ص .5 ، 6

ومقبول فيعتبر هذا رفضا ضمنيا لمحاولات الصلح ، وفي هذا الوضع يعفى القاضي من الانتظار، و يعفى من تجديد أو مواصلة محاولات الصلح ،وتعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة

يحرر محضرا بذلك أي بفشلها و يشير إلى تخلف الزوج الذي امتنع عن الحضور بغير سبب جدي ويلجأ إلى أحكام الطلاق كآخر حل لتوفر أسبابه

ويقوم القاضي بتحرير محضر صلح يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج سلبية أو إيجابية ،فإن كانت إيجابية يذكر الأمور التي وقع التصالح بشأنها

وإن كانت سلبية يذكر في المحضر أن محاولات الصلح قد فشلت و يشير إلى أسباب فشلها وبعد تحرير المحضر من كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولت الصلح يوقعه كل من القاضي و أمين الضبط و الزوجين[1]

كما أنه خلال فترة الصلح يمكن للقاضي تعيين حكمين في حال أشتد الخصام بين الطرفين يكونان من أهل الزوجين بحيث حكم من أهل الزوج و حكم من أهل الزوجة للتوفيق بينهما إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ،وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما خلال

أجل شهرين وهذا حسب ما جاء في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري[2]

والتحكيم: شرط إلزامي في قانون الأسرة هدفه الصلح بين الزوجين قبل وقوع الطلاق وفي حالة فشل محاولات الصلح و التحكيم يقوم القاضي إصادر حكما بالطلاق وهذا حتى يستوفي جميع الإجراءات القانونية و حتى لا يعرض حكمه للتعديل أو الإلغاء لنقص أو عدم إكتمال الإجراءات وبتالي فك الرابطة الزوجين بينهما .[3]

**الفرع الثاني :تقدير القاضي للطلاق التعسفي و النشوز**

[1] صالحي هاجر، المرجع السابق، ص 5، 6.
[2] قانون الأسرة رقم 02 /05
[3] صالحي هاجر، المرجع نفسه، ص.6/5

أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل فك الرابطة الزوجية يخضع لرقابة القضاة و إشرافهم مما يخول لهم الحق في رقابة مدى تعسف الزوج في استعماله حقه في الطلاق، وجبر الضرر الذي لحق بالطرف المتضرر و منحه التعويض اللازم والمناسب.

كما قمنا بالتطرق في هذا الفرع إلى حالات النشوز باعتبارها سببا من أسباب انحلال الرابطة الزوجية حسب ما جاء في المادة 55 من قانون الأسرة.

**أولا : تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق**

نصت المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" . [1]

وعليه إذا كان الطلاق بيد الرجل أو الزوج في الشرع و القانون ،فإنه لابد من سبب أو حجة شرعية تدعو إليه، فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق أو سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب الحالة ودرجة تعسفه وفق سلطته التقديرية الحكم بالتعويض عادل .

وقد استقر القضاء الجزائري على أن حق الطلاق بالإرادة المنفردة مخول للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعي القاضي في تقديرها حالة المطلق المالية.

غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعوا إليه وجب على المطلق تعويض الزوجة المطلقة عن الأضرار التي أصابتها.[2]

والتعسف في استعمال الطلاق: هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت إباحته كالطلاق في مرض الموت لحرمان الزوجة من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب معقول.[3]

---

[1] قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 م 52

[2] صالحي هاجر،نفس المرجع السابق ،ص.6

[3] شمروك محمد ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر،2008 / 2005 ،ص. 27

أوجب المشرع أن يكون الطلاق مبررا لأنه يهدم الحياة الزوجية، فإن لم يكن مبررا، فإننا بصدد التعسف في استعمال الحق و يشكل ذلك خطأ من الجانب الزوج، وإن لحق ضرر بالزوجة من جراء ذلك، فإن الضرر لا بد من جبره، وهذا بإلزام من تسبب فيه و هو الزوج بالتعويض، وقد يكونه الضرر ماديا أو معنويا أو يشمل العنصرين معا.[1]

ويشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب أو يكون بأسباب واهية مع الإشارة أنه للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك إلا أنه يتحمل المسؤولية ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 والذي جاء فيه "... من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله.

ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير قد طبقوا صحيح القانون..."[2]

كما أن عدم بيان الزوج سببا للطلاق يكفي لاعتباره تعسفيا ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف.

والمشرع الجزائري لم يوضح في المادة 52 من قانون الأسرة معيار الطلاق التعسفي إلا أنه هناك من يرى أن هذا المعيار يقوم على أساسين أحدهما شخصي يتمثل في النية أو الباعث أي السبب المقصود لإيقاع الطلاق وثانيهما موضوعي وهو الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار" وهذا ما تجسده السلطة التقديرية للقاضي[3]

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض وترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملابسات القضية وظروف وأحوال الزوجين والسبب

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا ، قانون الأسرة نصا و شرحا ،دار الهدى ،عين مليلة ،الجزائر 2013، ص.61

[2] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15 ملف رقم 23019،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001، ص. 104

[3] شمروك محمد ،المرجع السابق ،ص. 27

الذي أدى إلى الانفصال بينهما فإن قدر السبب وكان معقولا في نظره ردّ طلب التعويض وإلا حكم على الزوج بالتعويض حسب وضعه المالي في حال تأكده من حالة التعسف .[1]

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد حدد معايير التعسف في استعمال الحق في الحالة العامة، بحيث يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا تحققت إحدى الصور التي نصت عليها المادة 124 مكرر من القانون المدني:"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".[2]

من خلال هذا النص يمكن للقاضي أن يستخلص معايير التعسف حتى يسهل عليه التأكد من أن الزوج عند استعمال حقه في الطلاق بإرادته المنفردة كان متعسفا أم كان له من الأسباب ما يدعو إلى ذلك.

**ثانيا : دور القاضي في تحديد حالات النشوز**

جاء في نص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

يتضح من هذا النص حالات النشوز التي تكون أحياننا من الزوجة كما قد تكون من الزوج، لكن المشرع الجزائري لم يحدد هذه الحالات ولا تعريفها كما ترك أمرها للقاضي.

وبالرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت[3] :"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن النشوز يعني: الترفع ومنع أداء الحقوق كراهة قد يكون من الزوج وقد يكون من الزوجة.

---

[1] شمروك محمد،نفس المرجع السابق،ص.27

[2] القانون رقم 05/07 ، المتضمن قانون المدني

[3] قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02

بالنسبة للزوجة الناشز: هي تلك التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي والتي خرجت من بيت الزوج بدون إذنه وبدون سبب شرعي وبالتالي قد فوتت حق الاحتباس على الزوج بغير حق.

والناشز في اللغة: هي العاصية على الزوج المبغضة له .

وفي الشرع :هي الخارجة من بيت الزوج بغير حق.[1]

وهناك العديد من الحالات التي تعتبر فيها الزوجة ناشز لعل أهم هذه الحالات وهي:

-إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون وجه حق ودون سبب شرعي وقد دعاها للانتقال وأعد المسكن الملائم، أو أنها خرجت منه دون مبرر شرعي بعد انتقالها إليه ولم تعد، وهنا لا بد على الزوج أن يستصدر حكما برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية ويثبت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم[2]

وهذا بالاعتماد على المحضر القضائي فيما يخص إتمام باقي الإجراءات، من محضر التبليغ و محضر الامتناع ...

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار صادر في 1984/07/09 جاء فيه : "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت بأنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها ومن ثم فالنعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض[3] ... "

فمتابعة الزوجة زوجها للمسكن الشرعي وهو بيت الزوجية الذي يختاره الزوج مستوفيا للشروط الضرورية للحياة هو واجب أساسي على المرأة من واجبات الحياة الزوجية، فإذا تمردت المرأة عن متابعة زوجها دون أن يكون هناك مانع، كما لو أن الزوج لم يؤدها ما يجب تعجيله من المهر أو لم يهيئ لها المسكن الزوجي الصالح فإنها بهذا التمرد الغير معذور

[1] شمروك محمد، نفس المرجع السابق،ص.28

[2] شمروك محمد، المرجع نفسه،ص. 28

[3] - المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1984/07/09 ملف رقم 33762- المجلة القضائية لسنة 1989– العدد الرابع- ص 119.

تسقط نفقتها الزوجية عن عاتق الزوج مدة هذا التمرد والامتناع وتعود النفقة متى أذعنت وانقادت وهذا باتفاق جمهور الفقهاء[1]

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/07/09 المذكور أعلاه وقد أكدت هذه الأخيرة -المحكمة العليا – على أنه لا يمكن اعتبار كل زوجة امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية ناشزا وذلك في القرار الصادر بتاريخ 1987/02/09 الذي جاء فيه "من المقرر شرعا أنه ليس كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعد ناشزا تحرم من أجلها من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقوانين الشرعية"[2] كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية بعد أهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا

وهذا ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/05/19 الذي جاء فيه "... ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق على الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا، ثم تراجع عن ذلك وطالب برجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد أهانتها لا يعتبر نشوزا..."[3].

وحتى اشتراط الزوجة لرجوعها إلى بيت الزوجية حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها هو شرط ينتفي معه النشوز، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/17 حيث جاء فيه: " من الثابت شرعا وفقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة".

ولما كان من الثابت – في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشزا، فإنهم أخطؤو في تفسير القانون والشرع لأن

[1] شمروك محمد، المرجع السابق،ص.28

[2] - المحكمة العليا - قرار صادر بتاريخ 1987/02/09-ملف رقم 45311-المجلة القضائية لسنة1990-العدد الثالث-ص56.

[3] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار صادر بتاريخ 1998/05/19 ملف 189324، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص سنة 2001،ص147.

الزوجة لا تعتبر ناشزا، بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها وهو الشرط الذي ينتفي معه النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطؤوا في تفسير القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1]

2-إضافة إلى هذا فامتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا منها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21-11-2000 الذي جاء فيه "إن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفيا في حقها وتستحق التعويض جبرا للضرر"[2]

3-تعتبر الزوجة ناشزا إذا كان الزوج يقيم معها في بيتها بإذنها ثم منعته من الدخول ولم تطلب منه الانتقال لمسكن آخر ولم تترك له فرصة للبحث عن مسكن لأن منعها له من غير طلب سابق والإمهال خروج عن طاعته.

4-خروج الزوجة من بيت زوجها في غيبته أو دون إذنه للحاجيات التي تستدعي خروجها أو للأمور أو الزيارات المشروعة كزيارة الأهل مثلا حيث إختلف فيه الفقه اختلافات كبيرة في اعتبار الزوجة ناشزا أم لا فهناك من يرى أنه ليس للزوجة الخروج من المنزل ولو إلى الحج إلا بإذن زوجها[3].

وهناك رأي آخر وهو رأي فقهاء الحنفية الذين يرون أن للزوجة الحق في أن تخرج من بيت الزوجية لزيارة والديها وليس للزوج أن يمنعها من ذلك، وإن كان أبوها مريضا مرضا معقدا واحتاج إليها فعليها أن تذهب إليه وإن كان غير مسلم وان أبى الزوج، وليس للزوج منع أبويها وغيرهم من المحارم من زيارتها، كما أن الشافعية يرون أن للزوجة الخروج في غيبة زوجها إلى بيت أبيها أو أقاربها أو جيرانها ونحوها كالعيادة والتعزية، ولا يسقط هذا الخروج نفقتها لأنه لا يعد نشوزا عرفا. ونحن نميل إلى الرأي الذي ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية.

[1] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر بتاريخ 1998/02/17،ملف رقم 184055،لمجلة القضائية، العدد الثاني،سنة 98 ، ص 85.

[2] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار صادر بتاريخ 2000/11/21، ملف رقم 251682،المجلة القضائية لسنة 2001،ص290

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، كلية الشريعة، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الرابعة، ص335

لكن هذا لا يعني أن تتعسف الزوجة في استعمال حقها بالخروج من بيت الزوجية بين كل لحظة وأخرى نكاية في الزوج أو ما شابه ذلك ونؤكد أن الخروج لا يكون إلا للحاجات التي تستدعي خروجها وللأمور والزيارات الشرعية فالقاضي هنا هو الذي يقرر الحالات الضرورية التي تستدعي خروج الزوجة من بيت الزوجية وكذا الزيارات التي تعتبر شرعية وذلك وفقا لسلطته التقديرية باعتماده على عرف المنطقة التي يقطن فيها الزوجان أو على عادات أهليهما وتقاليدهم.[1]

[1]- قضية سفر الزوج بزوجته وكون عدم سفر الزوجة مع زوجها يعتبر نشوزا أم لا تعددت فيها آراء الفقهاء والرأي الراجع في الفقه أن للزوج بعد أدائه كل المهر المعجل لزوجته أن يسافر بها إذا كان مأمونا عليها[2]، فإن كان الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بيت أهلها ليؤذيها، أو يأخذ مالها وامتنعت عن السفر فلا تعتبر ناشزا.

وعليه فوجوب سفر الزوجة مع زوجها ومتابعتها له فيه هو الأصل ما لم تكن قد اشترطت عليه في عقد الزواج خلاف ذلك،

ويترك للقاضي في غير حالة الشروط العقدية تقدير الظروف والملابسات التي تسوغ إسقاط هذا الواجب عن الزوجة، ومنع الزوج من السفر بها، فالقاضي يقدر ذلك بحسب ما يراه من الوقائع ويأخذ بعين الاعتبار أن يكون الزوج مأمونا على نفس الزوجة ومالها ولا يقصد بنقلها الكيد والإضرار بها إلى غير ذلك من الاعتبارات التي تختلف باختلاف المواطن ولا تخفى على فطنة القضاة، كل هذا عن نشوز الزوجة، أما عن نشوز الزوج

فيتحقق بمنع الزوجة من حقوقها كترك الإنفاق عليها، أو المبيت عندها أو هجرها بالمرة أو إيذائها بالضرب والسب وما إلى ذلك من ضروب الإهانة والتعسف، فيصدق على الزوج وصف الناشز إذا منع زوجته من حقوقها، ولو في بعض منها ويسئ خلقه معها وهناك العديد من الحالات التي يعتبر فيها الزوج ناشزا وبالتالي يمكن للزوجة أن تطلب حل الرابطة الزوجية والحصول على التعويض طبقا لنص المادة 55 من قانون الأسرة ونذكر منها:[3]

[1] شمروك محمد،نفس المرجع السابق،ص. 29
[2] وهبة الزحيلي ، مرجع سابق،ص342 .
[3] شمروك محمد، المرجع السابق،ص30.

1. نشوز الزوج عن طريق الظهار: قد تصدر عن الزوج عبارة لا تدل على الفرقة وإنما على تحريم الحياة الزوجية، فهي تدل على بقاء العلاقة الزوجية لكنها تبقى علاقة محرمة، وذلك بأن نسب زوجته إلى إحدى محارمه فيقول لها أنت علي كظهر أمي أو نحو ذلك، والظهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم بإحدى المحرمات على وجه التأبيد سواء كان ذلك بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع.

2. نشوز الزوج عن طريق الإيلاء ،الايلاء :هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القربان على ما يشق، فالحلف بالله ألا يقرب زوجته خمسة أشهر ايلاء، وإذا علق الدخول بها على عبادة فيها مشقة أو أمر فيه مشقة عليه فهو ايلاء.

3. نشوز الزوج عند هجره للأسرة وإهماله لواجباته لمدة تتجاوز شهرين فالزوج الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، يعتبر ناشزا كما أن الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك بغير سبب جدي يعتبر ناشزا أيضا ويمكنها متابعته في ذلك جزائيا .

4. نشوز الزوج بسبب عدم الإنفاق: إن امتناع الزوج عن الإنفاق عن زوجته لغير سبب شرعي يعد نشوزا منه، وعدم الإنفاق إذا أّثبت بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه يعد سببا من أسباب التطليق الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة[1]، ويشترط إثبات عدم الوفاء بالنفقة بواسطة حكم قضائي وصيرورة هذا الحكم حائز لقوة الشيء المقضى به.

امتناع الزوج عن توفير مطالب الزوجة المحكوم بها قضاء يعد نشوزا منه وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/4/21 حيث جاء فيه "من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون..."[2]

**الفرع الثالث: الإجراءات الخاصة للطلاق بطلب من أحد الزوجين**

[1] قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02
[2] شمروك محمد، المرجع السابق،ص.30

وتشمل هذه الإجراءات كل من الزوج بإرادته المنفردة وكذا الزوجة بطلب من القاضي مع ذكر وجود بعض الخصوصيات في كل نوع والتي تشمل المراحل التالية :

**أولا: رفع الدعوى :**

ترفع الدعوة الطلاق من أحد الزوجين بتقديم عريضة وفق للأشكال المقررة لرفع الدعوى و عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه بحسب الحالة .[1]

الملاحظة أن المشرع أحال تطبيق المادة على النص العام الوارد في المادة 13 من قانون الجديد مع أن طبيعة النزاع تقتضي إدراج بيانات خاصة تضمنتها المادة 429 من نفس القانون ، نذكر منها جنسية كلا الزوجين و تاريخ و مكان ميلادهما و تاريخ و مكان زواجهما و عند الاقتضاء عدد الأولاد القصر مع إضافة عرض موجز يتضمن الأسباب المؤدية للطلاق و الطلبات المتعلقة بتوابعه .

**المادة 436 من ق.إ.م.إ:** ترفع دعوة الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة ، بتقديم عريضة وفقا لأشكال المقررة لرفع الدعوى .

**المادة 437 من ق.إ.م.إ:** عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يتقدم الطلب باسمه، من فبل وليه أو مقدمة، حسب الحالة .[2]

**ثانيا : التبليغ التكليف بالحضور**

يجب على المدعي في دعوى الطلاق ، أن يبلغ رسميا المدعي عليه من العريضة عن طريق محضر قضائي أما بالنسبة للنيابة فقد تدارك المشرع الاختلاف الذي أحدثه تطبيق

[1] باربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،منشورات البغداوي طبعة ثانية مزيدة 2009 ص334.
[2] قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09l08

المادة 3 مكرر من قانون الأسرة على المستوى الجهات القضائية، فأجاز تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط.[1]

**المادة 438 من ق.إ.م.إ:** يجب على المدعي في دعوة الطلاق ، أن يبلغ رسميا المدعي عليه و النيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه .[2]

ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط، ذلك أن مضمون المادة 3 مكرر من قانون الأسرة المستحدث بموجب الأمر رقم 05-02 . "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون " أثار جدلا كبيرا وقت تطبيقه و تباينا في الرأي و المواقف بين الدفاع و القضاة وقد وصل حد الخلاف، أن بعض الجهات القضائية تشترط على المدعي تكليف النيابة بالحضور عن طريق المحضر القضائي و هو إلزام شاذ . لأن المستقر عليه ، أن النيابة تخطر من طرف الجهة القضائية المختصة لإبداء الرأي كما هو عليه الشأن في القضايا الإدارية و القضايا التي تخص حالة الأشخاص وأهليتهم . فالنيابة العامة طرف منظم وليست خصما في القضايا الأسرة وبالتالي لا يشترط تكليفها عن طريق المحضر القضائي.[3]

كما تجدر الإشارة إلى أنه :يجب ذكر في ديباجة الحكم بأنه صدر بحضور ممثل النيابة العامة سواء أمام المحكمة أو أمام المجلس أو أمام المحكمة العليا [4]

**ثالثا: الصلح :**

تنص المادة 49 من قانون الأسرة :" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتدءا من تاريخ رفع الدعوى .يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع الكاتب الضبط والطرفين ...." على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف

[1] باربارة عبد الرحمن،المرجع السابق، ص.334
[2] قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
[3] باربارة عبد الرحمن،المرجع السابق، ص.335
[4] لحسين آث ملويا ،المرجع السابق ص. 14

القاضي وإذا اشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة عن إثبات الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما و القضاء دون احترام المادة 49 من قانون الأسرة، يشكل مخالفة للقانون .

فالصلح إذن في مادة شؤون الأسرة إجراء وجوبي يتم في جلسة سرية سواء تعلق بالطلاق بناء على طلب من أحد الزوجين أو بالتراضي . و الأصل أن يباشر القاضي بنفسه إجراءات الصلح و له أن يستند تلك المهمة إلى حكمين .[1]

و في هذا الصدد يمكن إدراج بعض الملاحظات وهي :

**ملاحظة 01:**

إجراء خاص بطلب الطلاق من الزوج:إذا كان الطلاق مطلوبا من الزوج ، وجب على القاضي التأكد من إرادة هذا الأخير ، وهذا ما ذكره في المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها :

" يتأكد القاضي من إرادة الزوج الذي بادر بطلب الطلاق ، و يتخذ كل التدابير التي تبدوا ضرورية ..." .

**ملاحظة 02:**

و الطلاق الذي ينطبق به القاضي يعتبره بائنا ، سوء كان بناء على طلب الزوج أو الزوجة أو خلعا .[2]

[1] باربارة عبد الرحمن،المرجع نفسه، ص.334
[2] لحسين آث ملويا ،المرجع السابق ص.59

**المبحث الثاني : الطلاق بالتراضي**

سبق وان ذكرنا في بداية هذه الدراسة ان المشرع الجزائري تبنى ثلاث صور لفك الرابطة الزوجية تأسيا بما اعتمدته الشريعة الإسلامية، وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والتطليق بطلب من الزوجة في حدود المادة 53 من قانون الاسرة وكذا المادة 54 من نفس القانون.

غير ان القانون أضاف صورة رابعة ونص عليها في المادة 48 منه وهي الطلاق بالتراضي.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي بين الزوجين

المطلب الثاني: إجراء الصلح وتعيين الحكمين

**المطلب الأول :مفهوم الطلاق بالتراضي بين الزوجين**

**الفرع الأول :معنى الطلاق بالتراضي بين الزوج**

**أولا** : لقد ورد تعريف الطلاق بالتراضي وهونوع خاص من أنواع الطلاق والذي ورد تعريفه في المادة 427 ق.إ.م.أ ،أدناه ،و التي عرفت الطلاق بالتراضي على أنه إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة كما أن المادة 48 من قانون الأسرة ، أشارت إلى الطلاق بالتراضي دون أن تعرفه [1]

**المادة 427 من ق.إ.م.إ :** الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة .

[1]قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

**ثانيا: دور القاضي في الطلاق بالتراضي**

يحتفظ القاضي بدوره الايجابي حتى في قضايا الطلاق بالتراضي حيث يقوم بمحاولة الصلح بين الزوجين إذا كان ذلك ممكنا و يتأكد 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 و يصرح بالطلاق.

**المادة 443 من ق.إ.م.إ:** يتأكد القاضي في تاريخ للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجمعين، و يتأكد من رضائهما ، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا .

ينظر مع الزوجين أو وكلاِئهما في الاتفاق ، و له يلغي أو يعدل في شروطه ، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام .

يثبت القاضي إرادة الزوجين ، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على النهائي و يصرح بالطلاق .

**الفرع الثاني : إجراءات الطلاق بالتراضي**

إجراءات الطلاق بالتراضي غير الإجراءات المتعلقة بالدعوة العادية .

**أولا : تقديم طلب مشترك :**

1- يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين . و لا تطبق أحكام المادتين 16 و 21 من القانون الجديد **من ق.إ.م.إ** المتعلقين بتبليغ عريضة افتتاح الدعوة و المستندات للخصوم

2- لا يستوجب تكليف بالحضور عن طريق محضر قضائي .

