جامعة 20 أوت 1955 –سكيكدة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال شخصية

إعداد الطالبة: خولة ظريف

إشراف الأستاذ: د/ علي بودفع

لجنــة المناقشة:

أ/ محمد بن مشيرح ..... رئيسا

– علي بودفع ..... مشرفا ومقررا

أ/ طاهر مسلم ..... مناقشا

السنة الجامعية 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى :

{ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}

سورة البقرة الآية 227

" لايكون الرجل عالما مفتيا حتى يحكم الفرائض والنكاح و الطلاق"

أبــو بكــر بــن العربــي

الإهداء

إلى سر إرادتي و منبع عزيمتي إلى التي وقودها الكفاح ورايتها العطاء

إلى **أمي** ريحانة قلبي حفظها ربي وأطال بالخير عمرها.

إلى من ابكيها شوقا واشتياقا الغالية خالتي **نوال** اسكنها الله فسيح جناته.

إلى الغالي على قلبي **أبي** اعزه ربي و بارك في عمره.

إلى أستاذي الحبيب **'علي بو دفع** 'حفظه الله وبارك في عمره و عمله.

إلى من اعتبره أبي ..... زوج خالتي **جاجو**.

إلى إخوتي **عبد الرحمان، يحي** و**عبد الباسط**.

إلى سر بسمتي صديقتاي **أميرة** و**مريم**.

إلى الأحبة مريم، فتيحة وحياة.

إلى كل مسلمة و مسلم اهدي ثمرة جهدي .

خولة ظريف

لمسة شكر و عرفان

مهما رسمنا في جلالك أحرفا قدسية تشدو بها الأرواح

فلانت أعظم والمعاني كلها يارب عند جلالكم تنداح

فالحمد الله حمدا طيبا مباركا فيه والشكر الله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه على ما وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع الذي اسأله أن يجعله خالصا لوجهه الكريم وحسبي ربي ونعم الوكيل.

وإنني لأتقدم بآيات الشكر والعرفان إلى أستاذي الغالي ومعلمي وقدوتي الدكتور ***علي بودفع*** الذي قبل أن يكون مشرفا على هذه المذكرة ولاهتمامه الذي أولاني إياه في سبيل ظهور هذا البحث بالمظهر اللائق ولتقديره ظروفي، فكان نعم المرشد والمعين أسأل الله أن يجعل الخير منه و إليه، وأن يجعله للحق رجلا للعلم ذخرا وأن يبارك في عمره وعمله، كما أتوجه

بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الكرم أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشتي، أسأل الله تعالى أن ينفع بهم ويجازيهم خيرا.

وأخيرا شكرا إلى كل من قدم إلي يد العون والمساعدة ولو بكلمة طيبة فبارك الله فيهم وجزاهم عني خير الجزاء.

❖ قائمة المختصرات

ق.أ.ج.....قانون أسرة جزائري

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

دسط.....دون سنة طبع

دط.....دون طبعة

ج.....جزء

م.....مجلد

ع.....عدد

م.ج.....مجلة قضائية

م.ع.....محكمة عليا

غ.أ.ش.....غرفة أحوال شخصية.

ن.ق.....نشرة القضاة

مقدمة

الحمد لله الذي أنعم علينا بالإسلام ومنّ علينا بالتقوى والإيمان وأثبت إنسانيتنا وكرامتنا وجعلنا مع الرجل أساسا للتوالد والتراحم والتعاون.

أما بعد:

إن الهدف من نظام الزواج ليس الراحة والإستقرار النفسي فحسب، بل الأسبق من ذلك هو **المسؤولية المتبادلة** بين الزوجين، التي أساسها المودة والاحترام، تحقيقا لمبدأ التعاون المشترك بين الزوجين على تكوين اللبنة الأولى للمجتمع، ولكن قد يحدث ما يحول دون تحقيق ذلك، فتضطر العلاقة الزوجية للانقطاع بصور جاءت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على ذكرها، فقد تحدث الفرقة بناء على إرادة الزوج المنفردة، الأمر الذي يجسد حتمية المعادلة والإنصاف، وضرورة موازنة الكفة المبدوءة بطلاق الزوج بإرادته، فنجد **الخلع** بإرادة الزوجة المنفردة حقا يعادل حق الزوج في **الطلاق**، وبين هذا وذاك الطلاق **بالإرادة المجتمعة** للزوجين، الذي هو الآخر حق تقف من خلاله المرأة على قدم المساواة مع الرجل، وفي الأخير نجد **التطليق** صورة تمكن المرأة من فك عرى العلاقة الزوجية بإرادتها المنفردة، بموجب أسباب حصرتها أحكام الشريعة والقانون.

وعليه فالمتمعن لقانون الأسرة الجزائري، يجده قد اهتم بالمرأة أيما اهتمام، وارتبط بقضاياها، ومشكلاتها أشد ارتباط، فكان متماشيا ومبادئ الشريعة الإسلامية السباقة لذلك، فأقر لها حقوقا تحفظ إنسانيتها وكرامتها منذ الولادة وحتى الوفاة، معترفا بحقها في فك الرابطة الزوجية، الأمر الذي غير من وضعية المرأة وعزز من مركزها، رغبة منه في حمايتها وترقيتها، وسط عائلتها والمجتمع، فلم تعد رهينة زوجها وأسيرة إرادته المطلقة في إحداث الطلاق.

إن الطلاق قرين النكاح منذ بداية العلاقات البشرية و في ذلك قال فولتير :"إن الطلاق وجد في العالم مع وجود الزواج في زمن واحد تقريبا"، وفي الجاهلية كان الطلاق مشروعا بلا عدد، فيطلق الرجل زوجته ثلاثا وعشرا ومائة، ولما جاء الإسلام كبل حرية الأحكام

الجاهلية الماسة بمنظومة العلاقات الراقية داخل الأسرة، ذلك أن الطلاق في الإسلام إنما هو قرار مدروس، ومحكم يتخذه الزوج، بل ربما الزوجان معا بعد طول دراسة وتأن.

حيث يعتبر الطلاق من أكثر المعضلات التي أولاها علماء الاجتماع، وعلماء النفس، وعلماء الدين اهتماما بالغا، تحريا منهم عن الدوافع التي تتسبب في إيقاعه، من أجل وضع الحلول المناسبة للحد من انتشار هذا الطلاق الظالم، فهو الحل النسبي الذي يجمع إلى جانب الإيجابيات العديد من السلبيات، وفي جانب إحداث الأثر القانوني، لا بد من أن تكون إيجابياته أكثر من سلبياته، أما في جانب الإلتزام بالترك وعدم التسرع في إحداثه، لا بد أن تكون إيجابيات تركه أكثر من سلبياته، فالطلاق عمل إيجابي في حركة العلاقة الزوجية، بالرغم من سلبياته التي تؤثر على الزوجين والأولاد والمجتمع.

ويحصل الطلاق في المجتمع، بسبب تفاقم الخلافات الزوجية، ولذلك ملك الشرع والقانون حق الطلاق للرجل وجعل العصمة بيده، الأمر الذي يتجلى لنا من ظاهر آيات القرآن الكريم ومواد القانون، وعليه جرى عمل القضاء، تقديرا منه لرجحان عقل الرجل، وما يبذله من جهد ومن مال، كدفعه المهر، وما يتحمله من مشاق المسؤولية والإنفاق، وهو التشريع نفسه الذي جعل للمرأة حق الرجوع إلى المحكمة، طلبا للفرقة والابتعاد، حماية لها من كل ضرر يلحقها من زوجها.

وتماشيا وما شرعته المنظومة القانونية الأسرية–المعدلة والمتممة بموجب الأمر 05-02المؤرخ في 27 فبراير2005– فالمناقش للمواد المتعلقة بالطلاق، يلاحظ أن المشرع الجزائري عند وضعه للمواد المتعلقة بأحكام الطلاق قد فصل بين الرجل، والمرأة، والأطفال، وهذا ما يهدد استقرار الأسرة ويعرضها للتفكك والانهيار أكثر من أي وقت مضى، وعليه فإن البحث في المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق، وتعديل التشريعات وتقويتها، ليست هي الحل الأمثل لفوضى العلاقات الزوجية.

وبناء على ما سبق تحاول إشكالية هذه الدراسة الإجابة على التساؤل الرئيسي الآتي:

هل وفقت المنظومة القانونية الأسرية في تشريعها لحماية الأسرة أم أنها شرعت للمرأة على حساب باقي الأفراد؟

ويتفرع عن هذا التساؤل تساؤلات فرعية:

- **هل يمكننا القول أن المرأة في عصرنا هذا لها أن تستقيل بذاتها عن شقيقها الرجل؟**
- **هل راعى المشرع الجزائري عند سنه لمواد الطلاق أحكام الشريعة الإسلامية التي هي مرجعه؟**
- **كيف هو مركز المرأة القانوني في مواد الطلاق على أساس مبدأ العدل و المساواة؟**
- **هل لاقت المرأة احتراما بعد ما جاء به تعديل قانون الأسرة لسنة2005؟**
- **هل صورتي الخلع والتطليق المخولتين للمرأة في قانون الأسرة على قدم المساواة بالنسبة لصورة الطلاق المخول للرجل؟**

ولمعالجة هذه الإشكالات إخترت **المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق** موضوعا لبحثي.

❖ ومما دفعني لاختيار هذا الموضوع دون غيره من المواضيع:

- نفسيا أجد الميل والرغبة في مثل هكذا مواضيع.
- لأن موضوع المرأة موضوع مهم وخطير، فهي تشكل نصف المجتمع وبالتالي فعليها نصف العبء الواجب للعمران، وهي شريكة الرجل في هذه الحياة يتقاسمان العمل والمسؤولية، ويمثلان شطري الإنسانية.
- لأن هذا الموضوع موضوع الساعة والعصر، خاصة بعد أن أصبحت المرأة المسلمة عرضة للتيارات الفكرية الهدامة، التي تريد أن تشككها في دينها وقيمها ومبادئها بإثارة الشبهات حول حقوقها وواجباتها.
- رغبتي في مناقشة التعديل الذي جاء به المشرع، الذي راعى فيه جانب المرأة أشد عناية واهتمام، خاصة مركزها القانوني في قضايا الطلاق، حيث أن التعديل مس المادة 54 من الأمر05-02 الخاصة بالخلع الذي هو حق للزوجة بإرادتها ودون رضا زوجها وموافقته، والمادة 53 الخاصة بالتطليق التي هي مكنة خولت للمرأة حق الفرقة بناء على أسباب حصرت في عشر فقرات.
- الواقع المر الذي أصبحت تعيشه أسرنا اليوم، بعد تحرر المرأة وحقها في المخالعة دون أسباب ومبررات، الشيء الذي يقلل من مكانة الرجل ومركزه،

ويشعره بالإهانة، فتتولد الأحقاد والضغائن فيما بين الطرفين، ويؤثر ذلك سلبا على الأسرة، انتقالا إلى المجتمع.

– الاستغلال المتعصب للمرأة في استعمال حقها لفك الرابطة الزوجية، فأجدها متعسفة ظالمة لنفسها وأسرتها.

❖ **ويكتسب الموضوع أهميته للأسباب الآتية:**

- ارتباط الموضوع بالمصالح المعتبرة شرعا وقانونا.
- ارتباط الموضوع بواقع ظاهرة الطلاق في حياة الناس، خاصة جانب المطلقة.
- تبرز أهمية هذا الموضوع في أن المشرع اهتم بالمرأة، وأولاها دعما خاصا، يعزز من قوة مركزها القانوني ويحميه.
- موضوع المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق له أهمية كبيرة ، تكمن في معرفة مدى قوة مركز المرأة القانوني في حقها لفك الرابطة الزوجية التي خولها لها المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005.

❖ **ومن أهداف هذا الموضوع:**

- تسليط الضوء على أهم الحقوق في قضايا الطلاق، التي ارتقت بالمرأة إلى درجة المساواة مع الرجل في فك رباط الزوجية.
- توعية المرأة وتوجيهها إلى السبل التي تحفظ كرامتها وإنسانيتها.
- ولعل أهم هدف سعيت لتحقيقه من وراء هذا البحث، هو معرفة مدى توافق مواد الطلاق مع ما أقرته الشريعة الإسلامية التي كرمت المرأة وحفظت مكانتها، يضاف إلى ذلك معرفة مدى تعادل الطرفين في إيقاع الطلاق.

وتجدر الإشارة أنني لم أصادف دراسة كاملة متخصصة في هذا الموضوع، سوى مداخلة للأستاذ **الدكتور**"**علي بودفع**" الذي ألم بالموضوع دون التوسع في جزئياته فكانت المداخلة؛ تحت عنوان: "**المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق**".

وبالرجوع إلى الدراسات القانونية الجزائرية،–حسب علمي– لا نجد ولا كتاب واحد خصص لدراسة هذا الموضوع.

وعليه حاولت الإلمام بهذا الموضوع من خلال المناهج التالية: التحليلي، والاستقرائي، والمقارن، **فالمنهج الاستقرائي** اعتمدته في تتبع الجزئيات والأحكام الفقهية في مختلف

النصوص القانونية والأحكام القضائية ذات الصلة، ثم قمت بتحليلها من خلال **المنهج التحليلي**، أما **المنهج المقارن** فاعتمدته من أجل تحصيل أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشريعة والقانون هذا من جهة، وبين القانون الجزائري والقوانين العربية من جهة أخرى، وبين مواد قانون الأسرة قبل التعديل وبعده.

❖ **صعوبات البحث:**

- مشقة التنقل والسفر إلى بعض الجامعات للبحث في مكاتبها عن المراجع.
- ضيق الوقت في الإنجاز الدقيق لهذا البحث الذي يتطلب وقتا أكبر وجهدا أوفر.

ورغم كل هذا فلم تزدنِ الصعوبات إلا قوة وتحفيزا لإتمام هذا البحث.

ولمعالجة هذا الموضوع وما يثيره من اشكالات ارتأيت تقسيمه إلى خطة ثنائية بعد هذه **المقدمة** وهي كالآتي:

❖ **الفصل الأول: مركز المرأة في طلاق الزوج وفي طلاقها بالتراضي.**

المبحث الأول: مركز المرأة في طلاق الزوج بإرادته.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق.

المطلب الثاني: أقسام الطلاق وشروطه.

المبحث الثاني: مركز المرأة في الطلاق بالتراضي.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي.

المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات القديمة والحديثة.

❖ **الفصل الثاني: مركز المرأة في الخلع والتطليق.**

المبحث الأول: مركز المرأة في طلاق الخلع.

المطلب الأول: مفهوم الخلع.

المطلب الثاني: مركز المختلعة في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: مركز المرأة في التطليق.

المطلب الأول: التطليق بطلب الزوجة.

المطلب الثاني: أسباب التطليق.

و**خاتمة** تضمنت أهم النتائج مع بعض التوصيات المقترحة.

ومهما اجتهدت لإتمام هذا البحث سيظل في حاجة إلى مزيد من الدعم والدراسة والبحث، فكما قال القاضي الفاضل:

"**إني رأيتُ لا يكتب إنسان كتابا في يومه، إلاّ قال في غده: لو غيّر هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل. هذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر.**"

❖ المبحث الأول:

مركز المرأة في طلاق الزوج بإرادته.

ساير قانون الأسرة الجزائري، بين ثنايا مواده أحكام الشريعة الإسلامية، فشّرع الطلاق حلا للعلاقة الزوجية، التي طغت عليها الخلافات والمشاكل بشكل يصعب التعايش معه، مشيرا إلى عواقبه التي تعتبر في كثير من الحالات مدمرة لحياة الوالدين والأبناء معا.

والطلاق في قانون الأسرة الجزائري صورة من صور انحلال الزواج، فقد عالجه في الباب الثاني من الكتاب الأول، في المادة 48 المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، فهو ظاهرة اجتماعية متعددة ومتنوعة العوامل، عرفته المجتمعات القديمة والحديثة على حد سواء. وسنتحدث في هذا المبحث عن قضية الطلاق من خلال المطالب التالية: **المطلب الأول:** مفهوم الطلاق، وفي **المطلب الثاني:** أقسام الطلاق وشروطه.

❖ المطلب الأول:

مفهوم الطلاق.

الفرقة المرادفة للطلاق: من الفعل (فرق) بين الشيئين، فَرْقاً وفُرْقاناً: فصل وميَّز أحدهما من الآخر. و- بين الخصوم: حكم وفصل. وفي التنزيل الحكيم: {فافرق بيننا وبين القوم الفاسقين}[1]، وفي حديث ابن عمر كان يُفَرِّقُ بالشَّكِّ ويجمع باليقين، يعني في الطلاق، وهو أن يحلف الرجل على أمرٍ قد اختلف الناس فيه، ولا يعلم مَنِ المصيب منهم، فكان يفرق بين الرجل والمرأة احتياطا فيه وفي أمثاله من صور الشك[2]، والفرقة تعني الافتراق والمباعدة[3].

❖ الفرع الأول:

تعريف الطلاق وعوامله.

سنتحدث في هذا الفرع عن: تعريف الطلاق **لغة، واصطلاحا، وقانونا،** وذلك في عنوان أول، وفي عنوان ثانٍ سنتطرق لبعض عوامل الطلاق **النفسية، والاجتماعية، وغيرها.**

([1]) – شوقي ضيف وآخرون، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، ص: 685.

([2]) – ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، دط، دسط، م4، ج36، مادة[طلق]، ص: 3398.

([3]) – العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2013، ص: 08.

أولا: تعريف الطلاق.

أ- لغة:

من الفعل *طلّق* الطّلق: طلق المخاض عند الولادة. ابن سيده: الطلق وجع الولادة. وفي حديث ابن عمر: أنّ رجلا حجّ بأمّه فحملها على عاتقه فسأله: هل قضى حقها؟ قال: ولا طلقة واحدة، الطَلْقُ: وجع الولادة، والطَلْقةُ: المرّة الواحدة، وقد طلقت المرأة تطلق طلقا، على ما لم يسمى فاعله، وطلقت بضم اللام، ابن الأعرابي: طلُقت من الطلاق أجود، وطلَقت بفتح اللام جائز، ومن الطلق طلقت، وطلاق المرأة: بينونتها عن زوجها. وامرأة طالق من نسوة طُلُّقٍ، وطالقة من نسوة طوالق، ورجل مِطْلاَق ومِطْلِيق وطِلَّيق وطلقة. وعلى مثال همزة: كثير التطليق للنساء، وفي حديث عمر والرجل الذي قال لزوجته: أنت خلِّية طالق، الطالق من الإبل: التي طلقت في المرعى، وقيل: التي لا قيد عليها، وكذلك الخلَّية، وطلاق النساء بمعنى التخلي والإرسال[1].

ب- اصطلاحا:

حل عقدة النكاح، وعرّفه المصنف في تهذيبه بأنّه تصرف مملوك للزوج بلا سبب فيقطع النكاح[2]، والطلاق في باب الزواج هو إنهاء عقد الزواج، والمفارقة بين الزوجين لانحلال الرابطة الزوجية بينهما لأي سبب من الأسباب التي توجب ذلك، ويعرف الطلاق اصطلاحا بأنّه: إنهاء العلاقة الزوجية في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها صراحة أو دلالة[3]، كما يعرف أيضا: بأنّه رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بألفاظ مخصوصة[4]، وفي تعريف بن عرفة: هو صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته موجبا

([1]) - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص: 2692 و2693.

([2]) - شمس الدّين محمّد بن محمّد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، ج4، دار الكتب العلمية، لبنان، دط، 2000، ص: 455.

([3]) - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، الجزائر، ط4، 2005، ص: 208.

([4]) - عبد الله عبد الرحمان السعيدي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم(28) لسنة 2005، دار الأفاق المشرقة، المملكة الأردنية الهاشمية، ط1، 2012، ص: 135.

تكررها مرتين زيادة عن الأولى للتحريم[1]، وعرفه بدران أبو العنين: بأنهّ رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللّفظ من الكتابة[2].

والملاحظ من جملة التعريفات السابقة أنّها اتفقت على أنّ الطلاق هو رفع قيد النكاح وحله.

ج- قانونا:

جاء في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري: "مع مراعاة المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"[3].

والملاحظ من خلال نص المادة 48 أنّ المشرع الجزائري عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق، مكتفيا ببيان إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وشروطه وضوابطه[4]، محاولا التملص من أي التزام قد يقع على عاتقه جراء تبنيه تعريف فقهي دون آخر، تاركا ذلك لما هو مقرر في الفقه الإسلامي على غرار مسائل فقهية أخرى[5]ضمنها في المادة 222 من قانون الأسرة عندما نص على أنه: "كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

([1]) - نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، دط، 2003، ص: 06.

([2]) - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن بين الأحوال الشخصية والمذاهب الأربعة والسنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، لبنان، دط، دسط، ص: 302.

([3]) - عدلت بالأمر05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. وحررت في ظل قانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي: "الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

([4]) - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، دط، 2012، ص: 23.

([5]) - باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، دط، 2007، ص: 08.

ثانيا: عوامل الطلاق.

أ- عوامل نفسية:

يرى بعض علماء النفس أنّ معظم حالات الطلاق ترجع إلى عوامل لا شعورية، وتدخل في علم النفس المرضي، بمعنى أنّ أي شخص يرى في الطلاق حلا لمشاكله الزوجية فهو شخص ليس بالسوي وأنّ السبب الرئيس الذي يجعله يفكر فيه ويهدد به هو مرض في نفسه[1]، يتمثل في عدم نضجه العاطفي واستخدامه لأساليب خاطئة اعتادها مِن قَبل: كالشك والخوف من المسؤولية، حب التمسك بالهيمنة والغيرة، وغيرها من الإضرابات النفسية التي تدفع به في نهاية المطاف إلى الطلاق.

ب- عوامل اجتماعية:

1- العامل الاقتصادي وأثره على الحياة الأسرية:

يعد العامل الاقتصادي من الأسباب الهامة التي يستند عليها الطلاق لدى مجتمعاتنا العربية، إذ يمثل الدخل مؤشرا هاما يساهم في تقوية العلاقة وتأمين استقرارها، وبتدهوره يرى طرفا العلاقة أنّ سبل المعيشة عليهما ضاقت وهدفهما في تحقيق حياة رغيدة مؤدية لأغراضها أصبحت مستحيلة وتعتليها مشاكلهم اليومية، ممّا يَكُون الطلاق هو الحل.