مع ذلك، لا يجوز تقديم طلب طلاق بالتراضي ، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع تقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، و يتم إثبات

اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص و منع اللجوء إلى الخبرة يقوم بها طبيب عام لاسيما في الحالات التي تتطلب معرفة دقيقة .[1]

**المادة 428 من ق.إ.م.إ:** في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط .

**المادة 432 من ق.إ.م.إ:** لا يجوز تقديم طلب طلاق بالتراضي ، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته .[2]

**ثانيا: مضمون العريضة**

توضح المادة 429 أدناه **من ق.إ.م.إ** . شكل و مضمون العريضة المشتركة للطلاق بالتراضي و كذا البيانات الضرورية التي يجب أن يوقع عليها الزوجان مع ضرورة إرفاق العريضة بشهادة عائلية و مستخرج من عقد زواج المعنيين .

الفرق بين المادة 429 و النص العام الوارد في المادة 15 من القانون الجديد ، يشمل النقاط التالية :

1- ذكر الجنسية كلا الزوجين و تاريخ و مكان ميلادهما .

2- تاريخ و مكان زواجهما ، و عند الاقتضاء ، عدد الأولاد القصر .

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

المادة 429 **من ق.إ.م.إ**: يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي :

1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب.

2- اسم و لقب الجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما .

[1] باربارة عبد الرحمن ،المرجع السابق ،ص.331
[2] قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

3- تاريخ مكان زواجهما، و عند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر .

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

يجب أن يرفع مع عريضة ، شهادة عائلية و مستخرج من عقد زواج المعنيين .[1]

- النص إجرائي محض ، يبين البيانات التي يتعين أن تتضمنها العريضة الافتتاحية المزمع تقديمها من قبل الزوجين ، فقرر أن ذلك يشمل :

1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب: و ذلك بغرض تحديد الجهة القضائية المعينة بالفصل في النزاع ، اختصاصا (نوعيا و محليا ) كما أن ذلك من شأنه أن يبين مكان إقامة الطرفين أو أحدهما.

2- اسم ولقب و جنسية كلا الزوجين و موطن و تاريخ و مكان ميلادها :

وذلك بغرض إعطاءه صورة تتضمن البيانات المتعلقة بالزوجين، حتى يتبين القانون الواجب تطبيقه، طبعا في حالة وجود نزاع في هذا الخصوص. كما أن ذلك من شأنه أن يقود القاضي إلى معرفة خصوصيات الزوجين، من عادات وتقاليد وديانة وما إليه، وهي أمور من الأهمية بمكان، لأنها تشكل موجهات للقاضي أثناء نظره النزاع وصولا إلى إصدار الحكم المناسب فيه.

3- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر: إن مثل هذه البيانات من شأنها أن تعطي صورة و لو موجزة عن بعض الأمور التي تهم الحياة الزوجية للطرفين[2]، سواء مدة العشرة الزوجية، أو عدد الأبناء المنجبين خلال تلك الفترة، لاسيما القصر منهم.[3]

4- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق:

إن ذكر عرض عن الشروط المتفق عليها بين الزوجين، سيما ما تعلق منها بتوابع الطلاق، من شأنه أن يعطي صورة واضحة للقاضي، عما إذا كان الطرفان متفقين فعلا عن فك الرابطة الزوجية بالتراضي، كما أن هذه الشروط من شأنها أن تضع كل طرف أمام حقوقه

[1] باربارة عبد الرحمن ،المرجع السابق ،ص.332/331 المادة 429 من ق.إ.م.إ

[2] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص587 l588

[3] سائح سنقوقة،المرجع نفسه، ص.588

وواجباته، الآنية منها والمستقبلية، وذاك أمر ضروري، ذلك أن الواقع أثبت وأن إبداء الاستعداد للطلاق وكل ما يحيط به من أمور، دون تأكيده وتوثيقه، كثيرا ما يتسبب في خلق نزاعات جديدة، بعد الطلاق مباشرة بسبب الوعد المخلف من قبل أحدهما أو وكيلهما.

- هذا عن البند الرابع من هذه المادة.

- أما الفقرة التابعة له، فأوجبت على الطرفين إرفاق نسخة من الشهادة العائلية، وأخرى من عقد الزواج، بالعريضة المشتركة بطلب الطلاق بالتراضي، وذلك بغرض الوقوف عما إذا كان هناك أبناء قصر، مما يتعين أخذ ذلك بعين الاعتبار، كما أن النسخة الخاصة بعقد الزواج من شأنها أن تثبت ( صفة طرفي العريضة ) كزوجين، وذاك أمر طبيعي، لأنه لا يمكن قبول أي ادعاء في هذا الخصوص دون تقديم ما يثبت ذلك والتسليم بذلك أمر غير منطقي على الإطلاق و لا يمكن قبوله.[1]

**ثالثا : تحديد الجلسة**

يخطر أمين الضبط الطرفين وقت إيداع العريضة الوحيدة بتاريخ حضورهما أمام القاضي، و يسلم لهما استدعاء لهذا الغرض .[2]

**المادة 430 من ق.إ.م.إ:** يحظر أمين الضبط الطرفين في الحال، بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء ، لهذا الغرض .[3]

- النص، يلزم أمين الضبط المكلف بمهام الضبط ،بأن يخطر طرفي الدعوى بتاريخ انعقاد الجلسة ، كما عليه أن يسلمهما استدعاء لحضور الجلسة.

- هذا ولعل سائلا يسأل : لماذا الاستدعاء ، طالما أن الطرفين حضرا الجلسة وعلما بتاريخ انعقادها؟

- بيد أن تسليم الاستدعاء إلى طرفي الدعوى ، له أكثر من دلالة:

1- كون الأمر قانوني، لأن من حق أي شخص استدعي إلى إدارة ما أن يكون ذلك بموجب استدعاء رسمي.

[1] سائح سنقوقة،المرجع السابق، ص. 588
[2] باربارة عبد الرحمن، المرجع السابق ،ص.332
[3] باربارة عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص.332

2- أن ذلك يشكل تذكيرا، وتوجيها للطرف المستدعى( بالموضوع والمكان والزمان).

3- أن ذلك يمكن الطرف المستدعى من إعداد عدته بدء من السفر مرورا باللوازم الضرورية لذلك، سواء للسفر أو لموضوع الاستدعاء، وإلى غاية مكان و تاريخ الاستدعاء.

4- أن ذلك من شأنه أن يمكن الطرف المستدعى من تدبير أموره قبل وأثناء وبعد السفر.

5- أن ذلك من شأنه أن يساعد الطرف المستدعى على الاستظهار بذلك الاستدعاء عند الاقتضاء لتسوية ما يمكن أن يعترضه من مشاكل ذات الصلة.[1]

**آلية التطبيق :**

- النص يعني أمين الضبط المكلف بتسيير ملفات محكمة شؤون الأسرة، الذي عليه:

1- إخطار طرفي العريضة بضرورة الحضور إلى الجلسة في التاريخ المحدد لذلك.

2- أن يسلم الاستدعاءات للطرفين وفق ما صرح به، أي ألا يخطرهما بتاريخ معين ثم يسلمهما إستدعاءات لا علاقة لها بما ذكر من جانبه.[2]

**رابعا: الطعن في أحكام الطلاق بالتراضي**

أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف لكنها قابلة للطعن بالنقض، الذي يسري أجله من تاريخ النطق بالحكم بدلا عما هو مقرر في المادة 354 من القانون الجديد **من ق.إ.م.إ**[3]، حيث يبدأ سريان الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه. وفتح المجال

[1] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص.588 /589
[2] سائح سنقوقة، المرجع نفسه، ص.589
[3] قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

لممارسة الطعن بالنقض حتى تتمكن المحكمة العليا من مراقبة مدى التطبيق الصحيح للقانون بمناسبة ممارسة هذا الطعن .[1]

أما مضمون المادة 435 أدناه ، هو تأكيد لقاعدة عامة تضمنها المادة 348 من القانون الجديد التي تقضي بأن ليس لطرق الطعن غير العادية و لا لآجال ممارسة أثر موقف .

**المادة 433 من ق.إ.م.إ :** أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف .

**المادة 434 من ق.إ.م.إ :** يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم .

**المادة 435 من ق.إ.م.إ:** لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم [2].

**المطلب الثاني: إجراء الصلح وتعيين الحكمين**

تطرق المشرع الجزائري لموضوع الصلح والتحكيم ونص عليها ضمن أحكام قانون الأسرة في المادتين: 49 المتعلقة بالصلح و المادة 56 المتعلقة بتعيين حكمين والمشرع أورد لهذه القواعد الموضوعية إجراءات تبين كيفية سيرها و كذا العمل بها

وقمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : دور القاضي في اللجوء إلى إجراء الصلح

الفرع الثاني : الأشخاص التي تباشر الصلح

الفرع الثالث : سلطة القاضي في اللجوء إلى التحقيق

**الفرع الأول: دور القاضي في اللجوء إلى إجراء الصلح**

لم يضع المشرع تعريفا واضحا للصلح لكن يفهم المعنى من اللفظ حين يعد إجراء يسعى من خلاله القاضي أو الحكمين إلى إ جاد حل ودي بين الطرفين ووضع حد للنزاع القائم بينهما من أجل استمرار الحياة الزوجية، ونبد الشقاق، فهو إذن إجراء وقائي يقوم به القاضي وجوبا تحت طائلة بطلان الحكم، للحيلولة دون وقوع فك الرابطة الزوجية و عملا بمبدأ

[1] باربارة عبد الرحمن، المرجع السابق ،ص.332

[2] قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

"الصلح خير" ووجوبية الإجراء تستشف من قراءة المادة 49 من قانون الأسرة وبصراحة في المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية. [1]

الهدف الأسمى لهذه الإجراءات هو المحافظة على الرابطة الأسرية نظرا لما للعلاقة الزوجية من قداسة تجعلها تتميز بالديمومة و ما انحلالها إلا استثناء و عليه سنتناول هذا الإجراء في العناصر التالية:

- أهمية ودور القاضي في تسيير جلسات الصلح
- القيمة القانونية لمحضر الصلح المحرر من طرف القاضي

**أولا: دور القاضي في تسيير جلسة الصلح**

- إجراءات الصلح تبنتها المواد من 439 إلى 449، من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2]عمليا و بعد تحديد تاريخ الجلسة و إبلاغ الأطراف بها، ينادي القاضي على الأطراف في الجلسة المحددة ليتأكد من حضورهما، فإذا تغيب أحدهم، أجل القضية إلى جلسة لاحقة عملا بنص المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هذا من أجل منحه فرصة للحضور و تقديم دفعاته أما إذا حصل له مانع فللقاضي كذلك منحه أجل آخر أو اللجوء إلى الإنابة القضائية التي ستتناولها لاحقا. [3]

- وتنعقد جلسة الصلح بمكتب القاضي بحضوره وحضور كاتب الضبط فقط والأطراف المعنية كل على حدا تجسيدا لمبدأ سرية جلسة الصلح فلا يجوز لأي أحد من محامي الأطراف حضورها، إلا من سمح أو أذن له القانون بذلك مثل أولياء الأطراف إن هما أو أحدهما طلب ذلك طبقا لنص المادة 440 و هذا الإجراء يشمل كل من الطلاق – بإرادة منفردة – التطليق و الخلع فكلها طرق لفك الرابطة الزوجية.[4]

[1] بوشيبان خديجة، نفس المرجع السابق، ص.9/8
[2] قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنظر المادة440
[3] بوشيبان خديجة، المرجع السابق، ص. 9
[4] بوشيبان خديجة، المرجع نفسه، ص. 9

- وتجسيدا لنص المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فالجاري به العمل هو استقبال المدعي أولا بالمكتب و بعد تأكد القاضي من هويته يستمع إليه على إنفراد حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه إلى الطلاق ويقوم من خلال المناقشة لمحاولة التهدئة و التوفيق بين الطرفين بأسلوب لين يتضمن التذكير والوعظ على المحافظة على الروابط الأسرية لما للزواج من قداسة، وتحدد تصريحات الزوج في محضر يمضي عليه كل من القاضي وأمين الضبط الذي حرره إما الزوج أو الزوجة إلى جانب الإمضاء يقوم بالبصم على المحضر. [1]

- ثم يتم سماع الطرف الثاني – المدعى عليها – ويستفسر القاضي معها عن السبب الحقيقي الذي جعل الزوج يوقع الطلاق، حيث يتقصى نيتها ورغبتها في الطلاق أو تمسكها بالعودة إلى منزل الزوجية، و تدون كل طلباتها على المحضر الذي توقع وتبصم عليه إلى جانب إمضاء الرئيس و أمين الضبط.

- ثم ينادي القاضي على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولا أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة أو التصريحات المتناقضة دون إجراء مواجهة بينهما لأنها تناقض و الهدف من الإجراء الذي استحدثه المشرع والمتمثل في سماع كل طرف على إنفراد كما أنه يزيد نفورا بينهما بدلا من السعي للإصلاح بينهما، وإنما يستعلم القاضي عن ذلك بذكاء ففرضا إذا ادعت الزوجة أن الزوج لم يقدم الاسم العائلي للطفل أو السجل العائلي يسأل القاضي الزوج إذا كان استخرج دفتر عائلي أم لا فإذا أجاب بنعم وقدمه وثبت أن الولد مسجل باسمه فهذا يوضح وجود سوء تفاهم بين الزوجين دون أن يبن القاضي للزوجة صراحة أنها ادعت خلاف ذلك.

- وكذلك بالنسبة للزوج إذا ادعى أن زوجته تخرج دون إذنه، يسألها القاضي بحضور الزوج إذا كانت تخرج بإذن زوجها أم لا، فإذا أجابت بنعم و أضافت أنها تخرج مع أقاربه مثلا ولم يفند هو ذلك، يكون ذلك حجة عليه [(2)].

[1] بوشيبان خديجة، المرجع السابق، ص.9 /10
[2] بوشيبان خديجة، المرجع السابق، ص 10

- أما بالنسبة لعدد جلسات الصلح فتنص الفقرة الأولى من المادة 442 على أن لا تتجاوز محاولات الصلح في كل الحالات 03 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق فالمشرع لم يحدد عدد الجلسات و إنما اكتفى بتقييدها بثلاثة أشهر و أخضع تحديدها إلى السلطة التقديرية للقاضي، و بما أن صياغة النص القانوني جاء بالتعديد، فهذا يعني عدم اكتفاء القاضي بجلسة صلح واحدة، و إنما تتعدى الجلستين فالقاضي يستشف من خلال مناقشته مع الطرفين، إرادتهما و رغبتهما و إصرارهما على فك الرابطة الزوجية دون أن يبدي أحدهما أية نية في الصلح خاصة إذا كان الطلاق بالتراضي فهنا يكتفي القاضي بجلسة صلح واحدة و يحدد تاريخ النطق بالحكم و يعلمه للطرفين.

- أما إذا لمس وجود تردد أو خجل أو ما شابه ذلك منحهما فرصة أخرى للتفكير ويحدد لهما جلسة صلح أخرى بتاريخ لاحق هذا في حالة حضور الزوجين إلى الجلسة أما إذا تغيب احدهما رغم تبليغه شخصيا ورغم تأجيل القضية حرر القاضي محضر عدم الحضور رغم التبليغ. طبقا لنص المادة 2/442 ق.إ.م.إ [1]، وهذا إجراء استحدثه قانون الإجراءات المدنية والإدارية قبل دخوله حيز التنفيذ فكان القاضي قبل ذلك يسمع الطرف على محضر ويرفق بالملف، ثم يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، أي يعتبر محاولة الصلح كأنها لم تنجح[2]

**الفرع الثاني: الأشخاص التي تباشر الصلح**

**أولا : الصلح أمام القاضي :**

- في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا . ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في المحاولة الصلح.

- أما حضور الغير جلسة الصلح، وهو أمر مستحدث بموجب القانون الجديد بناء على تدخل اللجنة الشؤون القانونية و الإدارية و الحريات حيث استبدل حضور محامي

[1] بوشيبان خديجة، المرجع نفسه ، ص.11.
[2] قانون رقم 09/ 08 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

الزوجين بأحد أفراد العائلة نظرا لخصوصية النزاع وسريته وحساسيته، ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية .[1]

- ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن. وفي جميع الحالات، يجب أن لا يتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع الدعوة الطلاق، وهو ما ينسجم مع مضمون المادة 49 من قانون الأسرة .

- إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية . غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا . يحرر القاضي محضرا بذلك .[2]

**المادة 439 من ق.إ.م.إ:** محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية .[3]

- **المادة 440 من ق.إ.م.إ:** في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ، ثم معا .

- ويمكن بناءا على طلب الزوجين ، حضور أحد أفراد الأسرة والمشاركة في محاولة الصلح.

- **المادة 441 من ق.إ.م.إ:** إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حصل له مانع ، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية .[4]

[1] باربارة عبد الرحمن، المرجع السابق ،ص.336
[2] باربارة عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص. 336
[3] قانون رقم 09/ 08 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
[4] قانون رقم 09/ 08 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

- غير أنه تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك .

- **المادة 442 من ق.إ.م.إ:** يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة ، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة الضرورية بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

- في جميع الحالات ، يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر ابتدءا من رفع الدعوى الطلاق .

- في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين رغم المهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى . أما إذا تم الصلح بين الزوجين، يحرر أمين الضبط تحت إشراف القاضي ، محضرا بذلك في الحال و يوقع عليه من طرف القاضي وأمين الضبط و الزوجين يودع بأمانة الضبط . و يعد محضر الصلح منا سندا تنفيذيا[1]

**المادة 443 من ق.إ.م.إ:** يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت رقابة القاضي .[2]

- الفقرة الأولى من هذا النص ، تفترض أن محاولة الصلح أتت بثمارها ، ومن ثم ألزمت القاضي بتحرير محضر في ذلك عن طريق أمين الضبط.

- أما الفقرة الثانية من ذات النص ، فقررت أن على أطراف المحضر توقيعه.

و هؤلاء هم :

- **القاضي :** باعتباره المشرف على عملية الصلح.
- **أمين الضبط :** باعتباره محرر المحضر.
- **الزوجان :** باعتبارهما ، طرفا النزاع المعنيان بالمحضر مباشرة.

- فيما الفقرة الثالثة ، فقررت أن محضر الصلح يعتبر سندا تنفيذيا.[3]

[1] باربارة عبد الرحمن ،المرجع السابق ،ص.337
[2] قانون رقم 09/ 08 القانون السابق
[3] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص.611

- يوقع المحضر من طرف القاضي و أمين الضبط و الزوجين ، و يودع بأمانة الضبط . يعتبره محضر الصلح سندا تنفيذيا .في حلة عدم الصلح أو تختلف أحد الزوجين بالرغم من المهلة التفكير الممنوحة له ، يشرع في المناقشة موضوع الدعوى [1]

**ثانيا : الصلح من طرف الحكمين**

- الصلح بواسطة الحكمين مستمد من أحكام المادة 56 من قانون الأسرة و من قانون الأسرة ومن أحكام الشريعة الإسلامية. فإذا يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غياب الخطأ المبرر للطلاق، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بين الزوجين حسب مقتضيات قانون الأسرة لاسيما المادة 56 منه التي تنص" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب التعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين."و يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة .[2]

- يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا بينت له صعوبة تنفيذ المهمة . وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة. أما إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن .[3]

- **المادة 446 من ق.إ.م.إ:** إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة ، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة .

- **المادة 447 من ق.إ.م.إ:** يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من صعوبات أثناء تنفيذ مهمة .

- **المادة 448 من ق.إ.م.إ:** يعاين الصلح إذا تم من طرف الحكمين بواسطة محضر، ويقوم القاضي بالمصادقة على اتفاقي الطرفين بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

[1] قانون رقم 09/ 08 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
[2] باربارة عبد الرحمن، المرجع السابق ،ص.338
[3] باربارة عبد الرحمن، المرجع نفسه،ص.338

- **المادة 449 من ق.إ.م.إ:** يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى جلسة وتستمر الخصومة.[1]

- نلاحظ بأن محضر الصلح الذي يعتمده الحكمين ليست له ذات الحجية والقوة التي منحها المشرع لمحضر الصلح الذي يتم أمام القاضي وفقا للمادة 443 ومن **من ق.إ.م.إ.** فمحضر الصلح يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر.[2]

**ثالثا: القيمة القانونية لمحضر الصلح:**

نصت المادة 2/443 ق.إ.م.إ على أن محضر الصلح يوقع من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط و يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بالإضافة إلى نص المادة 600 / 9 من نفس القانون **من ق.إ.م.إ** الواردة في الباب الرابع تحت عنوان أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، و هدا يعني أنه يمكن تنفيذ محضر الصلح بعد مهره بالصيغة التنفيذية دون صدور حكم قضائي لكن عمليا لايزال القضاة يحررون أحكاما بالإشهاد و على الصلح، على أساس أنه يمكن اعتبار محضر الصلح سند تنفيذي: فهل إيداع محضر الصلح لدى أمانة ضبط المحكمة و اعتباره سندا تنفيذيا يغني عن إصدار حكم بالإشهاد عليه؟ [3]

**رابعا: القيمة القانونية لمحضر الصلح المحرر من قبل الحكمين** :

يتضمن محضر الصلح اتفاق الأطراف على حل ودي مُرضٍ لهما يمكنهما من مواصلة الحياة الزوجية، إلا أنه يختلف عن محضر الصلح الذي يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي وسعيا منه و بحضور الأطراف، فهذا المحضر يودع مباشرة لدى أمانة الضبط و يصبح سندا تنفيذيا و يمهر بالصبغة التنفيذية، لكن هذا لا يعني أن ما حرره الحكمان ليس سندا

[1] قانون رقم 09/ 08 قانون الإجراءات المدنية والإدارية
[2] باربارة عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص.338

[3] بوشيبان خديجة، المرجع السابق، ص12

تنفيذيا، وإنما يعد كذلك طبقا لنص المادة 600- 2 من قانون الإجراءات المدنية[1] والإدارية والتي تضمنت السندات التنفيذية حيت يندرج تحت طائلة الاتفاقات المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة لدى أمانة الضبط، كمصادقة القاضي على محضر الصلح بموجب أمر بعد تأشيره عليه، ويودع لدى أمانة الضبط رغم أن القانون لم ينص على ذلك صراحة، لكنه المآل المنطقي لكل أعمال القاضي.

أما عمليا، فلم أعثر على مثل هذه المحاضر لأنه لم يعمل بعد بإجراءات تعيين الحكمين رغم أن قانون الأسرة كانت له الأسبقية في النص على هذا الإجراء.

ويرى البعض أن مثل هذا الإجراء يستغرق وقتا طويلا (شهرين) و عليه يوقف الفصل في القضية إلى حين قيام الحكمين بمهامهما.

**الفرع الثالث : سلطة القاضي في اللجوء إلى التحقيق**

لما كان دور القاضي هو تحقيق العدل والإنصاف بين المتخاصمين كان له أن يبحث ويتقصى عن الحقيقة وفقا لآليات رسمها له القانون والتي ليس له الحق في الحياد عنها لان ذلك يمس بمبدأ حياد القاضي مؤديا إلى التعسف الذي يخلق نوع من التوتر الاجتماعي بدل من استقراره، فكان للقاضي في إطار التحقيق اللجوء إلى الخبرة أو سماع الشهود[2]

لكن ارتئ المشرع في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رق 08-09 المؤرخ في 2003/04/22 أن يوسع من نطاق التحقيق مستحدثا بذلك إجراءات تعيين مساعدة اجتماعية واللجوء إلى الاستشارة طبقا لنص المادة 425 والإنابة القضائية بموجب نص المادة 44 وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الرابع.الفصل الثاني : إجراءات التحقيق وعليه سأتناول هذه الإجراءات بالدراسة وفق التقسيم التالي

**الخبرة الطبية، المساعدة الاجتماعية، والاستشارة [3]**

[1]قانون رقم 09/ 08 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
[2]بوشيبان خديجة، المرجع السابق، ص17
[3]بوشيبان خديجة، المرجع نفسه، ص17

**أولا: الخبرة الطبية**

إن القضاة لدى تصديهم للفصل في القضايا المعروضة عليهم إذا اعتبروا أنهم يحتاجون إلى من ينورهم فما يخص النوازل والمسائل المرفوعة إليهم والتي ليس لهم بها دراية يعملون تلقائيا أو نزولا عند رغبة الخصوم إلى أهل المعرفة فيكلفونهم بتقديم المعلومات الضرورية للفصل في النزاعات المرفوعة إليهم، ففي مادة الأحوال الشخصية غالبا ما يلجا القاضي إلى تعين طبيب خبير مختص عندما تعرض عليه دعوى الحجر لإثبات أن الشخص ناقص الأهلية لعته أو سفه أو جنون طبقا لنص المادة 101 من قانون الأسرة،[1] كما يلجا إلى تعيين خبير لحصر التركة أو إعداد مشروع قسمة للعقارات المشاعة.

ويلجأ في دعاوى النسب إلى الطرق العلمية في إثباته أو نفيه، والتي من خلالها تتضح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة طبقا لنص المادة 125 **من ق.إ.م.إ**، وقد حدد القانون إجراءات تعيين الخبير واستبداله وأتعابه في القسم الثامن من الفصل الثاني في الباب الرابع تحت عنوان:في الخبرة.

فالخبير الذي يعينه القاضي يجب أن يكون اسمه مدرج في قائمة الخبراء المودعة لدى أمانة ضبط المحكمة وان لم يكن كذلك تعين عليه أداء اليمين القانونية أمام القاضي المعين في الحكم الآمر بالخبرة طبقا لنص المادة 131 من ق.إ.م.إ [2]

1- **ما يجب أن يحترمه القاضي في الحكم بتعيين الخبير:**

نصت المادة 128 على وجوب تضمين الحكم ما يلي:

أ/ عرض الأسباب لتي بررت اللجوء إلى الخبرة وعند الاقتضاء تبرير اللجوء إلى عدة خبراء : حيث تتباين الأسباب نفهم أن المسالة التي لجاء من اجلها القاضي للخبرة هي مسالة تقنية وعلمية محضة طبقا لنص المادة 125 من ق.إ.م.إ [1]

[1] قانون رقم05/ 02 المتضمن قانون الأسرة

[2] المادة 131 من ق.إ.م.إ والتي تنص:"يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء، اليمين أمام القاضي المعين في الحكم الآمر بالخبرة
تودع نسخة من محظر أداء اليمين في ملف القضية

ب/ بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعنيين مع تحديد التخصص وهذا حتى يسهل تنفيذ الحكم دون أي إشكال.

ج/ تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا: حتى لا يوسع الخبير البحث فيما لم يطلب منه وبالتالي عدم تحديد المسالة التقنية العارضة عليه الذي يؤدي إلى رفض الخبرة أو الطعن فيها من قبل الخصم.

د/ تحديد أجال إيداع الخبرة بأمانة الضبط وذلك من اجل الإسراع بالقيام بمهمة الفصل في القضية حتى لا تتعطل مصالح المتخاصمين كما يتضمن منطوق الحكم طبقا لنفس المادة 129 من ق.إ.م.إ.

ه/ مبلغ التسبيق: الذي يكون مقاربا قدر الإمكان لمبلغ النهائي المحتمل لإتعاب ومصاريف الخبير ويعين القاضي الخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع مبلغ التسبيق لدى أمانة الضبط لأجل يحدده، وإلا اعتبر تعيين الخبير لاغيا.[2]

وهذا الإجراء لم يكن معمولا به سابقا، كما لم يكن معمولا بتقديم طلب تمديد الأجل من طرف الخصم الذي لم يودع مبلغ التسبيق أو رفع إلغاء تعيين الخبير بموجب أمر على عريضة إذا أثبت أنه حسن النية طبقا لنص المادة 130 من ق.إ.م.إ وهذا يترك للسلطة التقديرية للقاضي.

**2- السلطة التقديرية للقاضي في تحقيق موضوع الخبرة :**

بعد إتمام الخبير للمهمة الموكلة إليه يودع تقريره لدى أمانة ضبط المحكمة، ليرفع من يهمه الأمر عريضة إعادة السير في الدعوى أو رجوع بعد خبرة مطالبا بذلك المصادقة على تقرير الخبرة المنجز إفراغا للحكم التمهيدي الذي أمر بتعيين الخبير أو مطالباً برفض الخبرة وتعيين خبير ثان.[3]

[1] قانون رقم 09/ 08 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
[2] بوشيبان خديجة، المرجع السابق،ص18
[3] بوشيبان خديجة ،المرجع السابق، ص،18

ففي الحالة الأولى أي إذا التمس المُرجع المصادقة على نتائج الخبرة ينظر القاضي فيما إذا كان الخبير قد قام بالأعمال المسندة إليه كاملة أم لا، أي قام بالبعض منها دون البعض الآخر، أو تجاوز ما طلب منه حيث تنص المادة 144 على أنه يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة فهو عندئذ غير ملزم برأي الخبير، لكن في حالة استبعاده لنتائج الخبرة عليه أن يسبب ذلك فهذا بهدف تجنيب القاضي التعسف في حكمه.[1]

**ثانيا: المساعدة الاجتماعية**

لم يكن هذا الإجراء معمولا به سابقا، إلا أمام قضاء الأحداث، أي في المواد الجزائية حيث تتشكل المحكمة من مساعدين اجتماعيين إلى جانب الرئيس والنيابة العامة وأمين الضبط، ونجد أن المادة 425 **من ق.إ.م.إ** تنص على أن هذا الإجراء جوازي للقاضي، ولم تحدد عدد المساعدين الاجتماعيين وإنما نصت على: "تعيين مساعدة -بكسر العين- اجتماعية. فلو قلنا مساعدة بكسر العين لأصبح معناها يدل على مساعدة امرأة، لكن لم تبين ولا مادة الإجراءات التي يعين بها المساعد الاجتماعي إلا المهام التي يقوم بها فقط.

تنص المادة 2/425 من ق.إ.م.إ [2] معنى أن ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المساعد والحلول المقترحة، و يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد حيث تركت المادة تحديد الأجل متروكا للسلطة التقديرية للقاضي كما أنها لم تتناول بالتحديد المدة التي يجب عليه أن يقوم بمهامه فيها[3].

ويعد المساعدين الاجتماعيين أكثر دراية بالأسباب الاجتماعية التي تحرض النزاع بين الزوجين كالبطالة مثلا، وعليه فهم أدرى بعلاجها.

ونلاحظ كذلك أن المشرع أوزع أسباب الخصام إلى عوامل اجتماعية أكثر من عوامل نفسية، وعليه إذا رأى القاضي أن الأمر بحاجة إلى تعيين طبيب نفسي، فهذا يدخل ضمن

[1] بوشيبان خديجة، المرجع نفسه،ص،18
[2] قانون رقم 09/ 08 قانون الإجراءات المدنية والإدارية
[3] بوشيبان خديجة ،المرجع السابق، ص،19

سلطته التقديرية في اللجوء إلى تعيينه طبقا للمبادئ العامة في التحقيق، لأن المشرع لم يخص هذه الحالة بنص قانوني[1]

**ثالثا: الاستشارة**

مصداقاً لقول النبي صلى الله عليه و سلم: "ما خاب من استخار و ما نذم من استشار".

وطبقا لنص المادة 425 من ق.إ.م.إ[2] فإن للقاضي اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة، و أضافت أنه يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح، فما نوع الاستشارة التي قصد بها المشرع؟ و كيف تتم شفاهة أو كتابة؟.

لإجابة على هذا فالقاضي يعتمد في كل أعماله التي يتلقى بشأنها صعوبات استشارة أهل العلم وذوي الرأي، حيث لا يصدر حكمه إلا بناءا على يقين وتكون هذه الاستشارة شفاهة، لأنه لو استعصى عليه الأمر إلى درجة استصدار أمر كتابي فيلجأ إلى طريق آخر من طرق التحقيق كالخبرة مثلا، ولكن الاستشارة يلجأ إليها عندما لا تكون المسألة المعروضة عليه معقدة أو فنية إلى درجة أنه لا يستطيع الفصل فيها إلا بالتحقيق المعمق.[3]

**رابعا: الإنابة القضائية.**

الأصل أن تقوم المحكمة المختصة بنظر الدعوى التي ترفع إليها مع اتخاذ كافة الإجراءات الخاصة بها إلى حين صدور حكم فيها، إلا أنه قد تتوافر ظروف تفرض الخروج عن هذا الأصل، كأن يتطلب التحقيق القيام ببعض الإجراءات خارج نطاق اختصاصها حيث يجد القاضي نفسه أمام استحالة قانونية لإجراء تحقيق مما يؤدي إلى عرقلة العمل القضائي، لذلك قرر المشرع استعمال الإنابة القضائية للحصول على إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق الضرورية للفصل في الدعوى

[1] بوشيبان خديجة ،المرجع السابق، ص،1918l
[2] قانون رقم 09/ 08 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
[3] بوشيبان خديجة، المرجع السابق، ص،20

ونلاحظ أن المشرع اقتصر على ذكر هذا الإجراء في نص المادة 441 من ق.إ.م.إ المتعلقة بالصلح حيث للقاضي ندب قاضي آخر في إطار الإنابة القضائية لسماع أحد لزوجين الذي تعذر عليه الحضور لمانع ما، حيث لم يدخل في توصيف نوع الإنابة وإجراءاتها و شروطها و طريقة تنفيذها أو شكلها

في نهاية هذا الفصل نقول أن المشرع قيد القاضي نوعا ما في نظر مسألة إيقاع الطلاق من الزوج أو بتراضي الزوجين إلا في بعض جوانبه، أما الفصل الثاني فسنتطرق بإذن الله إلى الطلاق بطلب من الزوجة وفيه التطليق والخلع .

# الفصل الثاني

# إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

إن الطلاق بطلب من الزوجة لديه شكلين، حسب التشريع الجزائري: الأولى و هي أن ترفع أمرها للقاضي لطلب تطليقها من زوجها،و الذي يجب أن تتوفر فيه إحدى حالات المنصوص عليها في المادة.53 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل ويسمى هذا بالتطليق أو التفريق القضائي، وهناك شكل ثاني وضعه المشرع ألا وهو الخلع [1]وهذا في حال تضرر الزوجة وعدم قدرتها على مواصلة هذه العلاقة أو مخافة عدم إقامة حدود الله وهذا ما تضمنته المادة.54 من نفس القانون، وسوف نحاول توضيح ذلك من خلال المبحثين،الأول التطليق كصورة ثالثة من صور فك الرابطة الزوجية، أما المبحث الثاني بعنوان: الخلع كصورة رابعة من صور فك الرابطة الزوجية

[1] صالحي هاجر،المرجع السابق،ص. 8

## المبحث الأول: التطليق كصورة ثالثة من صور فك الرابطة الزوجية

إن التطليق والطلاق كلاهما سواء في المعنى لغة و شرعا غير أن المشرع الجزائري إستحدث هذا النوع وذلك للتمييز بينه وبين الطلاق كما يطلق عليه أيضا اسم التفريق القضائي والذي يقع بتوفر حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من [1]الأمر رقم.05/ 02حيث أن المشرع الجزائري أورد هذه الحالات على سبيل المثال،وهي.10. عشر حالات.

وللزوجة طلب التطليق إذا تضررت من سلوك زوجها، وذلك بطلب القاضي تطليقها منه، والأسباب أو الحالات المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر،[2] هي أسباب مادية تتطلب الإثبات، لكي يحكم لها القاضي بالطلاق، وسوف نناقش هذا الموضوع في مطلبين: المطلب الأول: التطليق والأسباب الموقعة له،أما المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق بعد التعديل.

### المطلب الأول: التطليق والأسباب الموقعة له

وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول: المبرر الشرعي لوجود حالات التطليق أما الثاني: الأسباب الموقعة للتطليق قبل التعديل 2005

### الفرع الأول: المبرر الشرعي لوجود حالات التطليق

لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر الطلاق، فإذا كانت الصورة الأولى الأبرز من الناحية الشرعية استدلالا بما ذكر في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة، كما أشرنا سابقا، فإن الاجتهاد والفقه ابتدع صورة ثانية لا تقل أهمية عن الأولى من حيث طبيعتها والآثار المتوخاة منها.[3] والملاحظ لقانون الأسرة الجزائري، يجد أن المشرع أضاف ثلاث حالات بعد تعديل 2005 و حاولنا أن نذكر هذه الحالات قبل و بعد التعديل للتوضيح أكثر في النقطتين التاليين، الأول:الأسباب الموقعة للتطليق قبل التعديل .2005، أما الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق بعد التعديل.

وبالتطرق لموضوع التفريق القضائي أو التطليق فالملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف التطليق ولكنه نص على الأسباب القانونية للتطليق في المادة 53 من قانون الأسرة ومنح الزوجة فيها حق طلب التطليق من زوجها إذا توفر لها سبب من هذه الأسباب.

---

[1] عبد القادر الدوادي ،الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة،دار البصائر،الجزائر،2007، ص. 308

[2] صالحي هاجر،المرجع السابق،ص. 9

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص. 30

ويمكن تعريف التطليق

لغة: يعود إلى طلق تطليقا،ويقال تطلقت الخيل أي مضت إلى الغاية،طلقا لم تحبس [1]
اصطلاحا: فهو منح الزوجة حق طلب التفريق عن زوجها أمام القاضي بناءا على إرادتها المنفردة استنادا إلى الحالات المحددة و المنصوص عليها قانونا.[2]

## الفرع الثاني:الأسباب الموقعة للتطليق قبل التعديل 2005

يمكن للزوجة أن تطلب فك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي إذا ما أثبتت سببا مشروعا يجعل الحياة الزوجية مستحيلة، فأساس هذه الصورة والتي لم يرد بشأنها نص صريح هو التيسير على الناس تجنبا للحرج وتماشيا وروح الإسلام السمحة.

وقانون الأسرة الجزائري واكب هذا الرأي وجعل من مادته الثالثة والخمسين تيسيرا على الزوجة في إمكانية طلاقها ولو لم يرغب الزوج في ذلك.[3]

إذ نص قانون 11/84 قبل التعديل على ما يلي: "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 و80 من هذا القانون.

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4-الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بصرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5-الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

6-كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 أعلاه.

7-ارتكاب فاحشة مبينة.[1]

---

[1] ندير سعاد،التطليق في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج،البويرة،2013/2012 ص. 5
[2] ندير سعاد، المرجع نفسه، ص 6
[3] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص.30

" فالمادة 53 من القانون جاء متأسيا بما ورد في القانون المقارن لاسيما قانون الأحوال الشخصية المصري لعام 1920 ثم قانون 1929، واللذين تحدثا عن التطليق والحالات التي يستوجب طلب التطليق من القاضي.

فالمادة 53 من قانون الاسرة قبل التعديل عددت سبع حالات يمكن القاضي النطق بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق ويبقى ذلك مرهون بما تقدمه الزوجة من بينة وادلة لإثبات حالة من الحالات المذكورة.[2]

**ثانيا: ما يجب اثباته كسبب من أسباب التطليق قبل التعديل**

هي حالات سبع أوردتها المادة 53 من قانون الاسرة تمثلت أساسا في:

**1- التطليق لعدم الإنفاق**

تأصيل هذه الحالة جاء مما ذهب اليه الامام مالك والشافعي واحمد الذين أجازوا التطليق لعدم النفقة بحكم القاضي، إذا طلبته الزوجة وليس له مال ظاهر، والمقصود بالنفقة ما يشتمل عليه الغذاء، والكساء، والسكن في أدني صورها، وانطلقوا مما يأتي:

أ-ان الزوج مكلف بان يمسك زوجته بالمعروف أو يسرحها ويطلقها بإحسان، لقوله تعالى: **"فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان"** وعدم النفقة ينافي الإمساك بالمعروف.

قوله تعالى: **"ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"** وان أي ضرر ينزل بالمرأة أكثر من منع الانفاق عنها وعلى القاضي إزالة هذا الضرر.

من هنا أكدت المادة 53 في فقرتها الأولى[3] انه يجوز التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79 80 من نفس القانون.

فلكي تطلب الزوجة التطليق تأسيسا على الحالة الأولى لابد لها من توافر شرطين أساسيين هما:

-ان يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي.

-الا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج.

---

[1] مولود ديدان،قانون الأسرة، دار بلقيس،دار البيضاء،الجزائر، طبعة سبتمبر.2011، ص.16.

[2] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص.31

[3] قانون 11/84 قبل التعديل المادة. 1/53

فالشرط الأول يعني ان الزوجة إذا ما ارادت ان تدفع بعدم الانفاق كسبب للتطليق لابد لها من استصدار حكم قضائي سابق يلزم الزوج بالنفقة عليها، وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه عنها قانونا وهذا وفق الأحكام العامة لسير إجراءات الدعوى.

وفي حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة، حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق.[1]

إما الشرط الثاني فيتلخص في ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، فان كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التطليق على هذا الأساس، لأنه كان معسرا وتعلم به فانه لم يقع منه ظلم لان الله لا يكلف نفسا إلا ما أتاها، وتبقى مسالة الإثبات في علمها من عدمه مسالة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما.

**الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب العيب**

قال بهذا الرأي فقهاء الظاهرية ويتزعمهم فيه الفقيه ابن حزم، وقد نسب إبن رشد هذا الرأي إلى عمر ابن عبد العزيز ويرى إبن حزم شيخ الظاهرية أن العيوب لا أثر لها على عقد الزواج ويقول بعبارة واضحة "ومن تزوج من امرأة فلم يقدر على وطئها، سواء كان وطأها مرة أو مرارا أو لم يطأها قط،فلا يجوز للحاكم أو لغيره،أن يفرق بينهما أصلا ولا أن يؤجل له أجلا وهي امرأته إن شاء طلق،وإن شاء أمسك ".[2]

وسواء كان العيب قبل العقد أو بعده، فلا يجوز التفريق بينهما النقد: الموجه لهذا الرأي أنه أهدر حق الزوجة التي تعاني من عيب زوجها، وهي مجبرة على البقاء معه،على الأقل نفس النظرة التي نظرها إلى الزوج الذي يمكنه طلب ذلك إذا تضرر و هناك من الآيات ما يدل على ذلك[3]

وهي:قوله تعالى ﴿لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا﴾ [4]

وقوله صلى الله عليه و سلم"لا ضرر و لاضرار"[5]

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص.32

[2] آيت شاوش دليلة سعيد،إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة،دراسة مقارنةبين الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة،الجزائري،وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية،رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم،تخصص:قانون،جامعة،مولود،معمري،تيزي وزو،ص.17.

[3] آيت شاوش دليلة سعيد،المرجع نفسه،ص.19

[4] الآية231 من سورة البقرة

[5] أبو عبد الله محمد بن يزيد القيرواني، سنن ابن ماجة تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، حذيث رقم 2341، ص.901

و بالعودة إلى الحديث عن التطليق للضرر نذكر بعض الاجتهادات القضائية التالية :

وتوضيحا لهذا الأساس نجد القرار المؤرخ في 1987/02/23 تحت رقم 44994 جاء فيه ما يلي[1]:

(متى كان من المقرر شرعا ان للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن اهل الزوج، فليس معنى هذا انها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالا، بل يجري عليه ما يجري على النفقة، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية والخطأ فيتطبيقها في غير محله يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال ان الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيدا عن أهله، فان قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع إلى البيت الزوجية التي زفت اليه ورفض الطلبات الأخرى اعتمادا على إظهار الزوج عجزه وعدم قدرته على تلبية رغبتها طبقوا أحكام الشرعية الإسلامية تطبيقا صحيحا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).

وفي معرض تأسيسه جعل القرار طلب (الطاعنة) السكن المنفرد حالا وإلا الطلاق ما يجري على السكن يجري على النفقة باعتبار هذه الأخيرة تستغرق الأول، وبالتالي فلا بد من وجود حكم يصدر بعد معرفة إمكانيات الزوج، وما مدى قدرته على توفيره، والحصول عليه، ومدى استحقاق الزوجة له، فليست كل الزوجات لها حق السكن فالوضعية والشريفة عند شرط زوجها عليها ان تسكن مع أهله لا تشترط السكن المنفرد وبناء عليه، فرفض السكن المنفرد هو رفض لطلب الطلاق والنعي على القرار فيه ليس محله.

فهذا القرار اعتبر السكن من مشتملات النفقة وبالتالي فلا أساس لعدم الإنفاق مادام ليس هناك حكما يلزم الزوج به، سيما وان الزوجة (الطاعنة) علمت ان زوجها معسر ولا يستطيع إن يؤسس لمسكن منفرد في بداية حياته، ومن ثمة فشرط العلم بالإعسار وعدم وجود حكم يلزم الزوج بالسكن المنفرد (كونه من مشتملات النفقة)، جعل طلب تطليق الزوجة في غير محله، وبذلك عد القرار تطبيقا نموذجيا للفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة، أن لم نقل أن القرار كان المصدر لنشوء القاعدة القانونية طالما ان تاريخه يعود إلى سنة 1987.

يعد هذا القرار أيضا من القرارات القليلة التي نوهت بوضوح على الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة، ذلك ان القرارات التي صدرت بعدها لم تكلف نفسها عناء التسبيب الذي حمله قرار 1987، كون المادة جعلت من الضرر المعتبر شرعا أساسا للتطليق واعتمادا لكون المصطلح عام في لفظه ومدلوله، فان غالبية القرارات الخائضة في مجال

[1]- المجلة القضائية، عدد 1990، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ص 58.

التطليق ورغم انها أسست على عدم الانفاق، الا انها تحولت جميعها على أساس الضرر المعتبر شرعا، وهو ما يتضح جليا لدى بعض العينات منها القرار المؤرخ في 1998/07/21 الذي جاء فيه ما يلي:[1]

(من المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا انه إذا تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.
ومتى تبين-في قضية – الحال -ان الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها واهمالها مع أولادها وعدم النفاق عليهم، الامر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها، وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون).
وفي قرار اخر جاء فيه ما يلي:[2]

(من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.

ومتى تبين – من قضية الحال –ان الزوجة متضررة من عدم الانفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج، فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها، فان تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).

فالقرار إن ورغم أن أساس التطليق انطلق من عدم الإنفاق، إلا أن قضاة الموضوع ومعهم قضاة المحكمة العليا تحاشوا الحديث عن الفقرة الأولى وارتاحوا بتطرقهم للفقرة القائلة بكل ضرر معتبر شرعا لانطوائها على عموم اللفظ والدلالة، ولذلك نلحظ غياب الدقة في التأسيس على الفقرة الأولى والاكتفاء بما هو أسهل وأعم، وهو ما يجعلنا نكتشف فيما بعد ان الأسس المبنية عليها صورة التطليق أصبحت مع الوقت تزداد عمومية بالشكل الذي أضحت هذه الصورة تقترب الى حد بعيد من مجرد طلب مشروط إلى حق أصيل.

### 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

يرى الفقهاء في هذا المجال ان العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج لا يمكن ان تخرج عن ثلاثة أنواع:

**أ-**فإما ان تكون عيوبا تناسلية خاصة بالرجال (العنة، الجب والخصاء)[3].

---

[1]- ملف رقم 192665 مؤرخ في 2000/07/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص 116.
[2]-ملف رقم 222134 مؤرخ في 1999/05/18، المرجع السابق، ص 126.
[3]- العنة (بضم العين وتضعيف النون المفتوحة): هو عجز الرجل عن المباشرة الجنسية ويسمى الموصوف بها عنينا.
-الجب (بفتح الجيم): هو استئصال عضو التناسل ويسمى الرجل مجبوبا.المرجع باديس ذيابي، ص. 35
-الخصاء (بكسر الخاء): هو شل الخصيتين ونزعهما، ويقال للرجل مخصي.المرجع السابق

**ب-** و إما أن تكون عيوبا تناسلية خاصة بالنساء (الرتن والقرن)[1].

**ج-**او عيوبا مشتركة بين الرجال والنساء كالجنون والجذام والبرص[2].

**أ-عيوب الزوج التناسلية:**

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على انه يحق للزوجة إذا ما وجدت في زوجها عيبا من العيوب التناسلية الثلاثة ان ترفع امرها للقضاء تطلب التفريق بينها وبين زوجها.