2- خروج المرأة للعمل:

مع ارتفاع المستوى الثقافي والعلمي الذي تشهده المرأة هذا العصر، وتضاعف المسؤوليات وإدراكها لحقوقها المدنية والشرعية[2]، خرجت المرأة للعمل مما جعلها تتمتع بميزانية خاصة بها وجعلها أقل اعتمادا على زوجها من الناحية المادية، كما تطور مركزها الاجتماعي، الشيء الذي يشعرها بحريتها وقيمتها وشخصيتها في الحياة أكثر من عدم عملها، فعزز من استعدادها للمناقشات حول الحقوق الزوجية وشؤون الأسرة خارج البيت، فتكتسب سلوكا متأثرة بتلك المناقشات، رافضة الخضوع لأوامر زوجها، مقابل إصراره على فرض سيطرته والتمسك بهيمنته، فيشكل هذا التنافر مشاكل وأحقاد يكون الطلاق هو الفيصل.

([1]) - مسعودة كال، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري، دراسة ميدانية حول عينة من المطلقات في الوسط الحضري الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ص: 49.

([2]) - أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، ماليزيا، دط، 2010، ص: 243.

3- أزمة السكن:[1]

تعد أزمة السكن عاملا مشجعا لانتشار آفة الطلاق، فالسكن مع أهل الزوج يطرح مشاكل بين الزوجين نظرا للصراع الذي يقوم بين الزوجة والحماة من جهة، وبين الزوج والزوجة بسبب ذلك من جهة أخرى، مع شعور بنقص الحرية نتيجة سكناهما مع الأهل، سيما إذا كانت العائلة كبيرة مما يدفع بهما غالبا إلى الطلاق.

ج- عوامل أخرى:

- الزواج المبكر منعدم الرضا بين الطرفين، وسوء اختيار الشريك.
- التفكك الأسري وإهمال الوالدين لواجب التربية: هناك الكثير من الأزواج لدى مجتمعاتنا العربية مَنْ يَنْشَغِل عن انشغالات أولاده وكأنّه غير مسؤول، تاركا إيّاهم لأهوائهم غير المنضبطة وتعاملاتهم المستوحاة من المجتمع، متأثرين بأفكار وعادات وتقاليد الغرب المخالفة لتعاليم الشريعة الإسلامية، فيتشكل نتيجة اللامبالاة والإهمال العائلي جيل مضطرب نفسيا، يعاني انحراف في سلوكياته وتعاملاته، مما يؤثر ذلك سلبا على حياة الأسرة فتسود المشاكل داخلها و تتعقد الأمور فيما بين الزوجين،كُلاً يتهم الآخر بالتقصي، فيتعكر بذلك جو الأسرة ويكون الطلاق هو الحل.
- الكثافة السكانية العالية في المدينة نتيجة الهجرة الريفية، فتتضاعف العلاقات بين الأفراد فيؤثر ذلك على أفكارهم وتعاملاتهم وفي تكوين العلاقات والأحاسيس مما قد يؤثر على ارتفاع الطلاق في المدينة.

❖ الفرع الثاني:

مشروعية الطلاق ومميزاته.

أولا: مشروعية الطلاق.

الكتاب والسنة هي الأدلة القطعية والأصلية للأحكام الشرعية إضافة إلى ما أجمع عليه جمهور الصحابة.

([1]) - مسعودة كال، مشكلة الطلاق، مرجع سابق، ص: 53.

أ- في القرآن الكريم :

يقول الله تعالى في **سورة الطلاق: {يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن}(الآية رقم:01)**، في الآية حكم عام للنبي صلى الله عليه وسلم وللأمة أجمع، فهو من الخاص الذي أريد به العموم[1].

ويقول جل شأنّه في **سورة البقرة: {الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان}(الآية رقم: 229)**، في هذه الآية تنظيم للطلاق مما يدل على مشروعيته.

ب- السنة النبوية الشريفة:

روى حميد بن عبد الرحمن عن أبي موسى قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا المسلمين، تطلق المرأة من قبل عدتها".[2]

وعن مالك، عن يحي بن السعيد، عن أبي بكر بن حزم؛ أنّ عمر بن عبد العزيز قال له: البتَّةُ، ما يقول الناس فيها؟ قال: أبو بكر: فقلت له: كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة. فقال عمر بن عبد العزيز: لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منها شيئا[3]. وروي عن عمر رضي الله عنه: "أنّ النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها"[4].

ج- الإجماع:

منذ عصر الصحابة رضوان الله عليهم حتى يومنا هذا انعقد اجماعهم على مشروعية الطلاق. وبذلك يضاف إلى ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية[5].

([1]) - محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دط، 2003، ص: 361.

([2]) - محمد كمال، سالم الشافعي، المرجع نفسه، ص: 362.

([3]) - الإمام مالك بن أنس، كتاب الطلاق، الموطأ.

([4]) - عبد الرحمان السعيدي، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 136.

([5]) - لم ينفرد الإسلام بإقرار الطلاق وإثبات مشروعيته، فهو من المبادئ المعترف بها بين الشعوب والأمم القديمة وإن اختلفت في نظمه وأسبابه، فقد عرف قانون حمورابي الطلاق وجعله حق للزوج إذ تبين له عقم زوجته ولها استرداد كامل حاجاتها وجهازها، كما عرفه اليونانيون وجعلوه من حق الرجل، وفي الرومان كان الطلاق من حق الزوج متى شاء، والإسلام لم يأت بالجديد لكنه نظم الطلاق حتى تتحقق مصالح الأسرة، ملغيا بعض الأحكام ومعدلا البعض الآخر، مبقيا على ما يتفق ومقاصد الشريعة، أنظر إلى: عبد الرحمان السعيدي، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص: 130.

ثانيا: مميزات الطلاق (خصائصه).

الطلاق طريق للفرقة والابتعاد الروحي والبدني، وهو مسار لا يُمرُ منه إلاّ لحاجةٍ تُبيحه أو ضرورة تُبرره. وفيما يلي سنتطرق إلى خصائص الطلاق:

أ- الأصل في الطلاق الحظر:

الطلاق؛ هل هو مباح أم محظور؟ سؤال اختلف في تحديد جوابه بدقة جمهور الفقهاء، فذهب بعضهم للإباحة وبعضهم ذهب للحظر، واختلافهم متعلق بحكم أصل الطلاق قبل أن يرد عليه الوجوب والندب والحرمة والكراهة، مما يستوجب التمييز بين إيقاع الطلاق ووقوعه، ففعل الزوج لإيقاع الطلاق هو الذي تعتريه الأحكام التكليفية ويوصف بالإباحة أو الحظر، أمّا وقوع الطلاق فهو حكم الشرع، والمترتب بعد الإيقاع مباشرة:

1- الاتجاه الذي يقول بالإباحة:

يرى جمهور هذا الاتجاه أن الأصل في الطلاق الإباحة، فيقول السرخسي[1]في كتابه "المبسوط": وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل.

ودليلهم من الكتاب: **قوله تعالى: {لا جناح عليكم إن طَلَقتم النساءَ ما لم تمسُوهنَّ أو تفرضوا لهن فريضة} سورة البقرة الآية 236، وقوله تعالى: {فطلقوهن لعدتهن} سورة الطلاق الآية 01.**

ويستدلون بما في السنة العملية لرسول الله صلوات الله عليه أنّه طلق زوجته حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنّها صوّامة قوّامة، كما طلق الصحابة أزواجهم دون سبب يذكر فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم عليهم ذلك، مما يدل على أنه مباح.

2- الاتجاه الذي يقول بالحظر:

ذهب فرقة من الفقهاء كلٌ حسب مذهبه إلى القول بأنّ الأصل في الطلاق الحظر، فجاء في فتاوى ابن تيمية "الأصل في الطلاق الحظر وإنما أبيح منه قدر الحاجة"[2]، ودليلهم من القرآن الكريم: قوله تعالى: **{فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا}**، ففي الآية بيان يفيد أنّ الطلاق لغير حاجةٍ ظلمٌ وبغي وهذا محظور، أما حُجتهم من السّنة العملية **لرسول الله**

([1]) - محمد كمال، سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 351.

([2]) - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، مصر، دط، دسط، ص: 178.

صلوات ربي عليه قوله: "أبغض الحلال عند الله الطلاق"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات". وبالرغم من اختلاف الفقهاء حول مسألة الحظر والإباحة في الحكم الأصلي للطلاق إلاّ أنهم متفقون على الأحكام التكليفية التي تعتريه حسب الأحوال والظروف، فالطلاق مباح للحاجة والضرورة ودونهما يكون صاحب الحق في إيقاعه ظالما متعسفا[1].

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي من خلال المادة 52 المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في2005/02/27 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها :"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[2]

2- الأصل في الطلاق أنه بيد الرجل:

الطلاق على وجه العموم قد يَسْتَوْعِبُ صورا مختلفة من الفرقة ولكنَّه في المعنى الاصطلاحي ينصرف إلى الفرقة التي يوقعها الزوج[3] فهو صاحب الحق الأصيل والأدلة على ذلك كثيرة شرعا وقانونا، فقد خولت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري الحق في استعمال الطلاق للرجل حاملة في فحواها مصطلح "إرادة" تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة[4] الذي هو وفق القوانين الوضعية مبدأ تقليدي بمقتضاه يكون للإرادة وحدها القدرة على إنشاء

([1]) - وهناك من يرى بأن الحظر في الطلاق دياني لا قضائي، بمعنى أن الزوج الموقع للطلاق بغير مبرر شرعي يكون آثما وعلى هذا فإنّ الموضوع يتعلق بأمر نفساني موكول إلى ضمير الزوج، والأحسن عدم معرفته، أما قضاءا فالطلاق واقع ولا يجوز للقاضي معرفة السبب حرصا منه على سمعة الأسرة، أنظر: محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 36.

([2]) - عدلت بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

([3]) - محمد كمال، سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 353.

([4]) - العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ومن هذا التعريف يتبين أنّ أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحدد آثاره كقاعدة عامة، ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة. ومن هذا يتضح أمران: الأول أنّ الإرادة لها سلطان ذاتي، فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، الأمر الثاني أنّ الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار المترتبة على العقد أو التصرف القانوني. راجع: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دط، 2011، ص: 44.

الالتزام وترتيب الآثار دون اشتراط إجراء شكل خاص[1]، فالطلاق بيد الرجل لأنّه أعقل من المرأة وأضبط لعواطفه وأدرى بالتبعات المترتبة عنه بخلاف المرأة تجدها سريعة الاغترار فلا روية لها في أمورها فلو جُعل الطلاق بيدها لَبادرت إلى إيقاعه في كل صغيرة وكبيرة دون تأمل لعواقبه المدمرة لكيان الأسرة، ولا يقدح في هذا أنّ هناك نسوة يتمتعن بالجزلة والرصانة لكّن نادرا ما يكون ذلك، وبناية الأحكام تكون على الغالب. ولأنّ الزواج والطلاق يُحَمِّل الزوج تبعات مالية –بحكم قوامته– مما يدفعه إلى التريث والتأني في إيقاع الطلاق[2]، وردا على الفريق المشكك في صحة هذه الميزة والطاعن في حكمتها، جدير بنا أن نوضح التالي:

1– جعل الطلاق بيد المرأة وحدها:

يكون الطلاق حلا إذا ادعت الضرورة لذلك، فلو ملّك الشارع حق إيقاعه للمرأة، لَهُضِم حق الرجل من خلال خسارته لما بذل من جهد ومال، في المقابل تكون هي قد ربحت مهرا قديما وإذ عاودت الزواج تكون قد ربحت مهرا جديدا وبيتا جديدا وزوجا جديدا.

2– القول بأنّ الطلاق لا يقع إلاّ باتفاق الزوجين:[3]

ماذا لو تعنت طرف ورفض الاتفاق على الطلاق نكاية في الطرف الآخر حتى يوقعه في ضرر لا يمكنه الانفكاك منه وبالتالي لا يصح هذا القول.

3– تقييد الطلاق بالقضاء:[4]

([1]) – محمد أمين لعويل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001، ص: 62.

([2]) – لا الشريعة ولا القانون أهملوا جانب المرأة وحقها في قضايا الطلاق، فقد خولت لها المادة 53 المعدلة بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري حق طلب التطليق لأسباب تضمنتها المادة على سبيل الحصر ليكون السبب الأخير شاسعا مُلّما بما سبقه من أسباب، بالإضافة إلى المادة 54 المعدلة بالأمر ذاته التي أمدت للمرأة بحق الطلاق عن طريق الخلع.

([3]) – لا مانع أن يتفق الزوجان على إحداث الطلاق بإرادتهما المشتركة وهذا ما أقره المشرع في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري حيث جعلت الطلاق بالتراضي صورة من صور انحلال الرابطة الزوجية تماشيا مع ما أقرته الشريعة الإسلامية.

([4]) – المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، المعدلة بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005. الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية من الأمر المؤرخ في 13 أوث 1956.

تكليف الزوج باللجوء إلى القضاء حتى يُحكم له بالطلاق أمر ليس في صالح المرأة، لِمَا فيه من كشف لعيوب الزوجة بإثبات سوء سلوكها، فجعل الطلاق بيد الرجل لا بيد القضاء أولى بالعمل به، لما فيه صلاح ونفع للمرأة والرجل والأسرة معا، ذلك أنّ مفتاح بقاء الحياة الزوجية لابد وأن يكون بيد الرجل باعتباره القيّم الأول والمكلف بالإنفاق عليها، ويلزمه الشرع والقانون[1] – الذي تماشى معه في هذا الشق– بكافة أعباء الطلاق سواء كان مخطئا في طلاقه أم أن خطأ زوجته هو الدافع إلى إيقاع الطلاق، رحمة بالنساء وسترا لعيوبهن، مع أن العدل في إعفاء الرجل من أعباء الطلاق إذا اثبت أن الدافع إلى الطلاق هو خطا زوجته كما لو أثبت سوء سلوكها، لكن الشريعة فضلت الرحمة بالنساء على العدل مع الرجال والستر في مجال الأسرة على الفضيحة أمام القضاء[2].

4– خلاصة القول :

جعل الطلاق بيد الرجل طريقا طبيعيا وسليما يوقعه حين يوقعه دون حاجة إلى القضاء، إلاّ أنّها سلطة ليست مطلقة[3] من كل قيد و شرط لتكون سلاحا بيد الرجل يهدد به متى شاء وتكون المرأة رهينة هذه السلطة، لذلك جردت هذه السلطة من التعسف وحُميت من العبث فلا تستعمل إلاّ للحاجة والضرورة حرصا على المرأة ومركزها القانوني في قضية الطلاق بإرادة الزوج[4].

ج– الأصل في الطلاق التتابع:

الأصل في الطلاق التعدد والتتابع ولا يقصد التعدد في الألفاظ وإنما التعدد الذي يرتبط بزمان حدده الشارع ولا يعتد خارجه بتعدد الألفاظ مصداقا لقوله تعالى:"**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**" **سورة البقرة، الآية رقم: 229.** وفي قوله تعالى:"الطلاق مرتان" تأويلان: الأول يبين عدد الطلقات وتحديدها بالثلاث، وأن الزوج يملك

([1]) – المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، المعدلة بالأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، التي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

([2]) – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 42 و43.

([3]) – رتب القانون والشرع على الطلاق من الناحيتين المالية والاجتماعية نتائج خطيرة القي بها على كاهل الزوج دون اعتبارٍ لإعساره، ما يُحمل الزوج مسؤولية ضبط النفس وموازنة الأمور، قبيل الإقدام على الطلاق، كالنفقة ومشمولاتها، السكن أو أجرته، نفقة المحضونين ورضاعتهم وغيرها من تبعات.

([4]) – المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

الرجعة في الاثنين ولا يملكهما في الثالثة وهو ما قاله عروة وقتادة. والتأويل الثاني يبيّن سنة الطلاق التي يجب أن تكون في طهر لم يحدث بينهما جماع، ذلك لأنّ الطهر يوحي إلى الرغبة في إتيان المرأة والاستمتاع بها، والرجل لا يحدث الطلاق ورغبته في زوجته قائمة إلاّ إذا ألحت الحاجة إلى إيقاعه.

وجاء في المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري ما نصه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره أو يموت عنها بعد البناء"[1].

❖ المطلب الثاني:

أقسام الطلاق وشروطه

ينقسم الطلاق إلى عدة تقسيمات لاعتبارات مختلفة، وفي هذا المطلب سنحاول التطرق إلى نوعي الطلاق الرجعي والبائن، محاولين تحليل ومناقشة المواد المتعلقة بأحكام الطلاق ابتغاء معرفة مدى دعمها لمركز المرأة قانونا، ومدى توافقها وأحكام الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى شروط إيقاعه.

❖ الفرع الأول:

الطلاق الرجعي والبائن

المادتين 49 و50 من قانون الأسرة الجزائري تطرح نوعين من الطلاق، طلاق رجعي وطلاق بائن،إلاّ أننا لو أخذنا بحرفية النص لوجدنا أنّ المشرع الجزائري لم يميز صراحة بين الطلاق الرجعي والبائن، وبفكرة عدم وقوع الطلاق إلاّ بحكم قضائي، دعما منه لمركز المرأة قانونا، في حين لو قلنا بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء وتبقى مسألة الإثبات هي التي تعتريها صفة الحكم القضائي، فهذا أيضا حماية للمرأة ودعم لمركزها القانوني[2].

أولا: الطلاق الرجعي .

([1]) – عدلت بموجب الأمر 05-02 في 27 فبراير 2005.

([2]) – د. علي بودفع، المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق، المؤتمر الدولي: المركز القانوني والسياسي للمرأة في ظل التشريعات المغاربية الحديثة، أكتوبر، 2015، غير مرقونة.

هو الطلاق الذي لا يزيل الملك ولا يزيل الحل ما دامت العدة قائمة[1]، فيوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة، ويملك فيه حق إعادتها إلى الزوجية أثناء عدتها دون عقد ومهر جديدين، دون اشتراطٍ لرضاها؛ لأنها لا تزال في عصمته[2]، وذلك بعد الطلقتين الأولى والثانية غير البائنتين أي المراجعة تكون قبل انقضاء العدة.

أ- حكمه والحكمة منه:

سواء أكان أول الطلقات أم ثانيهما[3]، فإنه لا يغير شيئا من أحكام الزوجية، ما دامت الزوجة في العدة، إلاَ أنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فإذا وقعت طلقة رجعية وكانت الأولى، فلم تتبقى إلاّ طلقتان، وإن كانت الثانية لم يبقى له إلاّ واحدة، لذلك تبقى الحقوق الزوجية ثابتة فترة العدة، وحلية المطلقة قائمة للزوج حق المراجعة إن أراد ذلك.

الحكمة من الطلاق الرجعي هي إعطاء الزوج فرصة التفكير والتدارك لما وقع منه في لحظة تسرع وسوء تقدير، نتج عنها إيقاع للطلاق، وذلك بتمكينه من إرجاع زوجته بإرادته ما دامت في العدة، وفرصة التدارك في الطلاق الرجعي متاحة للطرفين، فمراجعة الزوجة تمنحها فرصة تصليح لما قد عسى وقع منها من خطأ ونشوز، فتستدرك حق الزوج عليها، وتدوم بهذه الفرص حياتهما الزوجية في سلام واستقرار.

ب- ما يرتبه الطلاق الرجعي:

يترتب عن الطلاق الرجعي ما يلي:

1- لا طلاق إلاّ لعدة[4].

2- نقص في عدد الطلقات التي يملكها الزوج مع بقاء حلية الاستمتاع بالزوجة قائمة ما دامت مدة العدة لم تنقض.

([1]) - العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2013، ص: 224.

([2]) - أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، دط، دسط، ص: 152.

([3]) - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص:61-62.

([4]) - أحمد ذيب، قواعد الطلاق، مرجع سابق، ص: 72.

3- عدم المراجعة فترة العدة تفي بانقضاء الحياة الزوجية، فيصير بذلك الطلاق الرجعي بائنا.

4- الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث.

5- المهر المؤجل لأقرب الأجلين (الموت أو الطلاق)لا يحل بالطلاق الرجعي إنما يحل ببينونة المرأة بعد انقضاء عدتها[1].

ثانيا: الطلاق البائن .

هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته إلاّ بمهر وعقد جديدين وبرضًا منها، والبينونة نوعان:[2]

أ- الطلاق البائن ببينونة صغرى :

وفيه يستطيع الزوج مراجعة زوجته بعد طلاقها وانقضاء عدتها، بعقد ومهر جديدين، ويكون هذا في الطلقة الأولى والثانية فقط.

ب- الطلاق البائن ببينونة كبرى :

وفيه لا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلى الزوجية في العدة كالطلاق الرجعي ولا إعادتها إلى عصمته بمهر وعقد جديدين كالطلاق البائن ببينونة صغرى، فالبينونة الكبرى تعني الحرمة حتى تنكح الزوجة المطلقة رجلا غير زوجها الأول، ويدخل بها حقيقة، فإذا طلقت منه بغير نية التحليل لزوجها الأول، أو مات عنها جاز لها وبرضاها العودة بعقد ومهر جديدين.

ج- حكم طلاق البينونتين الصغرى والكبرى:

يفيد طلاق البينونة الصغرى زوال الملك دون رفع الحل، فيترتب على زوال الملك حرمة استمتاع أحدهما بالآخر أو الخلوة به، فتصبح الزوجة البائنة ببينونة صغرى بمنزلة الأجنبية، ويحل مؤجل المهر، كما يحظر التوارث فيما بينهما، فإذا توفي أحدهما ولو في العدة لا يرثه الآخر. ويترتب عن البينونة الكبرى الأحكام ذاتها المترتبة عن البينونة الصغرى، غير أنّ

([1]) – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 62.

([2]) – المرجع نفسه، ص: 62.

طلاق البينونة الكبرى تنقضي به عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فتحرم عليه مطلقته مؤقتا حتى تتزوج غيره زواجا شرعيا بنية الاستمرار والديمومة.[1]

والحكمة من الحرمة المؤقتة، تكمن في تلقين كلا الطرفين درسا حقيقيا بعد انقضاء عدد الطلقات، بغية احترام الحياة الزوجية وضمان عدم تعثرها، في حالة تمكنا من الرجوع إلى بعضهما مرة أخرى، فتعليق استئناف الحياة الزوجية على زواج آخر، له تأثيره الفعال خصوصا إن كان الطرفان يتمتعان بالكفاءة المتبادلة بينهما، وطلاقهما كان نتيجة ظروف ساء التحكم فيها.

ثالثا: القيود الواردة على الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

ملّك الشارع حق الطلاق للرجل بإرادته المنفردة[2]، فهو يتصرف فيه بحرية، فلا تجوز الرقابة عليه فيما يفعل، غير أنّ الطلاق ليس حقا مطلقا لأنّ الأصل –عند بعض الفقهاء– فيه الحظر، فلابد أن يُقيد بمدلوليه وبما شُرع لأجله، والقيود قد تكون دينية أو تشريعية أو قضائية فلا فرق في ذلك، وسنتحدث هنا عن القيود القضائية التي وضعها المشرع الجزائري دعما منه لمركز المرأة قانونا، مستخلصين بعض الإشكالات التي تنتج عن هذه القيود:

أ– الطلاق حق مقرر للزوج في قانون الأسرة :

أقر المشرع الجزائري للزوج حق الطلاق بمحض إرادته، إلاّ أنّه قيده باللجوء إلى القضاء منعا للتعسف، ودعما لمركز المرأة، الذي لم يهدر حقها، فقد أعطاها ابتداء حق قبول الزوج، وحق الاشتراط الجائز[3]، وحق الخلع والافتداء، وحق طلب التطليق من القاضي في كل حال تتقلب فيه المصلحة إلى مفسدة.[4]

والملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 48 من قانون الأسرة أنه ساوى بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق، مخالفا بذلك الشريعة الإسلامية، غير أنّ ما يَعْذِر هذا

([1]) – زواج التحليل: المقصود به زواج الرجل من المرأة البائنة بينونة كبرى (المطلقة ثلاثا)، شرط أن يطلقها متى تزوجها حتى تحل للزوج الأول، فالنية هنا قائمة على التأقيت لا على الدوام والاستمرار.

([2]) – المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

([3]) – المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، المعدلة بالأمر رقم 02–05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. حررت في ظل القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984كمايلي: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون".

([4]) – المادة 54 و53 من قانون الأسرة الجزائري، المعدلتين بموجب الأمر 05–025 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

النص قصده بعبارة "أو بطلب من الزوجة" الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على تضرر الزوجة.[1]

ب- محاولات الصلح:

"من المقرر قانونا أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"[2].

وعليه فالقاضي ملزم في أي دعوى طلاق معروضة أمامه للفصل فيها باستدعاء الأطراف إلى جلسة سرية لإجراء محاولات الصلح بينهما، وهذا ما جاءت به المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، المتعلقة بإجراءات الطلاق، فالحكم الصادر بالطلاق دون إجراء محاولات صلح يثيرها القاضي تلقائيا، يعتبر باطلا لمخالفته إجراء جوهريا، إذا قلنا بأنّ محاولات الصلح هو إجراء من النظام العام، في حين لو اتجهنا إلى غير ذلك لَاعتبر الحكم بالطلاق صحيحا ومنتجا لآثاره.

إنّ المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يترك خيارا للقاضي في إجراء محاولة للصلح من عدمها، معتبرا إياه من النظام العام، ناصا على عدم إثبات أو إقامة طلاق دون محاولات صلح سبقته، شريطة أن لا تتجاوز مدة الثلاثة أشهر. فيستشف من ذلك سياسة المشرع الجزائري نحو تقييد حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة، جاعلا منه مجرد زعم زائف، وادعاء ضعيف، يواجه بهشاشة حججه قوة مركز المرأة القانوني في قضايا الطلاق.

ج- إثبات الطلاق بحكم قضائي:

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ومحاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة." هذا ما يبين أنه لا وجود للطلاق قبل الحكم به، وبعد تسجيله يسري حكم الطلاق في مواجهة الغير.

([1]) - أحمد ذيب، قواعد الطلاق، مرجع سابق، ص: 18.

([2])- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 75141 المؤرخ في 18جوان1991، المجلة القضائية، العدد الأول، 1993، ص: 65.

ونصت المادة 57 [1]من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية."

كما جاء المشرع في المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". وينص في المادة 51 من القانون نفسه على أنّ: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلاّ بعد أن تتزوج غيره أو يموت عنها بعد البناء".

من خلال ما سبق ذكره يتضح أنّ المشرع الجزائري ميّز بين احتمالين، الأول أنّ الطلاق الرجعي لا يحتاج إلى حكم قضائي لثبوته، والاحتمال الثاني هو أنّ الطلاق البائن بينونة صغرى لا يعتد بوقوعه خارج ساحة القضاء ما يستوجب إثباته بحكم قضائي.

جليٌ ما أقره المشرع الجزائري من جعل الطلاق حق للزوج بإرادته المنفردة، دون أسباب يبديها، ودون أن يكون للقاضي فيها دورا إيجابيا، ما يفيد أنّ دور القاضي يدخل في الوظيفة الولائية لا القضائية، فقد قيده باحترام الشكل المقرر قانونا، وجعل له صفة الإنشاء. ذلك أنّه من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط، في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه، وليس من تاريخ تصريح الزوج به وبالتالي فإنّ آثاره تترتب من تاريخ الحكم[2].

د- ما يمكن إبداؤه كإشكاليات بشأن مواد الطلاق في ق،أج:

1- المادتين 49 و50 لم تميزا صراحة بين نوعي الطلاق الرجعي وطلاق البينونة الصغرى، فمن البلاغة إعادة صياغة مواد الطلاق بما يتماشى وأحكام كل من الطلاق الرجعي والبائن، حتى لا نقع في جريمة الزنا.

2- للزوج أن يتلفظ بالطلاق، وتطول إجراءات الحكم به طبقا لما جاءت به المادة 49، كما يمكن أن تنعقد جلسة صلح وتنجح بعد انقضاء العدة الشرعية، والتي تحتسب من وقت تلفظ الزوج بالطلاق، فيراجع الزوج زوجته دون الحاجةِ إلى عقد جديد طبقا للمادة 52 من ق أج، فيصبح الطلاق الرجعي طلاق بينونة صغرى من الناحية

(1)- عدلت بموجب الأمر 05-02 فبراير 2005.

(2)- بودفع علي، المركز القانوني للمرأة، مرجع سابق.

الشرعية، أمّا من الناحية القانونية فهو طلاق رجعي، وذلك ما يكشف لنا التناقض الذي واكبه المشرع الجزائري مخالفا به قواعد الشريعة الإسلامية، التي تلزم الزوج بعقد ومهر جديدين في طلاق البينونة الصغرى.

3- قد يؤدي تطبيق المادتين 49 و50 إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدأ من وقت تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، ما يؤدي إلى تعارض فيما بين القانون والشريعة، خاصة إذا انقضت العدة الشرعية مع استمرار العدة القانونية[1].

4- لزوم المطلقة لبيت الزوجية قانونا لا شرعا طبقا للمادة61 من ق أ ج[2].

5- حلول مؤجل المهر شرعا لا قانونا.

6- يرث أحدهما الآخر قانونا لا شرعا.

❖ الفرع الثاني:

شروط الطلاق.

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بشروط المطلق[3] مما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة، إلاّ أنّه وبالرجوع إلى نص المادة 07[4]من قانون الأسرة الجزائري نجده قد منح في الفقرة الأخيرة منها كل من الزوجين اللذين لم يبلغا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب والحضانة والخلع وطلب الطلاق وغير ذلك[5].

([1]) – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 25.

([2]) – ونصها كلآتي: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق". الأمر 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005.

([3]) – عالجها المشرع السوري في المواد 166-168 من قانون الأحوال الشخصية.

([4]) – عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005. حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو1984 كمايلي:

تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام (21) سنة، والمرأة بتمام(18) سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

([5]) – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 47.

ولأن في شروط الطلاق دعم لمركز المرأة القانوني، ارتأينا المرور عليها على النحو التالي:

أولا: شروط المطلق.

المطلق هو الزوج الذي ملّكه الشرع والقانون حق إيقاع الطلاق بمحض إرادته، فلا يمكن إيقاع الطلاق المرتب لآثاره، إلاّ إذا توافرت جملة من الشروط نوجزها:

أ- اتفق فقهاء الشريعة على صحة الطلاق الواقع من البالغ، والعاقل، والواعي، والمختار، وعلى عدم صحته من عديم الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز، ومن في حكمهما[1].

ب- طلاق المكره لا يقع، قياسا على إسلام المكره تحت ضغط الإكراه، والإسلام من المصالح النافعة نفعا محضا، كذلك لا يقع طلاق المكره باعتبار الطلاق من الأعمال الضارة[2].

ج- أن يكون المطلق قاصدا الطلاق مريدا له عازما عليه، لذا رأى جمهور الفقهاء عدم وقوع طلاق السكران،لأن ليس له قصد صحيح، قياسا على المجنون والصبي.

د- الرأي الراجح في طلاق الغضبان أنه لا يقع، لأنه يؤدي بصاحبه إلى فقدان الهيمنة على إرادته، وعدم القدرة على التوازن والتحكم في زمام الأمور، مغلقا عليه باب القصد والعزم على ما يقع منه.

ثانيا: شروط المطلقة (المحل).

المطلقة هي المرأة التي يقع عليها الطلاق في عقد الزواج الصحيح[3]، فلا طلاق إلاّ على الزوجة الشرعية الموجودة تحت عصمة الزوج[4]، والمشترط لإيقاع الطلاق عليها ما يلي:

أ- قيام العلاقة الزوجية، فيقع عليها الطلاق حال قيام الزوجية الصحيحة قبل الدخول أو بعده.

([1]) - مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011، ص: 125.

([2]) - مصطفى ابراهيم، المرجع نفسه، ص: 126.

([3]) - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 54.

([4]) - أحمد ذيب، قواعد الطلاق، مرجع سابق، ص: 28.

ب- صحة الزواج بالعقد الصحيح مستوفي الشروط و الأركان.

ج- ألا تكون منتهية العدة أو بائنة بينونة كبرى.

د- ألا تكون مطلقة قبل الدخول، فلا طلاق على من تزوجت زواجا صحيحا وطلقت قبل الدخول، لأنها ليست من ذوات العدد ولا عدة لها[1].

هـ- أن تكون في طهر لم يجامعها فيه.

ثالثا: شروط الصيغة (اللَّفظ).

أجمع جمهور الفقهاء على أنّ الطلاق يكون باللفظ العربي أو بغيره، وسواء باللفظ أم الكتابة أم بالإشارة، واللفظ إمّا صريح وإمّا كناية.

فاللفظ الصريح هو الذي ظهر المراد منه، وغلب استعماله عرفا في الطلاق، مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق، أمّا اللفظ الكناية فهو الذي يحتمل الطَّلاق ويحتمل غيره، ومثاله أن يقول الزوج لزوجته: ألحقي بأهلك، أو أخرجي من البيت أو أنت بائن أو بتة[2].

صحيح أن المشرع الجزائري لم يتبنى شروط الطلاق من خلال تقنينه، وذلك أنّ مرجعية اجتهادات المحكمة العليا قوّامها الفقه الإسلامي، للتدقيق والتمحيص في الأحكام القضائية، ومن خلالها يتم نقض الأحكام المخالفة لصحيح القانون، زد على ذلك ما تبنته المادة 222 من قانون الأسرة، التي أحالت إلى أحكام الشريعة في حالة عدم وجود نص قانوني، الأمر الذي جعلها تكتسب قوة الشيء المقضي فيه.

([1])- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 55.

([2])- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعيَّة للزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، لبنان، ط1، 2009، ص: 201.

❖ المبحث الثاني:

المرأة في الطلاق بالتراضي.

عرّفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري عقد الزواج بأنه: "عقد رضائي بين رجل وامرأة يتم على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[1]. وعليه فإن الرضا ركن جوهري وأساسي لبناء أي علاقة زوجية، وهو ما أقره المشرع الجزائري في مادته التاسعة من القانون نفسه التي نصت على: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

بيد أن الرضا قد يتغير ويزول إذا طرأت على العلاقة الزوجية ظروفا تجعل من استمرارها ضربا من المحال، فتتجسد بذلك ثقافات عدة تختلف من أسرة إلى أخرى، ونادرا ما تنجح العلاقات الزوجية الفاشلة في إنهاء علاقتها بأسلوب يحافظ على قدسية العلاقة، ويكون الرضا في قطعها ضرورة، تكشف عن رغبة الزوجين وإرادتهما في الإنفصال دون خصام أو نزاع.

وبالرجوع إلى ق.أ.ج نجده قد جعل الطلاق بالتراضي صورة من صور فك الرابطة الزوجية. حيث جاء في المادة 48 من ق.أ.ج على أنه: "...يحل عقد الزواج بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة..."[2].

❖ المطلب الأول:

مفهوم الطلاق بالتراضي.

تتأثر الحياة الزوجية بمجموعة تغيرات، يتعكر تحت تأثيرها صفو العلاقة الزوجية، فتعم الخلافات والمشاكل، الأمر الذي تستحيل معه المواصلة والاستمرار، وعليه فالطلاق بالتراضي صورة مميزة، تكشف عن رغبة مشتركة هدفها الفرقة بالتراضي ودون نزاع. وسنتحدث في هذا المطلب عن تعريف الطلاق في **فرع أول**، وفي **الفرع الثاني** سنتحدث عن الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري .

([1]) – عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

([2]) – عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

❖ الفرع الأول:

مقصود الطلاق بالتراضي.

يقصد به الطريق الذي منح للزوجين لفك الرابطة الزوجية طبقا للمادة 48 من قانون الأسرة، حيث خولت لهما حق الاتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتهما المجتمعة، وهو منطق سليم لا يخالف الشرع ولا مقتضى العقل السليم، فما أوجدته الإرادتان بالاتفاق، جاز فكه وإزالته بالاتفاق.

أولا: تعريف الطلاق بالتراضي.

هو أن يتفق الزوجين على حل زوجيتهما بإرادتهما المشتركة[1]، وذلك يعني أنه يمكن للزوجين بناء على رغبتهما المشتركة، أو بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر، أن يتطالقا بتراضيهما، بالإحسان ودون خصام أو نزاع[2].

ولقد عرف المشرع الفرنسي الطلاق بالتراضي في مادته الثالثة من القانون المدني المعدل في 26 ماي 2004 بأنه طلاق يكون بناء على طلب أحد الزوجين أو موافقة الآخر أو بناء على طلب مشترك منهما عندما يتفقا على مبدأ فك الرابطة الزوجية بغض النظر عن الأسباب الكامنة وراء ذلك، ولا يكون اتفاقهما قابلا للتراجع أو الطعن[3].

وبهذا المفهوم، فالطلاق بالتراضي يسمح للزوجين، في مصلحة الأسرة والأولاد، بالوصول إلى ايقاع الطلاق في مدة معقولة وبدون مفاخرة ولا فضائح[4]، فيكون من شروطه أن يتم بناء على طلب أحد الزوجين وموافقة الزوج الآخر كأن تتقدم الزوجة بدعوى جوازية للمحكمة والزوج بدعوى وجوبية طالبين فك الرابطة الزوجية[5].

([1]) – بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص: 258.

([2]) – بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص: 258.

([3]) – يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي، في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر القايد، تلمسان، السنة الجامعية 2008–2009، ص: 44.

([4]) – بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص: 259.

([5]) – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 259.

وقد جاءت المادة 48 من ق.أ.ج وسطا بين حق الزوج في إيقاع الطلاق منفردا، وحق الزوجة في طلب التطليق والخلع بإرادتها المنفردة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من القانون نفسه.

وعلى هذا فإن المشرع بتشريعه هذه الصورة لفك الرابطة الزوجية إنما قصد تمكين الزوجين من الاتفاق بحرية فيما يريانه مناسبا لحالهما دون بحث القاضي عن أسباب الانفصال .

ثانيا: أسباب الطلاق بالتراضي.

سلك الإسلام مسلك التخيير والإصلاح في ضبط أحكام المنظومة الأسرية، بالإضافة إلى أسلوب الردع والتقرير، وذلك حسب السلوك الذي يخالف أو يوافق الشرع، ومن هنا يمكننا تحرير بعض الأسباب التي تدفع إلى إيقاع الطلاق بالتراضي:[1]

أ- المحافظة على شهرة العلاقة الزوجية من التلوث بأفواه العامة.

ب- المحافظة على علاقة الأسرتين.

ج- ضمان نسبي يفضي لحماية الأولاد من الضياع والانهيار.

تحكم الأعراف والتقاليد في العلاقات الزوجية عموما، حيث يعتبر الأكثر انتشارا في المجتمعات القديمة والمعاصرة، ذلك لأنه النوع الوحيد الذي يتم دون مخاصمة ونزاع، ولا يعرض الحياة الخاصة أسرارها للتسرب والتفشي.

ثالثا: بعض صور الطلاق بالتراضي.

تبنى الفقه الإسلامي صور الطلاق بالتراضي كما يلي:

أ- حالة الخلع الاتفاقي:

هو صورة من صور الطلاق بالتراضي؛ كونه عقدا ينعقد بإيجاب وقبول.

([1]) – يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي، مرجع سابق، ص: 46.

غير أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الطلاق بالتراضي لا يأخذ نفس صورة الخلع الاتفاقي، لأنه أجاز للزوجة اللجوء إلى الخلع دون التوقف على رضا الزوج أو موافقته، كما تختلف صورة الخلع الاتفاقي عن الطلاق بالتراضي حسب ق.أ.ج من حيث الأثر الشرعي المترتب عن الخلع الإتفاقي وهو الطلاق البائن على رأي جمهور الفقهاء، ومن ثم فلا رجعة إلا بعقد ومهر جديدين[1] .

ب- حالة الطلاق على مال:

يطلق الخلع في الفقه الإسلامي، فيراد به أحيانا معنى عام، وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمها لزوجها سواء أكان بلفظ الخلع أو المبارأة، أم كان بلفظ الطلاق، وأحيانا يطلق ويراد به معنى خاص، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع أو ما في معناه[2].

وما ذهب إليه المشرع الجزائري يناقض قواعد الشريعة من حيث إمكانية الرجعة، إذ لا رجعة في هذه الصورة إلا بعقد جديد.

كما قد يأخذ الطلاق بالتراضي صورة مجردة من أي سبب ينتج من أحد الزوجين أو من كليهما، كأن تعترضهما عقبات وعوائق خارجة عن إرادتهما، فتجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق بالتراضي .

وحكم هذه الصورة يقع رجعيا لاحتمال تغير الظروف والأسباب التي من شأنها أن تتصلح الأجواء بها[3].

ج- حالة تفويض الزوجة في الطلاق:

يملك الزوج طلاق زوجته، فله أن يتولاه بنفسه أو بواسطة غيره، وهذا الغير قد يكون هو الزوجة نفسها، وتسمى بذلك الزوجة مفوضة. وذلك بأن ينيب الزوج زوجته في تطليق نفسها.

([1]) – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 166 و 167.

([2]) – محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص: 168.

([3]) – محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص: 171.

رابعا: مبررات الطلاق بالتراضي.

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

ورغم اتفاقهما فإنه يجب أن يشهر الطلاق بالتراضي ويعلن للمحكمة، طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

وفي إيطار تبرير الطلاق بالتراضي قضاءا، نستدل بقرار لمجلس قضاء تلمسان الصادر بتاريخ 06 جويلية 1967 بأنه: "لا يمكن معرضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطالقا بتراضيهما، وفقا لإرادتهما المشتركة، وأن الطلاق بالتراضي ليس محرم شرعا، بل يجد جوهره وأصله في الآيات من 127 إلى 129 من سورة النساء.[1]

❖ الفرع الثاني:

الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري.

لقد عالج المشرع الجزائري صورة الطلاق بالتراضي في المادة 48 من قانون الأسرة، بالإضافة إلى عدة اجتهادات قضائية في هذه القضية.

أولا: الإطار القانوني للطلاق بالتراضي.

تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري: "الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

من خلال نص المادة المدون أعلاه نستخلص أن المشرع الجزائري قد فتح للزوجين مجال الطلاق بالتراضي مع أنه تعرض له بإسهاب من خلال نصوص قانون الأسرة لسنة 2005، وبحلول سنة 2008 حاول المشرع استدراك إسهابه حول هذا النوع من الطلاق، وذلك نظرا لأهميته ولكثرة قضاياه، فنجد المشرع الجزائري بعد سنوات عدة من التهميش لهذه الصورة قد خصها ب 09 مواد، ولقد كان التعريف القانوني الذي أورده المشرع في قانون 08-09 كافيا لتمييزه عن باقي أنواع الطلاق الأخرى حيث عالجه في الباب الأول من

([1]) – يوسفات هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي، مرجع سابق، ص: 47.

الكتاب الثاني، من خلال نص المادة 427 من ق.إ.م وإ التي نصت: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة"[1].

جعل الطلاق حقا مشتركا يتفق الزوجان على إيقاعه، كما اتفقا على الزواج وإن كان في ظاهره فكرة طنانة جميلة[2]، تحتاج إلى دعم أهل التدبر والحكمة فكلما اختلفت الإرادتين في إيقاعه واستحال كل طرف إقناع الآخر بموضوعه، فيلتجأ كل منهما إلى المكر والخديعة. وعليه فإن الطلاق بالتراضي حلا لمشكل لم يحله القانون بإجراءات وتدابير، ونصوص تحفظ الزوج والزوجة من مكر الزواج، دون المساس بحقوق الأولاد والمجتمع[3].

ثانيا: الإطار القضائي للطلاق بالتراضي.

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/04/19: من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك أن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.

ومن المقرر أيضا أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطأوا في تطبيق القانون، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع، وأن دور المحكة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعا قائما طبقا لأحكام المادتين 459 و462 من القانون المدني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ".[4]

([1]) – المادة 427 من ق.إ.م وإ بموجب القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

([2]) – يوسفات هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي، مرجع سابق، ص: 48.

([3]) – يوسفات هاشم، المرجع نفسه، ص: 48 و49.

([4]) – قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم: 103637 الصادر بتاريخ 1994/04/19، م ق، ع خ، 2001، ص: 94.

يستشف من هذا القرار أن المحكمة العليا اعتبرت: الطلاق بالتراضي هو عقد صلح ينهي نزاعا قائما بين الطرفين، ودور القاضي يكمن في تجسيد الصلح ومراقبة صحته وسلامته، وأن الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف[1] .