ويقع عليها عبء اثبات ما تدعيه، فاذا تأكد ما تدعيه حكم لها بالتطليق لان الهدف المتوخى من الزواج وهو التناسل غير ممكن التحقيق بوجود عيب من هذه العيوب، وهي العيوب التي تعد مزمنة وغير قابلة للعلاج ولا يمكن تجنب الحديث عن الضرر الناشئ الا بالتطليق، ولكون الزوجة لا تملك في الأساس حق الطلاق بنسها فلها اللجوء الى القضاء حتى يطلقها رفعا للضرر.

العيوب غير المحققة للهدف من الزواج لاسيما المتعلق بالجهاز التناسلي تقف حائلا دون تحقيق شيئين اثنين من الأهمية بمكان:

أولهما: تحصين الزوجة حتى لا تنصرف الى الانحراف بفعل اهمالها وعدم اشباع غريزتها بما هو منوه عنه شرعا.

ثانيهما: الإنجاب وتكوين الأسرة.

فوجود أي عيب يمس بصلاحية الأمرين المذكورين يجعل حق الزوجة في التطليق قائما ومؤسسا من الناحية الشرعية.

مسالة الإثبات في هذا النوع من العيوب أضحت لا تقتصر على ادعاء مقابل إقرار الزوج، لان الطب الحديث أضحى قادرا على تحديد أي نوع من العيوب المذكورة، فالأمر علمي والعيب العضوي أو الخلقي يتضح جليا من خلال الفحص أو الأشعة أو حتى التحاليل الطبية، والخبرة الطبية في هذا المجال تعد الحد الأقوم والذي لا يختلف فيه اثنان.[3]

ولان المسالة فقهية وقانون الأسرة الجزائري يحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء في حال التفصيل في الجوانب التي أتاها، فان مذهب أبي حنيفة النعمان لم

[1]-القرن (بفتح القاف والراء): غدة في المحل تمنع الاتصال الجنسي.
-الرتق (بفتح الراء والتاء): هو انسداد المحل.
- الجذام (بضم الجيم): مرض يتقطع منه اللحم ويتساقط، المرجع السابق
[4] - البرص: من الامراض الجلدية المزمنة وهو بياض يظهر في الجلد.
[3] باديس ذيابي،المرجع السابق،ص. 36

يترك الأمر على طلاقته من حيث التأكد من وجود عيب في الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، بل قيد الحكم بالتطليق بمدى توافر شروط هي:

1- إلا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند عقد الزواج، فان علمته لم يكن لها حق في أن تطلب التطليق بسببه وتعتبر راضية به ومسقطة حقها في الاتصال الجنسي
2- ألا يظهر منها صراحة رضا بالعيب إذا علمته بعد الزواج، فان ظهر رضاها صراحة سقط حقها في المطالبة بالتطليق، وان لم تصرح بالرضا بالعيب فلا يعد سكوتها رضا ولها الحق في التطليق.
3- الا كون الزوج قد باشر زوجته مباشرة جنسية بعد العقد ولو مرة واحدة، فاذا ثبت انه اتصل بها بعد العقد ولو مرة واحدة، لم يبق لها الحق في المطالبة بالتطليق لطرود العجز الجنسي على زوجها بعد ذلك.[1]
4- الا يكون بالزوجة عيب يعيق الاتصال الجنسي كالقرن والرتق، كانت بها عيب من العيبين فلا حق لها في المطالبة بالتطليق.

على مستوى التقنين الجزائري، فالمشرع لم يحدد أي عيب من العيوب الحائلة لتحقيق الهدف من الزواج واكتفى بفقرة موجزة جدا تحدث فيها عن العيوب بلفظ عام دون أي تدقيق او شرح تاركا المسالة للاجتهادات الفقهية والتي لا تكون في الغالب على سكة واحدة.

على عكس من ذلك تطرقت مختلف القوانين العربية لهذه المسالة على غرار القانون المصري الذي حدد أنواعا من العيوب التي يحق للزوجة طلب التطليق بسببها كالجنون والجذام والبرص وكذا القانون اللبناني.

ما يمكن ان نتوج به هذه الفقرة من المادة 53 من قانون الاسرة ما أورده قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 اذ جاء فيه ما يلي:

(من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.

ومتى تبين-في قضية الحال-ان المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وان الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما). [2]

[1] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.37/36

[2] قرار ملف رقم 213571 مؤرخ في 1999/02/16، المجلة القضائية، ص. 119.

وفي معرض تأسيسه عن الوجه الوحيد المأخوذ من الخطأ في تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية بدعوى أن القرار المطعون فيه لم يعط للزوج أجلا مدته سنة كاملة يخضع فيها للعلاج وتكون زوجته بجانبه.

ورفض الوجه على أساس أن الزواج والدخول بالزوجة تم سنة 1991 وتمت معاشرتها من طرف الطاعن الذي لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة مما يجعل الحكم المنتقد قد طبق القانون تطبيقا صحيحا، ولم يخالف القواعد الشرعية وان مدة السنة المتمسك بها الطاعن قد مضت بهذه المعاشرة الزوجية.[1]

فمدة تسعة سنوات تعتبر كافية في نظر المحكمة العليا من 1991 إلى 1999 حيث أن طلب الطاعن إعطاء مدة قانونية وهي أجل سنة، بأنه قد تجاوزت المدة التي كان من الممكن أن يعالج نفسه فيها وبتالي تم رفض طعنه.

ما يلاحظ على هذا القرار انه لم يحدد بدقة الأساس الشرعي الذي بنى عليه نتيجته، ففي الوقت الذي أشارت القاعدة القانونية إلى الضرر المعتبر شرعا بقوله: (من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا).

توصل نفس القرار في ملخص الديباجة إلى العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

فالقرار أسس عناصره على أساسين وليس أساسا واحدا في الوقت الذي كان الأجدر به ان يخلص الى أساس واحد وهو العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج ثم يخوض فيه إجابة على الأوجه المثارة.[2]

غير ان الذي حدث هو خلط بين الأساسين، وبالتالي فجواب المحكمة العليا على الوجه المثار من طرف الطاعن جاء مبهما، ومال أكثر إلى الضرر المعتبر شرعا حينما اقر بضرر الزوجة وهي دون إنجاب لمدة طويلة.

ولعل ما أراد القرار الخروج به هو تحاشي الحديث عن السنة الكاملة المخولة شرعا لمعالجة الزوج المريض بعيب يحول دون الإنجاب، لذلك عمد إلى الحديث عن الضرر المعنوي الذي أصاب الزوجة في عدم إنجاب الأطفال وهو بذلك اختار الطريق الأسهل والمتمثل في الضرر المعتبر شرعا في الوقت الذي كان الأجدر أن يؤسس قراره على العيب الحائل دون تحقيق الهدف من الزواج.[3]

---

[1] باديس ذيابي،المرجع السابق، ص.38.
[2] باديس ذيابي، المرجع السابق ، ص.38.
[3] باديس ذيابي، المرجع نفسه ، ص.39.

وفي قرار اخر يعد أكثر وضوحا اكدت المحكمة العليا على ضرورة اثبات العيب الحائل دون تحقيق الهدف من الزواج بكل الطرق الشرعية والقانونية لإثبات الضرر قبل التصريح بحكم التطليق، فقد جاء في القرار ما يلي:[1]

(من المقرر شرعا انه يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فان القضاء يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية.[2]

ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فانه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية).[3]

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو معنى مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية؟ في الحين أنه كان سبب طلب التطليق لعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها.

وانطلق القرار من أن ليس للزوجة أن تطلب التطليق بدون أساس وبدون إثبات الضرر ولا يمكن الاستجابة لطلبها على هذا الشكل، لان ذلك يعد تصريحا من القضاء على أحقية الزوجة في طلب الطلاق مثل الزوج تماما.

وأكد القرار أيضا أن العيب المثار من طرف الزوجة في كون الزوج عاجز عن ممارسة العلاقة الجنسية معها والذي يعد من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، لابد أن يخضع للإثبات بالصفة الشرعية والقانونية وذلك من اجل ثبوت الضرر من عدمه.

**ثالثا: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر**

الواجب على الزوج إن يحصن زوجته بمعاشرتها ومجامعتها، لان ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له، وقال فقهاء الإسلام ان الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته وأدنى ذلك مرة في كل طهر وإلا فهو عاص لله تعالى كما حدث بذلك الإمام ابن حزم[4] وبرهانه في ذلك قوله تعالى: **[فإذا تطهرن فآتوهن من حيث امركم الله}** وتبنى جمهور العلماء رأي الامام ابن حزم بوجوب الرجل معاشرة زوجته إذا لم يكن له عذر.

---

[1]-قرار رقم 33275 مؤرخ في 1984/05/14، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 2، ص 75

[2]-قرار رقم 33275 مؤرخ في 1984/05/14، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 2، ص 75

[3]باديس ذيابي،المرجع نفسه،ص.39

[4]- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، المكتبة العصرية-صيدا – بيروت، ص 241.

اما الشافعي، فاعتبر معاشرة الرجل لزوجته ليس من قبيل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به، وقال احمد بن حنبل انه مقدر بأربعة أشهر لان الله أمره في حق المولى بهذه المدة، فكذلك في حق غيره[1].

تأثر المشرع الجزائري في تقنينه لحالات التطليق لم يهل هذا السبب لما له من اضرار ومساوئ وانعكاسات نفسية واجتماعية خطيرة، غير ان مسالة الاثبات والخوض فيها يعد امرا من الصعوبة بمكان لدقة وحساسية هذه الصورة، ونتيجة لذلك لم نجد على صعيد الاجتهاد القضائي شيئا يصب صراحة على هذه الفقرة الا تلميحا له مثلما نلاحظه في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16، متعلق بالتطليق قبل البناء جاء فيه ما يلي:

(من المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا.[2]

ومن تبين-في قضية الحال – ان الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فان الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الاسرة، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون).

وتأسيسا لما جاء في الديباجة أكد القرار أن المدة الطويلة التي عقد فيها الطاعن القران على المطعون ضدها لم يتم بإتمام إجراءات الزواج، لاسيما فيما يتعلق بالبناء وفي ذلك اقر بضرر الزوجة معنويا وماديا.

وعدم البناء بها لمدة طويلة يجسد الأساس القائل بهجر الزوج عن زوجته وتقاعسه عن تحصينها، سيما وهي زوجته من الناحية الشرعية والرسمية، فبقاء الزوجة في ذمة زوجها لمدة طويلة دون الدخول بها ومعاشرته أمر فيه ضرر شرعي.[3]

الملاحظ على هذا القرار انه تطرق لمسالة الهجر وعدم القيام بواجب التحصين من طرف الزوج بسبب عدم الدخول بها، إلا انه تعمد عدم ذكر الأساس بوضوح واكتفى كسابقيه باعتبار الأساس هو الضرر المعتبر شرعا، تسهيلا عن نفسه في تزكية الحكم المنتقد.

**رابعا:الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية**

[1]- السيد سابق، المرجع نفسه، ص 242.
[2]أنظر المادة.2/53،من الأمر 02/05
[3] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص.42/41

تعد الفقرة الرابعة من المادة 53 قبل التعديل من أكثر الفقرات صعوبة في تفسيرها، لأنها جاءت عامة وبمصطلحات غير دقيقة وانطوت على عديد من الشروط قصد تحقيقها وسنورد ذلك فيما يلي:

فالزوجة لكي تريد التطليق تأسيسا على هذه الفقرة ينبغي ان تحقق أربعة شروط كاملة وهي:

**أ-**ان يصدر حكما يدين الزوج بعقوبة شائنة.

**ب-**ان ينطوي الحكم على عقوبة أكثر من سنة. [1]

**ج-**ان تكون العقوبة فيها مساس بشرف الاسرة.

**د-**ان تستحيل مع العقوبة مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

**أ-صدور حكم يدين الزوج بعقوبة شائنة:**

الملاحظ عن هذه المادة هو عدم الدقة في النص ، اذ يتحدث المشرع الجزائري عن العقوبة وليس عن الجريمة، والأصح من خلال تمعننا في الفقرة انه قصد الجريمة وليس العقوبة، إذ أن القانون والفقه لم يصفا العقوبة ولم يرد في القانون تصنيف العقوبة الشائنة عن باقي العقوبات الأخرى، وبالتالي فالمقصود هي الجريمة وليست العقوبة والأصح أن الشرط يكون حكم يدين الزوج بجريمة شائنة ومع ذلك يظل الإشكال مطروحا حول كنه الجريمة الشائنة، فما المقصود بها؟[2]

الأكيد أن الجواب عن هذا السؤال يكمن في التطرق للشروط المتبقية.

**ب-أن ينطوي الحكم على عقوبة أكثر من سنة:**

بمعنى أن العقوبة ينبغي أن تكون أكثر من سنة، أي أن التي تقل عن ذلك لا يمكن أن تكون أساسا لقيام الزوجة بطلب التطليق، ولكن الاستفهام مطروح حول نمط العقوبة المجددة بأكثر من سنة، فهل تشمل الحبس النافذ؟

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.42

[2] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.42 /43

المبدأ أن تكون العقوبة نافذة، والفقرة إذ لم تشر إلى هذه المسالة فإنها تأخذ بمبدأ العقوبة وحجمها والعبرة ببلوغها أكثر من سنة أم اقل دونما النظر إلى طبيعتها كونها نافذة أم موقوفة النفاذ.[1]

**ج-أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة:**

يثور الإشكال حول تحقيق هذا الشرط في القول أي من العقوبة الماسة بشرف الأسرة من نظيرتها غير الماسة بشرف الأسرة؟

الأصل كما ذكرنا سابقا ان المشرع يتحدث عن الجريمة وليست العقوبة، والسؤال الأكثر دقة هو أي من الجرائم الماسة بشرف الأسرة؟[2]

القانون الجنائي يصنف الجرائم من حيث طبيعتها إلى جرائم العنف والتي تتمثل أساسا في جرائم القتل والضرب والجرح العمدي، وصور أخرى كالقتل الخطأ والجروح الخطأ.

أما التصنيف الثاني، فالجرائم الماسة بالعرض والتي تنطوي تحتها تلك المتعلقة بهتك العرض، والأفعال المخلة بالحياء والأفعال العلنية المخلة بالحياء والدعارة والتحريض على الفسق والزنا والفاحشة بين ذوي المحارم والاعتداء على القصر.

في حين التصنيف الثالث، يتعلق بالجرائم ضد الأسرة والأطفال منها جرائم الإهمال العائلي كترك الأسرة والتخلي عن الزوجة الحامل والإهمال المعنوي للأولاد وعدم تسديد النفقة، والجرائم المتعلقة بالحالة المدنية للطفل، والجرائم المتعلقة برعاية الطفل وترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر وخطف أو إبعاد قصر بدون عنف ولا تحايل.[3]

إما التصنيف الرابع، فيخص جرائم الاعتبار التي تتمثل أساسا في القذف والسب والاهانة والوشاية الكاذبة وإفشاء الأسرار.

والتصنيف الخامس، يخص الجرائم ضد الأموال، وفيها نجد السرقة والاختلاس والتبديد والنصب وجرائم الشيك وخيانة الأمانة والإخفاء.[4]

إضافة لتصنيفات أخرى كالجرائم الاقتصادية والجمركية الواردة، وجرائم أخرى واردة في قوانين خاصة كالمخدرات وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب وغيرها، فأي من هذه الجرائم الماسة بشرف الاسرة وغير الماسة؟

[1] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.43
[2] باديس ذيابي، المرجع السابق ، ص.43
[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.44
[4] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.44

في اعتقادنا ان كل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص المعني المرتكب لها في شرفه ونزاهته واعتباره وهي بذلك مرشحة لان تسبب الإساءة للأسرة بأكملها لاسيما الجرائم العمدية، وتظل في اعتقادنا الجرائم غير العمدية وكذا الجرائم البسيطة التي لاتصل عقوبتها الى اكثر من سنة حبسا لا تشكل مساسا بشرف الاسرة، لاسيما فيما يتعلق بالمخالفات او حتى الجنح غير العمدية (كالقتل الخطأ مثلا)،[1] اما ما عداها فهي ماسة بشرف الجاني وكذا اسرته واذا ما تضررت الزوجة جراء ما قام به الزوج من فعل مجرم كان طلبها التطليق اعتمادا على الفقرة الرابعة مؤسسا ومستجابا له.

لان المساس بشرف الاسرة واعتبارها يؤدي بصورة الية الى وجه من أوجه الاستحالة في مواصلة الحياة الزوجية، وهو الشرط الذي اعتمدته هذه الفقرة لتحقيقها.

ما يلاحظ على هذا الأساس انه اشتمل على عديد الشروط في الوقت الذي لم يكن فيه المشرع دقيقا كونه تحدث عن العقوبة، والمقصود أن يتحدث عن الجريمة.[2]

واعتبارا لكون الفقرة شابها الكثير من الغموض وعدم الوضوح بداية من صعوبة تفسير العقوبة أو الجريمة الشائنة وصولا إلى تحديد الجريمة الماسة بشرف الأسرة من غيرها، لذلك جاء التعديل المؤرخ في 2005/02/27 أكثر وضوحا عندما عدل الفقرة كما يلي: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها العشرة والحياة الزوجية"، فالمشرع في هذا التعديل صحح الخطأ الوارد في الفقرة السابقة قبل التعديل بتحدثه عن الجريمة وليس العقوبة.[3]

الملاحظ أيضا انه خفف في التعديل من وطأة الشروط الواردة سابقا، إذ انه ألغى الشرط القائل بالعقوبة التي يتعدى مداها أكثر من سمة، واكتفى بالقول انه على الزوجة المطالبة بالتطليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه، وفي ذلك تيسير أكثر تستفيد منه الزوجة في تأسيسها طلب التطليق على هذا الوجه.[4]

**خامسا: الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة**

استمد المشرع الجزائري هذه الفقرة المتمثلة في الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر من مذهب الامام مالك، والذي يوافقه فيه الامام احمد وذلك باعتمادهما انه يجوز للزوجة طلب التطليق دفعا للضرر عنها. لكن المشرع الجزائري أضاف لغيبة الزوج بدون عذر النفقة أيضا

[1] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.44
[2] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص.44
[3] باديس ذيابي، المرجع نفسه،ص.45
[4] باديس ذيابي، المرجع نفسه،ص.45

والصقا بهذه الفقرة رغم ان الامام مالك يرى ان للزوجة الحق في التطليق من زوجها إذا غاب عنها حتى ولو كان له مال تنفق منه.[1]

ويشترط في تحقيق هذا الأساس كحالة من حالات التطليق ما يلي:

أ-ان يكون غياب الزوج عن زوجته بغير عذر مقبول.

**ب-**ان تتضرر بغيابه.

**ج-**أن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم فيه.

**د-**أن تمر سنة تتضرر فيها الزوجة.

فإذا كان غياب الزوج بعذر مقبول لطلب العلم أو لممارسة تجارة أو لكونه يعمل خارج ارض الوطن

أو مجندا بمكان بعيد، فان ذلك لا يعد سببا للتطليق ولا يسوغ للزوجة طلب التفريق بينهما.[2]

أما بشأن أن تكون الغيبة في البلد غير الذي تقيم فيه، فذلك يهدف لكون الزوجة لا تستطيع بأي حال من الأحوال الالتحاق بزوجها في مكان تواجده سيما إذا كان السفر إليه بعيدا وشاقا، ومع ذلك فالبعض اعتبروا هذا الشرط مستعص على الزوجة سيما أن الضرر يتحقق لبعد الزوج عن زوجته ولو كانا في نفس البلد، فالعبرة بالبعد لا بالغيبة ومتى تحقق الضرر، جاز للزوجة طلب التطليق، وكذلك لا بد من مرور سنة ليتحقق فيها الضرر بالزوجة وتشعر بالوحشة وتخشى فيها على نفسها من الوقوع في الحرام.[3]

ومدة السنة قدرها الإمام مالك ولم تكن محل إجماع، فمنهم من يرى ثلاث سنين ومنهم من يرى الحد الأدنى ستة أشهر، كونها التي تستطيع المرأة فيها الصبر عن غياب زوجها كما تقدم ذلك في حديثنا عن الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر.

إضافة إلى ما تقدم فإن المشرع الجزائري أضاف شرطا آخر إلى الأربعة المذكورة سابقا وهي أن الغيبة لابد أن تكون مقرونة بانعدام العذر وكدا انعدام النفقة، معنى ذلك انه حتى ولو تغيب الزوج عن زوجته لمدة سنة بدون عذر وله مال تنفق منه، فلا يجوز لها في هذه الحالة أن تطالب بالتطليق.[4]

---

[1] باديس ذيابي، المرجع نفسه،ص.45
[2] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.46/45
[3] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.46
[4] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.46

**سادسا: كل ضرر معتبر شرعا لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37**

هذه الفقرة جاءت عامة واعتبرت أن أي شيء أو واقعة أو وضعا يشكل ضررا شرعيا يعد سببا من أسباب التطليق، ويجوز للزوجة أن تطالب بالتفريق بينها وبين زوجها.

الفقرة هته اعتبرت الملاذ والملجأ المحبذ لقضاة المحاكم وحتى المحكمة العليا لنشر أي شيء في خانة الضرر المعتبر شرعا، ولقد رأينا فيما سبق كيف أن جل قرارات المحكمة العليا تؤسس للتطليق بالضرر المعتبر شرعا رغم توافر القضاة على أسباب أخرى منوه عنها بوضوح في المادة 53.

لكن الملاحظ على هذه الفقرة قبل تعديلها بموجب الأمر 02/05 أن الضرر المعتبر شرعا حصر بشكل جلي في حالات منها:

1-في حالة إقدام الزوج على إعادة الزواج بامرأة ثانية دون علم الزوجة الأولى.

2-في حالة عدم الإنفاق عليها كما هو منوه عنه شرعا.

3-في حالة عدم العدل بمناسبة الزواج بأكثر من واحدة.

فبالنسبة للحالة الأولى، فان المشرع الجزائري اعتبر علم الزوجة الأولى بنية زوجها في الزواج بامرأة ثانية ضروريا وعدم القيام به يشكل غشا ويرخص لها بالمطالبة بالتطليق في حالة عدم رضاها بما أقدم عليه الزوج.[1]

وفي الحالة الثانية، أعاد المشرع الجزائري التذكير بمخاطر عدم النفقة على الزوجة بما هو منوه عنه شرعا وانعدام العدل بين الزوجات في حالة التعدد، إذ اعتبرت هذه الحالة أساسا شرعيا يقوم عليه الضرر ويستوجب معه أحقية الزوجة في المطالبة بالتطليق.[2]

**سابعا: ارتكاب فاحشة مبينة**

يثور التساؤل عن ماهية الفاحشة المبينة المحددة كحالة من الحالات التي يجوز للزوجة طلب التطليق فيها، الواضح انه ليس هناك خلاف كبير في القول ان الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان.

والفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، وإنما تتعداها إلى الجرائم التي اقر لها الشارع الكريم عقوبات محددة ومعينة تسمى (الحدود) وهذه الجرائم هي:

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص.47
[2] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.47

الزنا، القذف، السرقة، السكر، المحاربة والردة والبغي وهي أيضا تسمى بالفواحش والفواحش جمع فاحشة.[1]

فعقوبة جريمة الزنا هو الجلد للبكر والرجم للثيب لقوله تعالى: **[واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم، فإن شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا}[2].**

والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "خذوا عني... خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم".