ويأخذ على هذا القرار أنه حاول توظيف بعض الشروط والآثار التي لا تنسجم في الحقيقة وطبيعة صورة الطلاق بالتراضي، فاعتبار الطلاق بالتراضي تتويجا قضائيا لنزاع قضائي أيضا، في الوقت الذي تتحدث فيه المادة 459 من القانون المدني عن الصلح الذي يسبق اللجوء إلى الحماية القضائية وينهي نزاعا لم يطرح بعد أمام القاضي، فالاقتباس من هذه المادة قد يصلح في مجال تنازل كل من الطرفين عن حقوقهما على وجه التبادل، ولكن ليس معنى ذلك اتقاء لنزاع أو إنهاء له، لأنه موجود ومطروح للنظر فيه من قبل القاضي، ويطرح القرار إشكالية أخرى تخص مصطلحين متشابهين لغويا وهما عقد الصلح المشار إليه على أنه الطلاق بالتراضي، وكذا الصلح الذي يقوم به القاضي بحضور الطرفين في حدود ما هو مخول له القيام به طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة لإقناعهما بالعدول عن فكرة الطلاق حتى ولو كانت إرادتهما مشتركة في ايقاعه.

واستدراكا للثغرات المشار إليها سابقا نجد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/05/23 المؤسس طبقا للمادة 48 من ق.أ.ج الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالإبتدائية أو النهائية ولا يحق لكل من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير".[2]

حيث اعتبر هذا القرارا صورة الطلاق بالتراضي مجرد إشهاد عن رغبة الطرفين في الطلاق وليس عقد صلح ينهي نزاعا قائما، كما حصر دور القاضي في توثيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني ولا يتعداه إلى مراقبة صحة وسلامة ما اتفق عليه، فتكمن في ذلك ميزة استحداث هذه الصورة، بغية تحقيق ما بنته الرغبة المجتمعة دونما عوائق وعقبات.

([1]) – المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05-02 لسنة 2005.

([2]) – م ع غ أش، ملف رقم 243943 الصادر بتاريخ 2000/05/23، م ق، 2001، ص: 112.

ثالثا: آثار الطلاق بالتراضي.

أ- الأثر القانوني المترتب على الطلاق بإرادة الزوج المنفردة من إمكانية الرجعة دون عقد جديد قبل صدور الحكم بالطلاق، وبعقد جديد بعد صدور الحكم ما لم يكن هذا الطلاق مكملا للثلاث، هو نفسه ينطبق على صورة الطلاق بالتراضي.[1]

ب- الطلاق بالتراضي حالة من حالات عدم استحقاق المطلقة التعويض، أما شرعا فتستحق كل مطلقة متعة الطلاق[2]، مال يكن الطلاق الواقع عليها طلاق على مال أو بواسطة الخلع، لأن المرأة في هذه الحالة هي الملتزمة بالفداء إذا تحررت من عصمة زوجها.

❖ المطلب الثاني:

الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الحديثة والقديمة.

تأثرت المنظومة الأسرية بمجموعة التطورات التي مرت بها مختلف التشريعات على كافة الأصعدة، وتكريسا منها لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة واكبت إمكانية الطلاق بالتراضي، ومن هذا المنطلق سنتحدث في هذا المطلب عن بعض التشريعات التي أجازت هذه الصورة. الطلاق بالتراضي عند بعض التشريعات العربية وذلك في فرع أول، والطلاق بالتراضي عند بعض التشريعات الأجنبية في فرع ثان.

❖ الفرع الأول: الطلاق بالتراضي عند بعض التشريعات العربية.

أجازت بعض التشريعات العربية حق الإتفاق والتطالق بالرضا الطلاق بالتراضي،منها:

أولا: الطلاق بالتراضي في مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

جاء في المادة 114 من مدونة الأسرة المغربية ما نصه: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة ولا تضر بمصالح الأطفال. عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه"[3].

([1]) – م ع غ أ ش، ملف رقم 49858 الصادر بتاريخ 1988/07/18، م ق، ع1، 1992، ص:37.

([2]) – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 178.

([3]) – المادة 114 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، بتنفيذ القانون رقم03-70، الجريدة الرسمية، العدد 5184، الصادر بتاريخ 5 فيفري 2004.

يستشف من خلال النص المدون أعلاه أن المشرع المغربي اشترط لتوافق الإرادتين في إيقاع الطلاق على توافر أمرين مهمين وهما: الأمر الأول عدم مخالفة مقتضى الاتفاق أحكام هذه المدونة، والأمر الثاني أن لا يكون الاتفاق مضر بمصلحة الأولاد.

وقد أحسن فعلا المشرع المغربي حين اشترط لتوافق الإرادتين ما سبق ذكره، ذلك لأن هناك من التوافق ما يخالف النظام العام والآداب العامة ويضر بمصلحة الأطفال.

ثانيا: الطلاق بالتراضي في التشريع التونسي.

نظمت مجلة الأحوال الشخصية التونسية صورة الطلاق بالتراضي في الكتاب الثاني المعنون ب: "الطلاق؛ فجاء في الفصل 31 منه: "يحكم بالطلاق:

1- **بتراضي الزوجين.**

2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.[1]

من خلال نص المادة أعلاه نستنتج أن المشرع التونسي قد مكن الزوجين المتفقين على الفرقة بتراضيهما إيقاعه بالتراضي، حيث أن أول فرقة بينهما تتم بالاتفاق، والثانية بالتطليق للأسباب، والثالثة بإرادة الزوج، والرابعة بمطالبة الزوجة.

وجاء في الفصل 32:"... يجوز للقاضي اختصار هذه الإجراءات في حالات الطلاق بالتراضي ما لم يؤثر ذلك على مصلحة الأبناء."[2]

❖ الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الغربية.

أخذت مختلف القوانين الأجنبية الطلاق باتفاق الزوجين، باعتبار أنّ أسباب الفراق ترجع في الأصل إلى البداية التي ارتكنت على الرضا، حيث يعتبر الرضا جوهو وأساس عقد الزواج، وعليه سنركن في هذا الفرع للمرور على بعض نماذج التشريعات الأجنبية التي تجيز صورة الطلاق بالتراضي، نذكر منها: التشريع الفرنسي، والروسي والإيطالي.

([1]) – الفصل 31 من مجلة الأحوال التونسية، نقح بموجب القانون عدد 07 لسنة 1981 المؤرخ في 1981/02/18.

([2]) – الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية، نقح بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في1993/07/12.

أولا: الطلاق بالتراضي في التشريع الفرنسي.

عرفت فرنسا الطلاق بالتراضي في التشريع 1792 بعد أن انتصرت على نظم الكنيسة التي تحرم الطلاق لأي سبب كان .

وفي عام 1804 عدلت المجموعة المدنية أحكام الطلاق، وأبقت على الطلاق بالاتفاق مع بعض القيود التي تقيد من حدوثه أهمها:

أ- الرضا التام من الزوجين على طلب التفريق، وذلك بأن يعبرا عن إرادتهما ثلاث مرات خلال تسعة أشهر أنهما اتفقا على الطلاق.

ب- موافقة آباء الزوجين على التفريق.

ت- ضمان مستقبل الأولاد وتأمين تعليمهم.

ج- أن لا يقع الطلاق إلا بحكم القاضي بعد التأكد من توافر هذه الشروط.

وعليه فإذا كانت الحرية الفردية هي أصل عقد الزواج في التشريع الفرنسي، ويتجلى ذلك من خلال اعترافات المجلس الدستوري الفرنسي الذي اعترف صراحة بالقيمة الدستورية لحرية الزواج، حيث جاء في أحد قراراته أنه: "حرية الزواج هي أحد عناصر الحرية الفردية"[1].

ثانيا: الطلاق بالتراضي في التشريع الإيطالي.

مبدئيا نرى أن القانون الإيطالي نص على الانفصال الجسماني، بحكم من القاضي ولأسباب محددة بالمواد 152-153.

كما نص كذلك في المادة 157 على الطلاق بالتراضي بين الزوجين شريطة أن تتوافر الشروط التالية:

أ- تصديق المحكمة على الاتفاق.

ب- اتفاق الزوجين كتابة على التفريق.

ت- أن لا يكون الاتفاق مخالف للنظام العام.[2]

([1]) – يوسفات علي هاشم، الخلع والتطليق، مرجع سابق، ص: 55.

([2]) – المرجع نفسه، ص: 56.

ثالثا: الطلاق بالتراضي في التشريع الروسي.

لم يحدد القانون الصادر بتاريخ 1944 أسباب الطلاق في روسيا، بل أعطى الأمر للقاضي الذي يقدر الأسباب التي تدفع بالزوجين إلى طلب الطلاق، غير أن القضاء في الاتحاد السوفياتي يسير على اعتبار أن اتفاق الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية قرينة قاطعة على استحالة الاستمرار في هذه العلاقة، ولهذا فإن القضاء يحكم بالطلاق في أكثر الحالات التي تبين للقاضي أن رغبة الزوجين تسير إلى إحداث الطلاق بإرادتهما المشتركة تحت طائلة عدم القدرة على المواصلة والاستمرار.[1]

إن الذي منح المرأة حق الاشتراك والاتفاق مع زوجها على الفرقة بالحسنى والرضا هو التشريع، ولذلك ينبغي علينا أن نميز بين تصرفات الأفراد، وبين النظريات والتشريعات، التي جاء بها الدين ثم الإنسان، حتى نتمكن من صياغة القواعد والقوانين والتشريعات، الكفيلة بضمان حقوق كل من الزوجين دون إعتداد واهم وكاذب بمبدأ الذكورة أو الأنوثة.[2]

وفي الأخير فإن قوة مركز المرأة في صورة الطلاق بالتراضي، مركز قوي يواكب ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية، ويجسد مبدأ العدالة فيما بين الزوجين.

([1]) – يوسفات علي هاشم، نفس المرجع السابق، ص: 56.

([2]) – د. بودفع علي، المركز القانوني للمرأة، مرجع سابق.

الفصـــل الثانـي

المرأة فى الطلاق الخلع و التطليق

❖ المبحث الأول:

المرأة في طلاق الخلع

الخلع صورة من صور فك العلاقة الزوجية، وباعتباره ظاهرة اجتماعية وبسيكولوجية أولته شعبتي العلوم النفسية والاجتماعية أهمية بالغة، لما ينتج عنه من آثار تنصب على الزوجين والأطفال معا، ضف إلى ذلك قانون الأسرة الذي عالجه بصفته رسالة طلاق تفضي إلى إنهاء الرابطة الزوجية.

أثارت القوانين الصادرة في الجزائر لحماية المرأة جدلا واسع النطاق، وردود أفعال ساخطة وسط الرجال، الذين اعتبروها ظالمة في حقهم ومشجعة للمرأة على تدمير أسرتها وتشريد أطفالها دون عوائق، تماما كما يفعل الرجل حين يتعسف في استعمال حق الطلاق بإرادته، الذي بات حقا مقيدا عكس ماهو عليه طلاق الخلع بالنسبة للمرأة.

فالخلع حجة من العيار الثقيل، تدل على قوة مركز المرأة قانونا، فتتصرف وبإرادتها إلى إحداثه، باعتبارها صاحبة الحق الأصيل، توقعه حين توقعه دون شرط أو قيد، وذلك لسهولة إجراءاته وبيانها، وصياغة المادة 54 من قانون الأسرة أوضح دليل على ذلك.

ومن خلال مبحثنا هذا سنحاول التعرض إلى الخلع من خلال المطالب التالية: مفهوم الخلع في **مطلب أول**، وفي **المطلب الثاني** سنتناول: مركز المختلعة في قانون الأسرة الجزائري.

❖ المطلب الأول:

مفهوم الخلع.

إنّ حق الخلع المقرر للزوجة في قانون الأسرة الجزائري حق إرادي، لها سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادتها، مادامت في ذلك لا تخالف القانون، فمجرد استعماله يترتب عليه الأثر القانوني، لذلك دعم باللجوء الى القاضي حماية للمرأة ومركزها القانوني، وفيما يلي سنعرج على: تعريف الخلع ومشروعيته في فرع أول، وفي الفرع الثاني سنعالج: شروط الخلع.

❖ الفرع الأول:

تعريف الخلع ومشروعيته.

أولا: تعريف الخلع.

أ- لغة:[1]

خلع: خَلَعَ الشيءَ يَخْلَعُهُ خلعاً واختلَعه: كنزعه إلاّ أنّ في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخَلْع والنزعِ. وخلع النعل والثوب والرِّداء يخلعه خلعا: جرَّده.

والخلعة من الثياب: ما خلَعْتَه فطَرَحْتَه على آخر أو لم تطرحه كلُّ ثوب تخلعه عنك خِلْعة؛ وخلع عليه خلعة.

وخلع دابّته يخلعها خلعا وخلّعها: أطلقها من قيدها، وكذلك خلع قيده؛ قال: وكلُّ أُناس قاربوا قيد فحلهم***ونحن خلعنا قيده، فهو سارب.

وخلع امرأته خُلعا، بالضم، وخلاعا واختلاعا وخالعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له، فهي خالع، والاسم الخُلْعَةُ، وقد تخالعا، واختلعت منه اختلاعا فهي مُختلِعة؛ أنشد ابن الأعرابي: مولعات بهات هات، فإن شفَّر مال أردن منك الخلاعا. قال ابن منصور: خلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمالها فطلّقها وأبانها من نفسه، وسمي ذلك الفراق خلعا لأنّ النساء لباس للرجال والرجال لباس لهن؛ مصداقا لقوله تعالى: **{هنّ لباسٌ لكم وأنتم لباس لَّهنّ}**[2].

ب- اصطلاحا:

عرّف جمهور الفقهاء مادة الخلع بتعريفات شتى كلٌ حسب مذهبه وتصوراته، والراجح في قولهم أنّ المراد به، هو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها سواء كان بلفظ الخلع أو المبارأة أو كان بلفظ الطلاق[3]، والخلع شرعا: "إزالة ملك النكاح ببذل تبذله المرأة لزوجها"[4].

([1])- ابن منضور، لسان العرب، م2، ج14، مرجع سابق، ص: 1232.

([2])- سورة البقرة، الآية رقم 187.

([3])- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط3، 1957، ص: 329.

([4])-عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم للنشر والطباعة والتوزيع، لبنان ،ط1، 1997، ص: 52.

كما يعرف بأنّه: "اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش معه، ولهذا أجاز لها الشرع والقانون أن تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها"[1].

ومن سماحة الإسلام ورحمته أن جعل للمرأة حق الإختلاع من زوجها إذا كرهت منه أمورا لا تطيقها. وهذا الخلع هو المال الذي تقدمه الزوجة لزوجها ليطلقها، أي تفدي نفسها بالمال، أو بمنفعة تقدمها للزوج كإرضاع ولده أو حضانته دون أجر أو أي تعويض يتفقان عليه[2].

وعرفه أحد تلامذة ابن عرفة المالكي بقوله: "هو عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض"[3].

بناء على ما سبق يتضح لنا أنّ هناك علاقة بين التعريفين[4]: اللغوي والاصطلاحي، فعندما يقال: خالع امرأته خلعا فاختلعت فهي خالع، وخالعته، يعني افتدت منه بمالها ليزيلها عن نفسه، وسميت هذه الفرقة خلعا من نزع اللباس **في قوله تعالى:** "**هُنَّ لباس لَكُم وأَنْتم لِباسٌ لَّهُنَّ**".**سورة البقرة الآية187**، في الآية استعارة جميلة جعلت العلاقة بين الرجل والمرأة، كاللِّباس يلبسه أحدهما ليستر عورته ويَعُفُّها، كذلك هو شأن الزوجين في العلاقة الزوجية فكلاهما لباس للآخر وستر له.

ج- قانونا:

أَلِفَ المشرع الجزائري ترك التعاريف القانونية للفقه الإسلامي، محاولا العزوف عن أي تعريف فقهي يتبناه، متملصا من أي التزام قد يقع عليه جراء تبنيه لتعريف دون آخر، فقد جعل من الخلع صورة من صور فك الرابطة الزوجية[5]، ناصا عليه في المادة 54 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم

([1])- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008، ص: 208.

([2])- محمد السويسي، حقوق المرأة في السنة النبوية، دون دار نشر، دط، دسط، ص: 90-91.

([3])- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دط، 2013، ص: 15.

([4])- سعيد الزيباري، أحكام الخلع، مرجع سابق، ص: 52.

([5])- المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27فبراير2005.

يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم"[1].

من خلال نص المادة المذكور أعلاه، يتضح أنّ المشرع الجزائري أفسح للزوجة مجال طلب فك الرابطة الزوجية مقابل مال تعرضه على الزوج، دون مراعاةٍ لرضاه، فإن قبل بما عرضته عليه من مال تم اعتماده من القاضي، وإن لم يقبل به كان للقاضي دورا في تحديد مقابل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، فيفهم من النص أنّه لا اعتبار لإرادة الزوج في طلاق الخلع ولا في ملكه للعوض، ذلك لأنّ حالة عدم قبوله لا جدوى منها، مقابل سلطة القاضي التي تلعب دورا إيجابيا في هذه النقطة، وهي ما تعزز من مركز المرأة قانونا.

كما يلاحظ على صياغة المادة الغموض وعدم الوضوح في عبارة "دون موافقة الزوج"، فإن كان القصد من ورائها الخلع نفسه، فكان من الأبلغ صياغتها بعبارة "دون رضا الزوج"، ذلك أنّ الخلع واقع لا محالة لاعتبار مركز المرأة قانونا[2]، ضف إلى ذلك فالمادة عارية من كل قيد أو شرط، فلم تبين الشروط الواجب توافرها في المختلعة ولا القيود الواردة على حق اللجوء إلى الاختلاع، مكتفيا بالإشارة إلى إمكانية الطلاق عن طريق الخلع بمقابل مالي يتفق عليه الزوجان، دون اعتبار لرضا الزوج في ذلك.

ثانيا: أدلة مشروعيته.

ثبتت مشروعية طلاق الخلع من الكتاب والسنة العملية الشريفة وكذا عن ما ذهب إليه جمهور الصحابة بالإجماع.

أ- من الكتاب:

1- قوله سبحانه وتعالى: **{وَ لاَ يَحِلُّ لكم أن تأخذوا ممَّا ءاتيتومهُنَّ شيئا أن يخافآ إلاّ يقيما حدود الله فإن خفتم ألاّ يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به}**(سورة البقرة، الآية229)

([1])- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005. وحررت في ظل القانون رقم 84-11 كمايلي: "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".

([2])-د. بودفع علي، المركز القانوني للمرأة، مرجع سابق.

وجه المشروعية من الآية الكريمة: أنها تفيد نهي–المولى تعالى– للأزواج عن أخذ ما أعطوه لزوجاتهم كمهر، في قوله تعالى: {ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أعطيتموهن شيئا}. إلاّ أن المشرِّع الحكيم خص نهيه بخوف الزوجين في تفريط كل واحد منهما في حق صاحبه، بإساة الصحبة والعشرة، فإن تعذرت عليهما العشرة بالمعروف، والصُّحبة بالجميل، جاز لها أن تفدي نفسها من زوجها، ولا حرج أن يأخذ العِوَض منها على فراقها[1].

2– قال الله تعالى: **{يأيّها الذين ءامنوا لا يحلُّ لكم أن ترثوا النّساء كرها ولا تعضُلوهُنَّ لتذهبوا ببعض مآءاتيتموهن إلاّ أن يأتين بفاحشة مُّبَيّنَةٍ وعاشروهن بالمعروف...}**.(النساء الآية 19)

وجه الدلالة في هذه الآية يتضح من نهيه سبحانه وتعالى لرجال المؤمنين من أن يحبسوا نساءهم و يضيقوا عليهن، مضارة لهن ،ليفتدين منهم بما أعطوهن من مهر[2].

ب– <u>من السنة الشريفة:</u>

عن ابن عباس –رضي الله عنهما– قال: "أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته"؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[3]. ومشروعية الخلع في الحديث الشريف في قوله صلوات ربي عليه: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

وفي الحديث الصحيح: "لا يفرك[4] مؤمن مؤمنة؛ إن كره منها خلقا، رضي منها آخر"[5]، إلا أنّ الفرك قد يتضاعف، وينفذ معه الصبر، فتصبح مقاصد الحياة الزوجية لا وجود لها، حينئذ فإن كانت الكراهية من جهة الزوج جاز له حق الطلاق بمحض إرادته، وفي حدود ما

([1])– أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، مختصر تفسير الطَّبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، م1، مكتبة رحاب، الجزائر، ط2، 1987، ص: 82.

([2])–المرجع نفسه، ص: 145.

([3])– أبي محمد بن عبد الله بن سعد بن سعيد بن أبي جمرة الأزدي الأندلسي، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفة الطلاق فيه، حديث رقم: 5273.

([4])– الفَرك: بمعنى البُغض.

([5])– أخرجه مسلم. راجع: حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، ج5، كتاب النكاح والطلاق والحضانة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط1، 2004، ص: 333.

شرع له هذا الحق، وإن كانت الكراهية من جهة الزوجة جاز لها الخلع مقابل مال تقدمه لزوجها المخلوع.

ج- الإجماع:

انعقد إجماع الصحابة على مشروعية الخلع وجوازه، وعلى ذلك علماء الأمة الإسلامية إذا توافرت شروطه الشرعية. قال القرطبي: "وعليه جمهور الفقهاء"، قال مالك: "لم أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل أن يأخذ منها كل ما افتدت به"[1].

ثالثا: حكم الخلع والحكمة منه.

أ- حكم الخلع:

قد يقع الخلع بسبب يصدر من الزوجة أو الزوج أو منهما معا، وقد يقع بلا سبب أصلا. فتعتري الخلع في هذه الحالة مجموعة من الأحكام التكليفية التي تختلف باختلاف الحالة التي يقع فيها.

1- الأصل في الخلع الإباحة[2]:

كأن تكره الزوجة زوجها لسوء خلقه، أو لسوء فعله معها، أو لقةٍ في دينه، أو لقبحٍ في منظره، فتفرط لهذه الأسباب في حقه، مع قيامه هو لحقها عليه كما يجب، فتفدي نفسها نتيجة بغضها.

2- ويكون مكروها:

كأن تكون الحياة الزوجية مستقيمة، لا تعكر صفوها أجواء المشاكل والصراعات، وطلبت الزوجة الخلع لا لبغض ولا لكراهية وإنما لغاية في نفسها لا جدوى منها، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: "المختلعات هن المنافقات"[3].

([1])- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 189.

([2])- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط، 2003، ص: 43.

([3])- أخرجه الترميذي. أنظر: بن محفوظ الصغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 195.

ج- ويكون الخلع حراما:

إذا تعمد الزوج مضارة زوجته ،و الإساءة لها فعلا و قولا،وغير ذلك من الأسباب المنفرة و الدالة على نشوزه و مجافاته ترصدا في مخالعتها على شيء من مالها،فالخلع هنا حرام باطل ودليله قوله تعالى :"**ولا تُعْضُلُوهن لتذهبوا ببعض مآ ءاتيتموهن...**".[1]

2- الحكمة منه:

بداية يوصي الإسلام بالصبر و الاحتمال و ينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية [2]،وذلك كما في قوله تعالى:{وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا و يجعل الله فيه خيرا كثيرا}[النساء 19] ،والحكمة من تشريع الخلع تكمن في علاج العلاقة الزوجية التي استحكمها البغض و عدم الانسجام العاطفي،فمن عدالة الاسلام أن جعل للمرأة حق الخلع وهو حق تستعمله في حدود ما شرع لها،فإذا خافت أن لا تقيم حدود الله المأمورة بها،افتدت بنفسها للتخلص من قيود الزوجية.

❖ الفرع الثاني:

شروط الخلع

المقصود بالشروط هو؛ كل العناصر التي بتجمعها تحصل الزوجة على الخلع بمفهوم قانون الأسرة [3]، ويتدخل في ذلك فداء الزوجة نفسها بمقابل مالي، ملك العوض الذي هو من حق الزوج، والقاضي الذي ينطق بالحكم وفي حالة التنازع حول مقدار العوض يحكم بصداق المثل[4]، ضف إلى ذلك القواعد الإجرائية الواجب إتباعها للوصول إلى طلاق الخلع وكذا إجراء محاولة الصلح، الذي هو إجراء جوهري في كل صور انحلال الرابطة الزوجية. وفي ما يلي سندرس شروط الخلع:

([1])- الآية 19 من سورة النساء.

([2])- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 190.

([3])- لحسين بن شيخ، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص: 137.

([4])- المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

أولا: أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما.

فالخلع لا يصح إذا كان الزواج قد انحل كما لو حكم ببطلانه، أو كانت الزوجة بائنة من طلاق رجعي أي أنّ زوجها طلقها طلقة رجعية ولم يراجعها قبل انقضاء عدتها، فهنا الطلاق بائن، والزوجة أجنبية عن زوجها، لذا لا خلع في حالة كهذه لأنّ ملك الزوج زال بانقضاء العدة. ومتى كانت الزوجية قائمة قياما مستوفٍ لأركانه وشروطه، جاز الخلع قبل البناء أو بعده، إلاّ أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا(غرفة الأحوال الشخصية والمواريث) في قرار لها بتاريخ 2006/06/14 خلاف ذلك، بأن قالت بعدم جواز طلب الخلع من طرف الزوجة قبل الدخول، وأنّه لا يحق لها ذلك إلا بعد الدخول[1].

إذ المصلحة تقتضي أنّ الحكم بالخلع قبل الدخول إذا طلبته الزوجة، خير من الحكم به بعد البناء، ذلك لأن فيه إعطاء للمختلعة فرصة وحظ إعادة الزواج، الأمر الذي تواجه فيه المختلعة المدخول بها التعسير وقلة الفرص.

ثانيا: أن تطلبه الزوجة من القاضي.

على الزوجة طالبة الخلع رفع دعوى أمام القضاء حتى يحكم لها بما طلبت مقابل عوض تقدمه للزوج، وذلك كما يلي:

أ- تقديم عريضة افتتاح دعوى دون اشتراط ذكر الأسباب :

ككل دعوى ترفع أمام القَضاء، لابد وأن تتوفر على الشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في المادة 13،14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وعلى ذلك؛ فإنَّ انعدام الانسجام بين الزوجين واشتداد التنافر بينهما، بأن استحالت الحياة مع بعضهما، أَوليس من حق الزوجة طلب الخلع من القاضي؟ والجواب هاهنا يكون "بنعم"، ولا يحمل القاضي مسؤولية التحري عن السبب خاصة إذا أحجمت الزوجة عن ذكره[2].

ب- أهلية التقاضي:

على طالبة الخلع أن تكون عاقلة، وبالغة، وواعية ،ورشيدة أي بلغت سن الرشد القانوني والمتمثل في بلوغها سن التسعة عشر (19)، طبقا للمادة 86 من قانون الأسرة والتي طابقت

([1])- لحسين بن شيخ، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص: 139 ومايليها.

([2])- المرجع نفسه، ص: 153.

المادة 40 من القانون المدني الجزائري، وجاء في هذه الأخيرة: "كل شخص بلغ سن الرشد ومتمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد محدد بتسع عشرة سنة كاملة...".

وهكذا باستطاعة الزوجة رفع دعوى الخلع إذا بلغت سن الرشد أعلاه ولم تصب بآفة ذهنية كالجنون والعته، ولم يحجر عليها، فإن أهليتها كاملة والمقصود هنا؛ هو أهلية الأداء أو التصرف، وذمتها المالية قابلة لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات[1]، وإذا كانت الزوجة ناقصة الأهلية أو مجنونة أو معتوهة أو محجور عليها، فإن دعوى الخلع ترفع باسمها من طرف وليها الشرعي أو مقدمها أو وصيها تبعا للحالات [2]، مع الإشارة بأن التمثيل بمحام ليس وجوبيا في دعاوى الأحوال الشخصية بما في ذلك دعوى الخلع سواء أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة أو أمام المجلس القضائي في الاستئناف[3].

ج- الوكالة في الخلع:

باعتبار الخلع تصرف قانوني فالوكالة جائزة فيه، فهو المتضمن تنازل الزوجة عن الصداق أو إعطاء أي شيء للزوج، فإنه لا بد من وكالة خاصة[4]، ويجب أن ينص في عقد الوكالة على أنها تتم في الخلع، مع تقدير العوض الذي يمكن للوكيل أن يخالع به باسم الزوجة[5]. وتبعا لذلك تجوز الوكالة في كل التصرفات القانونية بما في ذلك الأعمال الإجرائية، وعليه تجوز الوكالة في رفع الدعاوى والخصومة وما يتصل بذلك من إجراءات وفي مادة شؤون الأسرة إذا قام الزوج أو الزوجة بتحرير وكالة لشخص آخر وقد يكون هذا الشخص "محام"بغية رفع دعوى الطلاق أو التطليق أو الخلع ...ومتابعة الإجراءات حتى وقت صدور الحكم، مع الإشارة إلى أن مهمة الوكيل تضم جميع الإجراءات بما فيها تمثيل الموكل في جلسات الصلح والتحدث باسمه[6].

([1])- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة1982 إلى سنة2014)، دار هومه، الجزائر، دط، 2014،ص: 298.

([2])- المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

([3])- المادة 538 من القانون نفسه.

([4])- المادة 574 من القانون المدني الجزائري.

([5])- بن شيخ آث، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق، ص: 156.

([6])- المرجع نفسه، ص: 158-159.

ثالثا: أن يتم الخلع مقابل عوض.

أ- المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، جاءت مأكدة على هذا الشرط الأساسي والجوهري في طلاق الخلع، في عبارة "أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، وفي الأغلب مقدار المال المفتدى به هو الصداق الذي قدمه الزوج لزوجته وقت إبرام عقد الزواج، إلاّ أنه وطبقا للقواعد العامة القائلة بجواز أن يكون العوض كل ما يصلح أن يكون صداقا، لا مانع أن يكون مقدار الخلع خدمة أو منفعة تقدمها الزوجة فداء لنفسها[1]، خاصة إذا كانت الزوجة معسرة الحال وحاجتها في الخلع ضرورة.

ب- مقدار العوض:

لم تضع المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري حدا أدنى أو أقصى لمقدار العوض الذي تدفعه الزوجة، فيجوز إذن أن يكون أقل من الصداق كما يجوز أن يكون أزيد منه، وفي رأيي هنا يتضح دور القاضي العادل في مسألة طلاق الخلع إذ من واجبه البحث في الحالة المعيشية لكلا الزوجين، فإن تبين له أن الزوجة ميسورة الحال وذات منصب وجاه ، وما قدمته قليل مقارنة وحالتها-حتى وإن ما قدمته هو المهر المقدم لها- وجب عليه رفع العوض، والعكس في ذلك جائز.

والمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري أحالت على أحكام الشريعة في حالة عدم وجود نص .

❖ المطلب الثاني: مركز المختلعة في قانون الأسرة الجزائري.

اختلف جمهور الفقهاء حول طبيعة الخلع، فهناك من ذهب إلى أنه يمين يوقعه الزوج ومعاوضة تلتزم بها الزوجة، وآخر ذهب إلى اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة توقعه متى شاءت وأنى أرادت، فالخلع حسب رأييهم ليس عقدا رضائيا، على اعتبار أنّ حصر الخلع في عقد رضائي يقلل من فرص حق الزوجة في تقرير مصيرها من عدمه، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة54 من قانون الأسرة المعدل.

وفيما يلي سندرس: في **فرع أول:** تكييف الخلع، وفي **الفرع الثاني:** الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

([1])- أنظر: المادة 64-67-69 من قانون الأسرة الجزائري.

❖ الفرع الأول: تكييف الخلع.

أولا: اعتباره معاوضة أم يمينا[1].

أ– يرى فريق من الفقهاء بأن الخلع يمينا من جانب الزوج، لأن الزوج الذي يقول لزوجته (خالعتك على مائة دينار) يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع مائة دينار، كأنه يقول لها إن دفعت لي مائة دينار خالعتك، والتعليق في اصطلاح الفقهاء يمينا، لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج.

ب– وفريق يراه معاوضة بالنسبة للمختلعة، فبقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج، بغية الانفكاك من قيود الزوجية، ويضيف هذا الفريق بأن هذه المعاوضة ليست كباقي المعاوضات، فهي ليس معاوضة خالصة، لأن هذه الأخيرة تكون في نظير مال أو ما في معناه، وما يقابل بدل المرأة ليس إلاّ خالصا لنفسها وهو ليس بمال ولا في حكمه.

ج– في حين يذهب جانب من الفقه، وفي مقدمتهم الظاهرية إلى اعتبار الخلع ليس بعقد رضائي فيما بين الزوجين، لأنه وحسب رأيهم تقييد لحق المرأة في فك الرابطة الزوجة بإرادتها، وفي ذلك تقليص لحقها في تقرير مصيرها، الذي هو حق للإنسان دون اعتبارٍ لجنسه.

ثانيا: اعتباره فسخا أم طلاقا.

هل الخلع بائن أم أنه فسخ؟ سؤال اختلف في ضبط تكييفه جمهور الفقهاء، فريق ذهب قائلا بأن الخلع فسخ وآخر يقول بأنه طلاق، ولكلٍ من الرأيين دليله وحجته، فاللذين قالوا أنه فسخ استدلوا بقوله تعالى: **{الطلاق مرتان}** ثم بعد ذلك ذكر الله الافتداء في قوله الكريم: **{فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره}** [البقرة ،الآية230]؛ فلو كان الافتداء طلاقا لَازداد عدد الطلقات على الثلاث[2].

أما القائلين؛ أن الخلع طلاق، فإنه روي عن عثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين أنّ أي خلع يعد طلاقا وفي ذلك قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، وهو

([1])– باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص: 64.

([2]) – المرجع نفسه، ص: 65.

حكم مؤكد سواء كان الخلع على مال أو غيره، ومما استدلوا به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (ردي عليه حديقته). والرد بمفهوم المفارقة والتخلي لا يقع إلا طلاقا.

وثمرة هذا الخلاف تكمن في الاعتداد بالطلاق، فمن رأى أنه طلاق احتسبه طلقة بائنة، ومن رأى أنه فسخ لم يحتسبه، فمن أجل الخلع فسخ؛ للزوج الذي طلقة زوجته طلقتين ثم خالعها أن يراجعها وإن لم تنكح زوجا غيره، لأن حسب ما ذهبوا إليه فالخلع لغو وما على الزوج إلاّ تطليقتين. أمّا من يرى أنّ الخلع طلاقا فلا يجوز له مراجعتها حتى تنكح زوجا غيره، لأن بالخلع يكتمل ما على الزوج من طلقات.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من المسألتين.

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون 11/84 إلى مسألة التكييف الفقهي للخلع في كونه عقد يتعين على الزوج اليمين، وعلى الزوجة المعاوضة، كما جاء بيانه حسب آراء الفقهاء، فالمشرع الجزائري اكتفى بقوله في المادة 54 من قانون الأسرة: "أنه يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه..."[1]، ما جعل شراح القانون المتبنين لهذا الرأي ،شرح المادة 54 على أساس أن الخلع عقد رضائي وبالتالي تبنوا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة.

ولعل مادفعهم الى هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة التكييف، كونه اكتفى بالقول أنه في حال التنازع على مقابل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم[2].

يقول الدكتور عبد العزيز سعد: "شرع الخلع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة أو مكنة تمكنها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه، ولم تعد تركن إليه أو تحتمل عشرته، ولم يمنحه لها في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة. لأنه لو قلنا بأن الخلع حق للزوجة تطلبه متى شاءت، وتطلق به أنى أرادت، لكان من واجب القاضي أن يحكم لها بالتطليق بمجرد طلبها أو عرضها مالا مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج. ولأصبح اتفاق الزوج مع زوجته على مقدار الخلع

(1)- عدلت بموجب الأمر 05-02.

(2)- باديس ذيابي، صور فك، مرجع سابق، ص: 67.

كما جاء في المادة 54من قانون الأسرة لا معنى له. لذلك يبقى القول بأن الخلع هو رخصة للزوجة تستعملها عندما تضيق بها سعة الحياة الزوجية هو القول السليم ولا يجوز للقاضي القضاء به دون رضا الزوج لا من تلقاء نفسه ولا لمجرد طلبه من الزوجة مرفوقا بعرض مبلغ من المال"[1].

لكن برجوعنا الى القانون نجد أن المشرع الجزائري قد وضع الخلع تحت عنوان الطلاق ونص على ذلك صراحة بنص المادة 48 التي جاءت تقول: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 54،53 من هذا القانون". وإذا رجعنا إلى المادة 54 نجدها تتعلق بالخلع، وعلى ذلك فكل الأحكام الصادرة وفقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة سواء كانت بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة تعتبر طلاقا وتأخذ حكم الطلاق وليس الفسخ[2].

❖ الفرع الثاني: الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

أولا: تعريف الخلع قانونا.

هو دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، مؤرخة وموقعة تودع بأمانة الضبط من قبل الزوجة باعتبارها مدعية أو من طرف وكيلها أو محاميها، ويقتضي الخلع افتداء الزوجة لنفسها مقابل مبلغ مالي تقدمها للزوج بغية تحررها.

ثانيا: الأساس القانوني للخلع وموقف القضاء منه.

أ- الأساس القانوني:

تعتبر المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02-05 لسنة2005 هي الأساس القانوني لنظام الخلع، فبموجب هذه المادة تقرر نظام الخلع كأساس قانوني صحيح وقد سبق للمشرع ذكره في القانون 84-11، إلاّ أنّه لم يبين كيفية تطبيقه. وقد ألغى المشرع رضا الزوج وجعل الخلع متوقفا على طلب المرأة، طبقا لما جاء به تعديل المادة 54، وهذا

([1]) – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للنشر والطباعة، الجزائر، ط2، 1989، ص: 252.

([2])– خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة وقانون الأسرة الجزائري في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط ، 2015، ص: 219.

يعد مخالفا لما يراه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الأمر في قوله صلى الله عليه وسلم لثابث بن قيس: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب.

وعلى هذا لم يكيف المشرع الجزائري الخلع على أنه عقد ثنائي الأطراف لا يتم إلاّ بالإيجاب والقبول لأنه طلاق على مال[1].

وكما سبقت الإشارة إليه فإن نص المادة 54 لم يتعرض للشروط الواجب توافرها لصحة إيقاع الخلع[2]، واكتفت بالتأكيد على حق المرأة في مخالعة زوجها دون رضا زوجها، وللقاضي أن يحكم بالمقابل المالي للخلع عندم عدم الإتفاق بين الزوجين على ذلك ومنه أصبح الخلع حقا أصيلا للمرأة بعد أن كان رخصة في ظل القانون 84-11 لسنة 1984.

ب- موقف القضاء:

إنّ سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق للزوجة أو رخصة لها، جعل القضاء غير مستقر على اجتهاد ثابث بعد صدور القانون 84-11، وذلك واضح من قرارات المحكمة العليا التي أسست اجتهاداتها مرة على اعتبار أن العصمة بيد الزوج، وبالتالي فلا خلع دون رضا الزوج، كما جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1988/11/21 الذي جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه.

ومن جهة اعتبار الخلع حق للزوجة دون مراعاة موافقة الزوج أو رضاه، جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 07/30 /1996: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا.[3]

([1]) - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 220.

([2]) - يشترط قانونا للحكم بالخلع:

أ- أن تبغض الزوجة الحياة مع زوجها، وتخاف من عدم قيامها لحدودها المأمورة بها،فتستحيل العشرة بينها وبين زوجها بسبب ذلك البغض.

ب- فداء الزوجة نفسها وذلك بردها مهر زوجها .

ج- ألا تفلح المحكمة في إنهاء الدعوى صلحا سواءا بنفسها أو بالحكمين اللذين تندبهما المحكمة لهذه المهمة. أنظر: محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص: 220.

([3]) - م ع ،غ.أ.ش، ملف رقم 141262، الصادر بتاريخ 1996/07/30، م ق، العدد الأول، 1998، ص: 120.

وجاء في قرارها الصادر بتاريخ 1994/04/19: "الحكم بالتطليق عن طريق الخلع مع إلزام المدعية بأن تدفع للمدعي عليه مبلغ قيمته صداق المثل–طعن بالنقض– لأن الملف لم يعرض على النيابة العامة وأن الحكم بالخلع صدر دون رضا الزوج– رفض الطعن[1].

ثالثا: الخلع كحق للزوجة في التشريع والقضاء الجزائري.

حددت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري صور فك الرابطة الزوجية، حاملة بين طياتها طرق الطلاق والذي هو حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من القانون نفسه، المتحدثتان عن التطليق لأسباب حصرت في المادة53 وعن الخلع في المادة 54.

تعدد صور فك عرى الزوجية، يطرح إشكالية: "هل للزوجة حق في الانفصال عن زوجها بإرادتها؟، فإذا كانت مادة التطليق واضحة، فإن غبار الغموض كان السيد في المادة 54 قبل التعديل الأخي، كونها لم تبين ما إذا كان الخلع حقا للزوجة توقعه بإرادتها أنى أرادت ومتى تسنى لها ذلك، أم أنه حق قيد برضا الزوج و موافقته؟.

أ- تطور الخلع كحق للزوجة في قانون الأسرة الجزائري:

1- مرحلة الاستعمار:

تميزت هذه الفترة بتطبيق أحكام الشريعة والدين في مسائل الزواج وآثاره وكذا في الطلاق وما يترتب عنه، لكن سرعان ما تغير الحال بعد تفجير الثورة التحريرية، فصدر الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 الذي خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية، وذلك ما أكدته الجريدة الرسمية الصادرة في1959/02/11.[2]

حيث جاء هذا الأمر على اثني عشرة مادة، خص باب انحلال الزواج بثلاث مواد، نصت مادته السادسة على أنه: "الزواج لا ينحل إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالة الموت، ويجب إصدار قرار انحلال الزواج بناءا على طلب يقدم من أي من الزوجين إلى القاضي المختص، كما أن الحكم الصادر بمناسبة انحلال الزواج، يجب أن يفصل في حضانة

([1]) – ملف رقم: 115118، الصادر بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة، العدد52، 1997، ص: 106.

([2]) – باديس ذيابي، صور فك الرابطة، مرجع سابق، ص: 70.

الأولاد بما يتفق ومصلحتهم، وكذا في طلب التعويض أو النفقة التي يبديها الزوجان عن نفسهما وعن أولادهما."

وبالرجوع للمادة الثامنة من الأمر نفسه نجدها قد ألزمت الزوجين بالحضور شخصيا في دعاوى الطلاق ما لم يأمر القاضي بخلاف ذلك أو يعفي بعضهما من الحضور.

مما سبق يستشف بأن الأمر 274/59 جاء على نقاط مهمة نوجزها في مايلي[1]:

أ- لم يستعمل مصطلح (طلاق) مستبدلا إياه بعبارة (انحلال الزواج)، ومن منطلق ما يترتب عنهما من آثار كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية يتجلى لنا الفرق بينهما، فالطلاق له آثاره وهو يعد انحلالا للزواج، والزيجات الباطلة والفاسدة بعد فسخها تعد انحلالا للزواج، غير أن الآثار المترتبة عنها تختلف عن ما يرتبه الطلاق.

ب- لم يتبنى هذا الأمر صور فك الرابطة الزوجية.

ج- حق فك الرابطة الزوجية مخوّل للزوجين دون تفضيل أحدهما عن الآخر، مع وجوب تقديم طلب خطي للقاضي حتى يثبث ذلك.

بعد استقلال الجزائر بقي العمل بالتشريعات الأجنبية ساري المفعول، باستثناء ما يتعارض والسيادة الوطنية إلى حين الانتهاء من وضع الأسس لبناء دولة قوية، وحتى 05 جويلية 1975 حيث تمت جزأرة التشريع الجزائري، وألغيت جميع التشريعات الأجنبية، وبقي العمل في جميع القضايا التي تخص الأسرة وفق التشريعات الصادرة من قبل الإدارة الفرنسية بالأمر رقم 274/59 المؤرخ في 04 فيفري 1959، والمرسوم الصادر بتاريخ 17 سبتمبر 1959[2].

ومع مرور السنوات الأولى من الاستقلال حاول المشرع الجزائري تدراك أموره بشكل تدريجي، فسن بعض القوانين الخاصة بتنظيم العلاقات الأسرية، منهامايتعلق بتحديد سن الزواج[3] لكلا الطرفين ، وأخرى تتعلق بإثباث واقعة الزواج[4].

([1]) – باديس، نفس المرجع السابق، ص: 71.

([2]) – يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص: 18.

([3]) – قانون رقم 224/63 المؤرخ في 29 جوان 1963.