وعقوبة جريمة القذف الجلد ثمانون جلدة، لقوله تعالى: **[والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وأولئك هم الفاسقون}[3].**

وعقوبة السرقة قطع اليد، لقوله تعالى: **[والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم}[4].**

وعقوبة جريمة السكر ثمانون جلدة.

وعقوبة الردة القتل لقوله صلى الله عليه وسلم: "من بدل دينه فاقتلوه".

وعقوبة المحاربة والفساد في الأرض القتل والصلب او النفي او تقطيع الايدي والارجل من خلاف، لقوله تعالى: **[انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع أيديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الأرض، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الاخرة عذاب عظيم}[5].**

وعقوبة البغي القتل، لقوله تعالى: **[وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا، ان الله يحب المقسطين}[6].**

فكل ما ذكر من جرائم تعد فواحش في نظر الشريعة الإسلامية ووجود فقرة في المادة 53 من قانون الاسرة تؤكد ان الزوج إذا اتى فاحشة من الفواحش جاز للزوجة طلب التطليق.

---

[1] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص.47.
[2] سورة النساء، الآية 15.
[3] -سورة النور، الآية 4.
[4] -سورة المائدة، الآية 38.
[5] - سورة المائدة، الآية 32.
[6] - سورة الحجرات، الآية 9.

مصطلح الفاحشة التي جاءت بصيغة النكرة في الفقرة السابعة، لابد من احالتها على الشريعة الإسلامية والتي فصلت في ذلك على النحو المذكور أعلاه، ليظل التساؤل الملح قائما، كيف يمكن التوفيق بين الفقرة الأخيرة في إتيان الفاحشة المبينة والفقرة القائلة بالجريمة الماسة بشرف الاسرة والمفضية لعقوبة طبقا لما هو وارد في قانون العقوبات؟

## المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق بعد التعديل.

سوف نحاول من خلال هذا المطلب الوقوف على الحالات التي اضافها التعديل كأسباب للتطليق في الفرع الأول،أما الفرع الثاني:فسوف نتطرق لإجراءات التقاضي في دعوى التطليق

### الفرع الأول: الحالات التي اضافها التعديل كأسباب للتطليق

ركز قانون الاسرة الجزائري على سبع حالات يمكن للزوجة ان تطلب التطليق بناء على أي حالة منها، وفي ذلك ترشيح للمبدأ القائل بان صورة التطليق هاته انما وجدت للتيسير على الزوجة إذا ما ارادت فك زوجيتها، ولان المسالة لا تتعلق بالحق الأصيل، شرع القانون الحالات السبع المذكورة سابقا لطلب التطليق، ولئن كانت الحالات مؤسسة في معظمها على ما خلص اليه.

فقهاء الإسلام في هذا الموضوع،فإن ما جاء به الأمر 05/ 02 الذي أضاف حالات جديدة والتي امتدت إلى عشر حالات أي بزيادة ثلاث حالات أخرى،ويستنتج من هذا أن المشرع حاول التوسيع على الزوجة من خلال إضافة حالات أخرى جديدة و كذا التخفيف من شروط الخاصة ببعض الحالات في القانون السابق،و الحالات هي:

- ❖ الشقاق المستمر بين الزوجين
- ❖ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
- ❖ كما قام بتوضيح حالة مخالفة الأحكام الواردة في المادة.8 من ق،أ

لقد أعطى القانون والشرع للرجل حق إنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة دون أن يكون مجبرا على تبيان أسباب إقدامه على ذلك كما بينا ذلك عند تطرقنا لموضوع الطلاق التعسفي، وفي نفس الوقت لم يحرما – القانون والشرع- المرأة من حقها في إنهاء هذه العلاقة وذلك كي ترفع عنها ظلم الرجل إذا ما وقع عليها، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة إنهاء العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها وذلك أذا أثبتت سببا من الأسباب الموجبة للتطليق.

وقد عدد المشرع الجزائري الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في المادة 53 من قانون وسنحاول تبيان دور القاضي في التأكد من توافر هذه الأسباب وموضحين مجال سلطته التقديرية في ذلك.

## أولا: التطليق لعدم الإنفاق

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في القفرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة والتي جاء فيها " ... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و 80 من هذا القانون..."

وطبقا لهذا النص فليس للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة، وصيرورة هذا الحكم نهائيا وتكليفه بالوفاء طبقا لإحكام المادة 330 من قانون الإجراءات المدنية.[1]

كما أن هذه المادة اشترطت ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإن كان معسرا وكانت تعلم بذلك فلا يجوز لها طلب التطليق لعدم الإنفاق والسؤال المطروح هنا على من يقع عبء إثبات الإعسار فهل يقع على الزوج أم الزوجة؟

إن الأصل في الإنسان أن ذمته المالية ممتلئة وأن الإعسار هو حالة طارئة وتبعا لذلك فإنه يقع عبء الإثبات على الزوجة أن زوجها أصبح معسرا وعلى الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسرا وكانت الزوجة وقتئذ عالمة بإعساره، والإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن[2] وهنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة.

وتجدر الإشارة هنا أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق، بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها وبحسب مدخولاته وموارد رزقه وذلك ما حددته المادتين 78 و79 من قانون الأسرة وبذلك لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها.[3]

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل القاضي ملزم بالحكم بالتطليق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج؟ أم له سلطة تقديرية في أن يمنح له مهلة لتدبر أموره؟

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة إلا أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء من الشافعية والحنبلية والمالكية يجيزون التفريق لعدم الإنفاق وأن للمرأة حق المطالبة بالتفريق،

---

[1] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، ص48 .

[2]- عمر زودة: المرجع نفسه، ص48.

[3] -عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، مدعمة بالاجتهادات القضائية لسنة 1996، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص.257.

إذا ثبت عسر الزوج وعدم إنفاقه ويطلق عليه فورا عند ثبوت إعساره دون أن يؤجل أو ينظر عند الحنبلية، أما الشافعية والمالكية فقالوا بأنه يؤجل بين شهر وثلاثة أشهر[1].

وفي هذا يرى الدكتور بلحاج العربي أنه على القاضي أن يمهل الزوج مدة مناسبة ولا يطلق عليه زوجته للعسرة، للوهلة الأولى لأن الزوج في هذه الحالة لا يعد ظالما حتى يطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها[2].

فإذا ثبت للقاضي أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وأن الضرر اللاحق بالزوجة ليس جسيما فمن الأفضل في أن يمهله مدة معينة مساعدة له بدلا من أن يحطم حياته الزوجية وما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على الزوجة والأبناء، أما إذا كان الضرر الذي أصاب الزوجة من جراء عدم الإنفاق جسيما وأحوال الزوج المادية لا تنبئ بتحسنها في القريب فما عليه إلا الحكم بتطليق الزوجة تفاديا لتضررها أكثر، وهذا وفقا لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية.

## ثانيا: التطليق للعيوب

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في الفقرة الثانية من المادة 53 والتي جاء فيها "....العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج..."

والملاحظة الأولى على هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل أشترط أن تكون هذه العيوب في الزوج وحده دون أن يشترطها في الزوجة، أما الزوج إذا أراد حل عقد الزواج فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون استناده إلى تلك الأسباب، وإذا استند إلى واحد من تلك الأسباب، فإنه يرمي من وراء ذلك إلى نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق.[3]

وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه النقطة برأي الحنفية الذين حصروا العلل الموجبة للتفريق بالرجل دون المرأة.[4]

كما يمكن أن نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هل هي العيوب الجنسية فقط أم أن العيوب الأخرى كالبرص مثلا تكون سببا لطلب التطليق؟

إضافة إلى أنه لم يبين إن كان علم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج مسقط لحقها في طلب التطليق أم لا؟

كما أنه المشرع لم يوضح كيفية إثبات هذه العيوب وهل على القاضي الحكم بالتطليق بمجرد ثبوت العيب أم أنه يمهل الزوج مدة للعلاج؟

---

[1] شمروك محمد، المرجع السابق، ص.19.
[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999، ص277
[3]- عمر زودة، المرجع السابق، ص48.
[4] شمروك محمد، المرجع السابق، ص.19.

للإجابة على كل هذه التساؤلات لا بد علينا من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة و بالرجوع إلى هذه الأحكام وجدنا أن الفقهاء قسموا العيوب التي تعطي الحق في طلب التطليق إلى قسمين:

- علل جنسية تحول دون الاستمتاع، وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي ومثال ذلك:

- **الجب:** وهو قطع الذكر أو إستئصال العضو التناسلي
- **العنة:**هي العجز الرجل عن المباشرة الجنسية أو عن الوطء، وعرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتي معها إتيان النساء.
- **الخصا:** نزع الخصيتين
- **الخصاء**: وهو رض الانثين (الخصيتين) أو قطعهما.
- **البرص**: من الأمراض الجلدية المزمنة، وهو بياض يظهر في الجلد [1]

- وعلل جسدية لا تحول دون الاستمتاع ولا تمنع الدخول ولكنها علل منفرة ضارة تضر صاحبها وغيره كالجنون.

وقد اختلف الفقهاء في عدد العلل التي تسمح للمرأة بالمطالبة بالتطليق حيث قال المالكية أنها ثلاثة عشر وقال الشافعية والحنبلية أنها سبعة أما الحنفية فقالوا أنها علتان فقط وحصروها في الجب والعنة، أما أبن القيم فتوسع إلى أكثر مما ذهب إليه المالكية حيث أن كل عيب ينفر الزوج الآخر ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار.

**يبدو أن المشرع الجزائري تأثر برأي ابن القيم الذي أحسن صنعا عندما ما لم يحدد العيب وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي وهو هل العيب يحول أم لا من تحقيق الهدف من الزواج.**[2]

بالنسبة لعلم المرأة بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج وما إذا كان ذلك مسقط لحقها في طلب التطليق فقد ذهب جمهور الشافعية والحنبلية والمالكية إلى اشتراط ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب قبل العقد حتى يحق لها طلب التطليق ما عدا العنة فإنه يثبت للمرأة حق المطالبة بالتطليق وإن كانت تعلم بعنة الزوج قبل العقد

لكن إذا حدث العيب بعد إبرام عقد الزواج فقد قال الشافعية والحنبلية أن حصول الخيار للعيوب- طلب التطليق- يثبت إن كانت العيوب حادثة قبل العقد أو بعده أما المالكية والحنفية فقالوا أن العلل الحادثة بعد الزواج لا يثبت معها خيار أي لا يجوز للزوجة طلب التطليق إذا ظهرت العلل بعد إبرام عقد الزواج.

ونحن نميل إلى الرأي الذي أخذ به الشافعية والحنبلية لأن وقت حدوث العيب ليس هو أساس طلب التطليق بل أساسه هو الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج وعدم رضا الزوجة بالعيب وتضررها منه،

[1] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية،الطبعة الأولى، 2009،ص.118
[2] بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص.278.

وهو الرأي الذي أخذت به العديد من التشريعات العربية كالمشرع المصري في المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية والمشرع اللبناني في المادة 129 من قانون حقوق العائلة والمشرع الأردني في المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية. [1]

بالنسبة لمسألة إثبات هذه العيوب نرى أنه من الأفضل الاستعانة بأهل الخبرة لا ثبات ذلك إذا لم يكن هناك إقرار من الزوج وهذا ما ذهبت إليه الكثير من التشريعات العربية كقانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 11 وقانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 119. بالنسبة لوقت إصدار القاضي للحكم بالتطليق بعد ثبوت العيب لم يبين لنا المشرع الجزائري ذلك إلا أننا وجدنا قرارا للمحكمة العليا صدر بتاريخ 1984/11/19 قضى بتأجيل الحكم بتطليق الزوجة مدة سنة نظرا لعجز الزوج عن مباشرتها وقد جاء فيه : " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي أستقر على أن تكون الزوجة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية".[2]

من خلال التمعن في هذا القرار يتبين لنا أنه لم يوضح سبب عجز الزواج عن مباشرة زوجته فهل كل العيوب التي تحول دون المباشرة الجنسية نؤجل الحكم فيها لمدة سنة؟ وماذا عن باقي العيوب؟

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، نجد أن الفقهاء فرقوا بين العيب الذي يرجى شفائه والعيب الذي لا يرجى شفاءه فإذا ثبت أن العيب يستحيل شفاءه أو أن شفاءه يستغرق زمنا طويلا فإن القاضي يحكم بالتطليق على الفور، أما إذا ثبت له أن العيب يمكن شفاءه فإنه يؤجل الحكم سنة فإن لم يحصل الشفاء فرق بين الزوجين ومثال ذلك العنة، فإذا أدعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها، أجل مدة سنة فإن لم يحصل الاتصال وأصرت على التطليق يحكم لها القاضي بذلك أما الجب فهو من العلل التي لا يرجى شفائها والقاضي يحكم بالتطليق فورا دون منح الرجل أجل السنة لأنه ميؤوس منه ولا معنى للانتظار[3].

وتجدر الإثارة أن هناك العديد من التشريعات العربية التي نصت على تأخير الحكم بالتطليق مدة سنة في العيوب التي يرجى الشفاء منها وعلى الحكم به فورا في العيوب التي لا يرجى منها شفاء أو الشفاء منها يستغرق زمنا طويلا يتعدى السنة ومثال ذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 120 وقانون حقوق العائلة اللبناني في المادة 122.

## ثالثا: التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

[1] شمروك محمد، المرجع السابق، ص.21

[2] - المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ1989/11/19- ملف رقم 34784 - المجلة القضائية لسنة 1989– العدد الثالث- ص73.

[3] شمروك محمد، المرجع نفسه، ص.21

تطرق المشرع الجزائري إلى الهجر في المضجع كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطليق في الفقرة الثالثة المادة 53 من قانون الأسرة، ويقصد بهذا الهجر أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج أي لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج ويشترط أن يدوم هذا الهجر أكثر من أربعة أشهر وأن يكون عمديا مقصودا لذاته نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره لا شرعا ولا قانونا[1].

وتجدر الإشارة هنا أن الهجر في المضجع المشار إليه في المادة 53 من قانون الأسرة يتفق مع الإيلاء الذي أشرنا إليه عند تطرقنا إلى نشوز الزوج الوارد في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري في بعض النقاط وهي ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر فأكثر وإلحاق الضرر بها، إلا أنه يختلف معه في أن الإيلاء يكون هدفه الإضرار بالزوجة على خلاف الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 الذي لا يشترط فيه توفر نية الأضرار بالزوجة لدى الزوج كما أن الإيلاء يمين أما الهجر في المضجع الوارد في المادة 53 لا يعتبر يمينا[2].

ولا بد أن نشير أن الهجر في المضجع كسبب قانوني من الأسباب التي تمنح للزوجة حق طلب التطليق والذي يشرط أن يكون متعمدا وليس له مبرر شرعي، ليس هو نفسه الهجر الذي ورد في الآية رقم 33 من سورة النساء في قوله تعالى " واللتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع" فهذا الهجر الأخير لا يهدف إلى الإضرار بالزوجة وإنما إلى تأديبها وهو هجر شرعي ولا يعتبر سببا من أسباب التطليق، ويدخل في إطار الحقوق الشرعية للزوج على زوجته، ولا يجوز أن يضار شخص بسبب استعمال حقه الشرعي إلا إذا تعسف في استعماله وتجاوز حدود هذا الحق المقرر له، والقاضي هو الذي يحدد ما إذا كان الهجر شرعيا أم لا وهل تعسف الزوج في استعمال حقه أم لا وفقا لما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

## رابعا: التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

نص المشرع الجزائري أن الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في الفقرة الرابعة المادة 53 من قانون الأسرة.

ومن خلال نص هذه الفقرة يتبين لنا أنه يشترط أن يصدر ضد الزوج حكم قضائي من الجهات القضائية الجزائية وأن يكون هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضى فيه ويكون سببه جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وتحديد المقصود بالجريمة التي فيها مساس

[1]-الدكتور عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص231.
[2]-الدكتور عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص232.

بشرف الأسرة يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ونحن نرى أن المقصود بذلك هو تلك الجرائم الماسة بالآداب العامة[1] والتي يستهجنها المجتمع الجزائري كجريمة الزنا أو هتك العرض أو النصب اوجرائم الخيانة والتحبس وعليه إذا حكم على الزوج في جريمة القتل غير العمدي مثلا فلا يعتبر ذلك سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق.

بالنسبة لاستحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية بسبب هذه الجريمة فالمقصود منه هو أن تؤدي هذه الأخيرة إلى توتر العلاقات بين الزوجين وتنتج عنها خلافات حادة بينهما ومثال ذلك الحكم على الزوج عن جريمة تحريض القصر على الفسق والدعارة مثلا لا محالة تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وتقدير كل هذا يرجع إلى القاضي وعليه أن يعتمد على عادات وتقاليد المجتمع لتحديد مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وتأثيرها على الحياة الزوجية.

## خامسا: التطليق بسبب غياب الزوج

نص المشروع الجزائري على غياب الزوج كسبب من الأسباب التي تبيح للمرأة طلب التطليق في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة والتي اشترطت أن يكون الغياب قد دام أكثر من سنة وأن يكون هذا الغياب بدون عذر ولا نفقة، وعليه حتى يحكم القاضي للزوجة بالتطليق عليها أن تثبت أن غياب زوجها دام أكثر من سنة إبتداءا من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه، وأن يكون هذا الغياب دون عذر شرعي ولا نفقة.

الملاحظة الأولى حول نص هذه الفقرة أن هناك اختلافا بين النص العربي والنص الفرنسي، فالنص العربي اشترط أن يكون الغياب بدون عذر ولا نفقة أي أنه يشترط أن يكون الزوج غاب دون مبرر شرعي ولم يترك نفقة حتى تتمكن الزوجة من المطالبة بالتطليق أما إذا غاب الزوج بدون مبرر لكنه ترك نفقة للزوجة فلا يجوز لها طلب التطليق. [2]

وبالتالي يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق إذا غاب الزوج أكثر من سنة دون مبرر شرعي ولكنه ترك النفقة وعليه فعلى أي من النصين يعتمد القاضي؟ إضافة إلى أن المشرع لم بين المقصود من العذر الشرعي المبرر لغياب الزوج والذي يحول دون تطليق زوجته عليه. بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وجدنا أن المالكية والحنابلة أجازوا التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها، ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب[3] وهذا ما ينطبق مع النص الفرنسي للفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة وعليه فنحن نرى أن النص الفرنسي أقرب إلى الصواب لأنه

[1]- الأستاذ عمر زود، نفس مرجع سابق، ص51.
[2]أما النص الفرنسي اشترط أن يكون الغياب بدون عذر أو نفقة
« …Sans excuse valable ou sans pension d'entretien… »
[3]شمروك محمد، المرجع السابق، ص.23

مطابق لأقوال الفقهاء الذين قالوا بالتفريق للغياب ولأنه حتى لو ترك الزوج لزوجته مالا تنفق منه فإن بعده عنها يجعلها كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة كما أن طول الغياب مناف للإمساك بالمعروف. [1]

بالنسبة للعذر الشرعي المبرر لغياب الزوج والذي يحول دون تطليق زوجته عليه فهو خاضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ما إذا كان هذا العذر شرعيا ومبررا لغيابه أم لا ؟ فغياب الزوج مثلا لمزاولة الدراسة يعتبر مبررا شرعيا أما غيابه لأكثر من سنة في رحلة سياحية فهذا لا يعتبر مبررا شرعيا للغياب وهكذا فالقاضي يحدد مدى شرعية الغياب من عدمه وفقا لمعطيات الملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع.[2]

## سادسا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة

اعتبر المشرع الجزائري أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة والمتعلقة بتعدد الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق وذلك حسب ما ورد في قانون الأسرة الجزائري.

فعدم وجود المبرر الشرعي أو عدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار أحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى أو عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة كلها تعتبر أسبابا تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطليق، فبالنسبة لمسألة عدم العدل بين الزوجات فما على الزوجة إلا أن تثبت أن زوجها لا يعاملها معاملة عادلة مقارنة بالزوجة أو الزوجات الأخريات وللقاضي هنا سلطة تقديرية في تحديد عدل الزوج من عدمه. [3]

أما مسألة عدم وجود المبرر الشرعي فالسؤال الذي يطرح نفسه هل زوال المبرر الشرعي بعد إبرام عقد الزواج الثاني يعد سببا من أسباب التطليق ومثال ذلك أن الزوج تزوج بزوجة ثانية بسبب مرض الزوجة مثلا وبعد الزواج شفيت هذه الأخيرة فهل يحق لها المطالبة بالتطليق؟ نحن نرى أن شرط المبرر الشرعي يشترط وجوده عند إبرام عقد الزواج الثاني وأن المشرع قصد من وراء شرط عدم وجود المبرر الشرعي كسبب من أسباب التطليق الزواج العرفي فإذا تزوج الزوج بزوجة ثانية زواجا مكتمل الأركان والشروط الشرعية دون أن يقوم بتسجيل هذا الزواج وانعدم المبرر الشرعي يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق.[4]

ونفس الأمر بالنسبة لعدم احترام شرط إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها فغالبا ما يكون هذا نتيجة للزواج العرفي أي الزواج الذي تتوفر فيه الأركان والشروط المطلوبة شرعا وقانونا.

---

[1] شمروك محمد، المرجع نفسه، ص.23
[2] شمروك محمد، المرجع نفسه، ص.23
[3] شمروك محمد، المرجع السابق، ص.23
[4] شمروك محمد، المرجع نفسه، ص. 23

كما يمكن أن نتصور عدم احترام هذا الشرط في حالة عدم إخبار إحدى الزوجتين عمدا ونتيجة لطرق احتيالية وتدلسية تمكن الزوج من الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة وتجدر الإشارة هنا أن المادة 8 مكرر من قانون الأسرة تجيز للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وذلك في حالة التدليس. [1]

وأخيرا بالنسبة لشرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة فكل زوجة تزوج زوجها عليها دون ترخيص يجوز لها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف تتمكن الزوجة من إثبات زواج زوجها عليها إذا كان زواجه الثاني زواجا عرفيا لم يثبت بحكم قضائي مع العلم أن المادة 22 من قانون الأسرة نصت أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. [2]

## سابعا: التطليق بسبب ارتكاب فاحشة مبينة

لقد جعل المشرع الجزائري ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق وذالك في نص المادة 53 القفرة السابعة من قانون الأسرة ومن خلال استقراء نص هده الفقرة نجد أن المشرع لم يبين لنا المقصود بالفاحشة المبينة التي يرتكبها الزوج وتكون سببا في طلب زوجته للتطليق.

والمقصود بالفاحشة المبينة هو تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها بالمادة 337 مكرر من قانون العقوبات ولقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في قانون العقوبات ومن ثم فهو في غير حاجة لإعادة ذكر ما يعد فاحشة في قانون الأسرة[3].

وما تجدر الإشارة إليه أن قانون العقوبات الجزائري لم يصنف بعض الجرائم أو الأفعال التي تعتبرها الشريعة الإسلامية فواحشا كجريمة الزنا مثلا فهل تعتبر هذه الأفعال سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق؟

المشرع الجزائري قد ذكر الفواحش في المادة 337 مكرر على سبيل الحصر

وبناءا على أحكام المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على ما يلي "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

طبقا لهذا النص فالقاضي ملزم بتطبيق القانون، و لا يمكن له أن يذهب للبحث في الشريعة الإسلامية لتحديد ما يعتبر من الفواحش، فقد تولى قانون العقوبات هذه المسألة[4].

---

[1] شمروك محمد، المرجع نفسه ، ص.24.
[2] شمروك محمد، المرجع نفسه، ص.24.
[3]- الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص51
[4]- الأستاذ عمر زودة، المرجع نفسه، ص55.