([4]) – قانون رقم 72/69 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969.

واستمر الوضع على هذا الحال ،ولم تكن النصوص القانونية تأخذ بأحكام الخلع حتى صدور القانون المدني بموجب الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بالقانون 05-10[1]، والذي جاء في المادة الاولى منه:"...وإذا لم يوجد نص تشريعي ،حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية".

كما اعتبرت هذه المرحلة رضا الزوج وموافقته في طلاق الخلع شرطا جوهريا وضروريا لإيقاع الخلع، ويتجلى ذلك من خلال قرار المجلس الأعلى في الملف المرقم ب21305 الصادر في 25 فيفري 1980 والذي جاء فيه: (...وبناءا على ذلك، فإن الخلع لا يتم إلاّ برضا الطرفين واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة الى زوجها مقابل طلاقها منه، وهذا يتوقف على الايجاب والقبول من كليهما...).

2- مرحلة قانون الأسرة لسنة 1984:

في خضم الواقع الذي عاشته المنظومة القانونية للأسرة بداية الثمانينات، حيث أثمرت تضاربا بين نصوصها القانونية وماذهب إليه المجلس الأعلى وفقهاء الشريعة، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إتخاذ قرار سن قانون الأسرة الجزائري تحت رقم 11/84 المؤرخ في رمضان 1404 الموافق ل09 يونيو 1984.

جاء القانون على 224 مادة تضمنتها أربعة كتب[2]، استفحل موضوع الخلع منها على مادة وحيدة تحت رقم 54 التي جاء فيها: "يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".

وبتمحصنا للمادة المدونة أعلاه يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يحسم موضوع الخلع، ولم يفك الإشكال المطروح حول ما إذا كان رضا الزوج شرط جوهري في طلاق الخلع أم لا؟

([1]) - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام1426 الموافق ل20 يونيو 2005- يُعدل ويُتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والمنشور في الجريدة الرسمية، عدد 44 لسنة 2005.

([2]) - باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص: 72.

متوقفا عند مسألة العوض الذي سماه"المال المتفق عليه"، وفي حالة النزاع وعدم الاتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم[1].

سكوت المشرع عن تحديد طبيعة الخلع كحق إرادي للزوجة أم أنّه عقد يستلزم رضا الزوج، دفع بشراح القانون والقضاة إلى الالتزام بنص المادة 222 من "ق .أ .ج" التي جاء فيها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع الى أحكام الشريعة الاسلامية.

وبالتالي فإن مرحلة صدور قانون 84-11 هي امتداد لما قبلها ،كونها أبقت على شرط قبول الزوج ورضاه في مسألة طلاق الخلع، الأمر الذي ذكرته المحكمة العليا في قرار لها الذي جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج..."[2]

3- مرحلة تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02:

مرحلة اتسمت **بالخلعة**، وطغيان كابوس "**أنت مخلوع** "، وسط تعديل المادة 54 التي استسهلت قضية الخلع، جاعلة منه حق أصيل للزوجة دون موافقة زوجها توقعه متى شاءت ودون أسباب تذكر، مقابل عوض هو صداقها ترده للزوج فتنعم بحريتها، فيكون بذلك طلاق الخلع بإرادة الزوجة مساوٍ للطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته، غير أن هذا الأخير قيد باللجوء الى القضاء، وفي حالة التعسف في ايقاعه وجب عليه التعويض، وإن كان السبب في ذلك الزوجة.

في حين المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05-02 فتحت للزوجة باب فك الرابطة الزوجية بمحض إرادتها وبسهولة تامة، دون قيد أو شرط، ولها أن تتعسف في استعماله تحت طائلة غياب النص التشريعي الذي يجرم الخلع التعسفي ويلزم صاحبه التعويض.

فالمرأة في هذه المرحلة تختلف عن المرأة التي كانت قبلها، فنجدها ها هنا ذات مستوى ثقافي وعلمي متطور عكس ما كانت عليه فترة الثمانينيات، المبنية على قوة مركز الزوج وضرورة احترام الأهل، والصبر واحتساب الأجر امتثالا لأوامر الدين، ضف إلى ذلك سياسة

([1])- المادة رقم 54 من قانون الأسرة الجزائري.

([2])- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 51728 المؤرخ في 21نوفمبر1988، م ق، ع3، 1990، ص: 72-73.

التجهيل التي حرمتهن التعليم والتعلم آنذاك، ولا يقدح أنّ هنالك من تعلمن وتثقفن في هذه الفترة، لكن قلة هن من فزن بذلك.

فكانت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري –المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 لسنة 2005 بمثابة العرس على المرأة وأنصارها المنادين بتحررها وضرورة موازنة الكفة بينها وبين الرجل الذي هو أبوها أو أخوها، ابنها أو زوجها، فتصاعدت نتيجة هذا التعديل نسب الطلاق في المجتمع الجزائري[1]، الأمر الذي صور لنا المشرع وهو في حالة هلع وولع دون تحريك ساكن.

ويستشف من المادة 54 المعدلة أنها حسمت أمر النقاش الطويل الذي اعترى مسألة الخلع، حول ما اذ كان حق أم رخصة للزوجة، لتجيبنا: طلاق الخلع حق خوّل للزوجة توقعه دون الحاجة لرضا الزوج أو موافقته، فتتساوى بذلك المرأة وشقيقها الرجل في فك عرى الزوجية.

رابعا: آثار الخلع.

لم ينص المشرع الجزائري على آثار الخلع، إلا أنه وانطلاقا من اعتبار الخلع "اتفاق حول مال" تدفعه الزوجة لزوجها بغية مخالعتها، من خلال ما أقرته المادة 54 من قانون الأسرة وكذا آراء فقهاء الشريعة الاسلامية، بأن من آثار الخلع مايلي[2]:

أ- طلاق الخلع يقع بائنا، فينقص بذلك عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

ب- يسقط ما نشأ قبله من حقوق الزوجية، كالمهر المؤجل والنفقة الواجبة، إلاّ نفقة العدة التي هي حق نشأ بعد الطلاق.

ج- الأصل أن الخلع مقابل التنازل عن الحضانة لا يجوز، لأنّ الحضانة ليست حق للحاضنة فقط فهي حق للأولاد، ولابد من مراعاة مصلحة المحضونين[3].

د- يجوز الاتفاق على أن تكون نفقة الأولاد على عاتق الأم لمدة محددة أو غير محددة، وتم الطلاق وبعده أعسرت الزوجة فتتحول النفقة إلى الأب مع بقاء دين النفقة في ذمة الزوجة المختلعة.

([1]) – العربي بختي، أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص: 103.

([2]) – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 223-224.

([3]) – المادة 64 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 لسنة 2005.

ومما سبق بيانه يظهر لنا أنّ المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي[1] في وجوب إجابة الزوج لطلب زوجته في طلاق الخلع، فإن امتنع أجبره القاضي على ذلك كما يفهم من نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

صحيح أنّ المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 يكون قد حسم مسألة تكييف الخلع على أنه حق خول للزوجة دون رضا الزوج وموافقته، لكنه ومن جهة أخرى نجده قد عزف عن احتواء المسألة من جميع جوانبها لاسيما ما يتعلق بشروط المختلعة، والمسائل التي لا ينبغي أن تكون بدلا للخلع ،ضف إلى ذلك ما لا يصح أن يكون بدلا لاعترائه الحرمة ومخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام، لنخلص أنّ مركز المرأة في طلاق الخلع أقوى من طلاق الزوج بإرادته.

([1])- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 224.

❖ المبحث الثاني:

التطليق بإرادة الزوجة.

لو أردنا أن نذهب في طريق احترام المرأة والشعور بأنها مثلنا في استحقاق الحياة، لحكمنا لها حتى على الوعود الكاذبة بالزواج، التي تهيم فيها بالباطل، ثم تنقشع من أمامها كالسراب، وهذا ما لجأت إليه محاكم الطلاق في أوروبا، فحكمت لها فيه بالتعويض المالي، بل هي قد حكمت لها به في الوعد الصحيح، الذي تخلف لأسباب خارجة عن تسبب الواعد، حيث أن الضرر لا يتوقف في حدوثه على نية من كان سببا فيه، ولا يخفى أن هذه المسألة كثيرة الفروع بكثرة ما فيها من صور، وأحكامها تختلف باختلاف هذه الصور، إنما الأساس، أن لا يضيع على المرأة حق لها بفعل الرجل، دون أن تكون سببا فيه ولو رجعنا إلى القاعدة الإسلامية في غرم الضرر لما رأيناها تخرج عن هذا التقدير.[1]

فلو سألنا أنفسنا؛ هل راعى المشرع الجزائري جانب الزوجة وإحساسها، إن هي مقتت الاستمرار مع زوجها وأصبحت لا تطيقه؟ سيكون جوابنا: "بنعم"، حيث أقر للزوجة التي ضاقت بها السبل في إنجاح حياتها الزوجية، وفقدت أمل الإصلاح، الحق في الانفصال، متماشيا في تكريسه لهذا الحق ومبادئ الشريعة الإسلامية، التي راعت جانب الزوجة على الرغم من أن العصمة بيد الزوج، وذلك بغية رفع الضرر عنها، إن لم يكن بمقدرتها الافتداء بنفسها، فيكون التطليق بطلب من القاضي طريقا للخلاص والتحرر، وخير دليل على ذلك المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. وفي هذا المبحث سنتطرق إلى: التطليق بطلب من الزوجة في مطلب أول، وفي المطلب الثاني سنتحدث عن أسباب التطليق.

❖ المطلب الأول:

التطليق بطلب الزوجة.

اعتبرت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري-المعدل والمتمم بموجب الأمر05-02 لسنة2005 التطليق صورة من صور انحلال الزواج، وذلك بطلب من الزوجة عن طريق القضاء، وكما تضمنته المادة 53 من القانون نفسه، هو جملة الأسباب التي عدّها المشرع

(1)- د.بودفع علي، المركز القانوني، مرجع سابق.

الجزائري، وهن أسباب موجبات لحقّ الزوجة في طلب التطليق، حصرتهن المادة في سبع فقرات قبل التعديل، وبعد التعديل وسع المشرع من جملة الأسباب لتصل إلى عشر فقرات.
وعليه فإن فك الرابطة الزوجية بطلب من المرأة يكون أمام القضاء، وبموجب دعوى قضائية ترفعها أمام المحكمة المختصة، وفي حالة الإستجابة لطلبها تترتب جملة الآثار الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية من عدة، وثبوت نسب الأولاد ونفقتهم وحضانتهم وغيرها.

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التطليق" في المادة 53 من قانون الأسرة للدلالة على انحلال الزواج بطلب من الزوجة، وذلك ما ذهب إليه المشرع المغربي في قانون الأسرة من مدونة الأحوال الشخصية المغربية[1]، خلافا للمشرع الإماراتي الذي استعمل مصطلح "التفريق" في المواد من (112-135) من قانون الأحوال الشخصية[2]، أمّا المشرع التونسي[3] فلم يورد هذين المصطلحين بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناءا على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

وفي هذا المطلب سنعرج على:

❖ الفرع الأول:

مفهوم التطليق وسلطة القاضي في ايقاعه.

أولا: تعريف التطليق .

أ- في اللغة[4]:

1- أصل كلمة تطليق تعود إلى طَلَقَ – تطليقا – طُلُوقا، وطلاقا: تحرّر من قيده ونحوه. والمرأة من زوجها طلاقا: تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته.

2- طَلِقَ، طَلَقًا: تباعد.

3- تطلَّق: انطلق. والظبي ونحوه: مرَّ سريعًا لا يَلْوِي على شيء. والخيل: مضت إلى الغاية في السباق طلقا لم تحبس.

([1])- مدونة الأحوال الشخصية المغربية، المواد من 94 إلى113، قانون رقم 03-70.

([2])- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28-2005.

([3])- قانون الأحوال الشخصية التونسي، الفصل 31، المنقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981.

([4])- شوقي ضيف وآخرون، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004، مادة [تطليق]، ص: 563.

4- استطلق: تطلَّق. وبطنه. مشى: والشيء: استعجله، أو طلب اطلاقه؛ يقال: استطلق من صاحب الدّين كذا.

5- والطالِقُ: امرأة حررت من قيد النكاح.

ب- في الاصطلاح:

رفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة[1]. وفي باب الإنهاء هو ما يفرق به بين الزوجين من علاقة الزواج[2]، ويكون ذلك بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة لسبب كالشقاق المستمر، والامتناع عن الإنفاق، وكل ضرر يحول دون مواصلة الحياة الزوجية المؤدية لأغراضها وأهدافها، وما يقع بتفريق القاضي طلاق بائنا في أحوال، وفسخ في أحوال أخرى، وطلاق رجعي في بعض الأحوال[3]، وهو في الاصطلاح أيضا: منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة وإستنادا إلى القانون[4].

ج- قانونا:

هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له، طالما أنها متضررة، والقاضي يفرق بينها وبين زوجها طبقا لقواعد العدالة والإنصاف[5].

وإذ ما قارننا بين المادة 53 قبل التعديل وبعد التعديل نجد أن المشرع الجزائري قد سهل على الزوجة مهمة تأسيس طلبها وإعطائها فرصا أخرى، تجعل من رخصتها الجوازية ترتقي شيئا فشيئا لمرتبة الحق الأصيل، بعد تقديم الأسباب والعلل الشرعية في ذلك[6].

كما يلاحظ على المشرع الجزائري الليونة في سنه لهذه المادة وذلك من خلال توسعته لدائرة الأسباب، الأمر الذي يدفع بالزوجة إلى طلب فك الرابطة الزوجية ولو كان السبب في ذلك زواج زوجها مرة ثانية، وانتقاما لعاطفتها يكون هذا السبب فيصلا للفرقة والإبتعاد، وهذا ما لم تواكبه الشريعة الإسلامية، حيث ضيقت من أسباب التطليق في حالات معينة وهي:

([1])- نفس المرجع السابق، ص: 563.

([2])- اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص: 28.

([3])- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 228.

([4])- المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

([5]) - بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص: 273.

([6]) - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 232.

عدم النفقة والضرر المعتبر شرعا، وغيبة الزوج أو حبسه، والعيوب التناسلية، وذلك حفاظا منها على استقرار العلاقة الزوجية[1].

ويلاحظ أيضا أنّ المادة 53 لم تبين طبيعة التطليق عند وقوعه، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده عرَّف الطلاق في المادة 48 منه على أنه: "حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون، كما أنه استعمل في نص المادة 57 مصطلح "الطلاق" الذي يدل على أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطليق طلاقا لا فسخا، وقد ذكر الفسخ وأحكامه في المواد 32-33-34 من قانون الأسرة. كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل[2].

ثانيا: المبرر الشرعي لطلب التطليق.

لم تبقَ إرادة الزوج في إحداث الطلاق على إطلاقها، حيث قيدت بضابط يتمثل في الطلاق عن طريق القاضي والذي اصطُلِح عليه تسمية "التطليق"، فالمرأة هاهنا لها حق طلب إنهاء الرابطة الزوجية بناء على إرادتها، وذلك إذا طرأت على علاقتها مع زوجها أمورا تحول دون مواصلة الحياة الزوجية، فجعل لها المشرع الجزائري حق اللجوء إلى القضاء ليطلقها وأوجبت على القاضي إجابتها متى وجد السبب المقتضى لما طلبت وامتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف[3].

فقد صاغ المشرع الجزائري هذا الحق من خلال مادته الثالثة والخمسين، حيث مكن الزوجة من فك عرى الزوجية كلما توفر لديها سبب من الأسباب التي ذكرتهم المادة على سبيل الحصر، لتكون الحالة الأخيرة منها: "كل ضرر معتبر شرعا".

وعليه فإن المركز القانوني الناشئ من عقد الزواج، قد ينقضي بسبب وقائع تمسكت بها الزوجة أمام الجهة القضائية، مما استوجب حصر تلك الوقائع، التي يقف على رأسها الضرر

([1]) – نفس المرجع السابق، ص: 233.

([2]) – منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، الجزائر، دط، 2010، ص: 18.

([3])– طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2001، ص: 110.

المعتبر شرعا، باعتباره يلخص ويشمل كل أنواع المظالم والتجاوزات، التي يمكن أن تصدر من الزوج تجاه زوجته، والتي تبرر لها طلب التطليق، سواء كان ضررا ظاهرا أو مضمرا، يتعلق بجانب حسن المعاملة، أو له تأثير سلبي على نفسية المرأة، وفي كل الحالات، يجب على القاضي بعد محاولة الإصلاح، أن يجيب الزوجة لطلبها، وواضح أن المشرع الجزائري، بعد أن حصر الحالات التي تبرر للزوجة طلبها هذا، ربما في محاولة كبح جماح المتمردات من النساء في المجتمع، وهن موجودات وكثيرات، أشار إلى لفظ يدل على اقتناعه بمنهج الشريعة الإسلامية في تكريمها للمرأة، والرفع من مركزها القانوني في مقابلة زوجها، دون أن ينتقص ذلك من قيمة وكرامة ومنزلة أحدهما، ودون الإحساس بوجود فوارق بين الجنسين إذا ما تعلق الأمر بإقامة الحق والعدل بينهما، فاعتبر أن كل ما يعد ضررا في الشريعة الإسلامية، يعد سببا وجيها وكافيا لتبرير هذا الطلب[1].

ثالثا: سلطة القاضي في إيقاع الطلاق.

جعل الطلاق بيد القاضي، مبدأ من مبادئ الفقه الإسلامي، فالمحاكم في قضايا الأسرة، ملتزمة بالشريعة الإسلامية في أغلب قراراتها وأحكامها، واجتهادات المحكمة العليا أوضح دليل على ذلك، حيث تعتبر الشريعة مرجعها، ترجع لها للنظر والتدقيق في أحكام القضاة، وعلى أساس مبادئ الشريعة يتم نقض الأحكام المخالفة أو الموافقة لصحيح القانون. كما أنّ الإحالة الواردة في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تعد دليلا قويا في هذه المسألة.

الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج لا بيد أحدٍ غيره، ولو كان قاضيا، ولكن أجاز المشرع الجزائري –متماشيا والشريعة الإسلامية– للقاضي بما له من ولاية أن يقوم بالتفريق بين الزوجين نيابة عن الزوج عند تضرر الزوجة وظلم زوجها لها، فتكون مهمة القاضي رفع الحرج عن الزوجة المظلومة والمتضررة من نشوز زوجها[2]، وذلك إذا أثبتت سبب من الأسباب التي ذكرتهم المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ويلاحظ أنّ التطليق عن طريق القاضي الذي يُمَكِّن المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا ودون موافقة الزوج، يختلف عن الطلاق بإرادة الزوج، التي قيدها باللجوء إلى القضاء، فتكون

([1])– د. بودفع علي، المركز القانوني، مرجع سابق.

([2])– محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 228.

مهمة القاضي هاهنا تقرير الطلاق من عدمه، غير أن ما ذهب إليه القانون عكس ذلك[1]، إذ اعتد بوقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عليه، لا من وقت تصريح الزوج به، الأمر الذي قد يوقع الزوجين في خطر الحرام.

❖ الفرع الثاني:

مشروعية التطليق والحكمة منه.

من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبرا شرعا[2]، وفيما يلي سنعرج على: دليل التطليق من القرآن الكريم والسنة النبوية.

أولا: حكم التطليق وأدلته.

لم ترد في القرآن الكريم ولا في السنة العملية الشريفة آيات وأحاديث تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هناك ما يدل على مشروعيته ضمنيا وأن للمرأة حق طلب التطليق إذا تضررت ومن ذلك ما يلي[3]:

أ- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: **{ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا}. الآية 231** من **سورة البقرة.**

وقوله سبحانه في **الآية 19** من **سورة النساء: {وعَاشّروهن بالمعروف}.**

ب- من السنة النبوية:

قوله صلوات ربي عليه وسلامه: "لا ضرر ولا ضرار"[4].

فالمتأمل للآيات الكريمة والحديث النبوي الشريف يجد دليل مشروعية التطليق[5].

([1])- المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

([2])- قرار رقم 135435 الصار بتاريخ 23 أفريل 1996، م ق،ع 01، 1998، ص: 129. نقلا عن: عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل بموجب قانون 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص: 292.

([3]) – لوصيف علي، تطبيقات التعسف في استعمال الحق في انحلال الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20أوث1955- سكيكدة -، دورة جوان 2015، ص: 54.

([4]) – أخرجه ابن ماجة في السنن.

([5]) – اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة، مرجع سابق، ص: 33.

ثانيا: الحكمة منه.

رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج إذا توفرت أسبابه، شريطة أن تكون هذه الأسباب والمبررات شرعية، فتسعى الزوجة وبكل وسائل الاثبات تأكيد الضرر اللاحق بها، حتى تبرأ من التعسف حيال استعمالها حق التطليق.

إن التطليق حق خولته الشريعة ونصوص القوانين للزوجة، لكن ما يقابل هذا الحق هو نعمة الزواج القائم على الديمومة والاستمرار، وحقها في التطليق يقطع هذه النعمة ويرتب آثار في الأغلب هي دما، لذا لا يجوز إيقاعه إلاّ للحاجة والضرورة.

فالحكمة من رفع الزوجة دعوى التطليق يمكن تبيانها من أوجه عدة، نذكر منها:[1]

أ- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، وذلك بمنع الرجل من التعسف في إستعمال حقه المخول له بحكم قوامته.

ب- تغيير نظرة الرجل للمرأة، فهي شقيقته التي تكمل نقائصه ويكمل بدوره نقائصها، فهي وصلة إنسانية مرموقة أساسها التراحم والتعاطف، هدفها التكامل النفسي، المادي والجسدي، وأصدق دليل **قوله تعالى في الآية 231 من سورة الروم: { وَمن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إنّ في ذلك آيات لقم يتفكرون}.**

ج- تهذيب الرجال وتحريرهم من هيمنتهم المتجبرة بحكم التفوق البيولوجي عليهن، حيث وصى الرسول الكريم صلوات المولى عليه بالنساء خيرا فقال في حجة الوداع :"...**أوصيكم بالنساء خيرا...**".

د- تحريم كل وسائل الإضرار والإيذاء، بمختلف الصور من عيب مستحكم، أو التخلي عن مسؤولية الإنفاق، أو ارتكاب فاحشة، وهنا يتروض طغيان الرجل وسيطرته لعلمه بحقها في التطليق.

هـ- حماية الأسرة من التفكك والدمار وكل ما قد ينجر من عواقب خطيرة.

والحكمة من توسيع الأسباب التي عالجها المشرع الجزائري تكمن في حماية مركز المرأة القانوني والاجتماعي، فجعلُ الطلاق بيد الرجل متى شاء، قد جعل حياة المرأة وقلبها،

([1]) - المرجع نفسه، ص: 33-34.

رهن حظها في غيب القدر، وهذا ما حقق خيبتها وانكسار جناحها من الذل، فهي تدخل بيت زوجها مغمورة بالهواجس التي يثيرها الشك في مستقبل حياتها، فكثيرا ما كان وقوع الطلاق وتكرره، قاهرا باعثا على اليأس في نفسها من الحياة الزوجية، فتندفع بالضرورة الحيوية إلى الغلط، منتقمة فيه من نفسها وزوجها، أو يقضي عليها اليأس فتموت بعلته[1].

❖ المطلب الثاني:

أسباب التطليق.

تدل الإحصائيات التي أجريت في العالم العربي على أن الأسباب المفضية إلى الطلاق تعود إلى أسباب متعددة ومتنوعة نذكر منها: عدم الإنفاق على الأسرة، والتي هي قضية مالية، يتولى الزوج مسؤوليتها بتوفير الاحتياجات الضرورية واللازمة لأسرته ما يجعل الزوجة والأولاد أكثر التصاقا برب الأسرة[2]، وفي حال تملصه من مهمته يتشكل الخطر ويترتب الطلاق ويتشرد الأولاد، يضاف إلى ذلك سوء السلوك وسوء المعاملة اللذين يرتبان شقاقا يحول دون مواصلة الحياة الزوجية، وغيرها من الأسباب الكثير، وفيما يلي سنعالجها كما تضمنتها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري:

❖ الفرع الأول:

أسباب التطليق المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والأسرية.

اقتصرت المادة 53 من قانون الأسرة على سبع حالات قبل التعديل وبعد تعديل 2005 توسع نطاقها إلى عشر حالات:

أولا: التطليق لعدم الإنفاق.

إهتم ق.أ.ج بموضوع النفقة وأعطاه نصيبا معتبرا من العناية والاهتمام، والأمر واضح من خلال مجموعة مواد، حيث تحدث عن النفقة في الفصل الرابع من الكتاب الأول من ق.أ.ج، فجاء في الفقرة الأولى من المادة 37: "يجب على الزوج نحو زوجته: 1- النفقة الشرعية حسب وسعه...."، وفي المادة 74 ربط وجوب نفقة الزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه...،

([1]) – الطاهر الحداد، إمرأتنا في الشريعة والمجتمع، دار المعارف، تونس، دط، 1992، ص: 71.

([2]) – العربي بختي، أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص: 103.

والمادة 78 من القانون نفسه تضمنت مشتملات النفقة، بالإضافة إلى المادة 79 التي تضمنت ما يجب على القاضي مراعاته عند تقدير النفقة.

وعليه فقد أجاز المشرع للزوجة طلب التطليق بإرادتها المنفردة في حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78.79.80 من هذا القانون[1].

الأصل في هذه الحالة؛ هو ما ذهب إليه الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل، اللذين أجازوا التطليق لعدم النفقة وذلك بحكم قضائي، إذا طلبته الزوجة وليس له مال ظاهر[2]، والنفقة ها هنا: كل ما يشتمل عليه الغذاء، والكساء، والسكن، والعلاج، بغض النظر عن حالِ يسر أو عسر الزوج، ذلك لأنّ النفقة تجِب بمجرد إبرام العقد، وحجة هذا السبب تكمن أساسا في قوله تعالى: **{فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان}**، وعليه فالزوج مكلف بأن يمسك زوجته بمعروف، ويكون هذا الأخير بتجسيده لواجب الإنفاق، وفي حال إمتناعه وجب عليه تسريح سبيلها بالحسنى.

وحتى تتمكن الزوجة من المطالبة بالتطليق استنادا لهذا السبب لا بد لها من توافر ما يلي:

أ- أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي: يجب على الزوجة أولا أن ترفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم يأمره بالنفقة، وامتنع عن تنفيذ هذا الحكم، فإن رفعت دعواها لأول مرة تطالب بالنفقة، فإن القاضي يحكم لها بذلك ويأمرها للعودة إلى مقر الزوجية، إلا إذا ثبت امتناعه بعد الحكم، فإن رفعت دعوى التطليق بعد ذلك، فعلى القاضي الإستجابة لطلبها في هذه الحالة. وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/05/02 تحت رقم 118475 والذي قضى بأنه: "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، وأن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك."[3]

([1]) – المادة 01/53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02.

([2]) – باديس ذيابي، صور فك، مرجع سابق، ص: 31.

([3]) – منصوري نورة، التطليق والخلع، مرجع سابق، ص: 26.

ب- ألا تكون عالمة بإعساره وقت العقد: فإن كانت عالمة بمصدر دخله أو أنه دون عمل، ومع ذلك رضيت بالزواج به على هذا الحال فهي على علم بعسره فإن رفعت دعواها للقاضي تطلب التطليق للعسر، رُفضت دعواها لورود النص :"...ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج..."[1].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري في سنه لهذه الفقرة أنه لم يفرق بين حالتين، هما:

1-حالة عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك، وهو ما نسميه الامتناع العمدي عن الإنفاق المقرر شرعا وقانونا[2].

2-حالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج عن ذلك، وهو ما نسميه عدم القدرة المالية على الإنفاق بسبب البطالة، أوبسبب عجز الزوج عجزا جسديا يقعده عن العمل من أجل كسب رزقه وزوجته وأولاده[3]، الأمر الذي يجعل مركز المرأة قويا.

كما تجدر الإشارة أنّ من مظاهر قوة هذا المركز، عدم مراعاة المشرع للحالة التي يكون فيها الزوج موسرا قبل الزواج، ثم تتغير الأمور بسبب الحروب أو الكوارث الطبيعية أو كساد سوق العمل، وإرتفاع نسبة البطالة في المجتمع، فيتعرض للإفلاس، والفقر، فالزوجة في هذه الحالة لو طلبت التطليق لتمكنت منه، لأن جوهر القضية هاهنا، يقوم على رغبة الزوجة وإرادتها في البقاء والتواصل من الإبتعاد والقطيعة، كما يمكن أن تكون المرأة غنية موسرة، وزوجها فقير معسر، لسبب من الأسباب الاقتصادية في مجتمع متغير، تحكمه تقلبات سوق النفط مثلا، غير أن طلب التطليق يبقى حقها القائم شرعا وقانونا، والنفقة على الزوج بحكم قوامته، مهما كانت المرأة موسرة وذات مال.

ثانيا: التطليق للعيوب.

من الأسباب التي أجاز ق.أ.ج للزوجة طلب التطليق لأجلها ما ورد عليه النص في الفقرة 02 من المادة 53، لكنه لم يذكر العيوب التي توجب التطليق، ولم يعط الأمثلة على ذلك،

([1]) – المرجع نفسه، ص: 26

([2]) – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج، مرجع سابق، ص: 257.

([3]) – المرجع نفسه ص: 257

تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، على أساس معيار موضوعي وهو: هل العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا؟

في حين يرى فقهاء الشريعة في هذا المجال أن العيوب التي تحول دون تحقيق مقاصد الزواج وأهدافه تنحصر في ثلاثة أنواع:[1] فهي إما أن تكون عيوبا تناسلية خاصة بالرجال كالعنة، والجب، والخصاء، وإما أن تكون عيوب تناسلية خاصة بالنساء كالرتق والقرن، أو هي عيوبا مشتركة تكون في الرجال كما تكون في النساء كذلك كالجنون، والجذام، والبرص. ويقع عبئ الإثبات ها هنا على المرأة التي تدعي تضررها من العيب، فإذا تأكد ما تدعيه حكم لها بالتطليق، لأن المقصد من الزواج هو الإنجاب وتحصين النفس، وأي مساس بصلاحية هذا المقصد يجعل حق المرأة في التطليق قائما ومؤسسا من الناحية الشرعية[2]، لأنها الوحيدة التي تقرر في هذه الحالة، هل العيب الذي يعيب زوجها مضر بها ويحرمها لذة الاستمتاع بحياتها الزوجية بشكل طبيعي، أم أنه مانع حقيقي لذلك، وعلى هذا الأساس، إذا تقدمت بطلب التطليق للعيب، وجب الاستجابة لطلبها دون بحثٍ أو تحرٍ، لأنها الأدرى بعلتها وضررها، وعليه فلا أحد يستطيع إرغامها على البقاء في بيت الزوجية، ومواصلة حياتها مدعية الصبر والله في ذلك يقول: **{لا يكلف الله نفسا إلا وسعها}**.

ثالثا: التطليق للهجر في المضجع.

من مقاصد الزواج تحصين النفس وإشباع شهوتها، وذلك بمعاشرة الزوجة ومضاجعتها، لكن كثيرا ما يحدث الهجر في المضجع، والهجر بمعنى المفارقة والابتعاد إما بالقلب أو باللسان أو بالبدن، وهجر فراش الزوجين يعني تباعد الزوجين، ونشوء الضغينة والشقاق بينهما، حيث يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش عمدا ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب، قصد الإضرار بها، لأكثر من أربعة أشهر، دون اتصال جنسي ودون مبررات، فيكون ذلك سببا كافيا للتطليق[3]، والقصد من ذلك ليس العلاقة الحميمية وإن هي في أساس ضرورية، بل ذلك يعني، أن الزوج انقلبت ألفته إلى سوء عشرة وهجر وفراق، فالإعراض وإدارة الظهر،

([1]) – باديس ذيابي، صور فك، مرجع سابق، ص: 35.

([2]) – المرجع نفسه، ص: 36.

([3]) – الطاهر حداد، امرأتنا، مرجع سابق، ص: 76 وما بعدها.

دليل على البغض والنفور، ولذلك لا تحتمل المرأة الشريفة، هذه المعاملة السيئة، وتفضل الإنفصال رافعة أمرها إلى القاضي الذي يحكم لها بالتطليق، إذا تجاوزت مدة الأربعة أشهر، لأنها المدة التي يفقد فيها التأديب معناه الإنساني[1] كوسيلة لترويض سلوك الزوجة وتهذيبه.

وعليه فقد جعل المشرع الجزائري الهجر في المضجع من بين الأسباب المبررة لطلب التطليق عملا بالفقرة الثالثة من المادة 53ق.أ.ج التي جاء فيها: "...الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.."

ولهذا فإذا ادعت الزوجة أمام المحكمة أن زوجها قد هجرها في الفراش أربعة أشهر فما فوق وتمكنت من إثبات ذلك، وجب على القاضي الاستجابة لطلبها والحكم بالتفريق دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن سبب الهجر أهو سبب شرعي وقانوني أم غير ذلك[2]؟

إن قوة مركز المرأة في تأسيس دعواها على أساس هذا السبب تكمن في افتقار ساحة القضاء لجملة الاجتهادات القضائية حول هذه المسألة، وفي هذا الصدد يقول **الدكتور عبد العزيز سعد:** "وفي انتظار ما تثمره اجتهادات القضاء حول كيفية تطبيق هذه الفقرة تطبيقا سليما، فإننا نعتقد أنه من واجب المحكمة عندما تطرح عليها دعوى تطليق بسبب الهجر في المضجع أن تتأكد مسبقا من العنصر المادي اللاشرعي المتمثل في الهجر الحقيقي، والعنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية غير متقطعة، والعنصر المعنوي المتمثل في نية الإضرار بالزوجة وليس في نية الإصلاح الذي تعود فائدته على أحدهما أو عليهما معا، وإذا لم يتأكد لديها توفر هذه العناصر كلها مجتمعة على الأقل فإنه لا يجوز لها أن تحكم للزوجة بالتطليق وفقا للفقرة 03 من المادة 53 من ق.أ.ج، ولو لم يرد النص عليها بهذا التفصيل الذي ذكرناه"[3].

رابعا: التطليق للحكم بعقوبة.

جاء تعديل المادة 53 من قانون الأسرة على حذف العقوبة الشائنة المقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة، والتي تكون ماسة بشرف الأسرة فتستحيل بها مواصلة الحياة الزوجية،

([1]) – منصوري نورة ، التطليق و الخلع ، مرجع سابق ،ص:35.

([2]) – عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، مرجع سابق ،ص:265.

([3]) – المرجع نفسه ، ص: 265.

معوضا إياها بالجريمة الشائنة إشارة إلى جرائم الأخلاق والأموال التي تتميز بأنها شائنة أكثر من غيرها رغم أن كل الجرائم شائنة، لكن ليست كل الجرائم تؤدي الى استحالة الحياة الزوجية، كجريمة انعدام شهادة التأمين مثلا[1]، ومن الجرائم أيضا ماهو رمز للبطولة والشجاعة ومنها ما هو خطأ ونحوها، وهذه الجرائم يعاقب عليها قانون العقوبات وهي ليست شائنة ولاتؤثر على الحياة الزوجية.

وعليه فإن التطليق لهذا السبب يحصل إذا تحقق ضرر الزوجة، وهي الوحيدة ها هنا التي تقرر ما إذا كانت الجريمة تحول دون مواصلة الحياة الزوجية أم لا؟، ومن خلال رفعها لدعوى الطلاق يثبت تضررها، كونها صاحبة المركز القانوني الأقوى، في توجيه العلاقة الزوجية والتخيير بين: الاستمرار أم التطليق؟.

وبهذا فإن المشرع الجزائري في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 في مادته الثالثة والخمسين لم يأخذ بعين الاعتبار مدة الحبس، وإنما أخذ بعين الاعتبار الإدانة في حد ذاتها و استحالة مواصلة الحياة الزوجية تاركا ذلك لتقدير قضاة الموضوع[2].

خامسا: التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

تضمنت الفقرة 05 من المادة 53 من ق.أ.ج حالة الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة، وهي حالة أجازت للزوجة أن ترفع دعوى التطليق على أساسها.

وعليه فإنّه يتضح من تحليل هذه الفقرة، أنّه لا يمكن للزوجة رفع طلبها لسبب غياب زوجها وامتناعه عن واجباته إلا إذا توافرت جملة من الشروط نجيزها في:

أ- أن يتغيب الزوج عنها مدة طويلة تفوق السنة ابتداء من يوم غيابه حتى وقت رفعها الدعوى.

ب- أن يكون الغياب قد وقع من الزوج دون عذر شرعي وعقلاني مقبول، ذلك أن هناك من الأعذار ماهو شرعي ومقبول، كغياب الزوج لأداء الخدمة العسكرية، أو من أجل التعليم خارج الوطن، وغيرها من الأعذار الشرعية.

([1]) – وحياني جيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية، رسالة ماجيستر في قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ص: 93.

([2]) – المرجع نفسه، ص: 94.

ج- وحتى تتمكن الزوجة من رفع دعواها يجب أن يكون الزوج الغائب عنها دون عذر شرعي لم يترك لها مالا تنتفق منه، وتقضي حاجتها وحاجة من معها.

إن السبب في رفع دعوى التطليق استنادا الى الفقرة 05 من المادة 53 هو معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجته وذلك بإيقاع الطلاق عليه، لأن فعل الغياب لم يكن مبررا أو مشروعا، ضف إلى ذلك انعدام علمها ورضاها بغيابه عنها، وفي تسنين هذه الفقرة تقرير من المشرع الجزائري غايته: دعم مكانة المرأة وحماية مركزها.

سادسا: التطليق للضرر المعتبر شرعا والفاحشة.

أ- التطليق للضر المعتبر شرعا:

تعد الفقرة السادسة من نص المادة 53 من ق.أ.ج قبل التعديل والعاشرة بعده، إحالة على الفقه الإسلامي لتفسير المصطلح والإحاطة به بشكل يمكننا من معرفة الضرر[1] الذي يوجب ويبرر طلب التطليق، وما يعد تصرفا غير لائق، أو مبالغ فيه، يستوجب من المرأة الصبر وعدم الإقدام على هذا الطلب، حفاظا على أسرتها وأبنائها من الضياع والتشرد، تماما كما هو مطلوب من الزوج أن يصبر على أخطاء زوجته وتجاوزاتها، تحقيقا لنفس الغاية والمقصد، و**مفهوم الضرر** في شريعتنا، هو كل ما يلحق الأذى النفسي والبدني بالمرأة أو الرجل، والمشرع في هذه الفقرة يخص الضرر اللاحق بالمرأة من زوجها، فهذا الضرر، مرفوض شرعا وقانونا، ولذلك كان من القواعد الشرعية المقررة، أنه "لا ضرر ولا ضرار"، وهذه قاعدة عامة شاملة، لكل ما يسبب الأذى من آلام نفسية، ومتاعب جسدية، أو مشكلات مالية، ومثل هذا يجب إزالته، ولهذا تقررت القاعدة الفقهية(الضرر يرفع و يزال)[2].

ولقد أخذ المشرع الجزائري في هذا المجال، بعدم تحديد جسامة الضرر وكميته بالمذهب المالكي، الذي اعتبر مجرد إشاحة وجه الزوج عن زوجته في الفراش، ضرر يمس بكيانها

([1]) - ***ضرر*** * من الضَّرُّ والضُّرُّ: لغتان ضد النفع. والضَّر المصدر، والضُّر الاسم. الضر بفتح الضاء ضد النفع والضر بضم الضاء، الهزال وسوء الحال، فكل ما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضُر، وما كان ضدا للنفع فهو ضَر. روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا ضَرر ولا ضِرار في الإسلام"، فمعنى قوله "لا ضرر" أي لا يضر الرجل أخاه، وفي قوله "لا ضرار" أي لا يضار كل أحد منهما صاحبه. أنظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص: 2572-2573.

([2]) - د. بودفع علي، المركز القانوني، مرجع سابق.

وبكرامتها، فلا تشترط درجة معينة من الضرر، بل ما يضر قليلا، يضر كثيرا، بالإضافة أن معيار مقياس الدرجة نسبي، فالمرأة الشريفة لا تقبل مجرد إشاحة وجه زوجها عنها في الفراش، وفي هذا الصدد يقول الإمام مالك: **(ليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف)**.[1]

قد يكون ما فعله المشرع الجزائري أمرا حسنا نظرا إلى ما يعتبر فيه ضررا لزوجة قد لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى، ضف إلى ذلك فالضرر المعتبر شرعا في زمن، ولدى جماعة معينة ليس نفسه في زمن آخر، وعند جماعة أخرى، خاصة وأنّ القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر، وفي هذا الصدد ساير المشرع الجزائري قواعد الشريعة، فلم يأت في نصوصه على ذكر أي معيار أو ميزان للتمييز بين كون هذا الفعل الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا للزوجة أم لا؟، الأمر الذي عزز من المركز القانوني للزوجة فاتحا لها مجال طلب فك عرى الرابطة الزوجية لأي ضرر كان، ذلك أنه من المفروض تقييم الفعل وتحليله من زاوية موثوقة تحترم العلاقة الزوجية وتنبذ الضرر، حتى نتمكن من ميزانه، وتحديد جسامته، والتمييز ما إذ كان الضرر يوجب التطليق أم لا؟ حفاظا منا على العلاقة الزوجية التي تقوم على الصبر والتحمل من كلا الزوجين.

إنّ الحكم بالتطليق لسبب "كل ضرر معتبر شرعا "يصعب على القاضي مهمته، ويجعل منها مهمة صعبة وشاقة، خاصة ونحن في زمن يعاني من قلة الوازع الديني، وسيطرة الأنا الإنساني وغيرها من الظروف التي يعيشها هذا الزمن.

ب- <u>التطليق للفاحشة</u>

تضمنت الفقرة سبعة من المادة 53 من ق.أ.ج حالة إرتكاب الزوج فاحشة مبينة، وهي حالة أو سبب من الأسباب التي يكاد ينفرد بها قانون الأسرة الجزائري على غرار القوانين العربية الإسلامية الأخرى[2].

([1]) – غنية قرى، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، الجزائر، ط1، 2011، ص: 122.

([2]) – عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق ، مرجع سابق ، ص:275.

ويلاحظ أيضا على هذه الحالة أنه يمكننا إدراجها تحت عبارة "كل ضرر معتبر شرعا"، واستنادا إلى الآيات 14-15-18-21-24 من سورة النساء، فالمقصود بالفاحشة في هذه الفقرة هو فعل الزنا، مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة[1].

وعليه فقد أجاز المشرع للمرأة أن تطلب التطليق في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة، والمتعلقة أساسا، بفعل أخلاقي مشين وفاحش، فاحشة الزنا على رأسها، أو اللواط، أو أي فعل آخر فعل آخر مخل بالحياء، ومتى ثبت ذلك حكم القاضي للزوجة بالتطليق.

❖ الفرع الثاني:

البنود التي أضافها التعديل كأسباب للتطليق.

ركز قانون الأسرة الجزائري على سبع حالات تمكن الزوجة من طلب التطليق بناء على أي حالة منها، وفي ذلك ترشيح للمبدأ القائل بأن صورة التطليق هاته إنما وجدت للتيسير على الزوجة فك زوجيتها إن هي أرادت ذلك، ولأن المسألة لا تتعلق بالحق الأصيل، شرع القانون السبع حالات المذكورة سلفا والتي توجب التطليق، وهي حالات مؤسسة في معظمها على ما خلص إليه فقهاء الشريعة في هذه القضية، وبموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتتم لقانون الأسرة أضاف المشرع حالات أخرى للمادة 53، وفي ما يلي سنعالج الحالات المضافة بموجب التعديل.

أولا: التطليق لمخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة.

يجب على الزوج **إخبار** الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية."[2]

([1]) – المرجع نفسه ، ص: 275

([2]) – حررت في ظل قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

إن المشرع الجزائري قبل تعديله لنص المادة أعلاه كان قد أجاز للمرأة طلب التطليق إذا لم تكن راضية بزواج زوجها، وبموجب التعديل جاءت المادة 08 مكرر: (جديدة)" في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد زوجها للمطالبة بالتطليق".

وما يمكن ملاحظته ها هنا أن أحكام الفقرة السادسة من المادة 53 لا فائدة من إعادة ذكرها، ذلك أن القانون قد نص عليها بموجب المادة 08 مكرر، والقاضية بأحقية كل زوجة في المطالبة بالتطليق في حالة تدليس الزوج بعدم إخبارهما والحصول على موافقتهما وترخيص مسبق من القاضي.