وفي حالة ارتكاب الزوج لأي فعل تعتبره الشريعة الإسلامية من بين الفواحش فإنه بإمكانها المطالبة بالتطليق وفقا للفقرة الرابعة أو العاشرة من المادة 53 إذا أثبتت ذلك.

## ثامنا: التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

نص المشرع الجزائري على أن الشقاق المستمر بين الزوجين يعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق، وذالك في الفقرة الثامنة من نص المادة 53 من قانون الأسرة ولقد تناولنا مسألة تعيين الحكمين المنصوص عليها في المادة 56 من قانون الأسرة من خلال ما سبق دراسته في الفصل الأول لهذه الدراسة وقلنا أنه في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر فاشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة 56 هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين المنصوص عليه في الفقرة 08 من المادة 53 من نفس القانون، فإذا كانت الإساءة أو كان الضرر غير معروف المصدر فكل من الزوجين ينسب لصاحبه الضرر فعلى القاضي أن يبذل جهده في استئصال جذور الخلاف فإن لم يفلح يلجأ للتحكيم بين الزوجين فإن لم يجد في التحكيم نفعا يحكم القاضي للزوجة بالتطليق.

وقد صدرت العديد من القرارات عن المحكمة العليا والتي قضت بالتطليق بناءا على استفحال الشقاق بين الزوجين، ومثال ذالك الاجتهاد القضائي الذي صدر بموجب القرار المؤرخ في 1996/09/24 والذي جاء فيه: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا.

ولما كان - في قضية الحال – أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، وطبقوا صحيح القانون"[1].

كما ذهبت المحكمة العليا إلى نفس الاتجاه في اجتهاد قضائي آخر صادر بتاريخ 1999/06/15 جاء فيه" من المستقر عليه قضاءا أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

[1]- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية– قرار صادر بتاريخ1996/09/24-ملف رقم139353-المجلة القضائية لسنة2001– العدد الثاني- ص66.

ومتى تبين من قضية الحال، أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها للتعويض وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون[1]."

**تاسعا: التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.**

نص المشرع الجزائري على أن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج تعتبر سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق في الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة.

وقد نصت المادة 19 من قانون الأسرة على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، وعليه إذا أخل الزوج بأحد الشروط المتفق عليها فإن ذلك يجيز للزوجة طلب التطليق وما على القاضي إلا أن يراقب تواجد هذا الشرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق وعليه أن يقدر ما إذا كان يتوافق مع أحكام قانون الأسرة فإذا كان مخالفا لها، فالقاضي لا يستجيب لطلب الزوجة وذلك وفقا لنص المادة 35 من قانون الأسرة التي نصت على أنه "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيح"، ومثال الشروط المنافية لقانون الأسرة أن تشترط الزوجة على الزوج مثلا عدم الإنجاب فإذا تأكد القاضي من مخالفة الشروط المتفق عليها وأن هذه الشروط لا تخالف أحكام قانون الأسرة حكم للزوجة بطلب تطليقها تطبيقا لقوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عند شروطهم".[2]

**عاشرا: التطليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا.**

نص المشرع الجزائري على أن كل ضرر معتبر شرعا يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق وذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة وباستقراء نص هذه الفقرة نجد أن عبارة كل ضرر معتبر شرعا عبارة عامة جدا بحيث لم يتقيد المشرع بضرر معين وأن سلطة تقدير القاضي للضرر في هذا المجال سلطة تقديرية وموضوعية

[1]- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ1999/06/15- ملف رقم224655 – الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص سنة 2001- ص129.

[2] شمروك محمد، المرجع السابق، ص.25

مطلقة ولا يقيدها أي قيد ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا[1]. ونحن نرى أن المشرع الجزائري فعلا حسنا في ذالك لأن ما يعتبر ضررا لزوجة ما قد لا يكون كذالك بالنسبة لأخرى وأن الضرر المعتبر شرعا في زمن معين ولدى جماعة معينة قد لا يكون كذالك بالنسبة إلى زمن آخر أو جماعة أخرى، ويمكن أن نضرب أمثلة للضر المعتبر شرعا من خلال بعض قرارات المحكمة العليا.[2]

في القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 اعتبرت المحكمة العليا أن بقاء الزوجة مدة طويلة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة المطالبة بالتطليق[3] .

كما أن تماطل الزوج في إرجاع زوجته لبيت الزوجية ووقوفه موقف سلبي يعتبر ضررا شرعيا يجيز للزوجة طلب التطليق وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1988/09/26.[4]

كما أن ضرب الزوج للزوجة ضربا مبرحا يعتبر كذالك سببا من أسباب التطليق وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها القضائي الصادر بتاريخ 2000/06/20 [5] وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه لا يشترط صدور حكم جزائي لإثبات الضرب وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2001/01/23 [6]، كما أن تقديم شهادة طبية وحدها غير كاف لإثبات الضرب الواقع على الزوجة من طرف الزوج، وهذا ما ذهبت إليه نفس الجهة القضائية في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/02.[7]

---

[1]- الدكتور عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص236.

[2]شمروك محمد، المرجع نفسه ، ص.25

[3]- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية– قرار صادر بتاريخ1991/02/20- ملف رقم75588- المجلة القضائية لسنة1993-العدد الرابع- ص78.

[4]- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ1988/01/26 ملف رقم50519 - المجلة القضائية لسنة1992– العدد الثاني- ص48.

[5]- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ2000/06/20- ملف رقم245159 –الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية– عدد خاص سنة 2001- ص259.

[6]المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ2001/01/23- ملف رقم258555 - المجلة القضائية لسنة2004- العدد الثاني- ص417.

[7]- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ1989/01/02- ملف رقم52278 - المجلة القضائية لسنة 1991- العدد الرابع- ص95

ومما هو جدير بالذكر في هذا المقام أن القانون لم يحدد معيارا للتمييز بين ما إذا كان الفعل الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا لها أم لا. ونحن نرى أن المعيار المعتمد هو المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات والظروف الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوج لأننا كما أشرنا ما يعتبر ضارا لزوجة قد لا يكون كذالك لزوجة أخرى وقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ومثال ذالك القرار الصادر بتاريخ 1999/05/18[1].

## الفرع الثاني:إجراءات التقاضي في دعوى التطليق

### أولا:السلطة التقديرية للقاضي في نظر توفر أسباب المادة 53 ق

و التطليق تضمنته المادة 451 من قانون الإجراءات المدني والإدارية التي تحيل على أحكام قانون الأسرة فيما يتعلق بتأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق، حيث يبرز دور القاضي في التأكد من توافر أحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، وذلك بإثباتها من طرف المدعية وبناءا على هذا النص فتح المشرع الباب للقاضي و أوسع من سلطته التقديرية، حيث أصبح له أن يكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق،[2]

وأضرب مثلا على ذلك حالة ما إذا تقدمت الزوجة بطلب التطليق لكن لم تثبت أحد الأسباب الواردة بالمادة 53 من قانون الأسرة، ويظهر عليها أنها متضررة أو تثبت سبب ولكن تدعي سبب آخر فإذا ارتأى القاضي ما يثبت بالملف أحد الأسباب الواردة في المادة 53 **فيكيف طلبها على تلك الواقعة** كأن تدعي الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ولا يقدم في الملف ما يثبته، وإنما تقدم حكم قضائي قضى بإلزام الزوج بالنفقة عليها، هنا يتأكد القاضي من عدم تنفيذ الزوج لهذا الإلزام، فإذا تبين له ذلك حكم لها بالتطليق -بعد محاولة الصلح- على أساس عدم الإنفاق طبقا لنص المادة 53- 1[3]

وليس على أساس الهجر في المضجع هذا من جهة، ومن جهة أخرى للقاضي في إطار التأكد من الأسباب التي تدعيها الزوجة وإنصافا لها، أجاز له القانون اللجوء إلى **الأمر بالتحقيق**، ومثاله إدعاء الزوجة

---

[1]- المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية – قرار صادر بتاريخ 1999/05/18 - ملف رقم- 222134- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية– عدد خاص سنة 2001- ص126.

[2]بوشيبان خديجة،المرجع السابق،ص.7

[3]قانون رقم. 11/84،المتمم بالأمر رقم 02/05، المتضمن قانون الأسرة

غياب الزوج بعد سنة دون عذر ولا نفقة، ويكون التحقيق بسماع الشهود أو إحالة الأمر إلى النيابة باعتبارها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة طبقا لنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة.

للقاضي كذلك **الأمر بخبرة طبية لإثبات مثلا أحد العيوب** التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أو **الانتقال إلى المعاينة**، وهنا نتساءل عن الحالة التي يمكن للقاضي[1]

## الفرع الثالث: معاينة وتكييف القاضي للأسباب المدعمة لطلب التطليق

أولا:المادة (451) : يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة.

ويفصل في مدى تأسيس الطلب، آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها.

يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبر طبية أو الانتقال للمعينة.

يتعين على القاضي تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية.

يعاين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا أحكام قانون الأسرة.[2]

**المادة451:**

الفقرة الأولى من النص، جاءت على صيغة الوجوب، فقرت 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 ، بناء على التكييف المتوصل إليه ، مراعيا في ذلك الظروف و الملابسات 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 الصلة، سيما ما تعلق بالخبرة، أو التحقيق أو الانتقال للمعاينة.

[1] بوشيبان خديجة،المرجع السابق،ص.7

[2] سائح سنقوقة، المرجع السابق ص.622.

- فيما الفقرة الرابعة ، فألزمت القاضي بضرورة تسبيب الأمر الرامي إلى إجراء الخبرة الطبية ، بغض النظر عن كونها عقلية أم عضوية.

1- الفقرة الثانية من النص ، لا تصلح بأن تكون كذلك ، وكان بالمكان اعتبارها جزء من الفقرة الأولى ، كونها مرتبطة تماما بها ، بل وقد اجتثت منها دون مبرر.

2- مضمون الفقرة الثالثة من النص ، تعتبر تكرارا لكذا مادة ، سبق و أن أشارت إلى ذلك وكان بالإمكان عدم التطرق إليه أصلا ، أو على الأقل تتم الإحالة إليها لا غير.[1]

ذلك أن مثل هذا التكرار قد تسبب في حشو المادة القانونية من جهة ، وإضفاء شيء من الملل عليها.

3- أن هذا النص ، جاء تحت عنوان الطلاق ، والحال أكثر من ذلك تماما ، فهو يتناول أكثر من موضوع مما يعني بفك الرابطة الزوجية.

فلم يحدد بعض المعالم التي يمكن الاستنارة بها لمعرفة المقصد الأولى منه ، أهو الطلاق أم التطليق أم الخلع ؟ و الحال أنه يعني أكثر من موضوع ، بحيث يتعين عنونة كل موضوع بمفرده، بمعنى كان على المشرع وضع عنوان خاص لكل موضوع مما سبق ذكره[2] ، وذلك أن الطلاق ، غير التطليق ، وغير الخلع ، كما أن لكل من هذه التسميات أحكامه الخاصة و إجراءاته.

- فالطلاق كما هو معروف :
- إما أن يتبناه الزوج ، مستعملا عصمته في ذلك.
- أو بناء على اتفاق الزوجين تراضيا فيما بينهما.
- أما التطليق، والخلع فتتبناهما الزوجة، بتوافر سبب أو أكثر مما حدده الشريعة الإسلامية والقانون ، وهو ما قررته أحكام المادتين (53-54) من قانون الأسرة.

ومن ثم فإن عدم الفصل بين هذه المواضيع من شأنه أن يضفي بعضا من الغموض على مقصد النص منذ الوهلة الأولى.

**الأشخاص التي تكلمت عنهم المادة:**

[1] سائح سنقوقة، المرجع نفسه، ص.624

[2] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص624.

تشمل القاضي دون غيره ، الذي عليه القيام بما يلي:

- دراسة وقائع النزاع بكل تمعن ، حتى يتمكن من الوقوف على التكييف الصحيح لها ومن ثم معرفة الدواعي الحقيقة لطلب التطليق ، طبعا بالاستناد إلى أحكام قانون الأسرة.
- أن يفصل في مدى كون الطلب مؤسسا أم لا [1]، مع مراعاة الظروف التي قدم الطلب أثناءها، بمعنى قد تكون الظروف التي قدم الطلب خلالها ، قد زالت أو تغيرت و قد تكون لا زالت على حالها ، ذلك أن البعض من الزوجات كثيرا ما تتخذ من الأسباب والظروف الظرفية المحيطة بها سندا لرفع دعوى التطليق ، غير أن مثل هذه الدواعي قد تتغير بين عشية و ضحاها ، ومن ثم لابد من أخذها بعين الاعتبار.[2]
- للقاضي أن يتخذ ما يراه مناسبا من التدابير لصالح الأسرة ككل ، لاسيما ما تعلق منها بالانتقال للمعاينة ، و الأمر بإجراء التحقيق ، وكذا تعيين الخبراء.
- على القاضي تسبيب الأمر إلى انتداب خبير طبي ، بغض النظر عن موضوع الخبرة فقد تكون عقلية أو عضوية حسب الحالة.
- تفحص وقائع النزاع و التمعن فيها بكل عناية ، حتى يتمكن من الوقوف على التكييف الصحيح لها ، ومن ثم معرفة الدواعي الحقيقية لطلب الخلع المقدم من قبل الزوجة طبعا بالاستناد إلى أحكام قانون الأسرة.
- بما أن التطليق مقيد بمدى توفر أحد الأسباب الواردة على سبيل المثال الحصر في المادتين 2 مكرر و 53 من قانون الأسرة و لا يجوز التوسع فيها ، لذا يجب على القاضي :
- 1 – أن يتأكد ابتداء من توفير تلك الأسباب
- 2 – ثم التمسك الزوجة بفك الرابطة الزوجية بناء على تلك الأسباب .
- يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة. ويتعين عل القاضي تسبيب الإجراء المأمور به تعلق بخبرة طبية. كما يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمدة عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة لاسيما المادة 54 منه.

[1] سائح سنقوقة، المرجع نفسه، ص624.
[2] سائح سنقوقة، المرجع نفسه، ص.625.

## المبحث الثاني: الخلع كصورة رابعة من صور فك الرابطة الزوجية

يعتبر نظام المخالعة طلاقاً خالصاً، كل ما في الأمر أنَّه أُثير ببذل المال من قِبل الزوجة، أو رغبةً في الحصول عليه من قِبل الزوج ، أو هو حقٌ للزوجة يستأثر القاضي بإعماله [1] ولقد حاولنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول كان بعنوان: مفهوم الخلع أما المطلب الثاني تناولنا فيه: الأعمال القضائية المتعلقة بمسائل الخلع

## المطلب الأول: مفهوم الخلع

من الطرق المقررة شرعاً لفكِّ عرى النِّكاح، نظام المخالعة الذي يميل الكثيرون إلى القول باعتباره طلاقاً خالصاً، كل ما في الأمر أنَّه أُثير ببذل المال من قِبل الزوجة أو رغبةً في الحصول عليه من قِبل الزوج، وبالتالي ليس ثمَّة ما يحيد به عن أصله المعتبر شرعاً من حيث كونه معقودٌ بيد الزوج بوصفه فرقةً للزواج، مع مراعاة خصوصيته كاتفاق يستوجب قبول الزوجة، في المقابل يرى آخرون ألاَّ سلطان للزوج في إيقاع الخلع، بل هو حقٌ للزوجة يستأثر القاضي بإعماله.وسوف نعالج هذا الموضوع في فرعين التاليين:الأول معنى الخلع أما الفرع الثاني: شروط الخلع وكذا تكييفه الفقهي.

### الفرع الأول: معنى الخلع

بيان المقصود بالخلع يستلزم الوقوف على دلالته اللغوية (أولاً)، ومن رحم المعنى اللغوي يولد عادةً، التعريف الإصطلاحي (ثانياً).

**أولاً: تعريف الخلع لغةً**

حين يطلق لفظ الخلع في اللغة فإنَّه ينصرف للتعبير عن عدة معانٍ، إمَّا حقيقةً (أ) وإمَّا من باب المجاز (ب).

**1 معنى لفظ الخلع حقيقةً:** الخلع بالفتح، مصدر قياسي لفعل خَلَعَ، وينصرف للتعبير حقيقةً عن النزع والإزالة[2]، كأن يقال: خَلَعَ المحارب درعه وخَلَعَ الرجل ثوبه وخَلَعَ نعله وضرسه، وانخلع حياؤها حين خَلَعَت حجابها، ونحو ذلك مما يصلح أن يكون بطبيعته محلاً للنزع.

روي عن النبيε أنه قال: " إِذَا انْتَعَلَ أَحَدُكُمْ، فَلْيَنْتَعِلْ بِالْيَمِينِ، وَإِذَا خَلَعَهَا، فَلْيَبْدَأْ بِالشِّمَالِ، أَوْ لِيَخْلَعْهُمَا أَوْ لِيَنْعَلْهُمَا جَمِيعًا."[3].

---

[1] هيشور أحمد، المرجع السابق، ص. 14

[2] هيشور أحمد، المرجع نفسه،ص16

[3] هيشور أحمد، المرجع نفسه ، ص17

**2 معنى لفظ الخلع مجازاً:** كثيراً ما تستعمل كلمة الخلع للدلالة عن أحوالٍ جمَّة من باب المجاز، غير أنها تظل وفيةً لمعناها الأصلي المتمثل في النزع انتهاءً، ومن هذا انصرافها للتعبير عن الفصل والعزل من المنصب والولاية[1]

**ثانياً: تعريف الخلع اصطلاحاً**

هو فراق الرجل زوجته في نظير عوض و حكمه الجواز لقوله تعالى:[فلا جناح عليهما فيما افتدت به.}[2]

**و من السنة:** عن أبي عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابث ابن قيس أتت عن النبيε فقالت:يا رسول الله،ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ودين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول اللهε:"أتردين عليه حديقته"،فقالت،نعم، فقال رسول اللهε:"أقبل الحديقة و طلقها تطليقة" وفي رواية أمره بطلاقها وهذا أول خلع في الإسلام[3]

ومعنى قولها: أكره الكفر في الإسلام، أي أكره الإقامة عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر و المراد ما يضاد الإسلام من النشوز وبغض الزوج و نحوه[4]

أن اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن تعريف الخلع لا يعدو أن يكون تبايناً لفظياً في كثير من الأحيان، ومع ذلك انطوت هذه التعاريف على بعض الاختلاف في المعنى، حيث عرَّفه بعض الحنفية بإزالة ملك النكاح، وهو تعريف جامعٌ غير مانعٍ تنضوي تحته صور جمَّة من فرق النكاح، وعرَّفه بعضهم، بكونه أخذ الزوج للمال نظير ملكً النكاح، وهذا بدوره تحديدٌ ناقص لمغايرته المعنى اللغوي من كل وجه، لأن الأصل يقتضي اتحاد جنس المفهومين، على أن يزاد في الشرعي منهما قيد لإخراج الأول من نطاقه، كما أنه شامل للطلاق على مال، وليس مساوياً له في جميع أحكامه عند الأحناف لاستقلال الخلع بإسقاط الحقوق وإن اشتركا في البينونة، ويرد عليه أيضا فيما إذا جاء عارياً عن البدل كما سنذكره في مواضعه.[5]

هذا وعرفه جل المالكية بكونه طلاق بعوض، فقولهم طلاق، شمل الطلاق بأنواعه، صريحه وكنايته ظاهرةً، أو خفيةً إذا لابستها نيته، ومن ثمة لا يصح الخلع إلا حيث يصح الطلاق، فإذا ورد على هذا النحو وسيق معه المال، كان موجباً للبينونة ولزوم العوض في ذمة الزوجة، فخرج به كل طلاقٍ بلا عوض.

**وعرفه بعضهم** بأنه عقد معاوضة على البضع تملك به الزوجة نفسها ويملك الزوج به العوض ملكاً تاماً لا يفتقر إلى حيازة.[6]

---

[1] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص19

[2] البقرة، الآية، 229

[3] طاهري حسين، المرجع السابق، ص.131

[4] طاهري حسين، المرجع نفسه، ص.131

[5] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص. 23

[6] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص. 24

**أما عند الشافعية:**

من جهتهم عرفه الشافعية بوصفه فرقة بعوضٍ بلفظ طلاقٍ أو خلعٍ.[1]

هذا وذهب الحنابلة إلى القول بكونه فراقُ الزوج لزوجتِه بعوضٍ يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة، وحاصل هذا التعريف أن الخلع عندهم لا يكون إلا بعوض فإذا تم دونه، وقع به طلاقٌ رجعي إذا نوى الزوج ذلك، فإن لم ينوه، عد تصرفه ضرباً من أضرب اللغو، كما أن للخلع في مذهبهم ألفاظ خاصة لا يتم إلا بها، ومن ثمة يتجلى اعتبارهم للتفرقة بين الخلع والطلاق على مال كما هو الشأن بالنسبة للحنفية.[2]

في المقابل عرفه الظاهرية باعتباره افتداء إذا كرهت الزوجة زوجها فخافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، ويتضح من هذا التعريف جنوح الظاهرية إلى استخدام لفظ الافتداء[3]

ورغم كل ما سقناه من الاحتياطات والحدود التي سنها الشارع الحكيم لدوام النكاح، قد ينفرط عقده كما سبق وأن قلنا، فكان من باب الرحمة أن يساير الإسلام الواقع معالجاً أحوال الفطرة، متفاعلا مع ظروف كل زيجة إذا خرجت عن حدود الله، بالوسائل التي أقرها لمصلحة الزوج أو الزوجة، ومن ذلك نظام المخالعة، تحصيلاً للفكاك وإنهاءً للنكاح، فتشريع الخلع إذن، يستهدف توقي تعدي حدود الله التي حدها للزوجين، من حسن المعاشرة وقيام كل منهما بما عليه من حقوق تجاه صاحبه.[4]

فالخلع شرع لإزالة الضرر عن المرأة، وأنه معقودٌ لمصلحتها وبإثارة منها على الوجه الذي لا يملك فيه الزوج رجعةً عليها، لكن يتعين عليها والحالة هذه بذل المال إذا اتجهت إليه إرادتها لأنها أتت على نكاح استحقت بمقتضاه الصداق وأنفق الزوج لإتمامه مالاً كثيراً، فمن العدل أن تلزم اتفاقاً برده أوًرد بعضه، حتى لا يجتمع على بعلها خسارة أهله وماله مرةً واحدة.[5]

---

[1] هيشور أحمد، المرجع السابق ، ص.26

[2] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص27

[3] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص.27.

[4] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص.40.

[5] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص.41/40 .

## ثالثا: صيغ الخلع

أن يقول الرجل لزوجته: "خالعتك على ألف دينار مثلا"، فتقول هي: "قبلت ذلك"
لابد أن تكون الفرقة بلفظ الخلع لا بلفظ الطلاق و إلا كان طلاقا لا خلعا.
و أن تكون الفرقة في مقابل عوض تلتزم به المرأة لإنهاء الحياة الزوجية وتعويض الزوج عما يلحقه من نفقات أن يكون العوض عينيا وهو كل مال متقوم ويكون منفعة.[1]
ويرى المالكية: أن الخلع بدون عوض يكون طلاقا بائنا وروى أشهب عن مالك أنه يكون طلاقا رجعيا[2]

## رابعا: مشروعيته

الخلع جائز لابأس به عند أكثر العلماء، لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين.
فقد تبغض الزوجة زوجها و تكره العيش معه لأسباب جسدية خلقية أو دينية أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك.وتخشى أن لا تؤدي حق الله في طاعته،فشرع لها الإسلام الخلع لدفع الحرج عن نفسها ورفع الضرر عنها ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها لتخلص من زوجها، وتعوضه عن ما أنفقه في سبيل الزواج بها.
و لقد دل الكتاب و السنة على مشروعيته.[3]

## الفرع الثاني: شروط الخلع وكذا تكييفه الفقهي

يراد بالشرط في الاصطلاح الشرعي، كل أمر يتوقف عليه وجود الشيء وإن كان خارجاً عن ماهيته، فإذا نحن أسقطنا هذا التعريف بشقيه على الخلع، أمكننا فرز الشروط التي ينبني عليها هذا العقد، دون أن تكون جزءاً من حقيقته، وهي على التوالي شروط انعقاد تفيد ارتباط أجزاء الإيجاب والقبول وشروط صحة وإن كانت منتجةً في صحة العقد.[4]

## أولا: شروط الانعقاد تتضمن:

شروط الصيغة، شروط الصحة، وشروط متعلقة بمحل العقد

### 1- شروط الصيغة

- اتحاد مجلس العقد
- عدم مخالفة القبول للإيجاب
- وألا تكون صيغة الخلع موصوفةً[5]

### 2- شروط الصحة

[1] طاهري حسين، المرجع السابق،ص.132.
[2] هيشور أحمد، المرجع السابق،ص. 132.
[3] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الجزائر،الطبعة الأولى،2007 ص.266/ 267
[4] هيشور أحمد، المرجع نفسه ، ص.213.
[5] هيشور أحمد، المرجع نفسه ، ص.213

معنى صحة الخلع، أن يكون صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه، ولكي يكون صحيحاً بعد انعقاده يتعين توفر أمرين إثنين حتى يصح ذلك و هما:

- أن يتم على عوض معلوم شرعاً
- أن تقوم البينة على وقوعه.[1]

## 3- شروط متعلقة بمحل العقد

يتعين لتحقق الصيغة، توافر شروط متعلقة بمحل العقد قوامها أمرين إثنين:

- أن يكون البضع مملوكاً للزوج.
- وأن تكون مخالعة الزوجة إبان طهر لم يمسسها الزوج فيه. [2]

## 4- مقدار العوض

اختلف الفقهاء في مقدار ما يجوز للمرأة أن تخالع به نفسها من زوجها من البدل على مذهبين، حيث ذهب الفريق الأول إلى القول بجواز افتداء الزوجة نفسها بما ترضيا عليه، قل مقداره عما أصدقها أو زاد، لأن بدل الخلع مثله مثل سائر الأعواض في المعاملات مبني على رضا المتعاقدين، وبالتالي لا اعتبار لحدٍ معينٍ طالما كان مناط تصرفها ما طابت به نفسها[3].

أو عن طريق اللجوء إلى القضاء-المذهب الثاني- في حال لم يتفقا على مقدار المقابل المالي للخلع، فالمشرع أعطى، قدراً واسعاً من السلطة التقديرية، يتوجب معه على القاضي مراعاة جملةٍ من الاستدلالات عند تعيينه، لأن مهر المثل الذي يعتبر حداً أقصى له، لا يعين بدوره إلا بالاحتكام إلى الصداق المستحق لمن يماثل المختلعة - من جهة أبيها وقت صدور الحكم بالخلع - في السن والجمال والمال والعقل والبلد والدين، مع استئناس القاضي في ذلك كله بمبلغ الصداق الذي أداه الزوج فعلاً، وأعراف كل منطقةٍ بشأنه، وما عمَّره الزواج، وحالة الزوجة المادية باعتبارها الطرف المطالب بالوفاء.وفي
الأخير وبناء على هذه المعطيات يحكم القاضي بمقدار المقابل المالي الذي تدفعه المرأة لزوجها.[4]

## 5- أنواع الخلع

الخلع شرعا له نوعان :

---

[1] هيشور أحمد، المرجع السابق، ص.253

[2] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص.248

[3] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص.254

[4] أنظر المادة 54من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

**النوع الأول** : وهو الغالب : الطلاق في نظير عوض للزوج من الزوجة ، أو من غيرها، كولي أو غيره ، وسواء قل العوض أو كثر ، لو زاد العوض على الصداق بأضعاف ، والدليل على جواز الزيادة على الصداق :

أ- قوله تعالى : [ ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ . [1]

***النوع الثاني :***

ما وقع بلفظ الخلع ، ولو لم يكن في نظير الشيء ، كأن يقول الزوج لزوجته خالعتك، أو أنت مخالعة ، ودليل صحة وقوعه خلعا إذ قصد إيقاعه بغير عوض .

## 6- أثر الخلع

يقع الخلع بنوعيه طلاقا بائنا، أي لا رجعة للزوج فيه، فحقيقة الشرعية حينئذ الطلاق. فالطلاق حنس يشمل الخلع وغيره من أقسام الطلاق، فالطلاق جنس يشمل الخلع وغيره من اقسام الطلاق، ويترتب عليه احكام الطلاق البائن وليس الخلع فسخا، والدليل :

قصة إمراة ثابت بن قيس - سنوردها لاحقا -.

لوازم البينونة : يلزمها أمران :

1- **سقوط النفقة أيام العدة:** ودليل ذلك : القياس على المبتوتة، لأن طلاقها بائن .
2- **سقوط الميراث:** إلا ان المخالع يجوز له دون غيره أن ينكح المختلعة في العدة، لأن الماء ماؤه والعدة منه ، ولان المنع من النكاح في العدة معلل وليس تعبديا . [2]

[1] القرآن الكريم ، سورة البقرة ، الآية 229 .
[2] حبيب بن طاهر، الفقه المالكي وادلته، الجزء الرابع، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان ، ط1 ، سنة 2002 ، ص . 12، 13 .

## ثانيا : التكييف الفقهي للخلع :

### 1- اعتباره يمينا أم معارضة :

عرف الفقهاء الطلاق على انه يمين ، سواء أوقعه الزوج أو الزوجة ، فهل الطلاق الذي يشترك فيه الزوجان ولا يتم إلا بإرادتهما مجتمعة يعتبر يمينا منهما أم مختلف كل منهما عن الآخر ؟

الأحناف يرون أن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج، لأن الزوج الذي يقول لزوجته: " خالعتك على مائة دينار" يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع مائة دينار وكأنه قال لها " إن دفعت لي مائة دينار خالعتك "، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج .

أما بالنسبة للزوجة فيعتبر معاوضة ، لأنها بقبولها دفع مبلغ مالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج ، مقابل افتداء نفسها من قيود الزوجية وكأنها قالت له ( رضيت أن أشتري عصمتي منك بهذا البدل ) . [1]

ويضيف نفس الرأي أن هذه المعاوضة ليست كباقي المعاوضات، فهي ليست معاوضة خالصة ، لأن المعاوضات الخالصة يكون البدل فيها مالا أو شيئا يقوم بالمال ولكن ما يقابل بدل المرأة ليس إلا خلاصا لنفسها وهو ليس بمال ولا في حكم المال .

و يذهب جانب من الفقه وفي مقدمتهم الظاهرية إلى اعتبار الخلع ليس بعقد بين الزوجبن من أجل تقرير مصير الزوجة بخلعها من عدمه ، بل هوحق أصيل للزوجة يحق لها اللجوء إليه متى شاءت وأنى أرادت ، إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة الزوجية رفقة زوجها يعد ضربا من المحال ، وهي بذلك لا تحتاج إلى مجلس عقد ولا إلى إيجاب الزوج في مخالعتها ، وعليه فالقول بأن الخلع عقد بين الزوج والزوجة مستبعد من طرف هذا الرأي .[2]

### 2-اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا :

اختلف الفقهاء أيضا حول اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا .

فالذين قالوا أنه فسخ ومنهم أحمد وداود وابن عباس وعثمان وهم صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم استندوا إلى قوله تعالى : **[الطلاق مَرَّتَانِ}** ثم بعد ذلك ذكر الافتداء إذ قال :

**[ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ}** [3] مكونان الافتداء طلاقا لازداد عدد الطلقات على ثلاث .

وفي نفس الصدد، ذكر الامام ابن القيم الجوزية بقوله: والذي يدل على انه ليس بطلاق، أنه سبحانه وتعالى رتب الطلاق بعد الدخول الذي لا يستوفي عدده ثلاثة أحكام كلها منتفية على الخلع ويعد فسخا لانه محسوب بين الثلاث ، فلا تحل بعد استيفاء العدد بعد دخول الزوج

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص.67
[2] باديس ذيابي، المرجع نفسه،ص.68
[3] - القرآن الكريم ، سورة البقرة ، الآية .230 .

وإصابته، كما ان العدة فيه ثلاثة قروء )، ويضيف ابن القيم قوله: (ومن نظر إلى حقائق العقود مقاصدها دون ألفاظها يعد الخلع فسخا بأي لفظ كان حتى بلفظ الطلاق ) . [1]

ومما يدل ( حسب الرأي دائما ) على أن الخلع فسخ ، هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليقه ، ومع هذا أمرها ان تعتد بحيضة.

أما الذين قالوا أن الخلع طلاق ، فإنه روى عن عثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين أي الخلع يعد طلاقا وفي ذلك قال ابو حنيفة ومالك والشافعي وهذا الحكم مؤكد سواء كان خلع على مال أم كان بغير ذلك لأن الله شرع الخلع كي تملك الزوجة نفسها ، وهذا ما يتنافى مع الطلاق الرجعي ، ومتى اعتبر الخلع طلاقا احتسب من عدد الطلقات وأدلة الخلع على أنه طلاق . [2]

1- حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "ردي عليه حديقته"، ومفهوم الرد المفارقة والتخلية ولا يقع إلا بالطلاق .
2- ما حدث به الباقي بن مانع قال : حدثنا احمد بن الحسن عبد الجبار، قال حدثنا ابو همام قال : حدثنا الوليد عن ابي سعيد قال سمعت رفقة أبي عبد الرحمان قال سمعت سعيد بن المسيب قال : ( جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة).

وثمرة هذا الخلاف تظهر في الاعتداد بالطلاق ، فمن رأى أنه طلاق احتسبه طلقه بائنة، ومن رأى انه فسخ لم يحتسبه، فمن طلق امراته طلقتين ثم خالعها ثم أراد أن يتزوجها فله ذلك وإن لم تنكح زوجا غيره ، لأنه ليس غير تطليقتين والخلع لغو . ومن أجل الخلع طلاقا قال لم يجز له ان يراجعها حتى تنكح زوجا غيره، لأنه بالخلع كملت الطلاقات الثلاث .

## 3-رؤية المشرع الجزائري من المسألتين :

عرف المشرع الجزائري مرحلتين في تحديد رؤيته بشأن الخلع كيمين أم معاوضة ففي قانون 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسالة التكييف الفقهي للخلع في كونه عقد يتعين على الزوج اليمين، وعلى الزوجة المعاوضة كما أورده الفقهاء في كون الخلع يعد يمينا من جانب الزوج، لأنه يرتبط بالطلاق ويعد معاوضة من جانب الزوجة لأن المسالة متعلقة بالتعويض، حيث اكتفى في المادة 54 من قانون الأسرة بالقول " انه يجوز للزوجة مخالعة نفسها من من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه .... " ، مما جعل شراح القانون المتبنين لرأي ألا خلع بدون إرادة الزوج حاولوا شرح المادة 54 على

[1] - باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة ، دار الهدى – عين مليلة – الجزائر ، طبعة 2012 ، ص . 69 .
[2] - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ، دار المعارف – مصر ، ص. 282 .

أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنوا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جاب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة .[1]

وفي هذا الصدد يقول الدكتور بلحاج العربي : إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها ، فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا " مخالعة " ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال، يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق على طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من رابطة زوجية . [2]

ولعل الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة التكييف كونه اكتفى بالقول أنه في حال النزاع على ما يدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

وقد ساير القضاء الجزائري هذا الاتجاه لسنوات طويلة مثلما سنذكره تفصيلا عند تطرقنا لموقف القضاء الجزائري من هذه المسألة .

لكن الرأي تغير بعدها بتغيير عديد الظروف، وفصل المشرع الجزائري في امر التكييف الفقهي للخلع[3] في التعديل الاخير بموجب الامر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي عدل القانون 11/84 حينما عدلت المادة 54 منه ، ونصت على أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي " .

وفي ذلك تأثير واضح لمذهب الظاهرية في اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يمكن لها اللجوء إليه أنى شاءت إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة الزوجية ضربا من المحال ، وبذلك فلا حاجة لمجلس عقد ولا أي إيجاب الزوجة في مخالعتها ولا أي قبول الزوج . [4]

أما من حيث الخلع فسخ أم طلاق،فإن المشرع الجزائري كان واضحا مند الوهلة الأولى تبنيه الإتجاه القائل: بأن الخلع يعد طلاقا لا فسخا،وذلك من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث تبيان كنه الطلاق و معنى الفسخ،هو الترتيب الذي دعم

[1] باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص . 70 .
[2] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص . 70 .
[3] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص . 71 .
[4] باديس ديابي ، المرجع نفسه، ص .71

هذا الرأي،أما عن الفسخ فنضمه المشرع الجزائري تحت عنون النكاح الفاسد والباطل وذلك من المادة 32 إلى غاية المادة 35 منه.[1]

ولذا نجد ان المادة 54 التي تنص على الخلع كصورة من صور فك الرابطة موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق وهو يؤكد التأثر الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بالخلع طلاقا لا فسخا، على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضياته بينما الأمر يختلف عليه في الخلع ، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الامر بظهور عناصر خارجية وظروف ما خارجة تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق . [2]

و أكد ذلك اجتهاد المحكمة العليا في قرار شهير مؤرخ في 02/05 / 1969.حينما نواه على أنه (لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح).

## المطلب الثاني: الأعمال القضائية المتعلقة بمسائل الخلع

وتتجلى هذه الصورة في أمرين اثنين هما السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الخلع (الفرع الأول) أما الفرع الثاني: النصوص القانونية الخاصة بالخلع.

### الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الخلع

لنظام السلطة التقديرية أهمية قصوى في الوظيفة القضائية، لما بينه وبينها من صلةٍ وطيدة، وباعتباره فعلاً أصيلاً تنبني عليه حركية هذه الوظيفة، ويؤدي إنكاره حتماً إلى إنكار الطابع الإنساني للوظيفة القضائية وكبت العمل القضائي في فعلٍ آليٍ مجردٍ يمكن تصور الاستغناء في كنفه عن القضاة أنفسهم كما ذهب إليه دعاة الحد من استعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية، لأن جوهر الوظيفة القضائية في تقديرهم يجعل من سلطة القاضي - أثناء مباشرته لولاية القضاء -له أداءً مقيداً بغاية العمل القضائي، وليس نظير حالةٍ وجدانيةٍ تعزى في الأساس لنظره وفكره، ناهيك عما يخلفه الإذعان لهذه الآلية من تحكم للقضاة وتضاربٍ في الأحكام، وهي عواملٌ يحيف معها - من وجهة نظرهم - سيف العدالة ويختل بمقتضاها ميزان العدل.

لقد أضحت السلطة التقديرية للقاضي - على الرغم مما نسب إليها من مثالب - إحدى المسلمات المفروضة في مجال العمل القضائي، ويبرز دورها المهم في العديد من المجالات القانونية المختلفة ومجال قانون الأسرة على الخصوص.

ومن بين المجالات الأسرية التي أعطى فيها المشرع القاضي سلطة التقديرية واسعة - بسكوته عن تقنين أحكامها - مسائل فك الرابطة الزوجية سيما من جهة آثارها إما لأنها غير

[1] باديس ديابي، المرجع نفسه ، ص .71
[2] باديس ديابي، المرجع نفسه ، ص .72

قابلةٍ للحسم التشريعي بطبيعتها، أو لاستحالة استيعاب النص القانوني لجميع ما يتعلق بها من أحكامٍ بفعل كثافتها وتشعبها، أو بداعي ما يطرأ عليها من مستجدات، فآل الأمر وجوباً للقاضي بما أُعطي من دورٍ ايجابيٍ وبما له من سلطة الاجتهاد والتقدير الموضوعي في إسقاط الحكم القانوني والشرعي عليها بمناسبة التصدي لها.

إلا أن المشرع - ومن وجهة نظر البعض - جرد القاضي من هذه السلطة قصداً في فرقة الخلع حين نص في الفقرة الأولى من المادة (54) من قانون الأسرة على أنه: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابلٍ مالي.»، وفيه غلٌ ليد القاضي والتنائي به كليةً عن أية سلطة تقديرية، وإلزامه التصريح بالفرقة متى اتجهت إليها إرادة الزوجة وإن أحجمت عن ذكر الأسباب التي دفعتها لالتماس الفكاك، بل لا يسوغ له - حتى ولو ثبت أنها متعسفةٌ في استعمال حقها، وأقرت أمامه بذلك - رفض طلبها أو تقرير مسؤوليتها إلى جانب قضائه بالخلع، وبالتالي يكون المشرع بتدخله هذا، قد قيد من سلطة المحكمة - بمناسبة قيامها بمهمتها الأصلية في تمحيص المنازعات وحسمها - بكف يدها عن مباشرة ما تجريه من تحقيقٍ بنفسها تقصياً للحقيقة الموضوعية، وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، حاجباً القاضي بذلك عن الوصول إلى الحقيقة، وجعله مجرد موثقٍ لإرادة الزوجة ومبتغاها[1].

ولما كانت سلطة القاضي التقديرية هي جوهر الوظيفة القضائية، فإن إلغاء هذه السلطة ينطوي على تدخلٍ حادٍ في شؤونها، نائياً بالمحاكمة عن ضوابطها المنصفة بالمخالفة لأحكام الدستور، لأن اختصاص السلطة التشريعية سن القوانين لا يخولها البتة التدخل في أعمالٍ أسندها الدستور إلى السلطة القضائية وقصرها عليها، وإلا كان هذا افتئاتاً على عملها، وإخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطتين.

هذا ولما كان اختصاص السلطة القضائية بالفصل في المنازعات المطروحة عليها يقتضي أن تباشر في شأنها كل الحقوق التي يمكن ربطها عقلاً بالوظيفة القضائية، دون أن تنفصل عنها باعتبارها من دخائلها، فإن تعطيل المشرع لهذه الوظيفة ولو في بعض جوانبها، يعتبر تحريفاً لها، وإقحاما مخالفاً للدستور بخصوص الحدود التي تصل بينه وبين السلطة القضائية[2].

صحيح أن النعي على النص بهذه العوار ينطوي على قدرٍ كبير من الصحة، إلا أن التسليم به على إطلاقه فيه شيءٌ من مجانبة الصواب أيضاً، لأن المشرع - حين نظم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج - لم يخول القاضي من سلطة التقدير بمناسبة التصدي له أكثر مما خوله من هذه السلطة عند نظر المخالعة بالإرادة المنفردة للزوجة، ومع ذلك لم ينبر أحدٌ للنيل من النص بحجة مخالفته لأحكام الدستور وقد جرد المشرع - بمقتضاه - القاضي من سلطة التقدير إزاء إرادة الزوج في الأحوال التي تستهدف فيها هذه الإرادة إيقاع الطلاق.[3]

غير أن هذه المقابلة تفتقر عند التحقيق إلى أساسٍ شرعي تثوب إليه، من حيث أن الطلاق المعقود بيد الزوج تلابسه خاصيةٌ مانعةٌ - بوصفه تصرفاً بالإرادة المنفردة - تحول دون اضطلاع القاضي إزاءه بأية سلطةٍ تقديريةٍ، والسند في ذلك نصوصٌ قطعية الدلالة بإقامةٍ

[1] هيشور أحمد، المرجع السابق، ص.412.

[2] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص.413.

[3] هيشور أحمد، المرجع نفسه، ص.413.

من الشارع الحكيم، وهو الأساس الذي يفتقر إليه الخلع الذي **توقعه الزوجة دون موافقة زوجها**، ومع ذلك يظل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج - كما هو مقنن له - مجالاً رحباً لسلطة القاضي التقديرية - حتى بوجود النصوص الشرعية المحصنة له من ذلك - لا سيما وأن المشرع خول المحكمة قبل التصريح به، سلطة التنقيب عن أسبابه وبحث دخائله، لتحديد مدى تعسف الزوج في استعماله، وتقرير التعويض المناسب حال ثبوت هذا التعسف، حينما نص في المادة (52) من قانون الأسرة على ذلك بقوله: « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.» بينما يقبع الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة في منءً عن ذلك كله، وهو الوجه الحقيقي للمقابلة، الذي يمكن من خلاله النعي على نص الخلع بعدم الدستورية في مسألة الحال دون نص الطلاق.

بيد أن القول بتجريد المشرع للقاضي- في مادة الخلع - من سلطته التقديرية كلها فيه تحاملٌ بيِّنٌ على المشرع بغير دليل، إذ لو انصرفت نيته لذلك فعلاً، لما اقتصر تدخله على مادةٍ يتيمةٍ تناولت تحديد الاتجاه العام للمخالعة، تاركاً ما عداه لنظر القاضي واجتهاده، وقد كان بمقدوره حسم المسألة برمتها عن طريق التشريع، ولا أدل على ذلك - فوق تخليته لأحكام الخلع ونحوها - ما نصص عليه في الفقرة الثانية من المادة (54) من قانون الأسرة بقوله: « إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.»، وهو نصٌ جليٌ في إثبات سلطة التقدير للقاضي، [1]

وهنا يمكن القول بأن المشرع الجزائري أطلق العنان لقاضي شؤون الأسرة في مسائل كثيرة تتعلق بالخلع، نذكر منها:

**أولا: مسألة بدل الخلع**

المشرع قال بأنه مال ولم يحدد نوع المال تاركا أمره للقاضي، في تحديد نوع المال أو البدل الذي يصح أن يكون مقابلا تفتدي به المرأة نفسها من زوجها و تصبح بائنة منه وهنا تبقى السلطة التقديرية الكاملة في إعتباره بدلا من عدمه.

**ثانيا: مسألة مهر المثل**

وحسب الفقرة الثانية من المادة 54من ق.أ، سالفة الذكر فالمشرع ترك السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في تحديد مقدار البدل أخدا بعين الاعتبار مجموعة من الأمور التي من خلالها يحكم القاضي به أي بمقدار البدل

كما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بالقول: « من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، إن المادة المذكورة من قانون الأسرة[2] تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع

[1] هيشور أحمد، المرجع السابق، ص.414

[2] أنظر المادة 54 من قانون الأسرة رقم 02/05

المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى **عدم قبول الزوج بالخلع** الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً، وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال- لما قضوا بتطليق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.» [1].

و بالتطرق لمسألة الحكم المتعلق بالخلع أهو حكم كاشف أم حكم منشئ ؟؟

نقول بأنه إذا كان للقاضي إمكانية رفض طلبها هنا يكون حكم القاضي في مسائل الخلع حكم منشئ و بالعودة إلى أحكام الخلع قبل و بعد التعديل نجد أن هناك اختلافا واضحا لا يختلف عليه اثنان، حيث أن المشرع كان يعتمد قبل تعديل قانون 11/84 بالأمر 02/05 ومن خلال سكوته عن تحديد طبيعته كحق أم عقد رضائي و في ضل عدم جزم القاضي لمسألة موافقة الزوج على ذلك،اتجه الشراح والقضاة إلى الإبقاء على سيادة الرأي القائل بضرورة اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة،كما كان سابقا أي قبل

صدور قانون11/84 وتجلى ذلك من خلال قرارات المحكمة العليا،

أما بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 في 2005 أقفل الباب صراحة بتبنيه المبدأ الذي يقضي بطلب الزوجة الخلع أمام القاضي نظير عوض تدفعه المرأة لكن دون إشتراط موافقة زوجها على ذلك. "أي دون موافقة زوجها"[2]

فإذا نظرنا إلى الحكم الصادر عن القاضي في مسائل الخلع نجد أنه، وكما قلنا أنه يعتبر موثق لإرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية لا يمكنه الإعتراض عليه، سواء ذكرت له السبب أم لم تذكر ذلك في طلبها، وبتالي يكون الحكم هنا حكما كاشفا

خلاصة القول وكما أورد أستاذي الفاضل هيشور أحمد

" -على الرغم مما سقناه لتلطيف ما اعترى سلوك المشرع في هذه المسألة من عوار- نقدر أن السياسة التشريعية للنص لم تكن موفقةً إلى حدٍ بعيدٍ في ظل ما تضمنه من قيودٍ تحول دون ممارسة القاضي لوظيفته الطبيعية المتمثلة في النظر والتقدير قبل الحسم، وأن الأقرب من وجهة نظرنا إلى الحكمة التشريعية في كنف تلك السلطة المقيدة للقاضي، أن يضطلع هذا الأخير بنظر قضايا الخلع لا على اعتبار وجود دعوى تستوجب الحكم فيها، بل على أساس طلبات يصدر فيها أوامر بماله من سلطةٍ ولائيةٍ، طالما رغب المشرع في تقييد سلطته على هذا النحو، وقفل باب الطعن على أحكام الخلع بالاستئناف.[3]

## ثالثا: مسألة تعويض الزوج عن تعسف الزوجة في تطبيقها للخلع

بالرجوع إلى طلاق الزوجة فيلاحظ أنه قد تم تجريد الزوج من حق الدفاع إزاء طلاقها بإرادتها المنفردة ، لأن دعوى الطلاق - وعلى النحو الذي ذكرنا سابقاً - لا تحول دون إبداء

[1] المحكمة العليا: القرار رقم: 83603 بتاريخ 1992/07/21 قضية (ع م) ضد (ب د ن)، اجتهاد قضائي: 2001م، عدد خاص، ص134.