أقر المشرع للزوج حق تعدد الزوجات، لكن ما يعاب عليه في هذه القضية أنه قيد من حق اللجوء إلى التعدد إلى درجة المنع –سواء قبل التعديل أو بعده– وذلك بشروط تكاد لاغية لهذا الحق جاعلة منه مجرد زيف لا واقع له، فلا تعدد دون موافقة الزوجة ورضاها، ودون مبرر شرعي، غافلا عن ذكر أمثلة تفسر هذا الأخير، فإن كان الدافع مبررا استوجب على المشرع تحرير هذا الحق من قيوده، حتى لا يلجأ الرجل والمرأة إلى الزواج العرفي أو إلى علاقة غير شرعية، وإن كان عكس ذلك كان من الأحسن تباين ما يعد ليس مبررا، إحتراما للعلاقة الزوجية وحفاظا على إستقرارها وأمنها.

وعليه فإن قوة هذا المركز تكمن في إخراج المشرع الجزائري حالة مخالفة أحكام المادة 08 أعلاه، من دائرة الضرر المعتبر شرعا[1]، جاعلا منها سببا يمكن الزوجة من طلب التطليق، فيفهم أن مجرد عدم إخبار الزوجة سواء السابقة أو اللاحقة، ودون إلحاق ضررا جارحا ومشروعا بإحداهما أو بهما معا، يعد سببا مشروعا وقانوني يمكن الزوجة من طلب الفرقة.

([1]) – أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة طلب التطليق للضرر الذي يلحقها من زوجها أيّا كان نوعه ، إلا أنه ليس لها طلب التطليق بسبب زواج زوجها من زوجة أخرى إلا أثبتت الضرر المادي أو المعنوي ،بحيث يكون من الجسامة ما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ،و طلب التطليق في هذه الحالة هو تطليق للضرر، وليس التطليق لتعدد الزوجات. أنظر: محفوظ بن صغير ،قضايا الطلاق في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص: 237.

ثانيا: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.

لم يعرف ق.أ.ج التطليق للشقاق بين الزوجين قبل تعديله بموجب الأمر 05-02، وبعد التعديل نص في الفقرة الثامنة من المادة 53 على اعتبار الشقاق المستمر بين الزوجين سببا من أسباب طلب الزوجة للتطليق حيث جاء فيها: "الشقاق المستمر بين الزوجين"[1].

وعليه فقد أجاز المشرع للزوجة طلب التطليق للشقاق المستمر تحت عنوان الضرر المعتبر شرعا، غير أن طلبها يبقى محل تقدير من قبل قاضي الموضوع الذي يمكن أن يحكم لها بالتطليق، كما يمكن له رفضه، وذلك ما ذهب إليه الإجتهاد القضائي من خلال القرار الصادر في 24 سبتمبر1996 والذي قرر استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا[2]. وجاء في القرار رقم 224655 الصادر بتاريخ 15 جوان 1999 "من المستقر عليه قضاءا، أنه يجوز تطليق الزوجة، لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين، باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين من قضية الحال، أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر، لأنه لم يمتثل للقضاء، بتوفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاء الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة، لطول الخصام، وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة، طبقوا صحيح القانون"[3].

غير أن التعديل الذي جاء به الأمر 05-02 لم يبين المقصود بالشقاق ولا الكيفية التي تثبت وجوده واستمراره بغض النظر عن الضرر الناشئ بسببه، ومعرفة المتسبب فيه.

ثالثا: التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج.

أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج، ووجوب الوفاء بالشروط، التي يريانها ضرورية في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما، فأجاز المشرع الجزائري للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج[4]، كل ما يريانه ضروريا، ما لم يتنافى مع أحكام قانون الأسرة الجزائري، وقد خص بالذكر صورتين للاشتراط على سبيل

([1]) – أضيفت بموجب الأمر 05-02.

([2]) – م ع ، غ أ ش، ملف رقم: 139353 الصادر بتاريخ 24 سبتمبر 1996، م ق،ع2، ص: 66.

([3]) – م.ع.غ أ ش ملف رقم: 224655 الصادر بتاريخ: 1999/06/15، م ق، ع خ، 2001، ص: 129.

([4]) – المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري.

المثال لا الحصر، وهما تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ورتب على الإخلال بهما، منح المرأة الحق في طلب التفريق. إن هذا الشرط الأخير، يتعارض مع مبدأ تعدد الزوجات، ويصادر حق الزوج، ويدعم مركز المرأة القانوني تجاه التعدد، ولذلك يجب إضافة عبارة، ما لم يكن مبررا إلى الشرط أثناء التعاقد حماية لكل المراكز[1].

([1]) – د.بودفع علي ، المركز القانوني، مرجع سابق.

❖ خاتمة:

الحمد لله حتى يبلغ الحمد منتهاه، وصل اللهم على خير من فوق السماء سرى، محمد بن عبد الله بن آمنة، طاهر الأخلاق والشيم، طب القلوب وشفائها، سراج المقل وضيائها، حبيبنا العربي صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصبحه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

الحمد والشكر لله ربِّ العالمين الذي رزقني الصبر الجميل ووفقني وأعانني على إتمام هذا البحث المتواضع والذي تعرفت من خلال معايشتي له والسهر على دارسة مواضيعه على مسائل لم تكن مضافة إلى رصيد معلوماتي من قبل، فالمرأة في قضية الطلاق كانت تعد المتضرر الأول والأخير وفي الأحوال كلها فهي الخاسر الأكبر، لما يخلفه الطلاق من مشكلات نفسية واجتماعية مستعصية، تحتاج المرأة فيها إلى الوقت الطويل حتى تتمكن من التغلب على ما أصبها، وربما لا تفلح في ذلك فتبقى رهينة ألمها والخوف يملأ قلبها خشية المصير الذي ينتظرها، وسط مجتمع يعاني فوبيا المطلقة، لكنها اليوم وبعد تعديل قانون الأسرة – بموجب الأمر 05-02 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005- اكتسبت مركزا قويا من الناحية القانونية، علاوة على مكانتها المكرمة والمرموقة التي كرستها لها قواعد شريعتنا السمحاء تحقيقا لمبدأ العدالة والمساواة .

وعلى ضوء ما تم عرضه وتفصيله في هذا البحث المعنون بالمركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق توصلت إلى النتائج والتوصيات التالية:

❖ أولا: نتائج البحث.

أ) الطلاق بإرادة الزوج لا يكون ثابثا ولا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي، وبالتالي فالقاضي هو الذي يطلق في طلاق الزوج بإرادته دون الاعتداد بالطلاق الذي يوقعه الزوج.

ب) طلاق القاضي طلاق بائن، فلا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن تلفظ الزوج بالطلاق.

ت) مركز المرأة القانوني في قضايا الطلاق، والتطليق، والخلع، مركز قوي جدا من الناحية القانونية والنظرية، لكنه من الناحية العملية والواقعية، لا يزال هشا وضعيف

في ظل تواجد مجموعة من النسوة اللاتي يعانين الجهل ويعشن تحت ظل ثقافة طاعة الرجل والصبر عليه ظالما ومتعسفا، لذا وجب دعم مركز المرأة من الناحية الواقعية، من زاوية تكبيل سيطرة الرجل اللاشرعية، الظالمة له ولزوجته وأولاده.

ث) مع ارتفاع المستوى العلمي والثقافي للمرأة، ومعاناة الرجل من الفقر والبطالة، فإن مركز الرجل القانوني في إحداث الطلاق، يحتاج إلى إعادة نظر بتمعن وتمحص وترسيخ، على اعتبار أن المرأة لم تعد تلك المسكينة التي تعاني إنتهاكا في حقوقها، خاصة مع ظهور الأحزاب السياسية التي لها الفضل العظيم في قوة مركز المرأة التي تمردت وبكل الوسائل على الرجل، الذي هو أخوها، أبوها، ابنها أو زوجها.

ج) افتقار الساحة الإعلامية لواجب التوعية والإرشاد في المساهمة في تقوية المراكز القانونية للزوجين.

ح) إرادة الزوج في الطلاق مقيدة، ويجب أن تكون مبررة، وإلا عد بنص القانون متعسفا واستحق العقاب والتعويض.

خ) إرادة الزوجة في الخلع حرة، دون شروط ودون رضا الزوج، وموافقته، تتعلق فقط بمسألة المقابل المالي الذي يقدره القاضي بمهر المثل في حال تنازعا عليه، ولا يعتد القانون بتعسفها ولا يرتب عليه تعويضا.

د) جاء تعديل المادة 54 موضحا أنه لا يشترط موافقة الزوج في طلب الخلع، لأنه لو كانت موافقته شرطا لازما لكنا بصدد طلاق بالتراضي لا بصدد خلع.

ذ) في حالة التطليق لعدم الانفاق لم يفرق القانون بين الزوجة الغنية والفقيرة، فإن كانت ميسورة الحال وذات مال، لا يفرق بينها وبين زوجها لأن مناط التطليق أساسها الضرر من عدم الإنفاق، وما دامت الزوجة غنية فلا حرج عليها.

ر) لم يفرق القانون بين الزوجة الغنية والفقيرة في سلطة تقدير القاضي لتحديد مقابل المال في طلاق الخلع.

ز) التطليق لحالة الضرر المعتبر شرعا غير مقدر ولا تعرف كميته، الأمر الذي يحلينا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

س) تكريسا لمبدأ العدالة الرباني، يحتاج مركز المرأة القانوني في التطليق، والخلع إلى إعادة نظر وتعديل.

ش) تقف المرأة في الطلاق بالتراضي على قدم المساواة مع الرجل، وهو منطق سليم لا يجافي لا العقل ولا المنطق.

❖ ثانيا: التوصيات.

من جملة النتائج سالفة الذكر، والتي تمثل حصاد هذا الجهد المتواضع أتقدم بالاقتراحات التالية:

أ) إذا كان المشرع الجزائري يعتد بأحقية الزوج في ايقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، فالأجدر به إعادة صياغة المادة 49 على النحو التالي: "يكون حكم القاضي كاشفا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة.

ب) ولا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح خلال مدة ثلاثة أشهر.

ت) مادة واحدة في مسألة الخلع لا يمكنها احتواء القضية من كل الجوانب، ولو أردنا الاتجاه نحو تعديل المادة 54 لقلنا: "يتفق الزوجين على الطلاق بواسطة الخلع، وفي حالة رفض الزوج للفرقة، ترفع الزوجة أمرها للقضاء طالبة المخالعة مقابل ردها لمهرها.

ث) في حالة النزاع يتدخل القاضي لتقدير المقابل، الذي يراعي فيه حال يسر الزوجة وعسرها".

ج) في الفقرة المتعلقة بالتطليق لعدم الإنفاق، يمكن إضافة ما يلي: "وفي حال تبين للقاضي أن الزوجة المطالبة بالتطليق لعدم إنفاق زوجها لسبب خارج عن إرادته، ولها ما تنتفق منه ليسر حالها، استوجب على القاضي رفض طلبها حفاظ منه على مصلحة الأولاد".

ح) ضرورة تعين قضاة مختصين في الأحوال الشخصية للتحكم في قضايا الطلاق.

خ) تقييد إجراءات الطلاق التي تمتاز بالسهولة على مستوى محاكمنا اليوم.

د) إعداد برامج في الأسرة تمتد فاعليتها إلى ما بعد الطلاق لأهمية إعداد الأفراد لتقبل الطلاق حال وقوعه.

ذ) إدراج مناهج دراسية في المدارس والجامعات توجه الشباب والشابات للأسس الصحية التي تبنى عليها السعادة الزوجية والسبل التي ترمي إلى بناء أسرة أركانها التعاون والاحترام، الألفة والمحبة، حتى تنعم الحياة الزوجية بالأمن والاستقرار.

ر) تفعيل فكرة إنشاء مكاتب للتوجيه والإرشاد الأسري.

ز) توفير مساكن وفرص عمل للمتزوجين حديثا.

وتبقى جملة النتائج والتوصيات سالفة الذكر مجرد وجهة نظر وتقدير حسب تعدد وجهات النظر.

فلا يمكن حصر مجموعة الأحكام الأسرية الواسعة والمتشعبة بسهولة في منظومة قانونية يتطلب فيها الدقة واليختصار، وعليه فقد أحسن صعنا المشرع الجزائري في سنه لنص المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية في ما لم يرد فيه نص، إلا أنه يبقى معيبا تعتريه مجموعة من النقائص والثغرات التي يجب استدراكها بالإضافة أو التعديل أو الإلغاء، على أن هذا لا يعد جحودا منا للمجهودات التي قام بها المشرعون، وإنما يعد عملا بشريا يعتريه السهو والخطأ، وما الكامل إلاّ الله.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وأفضل الصلاة وأزكى التسليم على الزين العدنان محمد صلوات ربي وسلامه عليه.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

❖ أولا: الكتب

1- **أماني علي المتولي**، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، برليس، ماليزيا، 2010.

2- **أحمد ذيب**، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقاربة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر.

3- **أبي جعفر محمد جرير الطبري**، مختصر تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، مكتبة رحاب، م1، الجزائر، ط2، 1987.

4- **أبي محمد بن عبد الله بن سعيد بن أبي جمرة الأزدي الأندلسي**، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، حديث رقم 5273.

5- **ابن منظور**، لسان العرب، دار المعارف، مصر، م4، ج36.

6- **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر ط4، 2005.

7- **بدران أبو العينين بدران**، الفقه المقارن بين الأحوال الشخصية والمذاهب الأربعة والسنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، لبنان.

8- **بن شيخ الرشيد**، شرح قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008.

9- **باديس ذيابي**، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، دط ، 2007.

10- **جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي**، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة فقهية، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط، 2003.

11- حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، جزء 5، كتاب النكاح والطلاق والحضانة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط1، 2004.

12- **طاهري حسين**، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، دط، 2001.

13- **لحسين بن شيخ أث ملويا**، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014.

14- **لحسين بن شيخ أث ملويا**، رسالة في طلاق الخلع، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دط، 2013.

15- **مسعودة كال**، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري، دراسة ميدانية حول عينة من المطلقات في الوسيط الحضري الجزائري، دار المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1986.

16- **محفوظ بن الصغير**، قضايا الطلاق في الإجهاد الفقهي وقانون الأسرة، الجزائر، دار الوعي للنشر والتوزيع ، الجزائ، دط، 2012.

17- **محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي**، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دط ، 2003.

18- **محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية**

18- **مصطفى إبراهيم الزلمي**، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011.

19-**محمد أبو زهرة** ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ، مصر، ط3،1957.

20- **محمد السويسي** ،حقوق المرأة في السنة النبوية ، دون دار نشر، دط، دسط..

21- **منصوري نورة** ،التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دارالهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

22- **عبد الله عبد الرحمان** السعيدي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28لسنة 2001، دار الأفاق المشرقة، المملكة الأردنية الهاشمية، ط1، 2012.

23- **عبد الحميد الجياشي**، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع ، ليبيا، ط1، 2009.

24- **عبد العزيز سعد**، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للنشر والطباعة، الجزائر، ط2، 1989.

25- **عبد القادر بن حرز الله**، الخلاصة في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007.

26- **عامر سعيد الزيباري**، أحكام الخلع الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم للنشر والطباعة والتوزيع، لبنان، ط1، 1997 .

27- **خليل عمرو**، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.

28- **غنية قرى**، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطة، الجزائر، ط1، 2011.

29- **شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني**، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.

30- **شوقي ضيف**، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004.

31- **العربي بختي**، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجرائري، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار، الجزائر، 2013.

32- **الطاهر حداد**، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، دار المعارف، تونس، 1992.

❖ **ثانيا :الرسائل والمذكرات:**

1- **لعويل محمد أمين**، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001.

2- **يوسفات علي هاشم**، الخلع والطلاق والتراضي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون لأسرة، كلية الحقوق جامعة أبي بكر القايد، تلمسان، الجزائر 2008-2009.

3- **وحياني جيلالي**، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية،ر سالة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ، الجزائر.

4- **اليزيد عيسيات بلمامي**، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002 -2003.

5- **لوصيف علي**، تطبيقات التعسف في استعمال الحق في انحلال الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوث، 1955، سكيكدة ، دورة جوان 2015.

❖ **ثالثا :المقالات العلمية:**

1- **د.بودفع علي**، المركز القانون للمرأة في قضايا الطلاق، المؤتمر الدولي: المركز القانوني والسياسي للمرأة في ظل التشريعات المغاربية الحديثة، أكتوبر 2015.

❖ **رابعا :الاجتهادات القضائية :**

1- المحكمة العليا، غ،أ،ش، 1991/06/18، ملف رقم 75141، م ق، العدد الأول، 1993.

2- المحكمة العليا، غ،أ،ش، 1988/11/21، ملف رقم 51728، م ق، العدد الأول، 1990.

3- المحكمة العليا، غ،أ،ش، 1996/04/23، ملف رقم 135435، م ق، العدد الأول، 1998.

4- المحكمة العليا، غ،أ،ش، 1999/06/15، ملف رقم 224655، م ق، 2001.

5- المحكمة العليا، غ،أ،ش، 1996/09/24، ملف رقم 139353، م ق، العدد الأول، 1996.

6- المحكمة العليا، غ،أ، ش، 1994/04/19، ملف رقم 103637، م ق، 2001.

7- المحكمة العليا، غ،أ،ش، 1988/07/18، ملف رقم 49858 ، م ق، العدد الأول، 1992.

8- المحكمة العليا، غ،أ،ش، 1994/04/19، ملف رقم 115118، ن ق، العدد 52، 1997.

❖ **خامسا: القوانين والأوامر**

1- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2- قانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري.

3- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري.

4- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 26 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

5- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، 28-2005 .

6- قانون الأحوال الشخصية التونسي، المؤرخ في 13 أوث 1956.

7- قانون رقم03-70، المتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

الفـــــــــــــــهرس

المحتـــــــــــوى	الصفحة
- المقدمـــــــــــة	6-1
- الفصل الأول: مركز المرأة في طلاق الزوج وفي طلاقها بالتراضي	07
المبحث الأول: مركز المرأة في طلاق الزوج بإرادته	08
المطلب الأول: مفهوم الطلاق	09
الفرع الأول: تعريف الطلاق وعوامله	09
أولا: تعريف الطلاق	10
ثانيا: عوامل الطلاق	12
الفرع الثاني: مشروعية الطلاق ومميزاته	14
أولا: مشروعية الطلاق	14
ثانيا: مميزات الطلاق (خصائصه)	15
المطلب الثاني: أقسام الطلاق وشروطه	20
الفرع الأول: الطلاق الرجعي والبائن	20
أولا: الطلاق الرجعي	20
ثانيا: الطلاق البائن	22
الفرع الثاني: شروط الطلاق	26
أولا: شروط المطلق	27
ثانيا: شروط المطلقة	27
ثالثا: شروط الصيغة	28

المبحث الثاني: مركز المرأة في الطلاق بالتراضي	29
المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي	30
الفرع الأول: مقصود الطلاق بالتراضي	30
أولا: تعريف الطلاق بالتراضي	30
ثانيا: أسباب الطلاق بالتراضي	31
ثالثا: بعض صور الطلاق بالتراضي	31
رابعا: مبررات الطلاق بالتراضي	33
الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائرية	33
أولا: الإطار القانوني للطلاق بالتراضي	33
ثانيا: الإطار القضائي للطلاق بالتراضي	34
ثالثا: آثار الطلاق بالتراضي	36
المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الحديثة والقديمة	36
الفرع الأول: الطلاق بالتراضي عند بعض التشريعات العربية	36
أولا: الطلاق بالتراضي في مدونة الأحوال الشخصية المغربية	36
ثانيا: الطلاق بالتراضي في التشريع التونسي	37
الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الغربية	37
أولا: الطلاق بالتراضي في التشريع الفرنسي	38
ثانيا: الطلاق بالتراضي في اللتشريع الايطالي	38
ثالثا: الطلاق بالتراضي في التشريع الروسي	39

- الفصل الثاني: مركز المرأة في طلاق الخلع والتطليق	40
المبحث الأول: مركز المرأة في طلاق الخلع	41
المطلب الأول: مفهوم الخلع	42
الفرع الأول: تعريف الخلع ومشروعيته	43
أولا: تعريف الخلع	43
ثانيا: أدلة مشروعيته	45
ثالثا: حكم الخلع والحكمة منه	47
الفرع الثاني: شروط الخلع	48
أولا: أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما	48
ثانيا: أن تطلبه الزوجة من القاضي	49
ثالثا: أن يتم الخلع مقابل عوض	51
المطلب الثاني: مركز المختلعة في قانون الأسرة الجزائري	51
الفرع الأول: تكييف الخلع	52
أولا: اعتباره معاوضة أم يمينا	52
ثانيا: اعتباره فسخا أم طلاقا	52
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من المسألتين	53
الفرع الثاني: الخلع في قانون الأسرة الجزائري	54
أولا: تعريف الخلع قانونا	54
ثانيا: الأساس القانوني للخلع وموقف القضاء منه	54
ثالثا: الخلع كحق للزوجة في التشريع والقضاء الجزائري	56
رابعا: آثار الخلع	60

المبحث الثاني: التطليق بإرادة الزوجية	61
المطلب الأول: التطليق بطلب الزوجة	62
الفرع الأول: مفهوم التطليق وسلطة القاضي في ايقاعه	63
أولا: تعريف التطليق	63
ثانيا: المبرر الشرعي لطلب التطليق	65
ثالثا: سلطة القاضي في ايقاع الطلاق	67
الفرع الثاني: مشروعية التطليق والحكمة منه	67
أولا: حكم التطليق وأدلته	68
ثانيا: الحكمة منه	68
المطلب الثاني: أسباب التطليق	69
الفرع الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والأسرية	70
أولا: التطليق لعدم الإنفاق	70
ثانيا: التطليق للعيوب	72
ثالثا: التطليق للهجر في المضجع	73
رابعا: التطليق للحكم بعقوبة	74
خامسا: التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة	75
سادسا: التطليق للضرر المعتبر شرعا والفاحشة	76
الفرع الثاني: البنود التي أضافها التعديل كأسباب للتطليق	78
أولا: التطليق لمخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة	78
ثانيا: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	79
ثالثا: التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج	79

- الخاتمة	83-80
- قائمة المصادر والمراجع	88-84