[2] المادة 2/54 من قانون11/84

[3] هيشور أحمد، المرجع السابق، ص.415

الزوجة لما طاب لها من دفوعٍ بشأن ظروف الطلاق ودوافعه، وإثبات ألا يد لها في المآل إليه، لا لرفعه - لأن الطلاق لا يرتفع بعد وقوعه - وإنما توخياً للحصول على التعويض المناسب متى ثبت تعسف الزوج في إيقاعه، وهي المسألة التي نص عليها المشرع في المادة (52) من قانون الأسرة بقوله: « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها »، وهو الأمر الذي يفتقر إليه نص الخلع المستحدث.[1]

## الفرع الثاني: النصوص القانونية الخاصة بالخلع

### أولا: في قانون الأسرة

**المادة 54 :** ( معدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005 ) يجوز للزوجة دون الموافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

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

هذه المادة بتعديلها الجديد جاءت مفسرة للنص قبل تعديله ، بأن أوضحت بأن الحكم بالخلع لا يتوقف على موافقة لأن الخلع حق للزوجة[2]

فإذا طلبت الزوجة الخلع فإن القاضي يحكم بدون مناقشة لأسباب ذلك ، و لا يتدخل القاضي إلا بخصوص المقابل المالي للخلع إذا اختلف الزوجان على مقداره ويقوم تحديده على أن لا يتجاوز صداق المثل المعتمد وقت صدور الحكم القاضي بالخلع .[3]

### ثانيا: في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ولقد نصت الفقرة الأخيرة للمادة **451** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي :

" يعاين القاضي أيضا و يعطي وصفا للوقائع المعتمدة عليها طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة ".

وتتمخض عن ذلك النتائج التالية :

---

[1] هيشور أحمد، المرجع السابق، ص.418

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، نفس المرجع السابق، ص. 67
" و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في المقابل ما بيد الرجل من الطلاق ، فإن لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك (كره) المرأة ، جعل الخلع بيد المرأة إذا فكرت (كرهت) الرجل ....." ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ، الجزء الثاني ، دار الفكر بيروت ، طبعة سنة 2001 ،ص 55

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 67

1- أن الخلع يطلب من طرف الزوجة أمام القاضي دون اشتراط إبداء السبب، ولا يتدخل هذا الأخير إلا بخصوص تقدير العوض عند الاختلاف في نوعه أو مقداره، وهذا للحكم بصداق المثل، وبالتالي لا تحتاج الحكم بالخلع إلى تسبيب[1]

ولا بد للقاضي من إجراء محاولة الإصلاح قبل النطق بطلاق الخلع .

1- أن الخلع يجوز طلبه قبل الدخول أو بعده ، و يجوز بعد الدخول سواء كانت الزوجة حاملا أم لا[2]

2- أن الخلع طلاق بائن و بالتالي لا يجوز للزوج أن يراجع زوجته المختلعة في العدة، إلا بعقد جديد وبرضاها[3] .

3- أنه لا توارث بين المختلعين لكون المختلعة أصبحت أجنبية عن الزوج بمجرد النطق بطلاق الخلع ، و في ذلك يقول الإمام مالك : "ولا يتوارثان و لا رجعة له عليها ....."[4].

**المادة (452): لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450و 451 أعلاه.**

**شرح المادة 452 :**

- النص، يفيد بأن الطعن بالنقض غير موقف للتنفيذ ، فيما يتعلق بأحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين (450-451) السابق الإشارة إليهما آنفا، والتي تشمل كلا من : الطلاق – التطليق- والخلع.

**ملاحظة:**

[1] " و الذي عليه جمهور الفقهاء أنه يجوز الخلع من غير إشتكاء ضرر خلافا لمن منع ذلك والدليل على ما نقوله قوله تعالى : فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا....." (الإمام الباجي ، المنتقى ، الجزء الرابع ، ص 61 ).

[2] و في ذلك يقول سحنون : "ويجوز أن تفتدي من زوجها قبل البناء ، و له ما أخذ و لا رجوع لها فيه....."(الإمام الباجي، المنتقى ، الجزء الرابع ، ص 66 ).

[3] و في ذلك يقول القاضي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي :"الخلع المطلق يقطع الرجعة .... و لأن المرأة إنما تبذل العوض إزالة الضرر عنها ، و كل فرقة لإزالة الضرر فإنما تقتضي قطع ما يعيدها إليه من ثبوت الرجعة عليها وإعادتها إلى الضرر ، و لأنها تعجز عن إقامة حقوق الله تعالى في ذات زوجها فلم تستحق ذلك ...."
(القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي ،الإشراف النكت مسائل الخلاف ، المجلد الثاني ، دار ابن عفان مصر الطبعة الأولى سنة 2008 ، ص 382).

[4] (المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون عن ابن القاسم ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان ، طبعة سنة 1994 ،ص 243).

- سبق وأن أثرنا انشغالا يتعلق بمدى اعتبار:الطلاق من ضمن (حالة الشخص).و الآن و بعد التطرق إلى موضوعي : التطليق و الخلع ، فإن ذات الانشغال يبقى مطروحا .

**ثالثا: المعنيون من المادة 452**

الآلية تعني كلا من الزوجين ، و القاضي على النحو التالي :

- **الزوجان :** على هؤلاء أن يعلما يقينا بأنه لا مجال للطعن ف موضوع : الطلاق أو التطليق أو الخلع، لأي سبب كان، فالأمر جاد، ولا مجال لأي تهور أو تلاعب.[1]
- **القاضي :** هذا الأخير، متى تم الطعن أمامه في أي حكم أو قرار مما ذكر أعلاه، فليس أمامه إلا القضاء بعدم القبول.

4- للمختلعة حق السكنى أثناء العدة ولا نفقة لها في العدة إلا أن تكون حاملا [2].

5- للمختلعة حق في جميع الحقوق الأخرى من الحصانة وولاية و كذا استرجاع أمتعتها[3]

المادة 55 : عند نشور أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.

يقصد بالنشر خلافات تنشأ عن نفور أحد الزوجين عن الآخر، وترفعه عليه واعتراضه عنه، واستعصائه وجفوته له ، مما يؤدي إلى إغضابه وإثارة عداوته ، ويدفعه إلى التفاعل السلبي معه، و قد يكون النشور من الزوجة أو من الزوج .[4]

في الأخير يجب التنويه إلى أن موضوع طلب الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة بشكليه تطليقا أو خلعا يكتسي أهمية واسعة، وهو مقابل ما أعطي للزوج من إرادة منفردة في إيقاع الطلاق باعتبار ما له من عصمة، فهو و رغم كل ما أثير ضده من انتقادات حادة وتطاول إلا أنه يبقى صمام الأمان للزوجة في حال تضررها من زوجها و لكن وجب أن يكون وفق الأطر

[1] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص624.

[2] و في ذلك يقول الفقيه ابن الجلاب البصري المالكي : "ولا نفقة للمختلعة إلا أن تكون حاملا ، فتكون لها النفقة حتى تضع حملها، و لها السكنى ما دامت في العدة حاملا كانت أو غير حامل ...." ( ابن الجلاب البصري، التفريع ،المجلد الثاني، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان ، سنة 1987 ،ص83).

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص. 68

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 69/68

الشرعية و القانونية فلا يكون في يد الزوجة تستعمله كما تشاء ووقت تشاء، بل لابد أن يكون وفق ضوابط محددة.

# خاتمة

لقد تمت دراسة موضوع حدود السلطة التقديرية للقاضي في إيقاع الطلاق وتم من خلالها التطرق لمختلف النقاط المتعلقة به مع محاولة إعطاء توضيحات لمختلف الإشكاليات

الخاصة بهذا الموضوع ووضعه في قالب منضم يسهل العمل على من يريد الحصول على المعلومة، كما قمنا بإبراز تعار يف لمختلف المصطلحات الخاصة بالموضوع.

ثم حاولنا بعد ذلك الوقوف على حدود السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي شؤون الأسرة

في مختلف أنواع الطلاق التي تم عرضها من خلال متن البحث وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، و الطلاق بالتراضي بين الزوجين، وكذا الطلاق بطلب من الزوجة بنوعيه التطليق والخلع حسب ما ورد في المادتين 54/53 من قانون الأسرة الجزائري على التوالي. حيث أنه تختلف هذه السلطة وكذا الحكم الصادر في موضوع النزاع باختلاف أنواع الطلاق

**أولا:من حيث السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي شؤون الأسرة:**

**أ-بالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:**

وجدنا أن السلطة التقديرية للقاضي في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة تخضع لارادة الزوج فليس للقاضي إلا إجراء محاولات الصلح بين الزوجين كما سبق و أن وضحنا ذلك، فإن لم يقبل بها حكم القاضي حينها بالطلاق و ليس له في ذلك إلا التحري عن ما إذا كان الزوج مكرها في ذلك، بالإضافة إلى إمكانية الحكم على الزوج في حال ثبوت تعسفه في استعمال حقه في الطلاق الحكم بتعويض عادل، أو ما يسمى المتعة، عن ما لحق الزوجة من ضرر. مع الإشارة بأن التعسف مفترض في هذا النوع من الطلاق - الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج-لدى على الزوج إثبات عكس ذلك بمختلف وسائل الإثبات

**ب-بالنسبة للطلاق بالتراضي:**

السلطة الممنوحة له هنا أيضا هي محاولة القاضي إجراء الصلح بين الزوجين والتحري عن الأسباب التي أدت بالزوجين إلى طلب التطليق، كما أنه ينظر في الاتفاق المبرم بين الزوجين ويبحث في الأمور التي تم الاتفاق حولها .

**ج-بالنسبة للطلاق بطلب من الزوجة التطليق:**

ينظر القاضي في مدى توفر أسباب المادة 53 من ق.أ، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه و في تسبيب القضاة لقراراتهم فغالبا ما يلجؤون إلى القول بأن الطلاق كان بناء على تضرر الزوجة وهو السبب العاشر كل ضرر معتبر شرعا، وهذا اختيارا منهم للطريق الأسهل لتسبيب قراراتهم.

أما النوع الأخير( د) فلقد نص عليه في المادة 54 من نفس القانون والذي يعتبر في مقابل ما أعطي للزوج من إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة أعطي لها الحق في الخلع والذي يحكم فيه القاضي للزوجة بعد محاولات الصلح بين الزوجين يحكم لها بالطلاق في حالة فشل محاولات الصلح التي أجراها القاضي و بتالي عند نظر السلطة الموكلة للقاضي هي مجرد

توثيق إرادة الزوجة كذلك على أن تدفع للزوج مقابل افتداء نفسها من زوجها وهنا تكون للقاضي النظر في مقدار البدل على أن لا يتعدى في الأخير صداق المثل وقت الحكم في حال لم يتفق الزوجان على مقدار المخالعة

**أما الشق الثاني الأحكام الصادرة عن القاضي فيما يتعلق بمختلف أنواع الطلاق:**

فبالنسبة للحالة الأولى( أ): فيعتبر الحكم الصادر في شأنه حكم كاشف لإرادة الزوج
أما الحالة الثانية(ب): فيعتبر الحكم الصادر في شأنه حكم كاشف لإرادة الزوج و زوجته ولاتفاقهما

الحالة الثالثة(ج): فيعتبر الحكم الصادر في شأن التطليق حكم منشئ تطلبه الزوجة من القاضي، أنشاه القاضي بناء على طلب الزوجة
الحالة الرابعة(د): فيعتبر الحكم الصادر في شأن الخلع حكم منشئ لحالة جديدة كذلك نقول أنشاه القاضي بناء على طلب الزوجة
و من النتائج التي تم التوصل إليها:

- ❖ أنه وفي حال عدم ذكر الزوج لسبب الذي أدى به إلى إيقاع الطلاق أو إقباله عليه يترتب عليه إعتبار الزوج متعسف.
- ❖ لا تكلف الزوجة المطلقة في هذه الحالة–الطلاق التعسفي- من إثبات تعسف الزوج في إيقاعه للطلاق
- ❖ وفي حال نشوز الزوجة مع إثبات ذلك من الزوج هنا يعفى الزوج من تعويض الزوجة لانتفاء عنصر الضرر وبتالي لا يعتبر هذا تعسفا منه
- ❖ مسألة تقدير التعويض و الأساس المعتمد لتقديره، نقول بأن الأساس المعتمد في تقدير التعويض هو الضرر، و الضرر نوعان: مادي و معنوي
- ❖ الضرر المادي: يكون وفق قاعدة ما فاتك من كسب و ما لحقك من ضرر
- ❖ الضرر المعنوي: والطي يكون وفق قاعدة لا إفراط ولا تفريط أي الموازنة بين الطرفين
- ❖ إجراء الصلح نرى أن له دورا إيجابيا في الحد من مشكلة الطلاق لدى وجب تفعيل دوره بإعطاء القاضي أكثر صلاحيات في هذا المجال
- ❖ في قضايا الخلع لم يذكر المشرع نوع المال الذي تدفعه الزوجة مقابل طلبها الخلع

❖ وهل يمكن القول بأن الزوجة "متعسفة" أيضا في حال لم تقدم السبب طلبها للتطليق

لدى حبذا لو أضاف المشرع نصوصا قانونية تفصل و توضح الأمور على القاضي والمتقاضين في هذا المجال الهام و الذي يمس كل أفراد المجتمع بشكل أو بآخر

وفي الأخير نقول بأن هذه الإضافة مجرد قطرة من بحر البحوث المقدمة من الباحثين والدارسين في مختلف المجالات العلمية التي تساهم في تطوير وتنوير درب المجتمعات والأمم. فإن أخطأنا فمن أنفسنا و إن أصبنا فمن عند الله.

# قائمة المصادر والمراجع

**أ- المصادر :**

1) – القرآن الكريم .

2) – السنة النبوية .

**ب- القوانين :**

1) – قانون 11/84 مؤرخ في09 رمضان عام1404 الموافق ل09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في18 محرم عام1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 ج .ر.عدد 15 المؤرخ في27 فبراير 2005

2)- قانون 09/08 مؤرخ في18 صفر عام1429 الموافق ل25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج .ر.عدد21، المؤرخ في17 ربيع الثاني 1429،الموافق ل 23ابريل سنة 2008

3) القانون رقم 05/07 ،المؤرخ في25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13مايو2007 ، يعدل و يتمم الأمر رقم75/ 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395،الموافق 26 سبتمبر1975، المتضمن قانون المدني، ج.ر.العدد 31المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 ،الموافق ل 13مايو2007

**ج) – المراجع العامة:**

1. .التواتي بن التواتي ،المبسط في الفقه المالكي بالادلة ،الجزء الرابع ،دار الوعي – الجزائر ، 2008
2. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، المكتبة العصرية-صيدا – بيروت ( لبنان ) ،سنة 1983 .
3. حبيب بن طاهر، الفقه المالكي وادلته، الجزء الرابع، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، ط1 ، سنة 2002 .
4. سائح سنقوقة، ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا،شرحا،تعليقا،تطبيقا، دار الهدى ،عين مليلة،الجزائر،الجزء الأول 2011
5. عبد الله محمد بن يزيد القيرواني، سنن ابن ماجة تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة .
6. محمد باي بلعالم ، مرجع الفروع الى التاصيل من الكتب و السنة والاجماع الكفيل ، دار الوعي للنشر والتوزيع – الجزائر .
7. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، . كلية الشريعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية عشر

**د)- المراجع المتخصصة:**

1) - احمد الامراني ، السلطة التقديرية للقاضي في احكام الاسرة بين مقاصد الشريعة و القانون الوضعي، مطبعة دار القلم - الرباط ، الطبعة الاولى ، 2012 .
2)- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ، دار المعارف – مصر ،
3) - باديس ذيابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة ، دار الهدى – عين مليلة – الجزائر ، طبعة 2012
4)- باديس ذيابي ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر دار الهدى عين مليلة ، الجزائر 2007 .
5)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999 .
6)- طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية،الطبعة الأولى، 2009 .
7)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، مدعمة بالاجتهادات القضائية لسنة 1996، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر .
8)- عبد القادر الدوادي ،الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر، الجزائر،2007
9)- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الجزائر،الطبعة الأولى،2007
10)- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها ، الموسوعة للطباعة – الجزائر ، طبعة 2003
11)- محمود محمد بركات،السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ،دار النفائس للنشر و التوزيع ،الاردن ،الطبعة الاولى،.2007
12)- نبيل اسماعيل عمر ،السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية ،دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة الاسكنرية،بدون طبعة. 2011.

**هـ) – المذكرات:**

1)- صالحي هاجر، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الطلاق ,مذكرة لنيل شهادة ليسانس أكاديمي تخصص قانون خاص ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق. 2013-2014
2)- بوشيبان خديجة ،صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة الثامنة عشر ، 2010/2007 .
3)- شمروك محمد ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله،مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر،2008 / 2005
4)- ندير سعاد،التطليق في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون،تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج،البويرة،2013/2012 .

**ن)- الاطروحات:**

1)- آيت شاوش دليلة سعيد،إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية،رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم،تخصص:قانون،جامعة مولود معمري تيزي وزو.
2)- د . هيشور احمد، الخلع بين الشريعة التشريع اطروحة لنيل درجة دكتوراه "علوم" في القانون ،تخصص قانون الاسرة،جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس 2014\2015.

**و)- المجلات:**

1)- . ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي عمري ، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية ، مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد 35 ، العدد 2 ، 2008 .

**ي)- المحاضرات و البحوث:**

**المحاضرات:**

1)- منادي مليكة،المحاضرات،غير منشور، مقياس الطلاق دراسة معمقة،سنة أولى ماستر، ق.أ،جامعة الدكتور مولاي الطاهر،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سعيدة، 2014/2013

**البحوث:**

1)- واصف عبد الوهاب البكري ،عضو محكمة الاستئناف الشرعية ،قدم البحث لاعمال المؤتمر القضائي الشرعي الاول المقرر انعقاده في عمان ،دائرة قاضي القضاة ،عمان،ايلول 2007 .

المقدمة.....أ
الفصل التمهيدي: السلطة التقديرية للقاضي ومفهوم الطلاق .....01
المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة .....03
المطلب الأول:طبيعة عمل القاضي .....03
الفرع الأول: مهام القاضي في مسائل شؤون الأسرة .....03
الفرع الثاني :الأعمال المنوطة للقاضي .....05
المطلب الثاني: سلطة التقديرية القاضي .....09
الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي .....09
الفرع الثاني: حدود السلطة الممنوحة للقاضي في مسائل شؤون الأسرة .....12
المبحث الثاني: الطلاق وأحكامه .....15
المطلب الاول: مفهوم الطلاق .....15
الفرع الاول: تعريف الطلاق .....15
الفرع الثاني :مشروعية الطلاق وحكمته . .....16
المطلب الثاني:انواع الطلاق .....18
الفرع الأول: تقسيم الطلاق الى سني وبدعي .....18
الفرع الثاني: تقسيم الطلاق إلى رجعي وبائن .....18
الفرع الثالث: الطلاق المنجز والمعلق والمضاف.....20
الفصل الأول الطلاق بإرادة الزوج وبالتراضي .....21
المبحث الأول الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج .....23

المطلب الأول:مفهوم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....23

الفرع الأول:معنى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج .....24

الفرع الثاني: أساس إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ومبرراته.....30

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الطلاق بإرادة الزوج وإجراءاته .....41

الفرع الأول :سلطة القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج .....41

الفرع الثاني :تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز.....43

الفرع الثالث: الإجراءات الخاصة للطلاق بطلب من أحد الزوجين.....52

المبحث الثاني: الطلاق بالتراضي.....56

المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي بين الزوجين.....56

الفرع الأول: معنى الطلاق بالتراضي بين الزوج .....56

الفرع الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي.....57

المطلب الثاني: إجراء الصلح وتعيين الحكمين.....62

الفرع الأول : دور القاضي في اللجوء إلى إجراء الصلح.....63

الفرع الثاني : الأشخاص التي تباشر الصلح.....66

الفرع الثالث: سلطة القاضي في اللجوء إلى التحقيق.....71

الفصل الثاني: إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة.....77

المبحث الأول: التطليق كصورة ثالثة من صور فك الرابطة الزوجية .....79

المطلب الأول: التطليق والأسباب الموقعة له .....79

الفرع الأول: المبرر الشرعي لوجود حالات التطليق.....79

الفرع الثاني:الأسباب الموقعة للتطليق قبل التعديل 2005.....80

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق بعد التعديل.....97

الفرع الأول: الحالات التي اضافها التعديل كأسباب للتطليق.....97

الفرع الثاني:إجراءات التقاضي في دعوى التطليق.....110

الفرع الثالث: معاينة و تكييف القاضي للأسباب المدعمة لطلب التطليق.....110

المبحث الثاني: الخلع كصورة رابعة من صور فك الرابطة الزوجية.....114

المطلب الأول: مفهوم الخلع.....114

الفرع الأول: معنى الخلع .....114

الفرع الثاني: شروط الخلع وكذا تكييفه الفقهي.....117

المطلب الثاني: الأعمال القضائية المتعلقة بمسائل الخلع .....123

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الخلع.....123

الفرع الثاني: النصوص القانونية الخاصة بالخلع .....127

خاتمة.....131

قائمة المصادر والمراجع.....135

الفهرس

## الملخص

لقد حاولنا دراسة موضوع حدود السلطة التقديرية للقاضي في إيقاع الطلاق حيث تم التطرق لمختلف النقاط المتعلقة بهذا الموضوع و محاولة إبراز توضيحات لمختلف الإشكاليات الخاصة بهذا الموضوع ووضعه في قالب منضم يسهل العمل على من يريد الحصول على المعلومة، كما قمنا بإبراز تعار يف لمختلف المصطلحات الخاصة بالموضوع.

كما تطرقنا بعد ذلك لحدود السلطة الموكلة لقاضي شؤون الأسرة في مختلف أنواع الطلاق التي تم عرضها من خلال متن البحث وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الطلاق بالتراضي بين الزوجين وكذا الطلاق بطلب من الزوجة بنوعيه التطليق والخلع حسب ما ورد في المادتين 54/53 من قانون الأسرة الجزائري على التوالي. حيث أنه تختلف من حيث حدود السلطة الموكلة للقاضي و من حيث الحكم الصادر في موضوع الطلاق كما حاولنا كذلك التطرق لإجراء الصلح و إبراز دور القاضي في هذا الاجراء لما له من أهمية في الحفاظ على كيان الأسرة و هذا من خلال تأكيد المشرع على هذا الإجراء.